

## **L'esterovestizione societaria: una sofisticata forma di evasione fiscale internazionale**

*di Cristiana Moscatelli*

*Avvocato - Cultore della materia in Diritto finanziario e Diritto della finanza decentrata - Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

### **ABSTRACT**

*The term relocation abroad is used to identify the false fiscal residence location abroad of a natural person or a society. In particular, the foreign country offers a more profitable tax treatment than the national one; in this perspective, the natural person or the society is able to avoid the requirements of the tax system of the country of origin.*

*The relocation abroad represents a type of international tax evasion of great importance although its boundaries are not well defined. It is implemented with more and more complex and sophisticated procedures that can vary from case to case; its purpose is to circumvent the worldwide taxation criterion and to escape the detection by the control bodies, subjecting taxable incomes to a privileged taxation country*

### **SINTESI**

*Con il termine esterovestizione si intende la fittizia localizzazione della residenza fiscale di una persona fisica o di una società all'estero, in particolare, in un Paese con un trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale, al fine di sottrarsi agli adempimenti previsti dall'ordinamento tributario del Paese di reale appartenenza.*

*L'esterovestizione rappresenta una forma di evasione fiscale internazionale di gran rilievo dai confini alquanto evanescenti, al pari dei fenomeni di evasione e di elusione fiscale, viene attuata con modalità sempre più complesse e sofisticate che possono variare da caso a caso, il cui scopo è quello di aggirare il criterio della worldwide taxation e sfuggire alla rilevazione da parte degli organi di controllo, assoggettando i propri redditi a tassazione in un Paese a fiscalità privilegiata.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. Il concetto di residenza fiscale ai sensi del comma 3 dell'articolo 73 del TUIR: quando un soggetto si considera fiscalmente residente in Italia – 3. Presunzione legale ed onere della prova – 3.1. Il contenuto della prova contraria, come vincere la presunzione di esterovestizione: la problematica ipotesi delle *holding* 3.2. I controlli dei verificatori – 4. I chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate: la circolare n.28/E del 2006 – 5. La compatibilità con principi comunitari: la libertà di stabilimento – 6. Esterovestizione e stabile organizzazione: due fattispecie antitetiche ma con un comune denominatore – 7. Conclusioni

## 1. Premessa

Il concetto di esterovestizione è strettamente correlato a quello di residenza fiscale<sup>1</sup>.

L'Amministrazione finanziaria sempre più di frequente è costretta a fronteggiare fenomeni complessi e sofisticati di evasione ed elusione fiscale dai confini alquanto evanescenti, tra questi l'esterovestizione<sup>2</sup> rappresenta una forma di evasione fiscale internazionale di gran rilievo.

<sup>1</sup> Per approfondimenti sul tema della residenza nel diritto tributario si veda MARINO G., *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999; Id., *La residenza*, in *Corso di Diritto Tributario Internazionale* (a cura di UCKMAR V.), Padova, 1999, 207 ss.; Id., *La residenza delle persone giuridiche nel diritto tributario italiano e convenzionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, 1463; Id., *I principali criteri di collegamento*, in *Materiali di Diritto Tributario Internazionale* (a cura di SACCHETTO C. - ALEMANNO L.), 2002, 73 ss.; PIAZZA M., *Guida alla fiscalità internazionale*, IX ed., Milano, 2004, 75 ss.; MAYR S.- FORT G., *La residenza fiscale delle società: necessità di un cambiamento?*, in *Corr. trib.*, 2000, 2086 ss.; MELIS G., *La nozione di residenza fiscale nell'ordinamento tributario italiano*, in *Rass. trib.*, 1995, n.6, 1034; CAPOLUPO S., *La residenza fiscale*, in *Il Fisco*, 1998, n.40, 12999; PERRONE L., *Enti non residenti ed imposizione fiscale in Italia*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2000, n.1, 110 ss.; LIPARI B., *L'accertamento dei requisiti per la qualificazione di soggetto "fiscalmente residente" in Italia*, in *Il fisco*, 1998, 5822 ss.; MANZITTI A., *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, 183 ss.; CRISTOFORI R., *La residenza delle società*, in *Fiscalità internazionale* (supplemento di *Guida Normativa*), nov. 1997, 7 ss.; HACCIUS C.- BRENNAN F., *The New Residence Rules*, in *European Taxation*, 1995, 38 ss.; NOVARA J.M. G., *Residenza di enti e società nell'imposizione personale sui redditi*, in *Boll. trib.*, 1990, 14 ss.; MAISTO G., *Brevi riflessioni sul concetto di residenza fiscale di società ed enti nel diritto tributario interno e convenzionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1998, 1358 ss.; SACCHETTO C., *La residenza fiscale delle società*, in *Gazz. val. comm. int.*, 1988, 121 ss.; MAYR S., *La residenza fiscale al vaglio della Corte di Cassazione*, in *Boll. trib.*, 2002, n.23, 1739; GUIISO-GALLISAY S., *I principi generali del diritto tributario internazionale ed il concetto di residenza ai fini fiscali*, in *Boll. trib.*, 1995, n.3, 175 ss.; SALLUSTIO C., *La residenza fiscale in Italia: alcune riflessioni sull'ordinamento della giurisprudenza tributaria in tema di domicilio e residenza nelle imposte dirette e nell'Iva*, in *Rass. trib.*, 2001, n.3, 948, commento a Comm. Prov. Perugia, sent. n.628/2000; RIVIER J.M., *The Fiscal Residence of Companies*, in *Cahiers de droit fiscal international*, vol. LXXII, Deventer-Boston, 1987, 52 ss.; GRANATA F., *Residenza fiscale e residenze nel diritto tributario tra Irpef ed Iva*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, n.12, III, 197 (nota a Corte di giustizia Ce, causa C-262/99/2001); CINIERS S., *La residenza fiscale in materia di imposte dirette*, in *Prat. fisc. prof.*, 2001, n.36, 1209; GIUNTA G., *Residenza fiscale*, in *Cont. fin.contr.*, 1999, n.4, p. 352; DE CHAURAND R., *Residenza fiscale, una "rete" per i redditi di lavoro all'estero*, in *Comm. int.*, 1999, n.17, 701; TRUTALLI F., *La nozione di residenza fiscale alla luce del progetto anti-abuso*, in *Corr. trib.*, 1998, n.42, 3089.

<sup>2</sup> Sul fenomeno dell'esterovestizione si veda SOZZA G., *Spunti critici sull'esterovestizione delle società*, *Il fisco*, 2006, 41, 6343; CARACCIOLI I., *"L'esterovestizione" non porta dal Pm*, in *www.ilsole24ore.com*, 07-08-2006; FELICIONI A.-RIPA G., *L'esterovestizione a tutto campo*, *Italia Oggi*, 18-07-2006; MARCHESE S., *A margine di un caso di "esterovestizione", fra società di comodo, interposizione nel possesso di reddito e divieto della doppia imposizione*, in *Dir. prat. Trib.*, 1995, II, 702 (nota a sentenza); NANULA G., *Dalle memorie di un verificatore fiscale - Un classico caso di esterovestizione in concorso con frode fiscale e falso in bilancio*, 1994, 29, 7935; DI SIENA M., *Il fenomeno della fittizia residenza estera nella prospettiva criminale tributaria*, in *Il Fisco*, 2003, n.6, 853.

Con il termine esterovestizione si intende la fittizia localizzazione della residenza fiscale di una persona fisica<sup>3</sup> o di una società all'estero, in particolare, in un Paese con un trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale, al fine di sottrarsi agli adempimenti previsti dall'ordinamento tributario del Paese di reale appartenenza<sup>4</sup>.

I soggetti di imposta italiani, attraverso l'esterovestizione, tentano di sottrarre alla legge tributaria dello Stato italiano fonti di reddito astrattamente imponibili nel territorio dello Stato stesso. L'esterovestizione individua una realtà societaria in cui coesistono due diversi concetti di residenza: uno formale, risultante dall'atto costitutivo o dallo statuto, che individua il luogo in cui sono determinate le linee di indirizzo organizzativo e realizzativo dello scopo sociale; e l'altro sostanziale che coincide con il luogo in cui le decisioni operative sono realmente determinate dagli organi posti all'apice della struttura imprenditoriale.

L'esterovestizione, pertanto, attua una dissociazione tra residenza reale e residenza fittizia-formale del soggetto passivo, che gli consente di aggirare il criterio della *worldwide taxation*, assoggettando i propri redditi a tassazione in un Paese a fiscalità privilegiata<sup>5</sup>.

Il nostro sistema fiscale individua due diversi criteri di tassazione dei redditi prodotti da un soggetto (società o persona fisica), a seconda che lo stesso sia o meno residente in Italia o ivi abbia la propria sede. Il primo è quello della tassazione su base *mondiale*, la c.d. "*worldwide taxation*", che trova applicazione nei confronti dei soggetti ritenuti fiscalmente residenti nel territorio dello Stato e prevede l'assoggettamento a tassazione in Italia i redditi ovunque prodotti. Il secondo criterio, invece, è quello della tassazione su base territoriale che, viceversa, si applica ai soggetti che si considerano non residenti nel territorio italiano. In

<sup>3</sup> VINCIGUERRA L., VALENTE P., *Esterovestizione delle persone fisiche: Centro degli interessi vitali e nomadismo fiscale*, IPSOA, 2016.

<sup>4</sup> Cass. civ., Sez. Trib., n.2869 del 7 febbraio 2013.

<sup>5</sup> RIGATO C., ZANOVELLO C., BERTOLIN M., CUCCO E., DESIDERÀ C., PACCAGNELLA A., SOTTOVIA S., *La residenza fiscale delle società: la presunzione di esterovestizione* in [www.diritto24.ilsole24ore.com](http://www.diritto24.ilsole24ore.com), 27 marzo 2014.

quest'ultimo caso, sono assoggettati a tassazione nel nostro Paese soltanto i redditi che ivi sono stati prodotti.

La differenza tra i due menzionati sistemi di tassazione è evidente, nel primo, sono assoggettati a tassazione in Italia anche i redditi prodotti all'estero, nel secondo, sono soggetti a tassazione nel territorio dello Stato solamente quelli ivi realizzati. Cosicché, il contribuente, attraverso l'esteroinvestizione, tenta di sfuggire al criterio della tassazione mondiale (*worldwide taxation*), facendo venire meno il collegamento fondamentale tra il singolo e il potere impositivo. Il soggetto eludendo l'ordinamento, sposta la residenza in Paesi a fiscalità privilegiata ossia con una pressione fiscale minore, se non addirittura inesistente<sup>6</sup> o che prevedono particolari agevolazioni<sup>7</sup>.

Tale pratica elusiva, si inquadra in un contesto comunitario di carenza di armonizzazione tra gli ordinamenti tributari degli Stati membri, in cui coesistono circa 15 differenti ordinamenti fiscali ed in un clima di resistenze e di concorrenza fiscale ad opera dei diversi Stati<sup>8</sup>, che tendono all'attrazione di capitali e operatori

<sup>6</sup> Per approfondimenti sulla questione si veda MELIS G., *Profili sistematici del "trasferimento" della residenza fiscale delle società*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2004, 1, 13; FURIAN S., *Il trasferimento della sede (e della residenza fiscale) in Italia di società di diritto comunitario: profili civilistici, contabili e fiscali*, in *Il fisco*, 2006, 21, 3264; PALOMBO G., *Residenza fiscale e trasferimento fittizio all'estero*, in *Riv. Sc. Sup. E.F.*, 2005, n.6; TORIELLO M., *In quali casi la residenza fiscale diventa mezzo di elusione. Come accertare la natura fittizia del trasferimento*, in *Dir. giust.*, 2004, n.23, 62; VACCARINO M.V. - DANTE F., *Imposte sui redditi. Trasferimenti fittizi di residenza fiscale*, in *Corr. trib.*, 2002, n.48, 4360; GRAZIANO G., *Limiti di legittimità del trasferimento di residenza nel c.d. "paradiso fiscale"*, in *Dir. prat. trib.*, 2002, n.18, 90, nota a Trib. Modena, sent. n.1931/2002; MONTECAMOZZO L., *Trasferimento della residenza all'estero: la manovra Dini risolve i dubbi in merito alla sua rilevanza fiscale*, in *Boll. trib.*, 1995, n.5, 335; VIAL E., *Trasferimento all'estero della residenza di una società: conseguenze fiscali in capo ai soci*, in *Azienda e fisco*, 2006, n.18, 55; MIELE L., *Trasferimento di residenza all'estero di un'impresa*, in *Corr. trib.*, 2005, n.28, 2209; SACCARDO N., *Le proposte di modifica al regime del trasferimento all'estero della residenza*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, n.10, IV, 170; CHINETTI P., *Residenza fiscale all'estero: problematiche operative e posizione del contribuente*, in *Corr. trib.*, 1999, n.48, 3602.

<sup>7</sup> Quali ad esempio l'intassabilità delle plusvalenze da partecipazioni o dividendi.

<sup>8</sup> SOZZA G., *In Olanda "fare holding" conviene... di più* in *www.fiscooggi.it*, 10 giugno 2005. L'ordinamento fiscale olandese in materia di imposizione sulle società consente la non imponibilità delle plusvalenze realizzate mediante la cessione di partecipazioni azionarie e dei dividendi infragruppo, come conseguenza dell'applicazione del particolare regime di *participation exemption* (esenzione della partecipazione). Per poter usufruire di tale agevolazione la partecipazione detenuta dalla società olandese, o dalla stabile organizzazione estera è necessario che: a) ammonti ad almeno al 5% del capitale e b) non sia stata iscritta al capitale circolante. Analogamente, in Lussemburgo, ove siano adottate particolari forme societarie, è possibile godere di speciali benefici impositivi, che vanno dalla totale esclusione dall'imposizione sul reddito, per le cc.dd. *holding del '29*, all'applicazione del regime della *participation exemption*, per le cc.dd. So.Par.Fi. Sul punto v.

stranieri mediante l'applicazione di aliquote contenute ed esenzioni di alcune componenti del reddito.

I fenomeni di esterovestizione si realizzano attraverso una costituzione solo fittizia di una società all'estero che poi, di fatto, subentra nel *business* della società residente negli Stati a fiscalità piena. Nelle situazioni portate alla luce dalle contestazioni dei verificatori dell'Amministrazione finanziaria, emerge che la società viene costituita in Paesi a fiscalità privilegiata, ma continua a essere gestita dall'Italia, dove vengono prese le scelte strategiche e dove resta la sede della direzione effettiva. Il principale effetto della creazione di una società fittizia in un paradiso fiscale è che parte dei ricavi vengono sottratti all'imposizione in Italia traducendosi in minori incassi per l'Erario. In molti casi, il trasferimento della sede all'estero determina anche una sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e dei creditori.

Potremmo dire che la *residenza* rappresenta, quindi, un "criterio di discriminazione" per l'attrazione dei redditi realizzati all'estero da una società, nell'ambito della potestà impositiva nazionale.

## **2. Il concetto di residenza fiscale ai sensi del comma 3 dell'articolo 73 del TUIR: quando un soggetto si considera fiscalmente residente in Italia**

Il punto di partenza necessario per definire la fattispecie di esterovestizione è il concetto di residenza fiscale delle società<sup>9</sup> contenuta nell'articolo 73, comma 3, del TUIR, del DPR n.917 del 1986 in base al quale *"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"*<sup>10</sup>.

*L'esterovestizione della residenza fiscale (2)* in [www.fiscooggi.it](http://www.fiscooggi.it), 9 luglio 2003.

<sup>9</sup> Sul concetto di residenza fiscale si veda BIANCHI M., *La nozione di residenza fiscale*, in *Fisc. Int.*, 2004, n.6, 519; PADULA R., *La nozione di residenza fiscale*, in *Nuova rass. Legisl. Dottr. Giur.*, 2000, 17, 1837; GALLO A.-F. LA ROSA F., *Concetto di residenza fiscale per le società*, in *Cont. fin.contr.*, 1999, n.7, 739; MANZITTI A., *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, IV, 176, nota a Comm. centr., sez. VII, sent. n.4992/1996; D'ABRUZZO G., *Gli aspetti controversi dei criteri di determinazione della residenza fiscale delle società delle società di capitali*, in *Boll. trib.*, 2002, 4, 263.

<sup>10</sup> Prosegue il comma 3 *"...Si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato gli organismi di*

Il comma in esame individua tre criteri tra loro alternativi<sup>11</sup>, è sufficiente che venga soddisfatto anche uno solo di essi perché il soggetto possa considerarsi residente ai fini fiscali nel territorio dello Stato<sup>12</sup>.

Quindi, per stabilire se una società o un ente possono essere considerati residenti in Italia rilevano tre aspetti fondamentali:

- 1) la sede legale<sup>13</sup> che deve risultare dall'atto costitutivo o dallo statuto;
- 2) la sede dell'amministrazione<sup>14</sup> che è il luogo da cui partono gli impulsi "volitivi" inerenti alle attività amministrative e di direzione. A tal fine si fa riferimento alla situazione di fatto, al luogo dove effettivamente gli amministratori della società esercitano l'attività amministrativa in modo stabile e dunque alla sede effettiva della società.

---

*investimento collettivo del risparmio istituiti in Italia e, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato diverso da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi".* L'ipotesi contemplata al comma 3 dell'art. 73 del TUIR è definita "esterovestizione di fatto", si ritiene, in questo caso, che sia a carico dell'Amministrazione finanziaria l'onere di provare la fittizietà della residenza all'estero del soggetto.

<sup>11</sup>Tali criteri devono, però, sussistere nell'arco del periodo di imposta, ai sensi dell'art. 76, comma 2, DPR n.633 del 1972 "Il periodo di imposta è costituito dall'esercizio o periodo di gestione della società o dell'ente, determinato dalla legge o dall'atto costitutivo. Se la durata dell'esercizio o periodo di gestione non è determinata dalla legge o dall'atto costitutivo, o è determinata in due o più anni, il periodo di imposta è costituito dall'anno solare".

<sup>12</sup> Circolare 28/E del 4 agosto 2006, dell'Agenzia delle Entrate.

<sup>13</sup> Manca nel TUIR una definizione di sede legale, pertanto, si fa riferimento alle disposizioni contenute nel codice civile (in particolare, agli artt. 16 c.c., comma 1, 46 c.c., 2196 c.c., 2197 c.c., 2330 c.c., 2328 e 2475 c.c.). Secondo la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 17 gennaio 2006 n.9, nell'ipotesi di trasferimento, nel corso del periodo d'imposta, della sede legale in Italia dall'estero o viceversa, al fine di determinare il Paese di residenza e di evitare soluzioni di continuità nel periodo di imposta, la data del trasferimento fiscale della sede statutaria deve essere la stessa nei due ordinamenti. Appare da subito evidente che la sede legale è un requisito assolutamente oggettivo, formale e facilmente identificabile e che tale criterio non può essere considerato prevalente quando una società presenti evidenti collegamenti sostanziali con un altro Stato.

<sup>14</sup> L'art. 25 della legge n.218 del 1995 ("Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato") stabilisce che "le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro genere di ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti".

Il Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni<sup>15</sup>, in linea con la disposizione in commento, contiene tra le sue norme, all'articolo 4, una disposizione che disciplina il concetto di residenza secondo cui la sede effettiva della società deve considerarsi: *"il luogo in cui la società svolge la sua prevalente attività direttiva ed amministrativa per l'esercizio dell'impresa, cioè il centro effettivo dei suoi interessi, dove la società vive ed opera, dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per l'esplicazione ed il raggiungimento dei fini sociali"*. La stessa giurisprudenza italiana<sup>16</sup> recependo tali indicazioni attribuisce rilevanza al *"luogo in cui hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e dove operano i suoi organi rappresentativi o i suoi dipendenti con poteri direttivi, ossia il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento, nei rapporti interni*

<sup>15</sup> A tal proposito si veda D'ABRUZZO G., *Residenza fiscale: l'OCSE fa chiarezza*, in *Amm. e fin.*, 2001, n.22, 19; FORT G., *La residenza fiscale delle società: alcuni recenti sviluppi OCSE*, in *Fisc. int.*, 2003, 504 ss. In particolare, all'art. 4, paragrafo 1, primo periodo, è previsto che *"ai fini della presente convenzione, l'espressione "residente di uno Stato contraente" 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, della sede della sua direzione, o di ogni altro criterio di natura analoga"*. Lo scopo di tale norma è quello di risolvere i casi di doppia imposizione dei redditi, considerato che, sovente, due Stati contraenti considerano, sulla base della rispettiva normativa interna, la stessa persona fiscalmente residente nel proprio Paese. Nella definizione di residenza dettata dal Modello OCSE si distinguono, da un lato, un principio di carattere generale che trova applicazione nei confronti sia delle persone fisiche sia di quelle giuridiche, dall'altro, uno o più principi di carattere sussidiario che, in quanto tali, trovano applicazione solamente nel caso in cui il primo non sia sufficiente a superare gli eventuali conflitti normativi. Criterio generale e criteri sussidiari sono, dunque, configurati secondo un ordine di priorità, nel senso che questi ultimi non trovano applicazione nel caso in cui, grazie al primo, si sia riusciti a risolvere l'antinomia. Nello specifico, il principio di carattere generale è costituito dall'applicazione, in sede convenzionale, delle stesse definizioni di residenza fiscale adottate dalle legislazioni dei singoli Stati contraenti. In sostanza, è utilizzato come mezzo di risoluzione delle potenziali sovrapposizioni di ordinamenti giuridici.

Laddove, invece, pur avendo fatto ricorso alle disposizioni interne degli Stati contraenti, non sia stato possibile attribuire, in maniera univoca, la residenza fiscale alla società oggetto di attenzione da parte del Fisco, il paragrafo 3 dell'articolo 4 in parola risolve i conflitti tra gli ordinamenti considerando preminente la sede della direzione effettiva della società. L'articolo 3, paragrafo 2, del Modello OCSE specifica che *"per l'applicazione della convenzione da parte di uno Stato contraente, le espressioni ivi non definite hanno il significato che ad esse è attribuito dalla legislazione di detto Stato relativa alle imposte alle quali si applica la convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione"*.

<sup>16</sup> Così le sentenze della Corte di Cassazione n.3604 del 16 giugno 1984, n.136 del 20 aprile 1998, n.10243 del 4 agosto 2000; del Tribunale di Genova, 2 maggio 2007, n.14554/2004 R.G.; del Tribunale di Bari, 3 ottobre 2006, Sez. I, n.151/1997 R.G.

e con i terzi, degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente<sup>17</sup>”.

<sup>17</sup> BOIARDI S., *Recente giurisprudenza in materia di residenza fiscale delle società ed esteroinvestizione*, in [www.rivistadirittotributario.it](http://www.rivistadirittotributario.it), 13 aprile 2016, al riguardo la Commissione Tributaria Regionale Campania con la sentenza 18 novembre 2015, n.10249 offre lo spunto per alcune brevi riflessioni relative all'interpretazione della definizione di residenza fiscale delle persone giuridiche, con particolare riguardo alla sempre maggiore contiguità tra il concetto di sede di amministrazione e quello di oggetto principale. Innanzitutto, con riferimento all'elemento temporale previsto dall'art. 73 comma 3 TUIR, secondo cui i requisiti ivi previsti devono sussistere per *“la maggior parte del periodo d'imposta”*, detta prova ritiene debba essere articolata distintamente per ciascun periodo d'imposta in base alle circostanze fattuali sussistenti. Il Collegio ha valorizzato il radicamento di lungo periodo quale indice di genuina permanenza nello Stato estero atto a corroborare l'insussistenza del requisito temporale in Italia. Inoltre il Collegio, dovendo pronunciarsi sulla residenza fiscale, (nel caso di specie, di una società di diritto inglese) attribuisce una *“valore inconfutabile di prova”* alle certificazioni di residenza fiscale rilasciate dall'autorità britannica in quanto tali documenti costituiscono *“elemento granitico di prova a seguito delle illuminate disposizioni di cui alla Corte di giustizia CE (...) che ne garantiscono e ne sanciscono l'esattezza delle indicazioni fornita da uno Stato membro verso l'altro Stato aderente”*. Nonostante la particolare enfasi della sentenza su tale aspetto, occorre rilevare che la presenza di un certificato di residenza estera non può portare all'esclusione automatica della residenza in Italia, la quale deve essere verificata in base ad autonomi criteri di collegamento, previsti sia dalla norma interna di cui all'art. 73 TUIR, sia dalle specifiche disposizioni dettate in materia dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia. Un ulteriore aspetto trattato dal Collegio che merita di essere sottolineato riguarda il valore delle indagini finanziarie quali mezzi di prova. In particolare, a detta dei giudici, tali indagini da sole risultano prive dei requisiti di gravità, precisione e concordanza *“senza un'attività di verifica “sul posto”, cioè nella sede estera della ricorrente”* ai fini dello svolgimento di attività di verifica *“sul piano formale (...) e sul piano sostanziale (...)”*. Essendo la residenza basata su elementi di fatto, il mancato svolgimento di attività di verifica in loco, determina che il quadro complessivo non può che essere parziale e quindi, in taluni casi, inattendibile. I giudici contestavano, all'amministrazione, la totale assenza di verifiche sul posto, le quali sarebbero state di facile attuazione anche in virtù della presenza di accordi di collaborazione internazionale. La cooperazione degli Stati, in tal senso, era fortemente favorita attraverso lo scambio di informazioni su base convenzionale, grazie alle disposizioni contenute nella Direttiva 77/799/CEE del Consiglio, mediante l'art.31-bis del DPR 600/1973 in materia di scambio di informazioni tra autorità competenti all'interno dell'Unione europea ed infine con gli accordi amministrativi per la realizzazione di verifiche simultanee. La Commissione campana, inoltre, ha motivato la sentenza anche sulla base del fatto che fosse: *“senza dubbio carente e superficiale asserire che la sede ove vengono assunte le decisioni gestionali ed operative di un'impresa estera detenuta da soggetti residenti in Italia, sia sempre quella di residenza del socio o amministratore, confondendo, in tal modo, il potere di comando e coordinamento della società da parte del titolare con la sua gestione ed amministrazione”*. Tale conclusione riafferma, da un lato, la distinzione tra il concetto di direzione e coordinamento e quello di gestione dell'ente e, dall'altro, l'insufficienza della residenza degli amministratori quale elemento probatorio. La Corte di Cassazione, nella sentenza 10 dicembre 1974 n.4172, ha in proposito statuito che *“per dimostrare che la sede di una società è di fatto localizzata in Italia non è sufficiente allegare che uno degli amministratori (sia pure dotato di pieni poteri) vi risiede”* (cfr. anche Corte di Cassazione, sentenza del 9 giugno 1988, n.3910). In senso conforme si sono espresse la Commissione Tributaria Regionale Toscana che, nella sentenza n.61 del 3 dicembre 2007, ha ritenuto che, ai fini dell'individuazione della sede amministrativa di una società, *“non si può trarre, sul piano giuridico, alcuna conseguenza da fatti marginali come (...) la residenza anagrafica degli amministratori”* e la Commissione Tributaria Provinciale di Treviso che, con la sentenza n.91 del 16 ottobre 2012, ha affermato come ai fini dell'individuazione della sede dell'amministrazione non rilevi il luogo ove gli amministratori della



3) L'oggetto principale è il luogo dell'attività effettivamente esercitata da un soggetto diverso dalle persone fisiche, si fa riferimento all'attività che la società o l'ente svolgono al fine di raggiungere lo scopo sociale. A questo proposito, il comma 4 dell'articolo 73 del TUIR stabilisce che *"l'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto"*. Ed al successivo comma 5 che *"in mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato; tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti"*.

Pertanto, ai fini dell'individuazione del luogo di esercizio dell'oggetto principale si deve aver riguardo ai criteri di collegamento<sup>18</sup> con il territorio italiano dal punto di vista sostanziale quali la sede dell'amministrazione<sup>19</sup> e l'oggetto principale, poco rilevando quanto indicato in atti formali.

---

società controllata estera risiedono. Anche la dottrina internazionale, peraltro, tende a ritenere che la residenza fiscale degli amministratori non sia un elemento decisivo per determinare il *place of effective management* della società (cfr. *inter alia* R. Couzin, *Corporate Residence and International Taxation*, Amsterdam, 2002, 62-63, il quale cita in tal senso la sentenza della Corte Suprema irlandese: *John Hood & Company, Limited v. W.E. Magee (Surveyor of Taxes)*, (1918) 7 TC 327 (High Court of Justice (Ireland), KB Div.). Infine, il riferimento operato dal Collegio alle *"decisioni (...) operative"* si pone nel solco della giurisprudenza che ha ribadito la contiguità tra il concetto di sede dell'amministrazione e l'oggetto principale.

<sup>18</sup> Sull'argomento si veda MARINO G., *I principali criteri di collegamento*, in AA.VV., *Materiali di diritto tributario internazionale*, a cura di C. SACCHETTO C.- ALEMANNI L., Milano, 2002, 71 ss.

<sup>19</sup> Nel caso in cui si abbia una società con sede legale all'estero ma con oggetto sociale o sede dell'amministrazione in Italia, rileva comunque il luogo in cui si trova la sede dell'amministrazione. Secondo la Commissione Tributaria Regionale della Toscana, sez. XXV, 18 gennaio 2008, n.61, *"una società costituita conformemente alla legislazione olandese è ad ogni effetto appartenente all'Unione europea e come tale dotata del diritto di stabilimento, anche nel senso che non possa e non debba subire restrizioni alla propria scelta di collocare la sua sede all'interno dell'uno e dell'altro Stato; non vi è peraltro incompatibilità con l'art. 73, comma 3, che si applica sempre e comunque quando la residenza all'estero sia dovuta unicamente a finalità di evasione o elusione fiscale, la cui sussistenza nel caso concreto è da escludere"*.

### 3. Presunzione legale ed onere della prova

I commi 5-bis e 5-ter dell'articolo 73 del TUIR<sup>20</sup> disciplinano la presunzione di residenza in Italia di società e enti esteri<sup>21</sup>.

Dal punto di vista giuridico normativo la nozione di esterovestizione è disciplinata dal comma 5-bis dell'art. 73 del TUIR<sup>22</sup>, si tratta di una norma di carattere esclusivamente procedurale, che inserisce al ricorrere di determinate condizioni, una presunzione relativa<sup>23</sup>, la quale determina l'inversione dell'onere della prova a carico delle società o enti esteri, che detengono direttamente partecipazioni di controllo in società italiane, gestiti ovvero controllati, anche indirettamente, da parte di soggetti d'imposta italiani.

Tale presunzione trova applicazione, salvo prova contraria, nei casi in cui la società o l'ente non residenti:

<sup>20</sup> I commi 5-bis e 5-ter sono stati inseriti con il Decreto legge "Visco-Bersani" n.223 del 2006 convertito nella legge n.248 del 2006 contenente "Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale. In ottemperanza al principio di tassazione nel Paese della "sede di direzione effettiva" i redditi conseguiti dal soggetto esterovestito saranno assoggettati a tassazione in Italia.

<sup>21</sup> MELIS G., *Riflessioni intorno alla presunzione di residenza fiscale di cui all'art. 10 della L. 23 dicembre 1998, n.448*, in *Rass. trib.*, 1999, n.4, 1077; FASANO N., *La presunzione di esterovestizione delle società*, in *www.ecnews.it*, 17 aprile 2015; BARGAGLI M., CARROZZINO M., MONTALCINI F., SACCHETTO C., THIONE M., VACCARO L., (a cura di) SACCHETTO C., *Esterovestizione societaria*, ISBN, 2013.

<sup>22</sup> C.d. esterovestizione di diritto.

<sup>23</sup> La Commissione per l'esame della compatibilità comunitaria di norme e prassi tributarie italiane, presso l'Associazione italiana dottori commercialisti di Milano, ha presentato alla Commissione europea una denuncia di infrazione del Trattato Ce, in relazione alla presunzione di residenza in Italia delle società estere che controllino direttamente una società italiana e siano controllate direttamente o indirettamente da soggetti residenti in Italia o il cui organo amministrativo sia costituito in prevalenza da soggetti ivi residenti (articolo 73, commi 5 bis e seguenti del Testo unico). La norma italiana ammette la prova contraria a carico della società estera destinataria della presunzione imponendosi tuttavia, per tale via, l'inversione dell'onere della prova. La denuncia parte dalla constatazione che una simile inversione dell'onere della prova costituisce una limitazione dei principi di libertà di stabilimento e, nella misura in cui assume come parametro rilevante anche la residenza degli amministratori, di circolazione delle persone e dei servizi.

1) detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359<sup>24</sup>, primo comma, del codice civile, nei confronti di società, trust<sup>25</sup> o enti aventi per oggetto

<sup>24</sup> Il controllo è individuato in base all'art. 2359 commi 1 e 2 c.c., anche per partecipazioni possedute da soggetti diversi dalle società. In particolare, sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (controllo di diritto); 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (controllo di fatto); 3) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali. Vengono in rilievo due ipotesi, la prima in cui il soggetto il soggetto estero detenga il controllo di entità di cui alle lettere a) e b) del primo comma dell'art. 73 del TUIR. La norma prevede che il controllo possa essere anche indiretto, in presenza di una catena societaria con più *sub holding*, al riguardo l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto che "anche nelle ipotesi in cui tra i soggetti residenti controllanti e controllati si interpongano più *sub-holding estere*" la presunzione possa essere applicata non solo alla entità estera che detiene direttamente partecipazioni nei soggetti italiani e risulta indirettamente controllata dal soggetto nazionale posto al vertice della catena, ma anche a tutte le altre società intermedie. Secondo l'Assonime (un'associazione fra le società italiane per azioni) nella circolare n.67 del 31 ottobre 2007, l'interpretazione dell'Agenzia delle entrate muove dall'assunto che, fatta valere la presunzione in parola e, quindi, riqualificata la *sub-holding* estera che direttamente controlla la società residente (e che è indirettamente controllata da soggetti residenti), come soggetto anch'esso fiscalmente residente in Italia, lo stesso meccanismo presuntivo possa essere attivato/reiterato anche nei confronti della *holding* estera inserita nell'anello immediatamente superiore della catena societaria, visto che quest'ultima si ritroverà, per effetto della richiamata presunzione, a controllare direttamente la *sub-holding*, ora, residente in Italia. Il controllo sul soggetto estero può essere esercitato da qualsiasi tipologia di soggetto e, quindi, anche da persone fisiche, tanto che il comma 5-ter dell'art. 73 del TUIR prevede che ai fini della verifica del controllo "per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5" del TUIR (coniuge, parenti entro il terzo grado ed affini entro il secondo). L'Assonime fa peraltro rilevare le difficoltà applicative della norma in questione, con particolare riferimento alla sussistenza di una situazione di: a) controllo di diritto o di fatto dall'Italia, ai sensi del citato art. 2359 c.c., qualora il soggetto estero non disponga di un'assemblea o di un equivalente organo deliberativo formato dai soci, come nel caso, ad esempio, di enti costituiti sotto forma di "fondazioni" o trust, laddove, al limite, potrebbe sostenersi l'esistenza di un controllo esercitato sul soggetto estero per il tramite di vincoli contrattuali, a prescindere dall'influenza sulle decisioni assembleari; b) controllo partecipativo dall'estero nei confronti di enti commerciali residenti, dal momento che tali ipotesi, in linea generale, non sembrano riconducibili alla fattispecie di controllo societario su società di capitali; c) frazionamento della partecipazione di controllo tra più *sub-holding* estere, tale per cui nessuno di tali, ultimi soggetti soddisfa, singolarmente, la previsione contenuta nell'art. 2358, comma 1, nn. 1 e 2 c.c. In questo caso, sembrerebbe che la presunzione, pur ricorrendo una fattispecie analoga a quella contemplata dalla norma, non operi per difetto del requisito del controllo attivo, ossia perché il controllo attivo rilevante ai fini della presunzione è solo quello diretto e nessuna delle *sub-holding* ne risulterebbe titolare. Naturalmente, in questa ipotesi, resta inalterato il regime ordinario di prova della residenza in Italia dei soggetti esteri; prova che, però, dovrebbe essere a carico dell'Amministrazione finanziaria. Qualora un'entità estera risulti titolare sia di partecipazioni di controllo in società italiane che di una stabile organizzazione, sempre collocata in Italia, se le partecipazioni sono detenute direttamente dal soggetto estero, in presenza degli altri presupposti, si potrà integrare la presunzione di esteroinvestizione. Viceversa, qualora tali partecipazioni di controllo siano state attribuite alla sua stabile organizzazione in Italia, l'applicazione della presunzione in argomento sarebbe da escludersi, in quanto le componenti reddituali rivenienti dalla controllata sarebbero comunque soggette ad imposizione in Italia. In tal caso, infatti, l'applicazione della presunzione sarebbe contraria alla ratio stessa della novella legislativa che, come già detto, mira a contrastare la localizzazione all'estero delle componenti reddituali afferenti alle partecipazioni in società italiane. La seconda ipotesi (elemento comune ad

esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali residenti nel territorio dello Stato;

2) o, in alternativa:

a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato<sup>26</sup>;

---

entrambe le ipotesi è il controllo "attivo" da parte della entità estera su entità commerciali residenti), invece, ricorre quando il soggetto estero, oltre a detenere il controllo in società, trust o enti commerciali italiani, sia amministrato da un organo composto in prevalenza da soggetti residenti. In tal caso, l'Amministrazione finanziaria dovrà verificare la residenza degli amministratori designati, la norma ha la funzione di snellire il percorso ispettivo, attraverso il meccanismo dell'inversione dell'onere della prova, attraverso la verifica di elementi e circostanze di agevole reperibilità.

<sup>25</sup> Nel contesto in esame, occorre evidenziare che l'art. 1, commi da 74 a 76 della Legge 27 dicembre 2006, n.296 ("Legge finanziaria per l'anno 2007"), ha introdotto, per la prima volta nel nostro ordinamento tributario, specifiche disposizioni in materia di trust. Il comma 74, modificando l'art. 73 del TUIR, ha incluso i trust tra i soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società (IRES). In tal modo, è stata riconosciuta a tale istituto un'autonoma soggettività tributaria rilevante ai fini IRES. Sul trust, si è espressa l'Amministrazione finanziaria, con la Circolare n.48/E dell'anno 2007, formulando alcune considerazioni, legate alla natura del trust medesimo, al fine di individuare criteri generali in tema di residenza. Nell'occasione, è stato fatto rilevare che, considerando le caratteristiche del trust, di norma, i criteri di collegamento al territorio dello Stato sono la sede dell'amministrazione e l'oggetto principale. In particolare, il primo di essi risulterà utile per i trust che si avvalgono, nel perseguire il loro scopo, di un'apposita struttura organizzativa (dipendenti, locali, ecc.). In mancanza, la sede dell'amministrazione tenderà a coincidere con il domicilio fiscale del trustee. Con riferimento alle disposizioni che mirano a contrastare possibili fenomeni di fittizia localizzazione dei trust all'estero, sono stati introdotti, anche per i trust, i seguenti, due casi di attrazione presuntiva della residenza in Italia, per effetto dei quali: 1) *"Si considerano residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Paesi che non consentono lo scambio di informazioni (Paesi non inclusi nella cosiddetta "white list" approvata con decreto del Ministro delle Finanze 4 settembre 1996 e successive modificazioni) quando almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato"*. 2) *"Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato che non consente lo scambio di informazioni quando, successivamente alla costituzione, un soggetto residente trasferisca a favore del trust la proprietà di un bene immobile o di diritti reali immobiliari ovvero costituisca a favore del trust dei vincoli di destinazione sugli stessi beni e diritti"*. Nelle due ipotesi considerate dalla norma, la residenza è attratta in Italia nel presupposto che il trust sia "istituito" in un Paese con il quale non è attuabile lo scambio di informazioni. La norma vuole colpire disegni elusivi perseguiti attraverso la collocazione fittizia di trust "interni" (trust con disponente/beneficiario o beni nel territorio dello Stato), in Paesi che non consentano lo scambio di informazioni. In buona sostanza, ai fini dell'attrazione della residenza, rileva il fatto che un trust, caratterizzato da elementi collegati con il territorio italiano (un disponente e un beneficiario residente o immobili siti in Italia e conferiti da un soggetto italiano), sia "istituito" ossia abbia formalmente fissato la residenza in un Paese non incluso nella *white list*.

<sup>26</sup> Tale, ultima tipologia di controllo può essere anche di natura indiretta; pertanto, al fine di verificare la sussistenza del controllo su detti soggetti non residenti, vanno computati anche i voti spettanti a società controllate, società fiduciarie o persone interposte. Quanto, invece, ai soggetti controllanti, residenti nel territorio dello Stato, questi possono essere rappresentati sia da soggetti titolari di reddito di impresa (imprenditori individuali, società di persone e società ed enti commerciali), sia da persone fisiche non titolari di reddito di impresa. In definitiva, rileverà qualsiasi tipologia di soggetto.

b) sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato<sup>27</sup>.

Il comma 5-ter specifica che *“ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 5-bis, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato. Ai medesimi fini, per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5”*<sup>28</sup>.

In tali circostanze il legislatore ritiene che la “sede dell'amministrazione” costituisca un criterio prevalente ai fini dell'attribuzione della residenza fiscale, tale da ritenersi presuntivamente radicata nel territorio italiano<sup>29</sup>. Pertanto, al verificarsi

<sup>27</sup> La residenza degli amministratori deve essere stabilita sulla base dei criteri previsti dall'art. 2 del TUIR. La società sarà considerata fiscalmente residente in Italia *“qualora, per la maggior parte del periodo d'imposta, risulti prevalentemente amministrata da consiglieri residenti nel territorio dello Stato”* (circolare Agenzia delle Entrate 16 febbraio 2007 n.11, § 12.3).

<sup>28</sup> In relazione al contenuto di tale disposizione si rilevano posizioni contrastanti. Secondo una prima tesi, condivisa anche dall'Agenzia delle Entrate, poiché il comma 5-bis inerisce sia al “controllo attivo” che al “controllo passivo”, tali elementi dovrebbero essere entrambi sussistenti alla data di chiusura dell'esercizio del soggetto estero e, qualora verificati, si potrebbe di conseguenza sostenere che lo status di residente fiscalmente in Italia dell'entità di diritto estero permanerebbe fino al perdurare dei vincoli di controllo, sia attivo che passivo, nei termini sopra indicati. Al contrario, in dottrina è stato osservato che una simile ricostruzione risulterebbe in contrasto con il principio comunitario di “proporzionalità”, dal momento che la residenza è un requisito che, sul piano sostanziale, va verificato in relazione al singolo periodo di imposta e non in un arco temporale pluriennale, in quanto non costituisce una caratteristica soggettiva permanente. Secondo, invece, la posizione di Assonime, la corretta interpretazione da dare al riguardo dovrebbe essere quella di considerare la situazione esistente a fine esercizio solo con riferimento al “controllo passivo” e non anche al “controllo attivo”, in quanto, diversamente, la presunzione risulterebbe inoperante proprio nel periodo di imposta in cui il soggetto estero cede la partecipazione di controllo e, quindi, non la possiede più alla data di chiusura del proprio esercizio: il “controllo attivo”, di contro, per rendere operativa la presunzione, dovrebbe sussistere per la maggior parte del periodo di imposta. L'Agenzia delle Entrate, in relazione alla seconda fattispecie presuntiva, nella circolare n.11/E del 16 febbraio 2007, ha ritenuto necessaria la permanenza del requisito della residenza in Italia della maggioranza dei componenti dell'organo di gestione dell'entità estera per la maggior parte del periodo di imposta.

<sup>29</sup> La Commissione tributaria provinciale di Varese con la sentenza n.125 del marzo 2013 ha preso posizione in relazione ai requisiti necessari per la localizzazione della sede di una società estera in Italia e a chi spetti l'onere di dimostrare tale circostanza. La CTP di Varese ha ritenuto, che nel caso in cui non si tratti di ipotesi di cui al comma 5-bis dell'art. 73, l'onere della prova circa la dimostrazione dell'esterovestizione gravi sull'Amministrazione Finanziaria. Amministrazione Finanziaria che, nel caso di specie non è riuscita a dimostrare l'effettiva localizzazione in Italia della sede dell'amministrazione della società estera attraverso la produzione in giudizio di alcuni documenti relativi alla gestione della società (ordini di bonifici, fatture, relazioni di gestione e promemoria) rinvenuti in differenti locali utilizzati dal soggetto che rivestiva la carica di rappresentante legale o presso locali utilizzati dai soci nell'esercizio delle proprie attività professionali o lavorative. Concludono, infatti, i giudici di Varese che tali circostanze possono, al

di uno di questi presupposti, un ente societario, pur avendo la sede formale all'estero, deve considerarsi fiscalmente residente nel territorio italiano.

L'art. 82, comma 22, del DL 25 giugno 2008, n.112, ha, inoltre, aggiunto il comma 5 *quater* all'art. 73 del TUIR, sempre in tema di "presunzione di residenza" introducendo una disposizione secondo cui sono da ritenersi fiscalmente residenti in Italia, salvo prova contraria, le società e gli enti non residenti che, contemporaneamente: 1) hanno investito il proprio patrimonio in misura prevalente (oltre il 50%) in quote di fondi di investimento immobiliare chiusi; 2) sono controllati, direttamente o indirettamente (per il tramite di società fiduciaria o di interposta persona) da soggetti residenti in Italia. Il controllo è individuato ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, dal codice civile, anche per le partecipazioni posseduti da soggetti diversi dalle società<sup>30</sup>.

---

limite, essere utilizzate per dimostrare sia che i soggetti responsabili della gestione della società portano con sé i documenti necessari per svolgere al meglio le loro funzioni e il loro incarico, sia il costante monitoraggio da parte dei soci sulle attività della società, ma in nessun modo possono fornire una indicazione univoca circa la localizzazione della sede dell'amministrazione nel territorio italiano. Non si può neppure, a parere dell'organo giudicante, considerare l'attività di indirizzo e controllo svolta dai soci nell'ambito dei poteri loro conferiti dallo statuto sociale quale attività di vera e propria amministrazione della società che per integrare i requisiti di residenza fiscale in Italia deve, oltre agli aspetti di contenuto, essere necessariamente ed univocamente collegata ad un luogo (la sede di detta amministrazione) in cui si organizza e si dirige stabilmente, o quanto meno con carattere continuità, la gestione sociale. (A tal proposito si veda *Esterovestizione delle società: come evitarla* in [www.fiscomania.com](http://www.fiscomania.com), 2016/04).

<sup>30</sup> Comma aggiunto dal DL 25 giugno 2008, n.112, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2008, n.133 e, successivamente, così modificato dall'art. 12, comma 1, lett. a), D.Lgs. 4 marzo 2014, n.44. Il comma 5 *quinqüies* dell'articolo 73 Tuir (così come modificato dal DL 13 agosto 2011, n.138, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 settembre 2011, n.148, a decorrere dal 1° gennaio 2012, ai sensi di quanto disposto dal medesimo art. 2, comma 24, DL n.138/2011; sostituito dall'art. 96, comma 1, lett. c), DL 24 gennaio 2012, n.1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n.27 e, successivamente, così modificato dall'art. 12, comma 1, lett. b), D.Lgs. 4 marzo 2014, n.44) prevede che *"I redditi degli organismi di investimento collettivo del risparmio istituiti in Italia, diversi dagli organismi di investimento collettivo del risparmio immobiliari, e di quelli con sede in Lussemburgo, già autorizzati al collocamento nel territorio dello Stato, di cui all'articolo 11-bis del decreto-legge 30 settembre 1983, n.512, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 novembre 1983, n.649, e successive modificazioni, sono esenti dalle imposte sui redditi purché il fondo o il soggetto incaricato della gestione sia sottoposto a forme di vigilanza prudenziale. Le ritenute operate sui redditi di capitale sono a titolo definitivo. Non si applicano le ritenute previste dai commi 2 e 3 dell'articolo 26 del DPR 29 settembre 1973, n.600 e successive modificazioni, sugli interessi ed altri proventi dei conti correnti e depositi bancari, e le ritenute previste dai commi 3-bis e 5 del medesimo articolo 26 e dall'articolo 26-quinquies del predetto decreto nonché dall'articolo 10-ter della legge 23 marzo 1983, n.77, e successive modificazioni"*.

Sicché, l'esterovestizione è un'ipotesi più gravosa per il contribuente rispetto alla contestazione della residenza fiscale effettiva in Italia, in quanto l'onere della prova è invertito, gravando su quest'ultimo.

L'art. 35, comma 13, del DL n.223 del 2006, ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano una presunzione legale relativa<sup>31</sup>, al fine di contrastare il fenomeno delle società esterovestite, in base alla quale, in presenza di determinate condizioni, la sede dell'amministrazione di società ed enti (formalmente) non residenti si considera, salvo prova contraria, esistente nel territorio dello Stato.

Al fine di vincere tale presunzione, è necessario che si dimostri che, nonostante ricorrano i previsti requisiti, la sede amministrativa è comunque situata nel Paese estero in cui si trova la sede legale o, in ogni caso, non è da considerarsi radicata nel territorio nazionale. Occorre dimostrare che la società o ente estero, indipendentemente dalla circostanza che abbia una *holding*<sup>32</sup> di riferimento in Italia o dalla residenza fiscale italiana dei singoli membri del Consiglio di Amministrazione è di fatto amministrata al di fuori del territorio italiano.

In tutti i casi, l'Amministrazione finanziaria, secondo le regole generali dell'onere della prova, potrà sempre dimostrare con elementi diversi da quelli indicati dalla

<sup>31</sup> La Commissione tributaria provinciale di Como, con la sentenza 91.01.2013, ha precisato che l'esterovestizione deve essere sempre provata. Non sono sufficienti, allo scopo, le presunzioni previste dall'art. 73, comma 5-bis del Tuir. I giudici hanno rilevato che l'esterovestizione si configura solo quando ci si trovi di fronte a una costruzione di puro artificio secondo l'orientamento assunto dalla Cassazione nella sentenza 2869 del 2013. La pronuncia della Suprema corte richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia Ue, *"ha affermato, in tema di libertà di stabilimento, che la circostanza che una società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per se stessa un abuso di tale libertà; tuttavia, una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate a eludere la normativa dello Stato membro interessato"*. La Ctp ha sottolineato che, nella risposta a una richiesta di chiarimenti avanzata dalla Commissione europea (protocollo 39678 del 19 marzo 2010), l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che le presunzioni previste dall'articolo 73, comma 5-bis, del Tuir *"costituiscono solo il punto di partenza di una verifica più ampia... sul l'intensità del legame tra la società e lo Stato estero e tra la medesima società e l'Italia"*. Pertanto, hanno la funzione di facilitare il compito del verificatore nell'accertamento degli elementi di fatto per la determinazione della residenza effettiva. Ma l'amministrazione finanziaria deve dimostrare in concreto l'effettività del l'esterovestizione. Secondo la Ctp, la presunzione (relativa) introdotta dal legislatore nel 2006 non esonera l'ufficio accertatore dall'onere di fornire una prova *"piena"*, ossia completa e esaustiva circa la presunta esterovestizione dell'ente non residente.

<sup>32</sup> Su tale aspetto si rinvia a ODETTO G.-VALENTE P., *La presunzione di residenza fiscale in Italia delle Holding estere controllate o amministrate da soggetti italiani*, in *Prat. fisc. prof.*, 2006, n.34, 18.

disposizione in esame, la sussistenza della sede dell'amministrazione della società o ente estero in Italia<sup>33</sup>.

L'azione di contrasto al comportamento evasivo è posta in essere attraverso una norma che invertendo l'onere probatorio, pone a carico del soggetto sospetto di esterovestizione la prova dell'effettiva esistenza di una struttura imprenditoriale in un altro Stato, si tratta di determinare la rilevanza fiscale in Italia di operazioni realizzate o meno da parte di strutture societarie localizzate all'estero<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> L'Amministrazione finanziaria ha il compito di dimostrare l'esistenza dei presupposti su cui si basa la fattispecie presuntiva di cui all'articolo 73 comma 5-bis TUIR, ossia, la sussistenza del rapporto di controllo, che può essere attivo, esercitato dalla società o ente estero su soggetti residenti, (controllo diretto), o del controllo passivo, (controllo indiretto) esercitato sulla società o ente estero da soggetti residenti, e che il soggetto estero è amministrato in prevalenza da soggetti residenti. (Commissione tributaria regionale Campania, sentenza n.12049 del 18 novembre 2015).

<sup>34</sup> VALENTE P., CARDONE D, *Esterovestizione delle società, Profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, Ipsoa, 2015. Secondo gli autori "in assenza di espressa previsione normativa, si ritiene che la prova circa l'esistenza all'estero della sede dell'amministrazione debba essere fornita in sede di accertamento. La norma, infatti, non prevede la possibilità di dimostrare in via preventiva l'inapplicabilità della norma al caso concreto, né consente di anticipare il momento del contraddittorio entro termini utili per l'adempimento spontaneo. Al fine di "vincere" la presunzione in commento, non sembra possibile formulare istanza di interpello preventivo, posto che il superamento della presunzione di residenza verte eminentemente su questioni di fatto, mentre la procedura di interpello ordinario prevista dall'art. 11 della Legge 27 luglio 2000, n.212 si riferisce a "obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione" di una norma". In tal senso, l'Agenzia delle Entrate, con la Risoluzione n.312/E del 5 novembre 2007, ha escluso che la fattispecie in rassegna possa essere oggetto di interpello preventivo. Alla luce del quesito posto dall'istante, sulla localizzazione della sede di una "holding statica" di diritto olandese, ha sancito: "La verifica dell'effettiva sede dell'amministrazione di una società o della localizzazione dell'oggetto principale dell'attività, investe complessi profili di fatto del reale rapporto di una società con un determinato territorio non valutabili in sede di interpello c.d. ordinario o interpretativo. Tale verifica, infatti, esula dalle finalità dell'istituto dell'interpello ordinario, sancite dall'articolo 11 della legge n.212/2000 e dall'articolo 1 del D.M. n.209 del 26 aprile 2001. La dimostrazione della "prova contraria" sulla base non solo del dato documentale, ma anche sulla base di tutti gli elementi concreti da cui risulti, in particolare, il luogo in cui le decisioni strategiche è peraltro essenziale per permettere quella valutazione caso per caso necessaria al fine di garantire la proporzionalità della norma rispetto al fine perseguito. Ciò stante l'istanza in argomento è da considerare inammissibile, ai sensi dell'articolo 1 del D.M. n.209 del 26 aprile 2001, che subordina la possibilità di presentare istanza di interpello ordinario alla ricorrenza di "obiettive condizioni di incertezza sulla interpretazione di una disposizione normativa di natura tributaria", in riferimento a casi concreti e personali". (In merito si ricorda anche VALENTE P., *Esterovestizione e Residenza*, Milano, 2013, p.6 ss.). Il citato documento di prassi testualmente recita: "Per quanto riguarda la prova contraria necessaria per superare la presunzione di "esterovestizione" di cui all'articolo 73, comma 5-bis... si evidenzia che la stessa può essere offerta nella competente sede di accertamento e non tramite la procedura di interpello cosiddetto disapplicativo disciplinata dall'articolo 37-bis, comma 8, del DPR 29 settembre 1973, n.600. Ciò non solo perché la predetta dimostrazione è prevalentemente basata su elementi di fatto non agevolmente desumibili dalla documentazione su cui normalmente è incentrata l'analisi preventiva in sede di interpello, ma anche perché la procedura ex articolo 37-bis, comma 8, del DPR n.600 del 1973 è in genere esperibile per la disapplicazione di norme che incidono in maniera diretta ed immediata sul



### 3.1. Il contenuto della prova contraria, come vincere la presunzione di esterovestizione: la problematica ipotesi delle *holding*

La norma in tema di esterovestizione ammettendo la prova contraria tende a “facilitare” l’attività ispettiva attraverso un’innovazione e integrazione procedurale.

Sul contribuente grava l’onere della prova sulla residenza, ossia di dimostrare che la sede di direzione effettiva della società o ente di diritto estero, per la maggior parte del periodo d’imposta, sia localizzata fuori dal territorio italiano (prova di carattere positivo) o che comunque, alternativamente, non deve considerarsi radicata in Italia (prova di carattere negativo)<sup>35</sup>.

In ossequio agli indirizzi delineati della Corte di giustizia in tema di restrizioni alla libertà di stabilimento si può ritenere che la presunzione in oggetto risulta contrastata anche, solo, dimostrando l’insussistenza di un attendibile collegamento territoriale con l’Italia, senza estendere la prova contraria a tutti i profili di estraneità della sede amministrativa del soggetto estero rispetto al territorio dello Stato. In particolare, ove provato il concreto esercizio di un’attività economica prevalentemente all’estero, il contribuente non dovrebbe essere gravato

---

*quantum dell’obbligazione tributaria, ossia di norme che limitano deduzioni, detrazioni, crediti d’imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall’ordinamento tributario e che per ciò stesso, a differenza della norma recata dall’articolo 73, comma 5-bis, che incide sulla soggettività passiva, impattano direttamente sulla determinazione del debito tributario”. Premesso che l’articolo 37-bis del DPR 600/1973, rubricato “disposizioni antielusive” è stato abrogato dall’articolo 1, comma 2, del D.Lgs. 128/2015, in vigore dal 2 settembre 2015 si ritiene che, per effetto delle argomentazioni logico-giuridiche richiamate nella citata risoluzione 312/E/2007, ancora oggi eventuali questioni interpretative relative alla esatta individuazione della residenza fiscale del soggetto passivo non possano formare oggetto di interpello preventivo, nelle varie forme attualmente previste dalla legge. Tuttavia, tenuto conto della delicatezza del tema e dei correlati profili di incertezza, che in passato hanno generato aspri contenziosi tra Fisco e contribuente, sarebbe auspicabile che la *vexata quaestio* possa formare oggetto di approfondimento e confronto tecnico-operativo nell’ambito del nuovo regime di adempimento collaborativo, introdotto nel nostro ordinamento tributario dal D.Lgs. n.128/2015, rubricato “Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente”. Il legislatore, in tale contesto, vuole infatti promuovere forme di comunicazione e di cooperazione rafforzata tra l’Amministrazione finanziaria ed i contribuenti dotati di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, con il precipuo scopo di ridurre il contenzioso e favorire, nel contempo, particolari forme di *tax compliance* in ambito fiscale. Su tale aspetto di rinvia a BARGAGLI M, *Esterovestizione: possibile utilizzare l’interpello preventivo?* in [www.ecnews.it](http://www.ecnews.it) 18 aprile 2017.*

<sup>35</sup> Su tale aspetto si rinvia a MANNA R., *Misure di contrasto all’elusione fiscale: la presunzione di residenza introdotta dal DL n.223 del 2006*, in *Il Fisco*, 2006, n.30, p. 4614.

dall'ulteriore onere di sostenere l'assenza della sede di direzione effettiva in Italia o alternativamente la sua sussistenza all'estero.

La Corte di giustizia ha sottolineato, in ossequio al principio di proporzionalità, l'importanza di valutare caso per caso il tema della prova contraria, analizzando la particolare situazione operativa del soggetto estero e la rilevanza delle fattispecie presuntive rispetto a tale situazione.

Specificatamente, vi sono alcuni elementi utilizzabili dal contribuente per superare la presunzione relativa introdotta dalla norma, riferibili alle varie caratteristiche che può assumere una *holding*, nelle seguenti ipotesi:

1) *holding* mista, vale a dire una società che, oltre a detenere partecipazioni di controllo, svolge prevalentemente all'estero attività industriale, commerciale o finanziaria. Il superamento della presunzione, in tale ipotesi, potrà avvenire invocando validamente l'effettiva localizzazione dell'attività principale all'estero, la quale è connessa, nella maggior parte dei casi, all'assunzione in loco delle decisioni gestionali;

2) *holding* di gestione, è un'*holding* caratterizzata dallo svolgimento di un'attività di direzione e coordinamento delle partecipate (*holding* cd. "pure") e/o di fornitura di servizi ausiliari di finanziamento e di amministrazione (*holding* cd. "operative") alle partecipate. In questo caso, la prova di residenza all'estero dovrà essere fornita rilevando che l'attività svolta dalla *holding* è un'attività economica autonoma rispetto a quella delle partecipate e che il luogo in cui tale attività si svolge è all'estero. In tale ottica, viene ritenuto rilevante il fatto che gli atti negoziali, attraverso i quali viene posta in essere l'attività di direzione e coordinamento, vengano effettivamente posti in essere all'estero<sup>36</sup>;

3) l'*holding* passiva è un'entità che si limita a detenere partecipazioni in società residenti in Italia, non svolgendo, per sua natura, alcuna, ulteriore attività economica di particolare rilievo. Ed è proprio in relazione a quest'ultima ipotesi che

---

<sup>36</sup> In linea di massima, le attività tipiche di una *holding*, siano esse di direzione e coordinamento, piuttosto che di ulteriore attività in campo finanziario ed ausiliario, devono essere esplicitate in via diretta e in nome proprio della capogruppo al pari di ciò che avviene nell'ambito della produzione e dello scambio posto in essere dalle controllate "operative". Cfr. op. cit. VALENTE P., *Esterovestizione e Residenza*.

si manifestano i profili di maggiore incertezza, risultando particolarmente complesso fornire la prova contraria e garantire il rispetto del principio di proporzionalità, a causa dell'inconsistenza di veri e propri atti volitivi. Difatti, l'assenza di una vera e propria attività e di una struttura organizzativa apprezzabile di cui possa essere verificata la localizzazione rende la prova meno agevole. Al riguardo si ritiene che dovrebbe essere necessariamente fornita la prova contraria piena, ossia la prova dell'inesistenza degli elementi costitutivi della sede dell'amministrazione in Italia, ovvero, in positivo, la prova dell'ubicazione della sede amministrativa all'estero, dimostrando che il luogo degli atti volitivi si è radicato all'estero per la maggior parte del periodo di imposta.

La composizione del patrimonio della *holding* estera, potrebbe essere di aiuto, laddove la parte prevalente delle partecipazioni possedute sia relativa a società estere o ad altri investimenti all'estero e, quindi, la partecipazione di controllo nella società italiana rappresenta una parte solo residuale del patrimonio.

Per quanto attiene alle *holding* di gestione, secondo prassi e dottrina consolidata, in relazione all'oggetto principale, rileva l'attività effettivamente esercitata e non quella formalmente dichiarata in ambito statutario, il loro oggetto sociale non deve essere confuso con quello delle partecipate (controllate) né tantomeno con quello dei beni da queste possedute. La *holding* di gestione ha quale oggetto principale la direzione ed il coordinamento delle proprie partecipate, il suo "assets" non necessariamente è localizzato nello stesso Stato della holding e l'attività di gestione, di solito, si contraddistingue per una struttura "snella", sia in termini organizzativi che strutturali. L'attività di direzione e coordinamento, che si risolve in un'attività "strategica" nell'interesse del Gruppo è, pertanto, differente da quella di gestione dell'impresa di cui restano titolari le società controllate.

In relazione, invece, al luogo in cui l'oggetto principale viene sviluppato, in Italia o all'estero, deve farsi riferimento alle caratteristiche intrinseche dell'attività svolta e alla natura dei beni posseduti necessari allo svolgimento dell'attività stessa.

Vi sono, poi, alcuni casi specifici, caratterizzati dalla particolare situazione economico aziendale del contribuente, in cui la società o l'ente estero, pur

detenendo partecipazioni di controllo in entità italiane ed essendo controllato, a sua volta, o amministrato da soggetti residenti in Italia, manifesti una composizione del proprio patrimonio o una tale ampiezza delle attività svolte che lascino agevolmente sostenere che la partecipazione di controllo che la lega al territorio italiano rappresenti solo un aspetto marginale. In quest'ultima ipotesi, il contribuente, venuta meno l'attendibilità di uno degli indicatori, è esentato dal provare la propria estraneità al territorio dello Stato sotto altri profili, in quanto il rapporto partecipativo con l'Italia già risulta, di per sé, obiettivamente marginale e non qualificante.

### **3.2. I controlli dei verificatori**

L'attenzione delle contestazioni dei verificatori dell'Amministrazione finanziaria, in sede ispettiva, deve essere incentrata sulla sede legale, sulla sede dell'amministrazione e sull'oggetto sociale, al fine di dimostrare che la veste giuridica formale della società non trova riscontro con il dato fattuale. Il controllo della residenza ai fini fiscali può consistere, sulla base di un'analisi preliminare e mirata della struttura e dell'operatività della società<sup>37</sup>, anche nell'accesso presso una società residente, qualora casualmente sia rinvenuta documentazione di varia natura attinente l'operatività di una società formalmente costituita all'estero, che, in quanto tale, non avrebbe titolo per essere custodita nel territorio dello Stato. Tra i criteri di collegamento, in sede di controllo, il meno rilevante, è quello della sede legale, dal momento che questa, pur ricorrendo nell'atto costitutivo o nello statuto della società, può, in concreto esaurirsi in una indicazione meramente formale.

In relazione al controllo della sede dell'amministrazione, i verificatori possono seguire due orientamenti: l'uno formale, volto ad accertare il luogo nel quale si riunisce il Consiglio di amministrazione ovvero l'assemblea dei soci (presumibilmente il luogo in cui vengono assunte le decisioni fondamentali della società); e l'altro sostanziale, finalizzato ad individuare i seguenti elementi

---

<sup>37</sup> L'attività di accertamento fiscale ad opera dei verificatori, di prassi, è preceduta da una vera e propria attività di *intelligence* in tal senso *Esterovestizione societaria e accertamento* in [www.fiscomania.com](http://www.fiscomania.com), 1° giugno 2017.

sintomatici della presenza in Italia della sede dell'amministrazione quali la residenza degli amministratori, avendo principale riguardo agli amministratori di fatto e non a quelli di diritto; il potere effettivo di gestione dei conti bancari della società e, più in genere, delle sue disponibilità finanziarie; l'affidamento di poteri decisionali in capo all'assemblea dei soci residenti in Italia in relazione agli aspetti fondamentali e vitali della gestione societaria; la struttura organizzativa della società, da intendersi come il luogo in cui è presente un apparato organizzato di beni e persone, dove viene esercitata l'impresa e da dove promanano le attività di direzione dell'ente.

In sede ispettiva, l'attenzione dei verificatori andrà posta sul reperimento di tutti gli elementi utili a comprovare, nel loro insieme, che le attività amministrative e gestionali della società formalmente residente all'estero sono di fatto svolte sul territorio nazionale.

#### **4. I chiarimenti dell'agenzia delle Entrate: la circolare n 28/E del 2006**

L'Agenzia delle entrate è intervenuta in materia con la circolare 4 agosto 2006 n.28/E, in particolare al paragrafo n.8, chiarisce che l'effetto immediato dell'individuazione della residenza fiscale della società in Italia, risulta essere:

- a) l'assoggettamento al regime di imponibilità o di esenzione ai sensi degli artt. 86 ed 87 del TUIR delle plusvalenze realizzate dalla cessione di partecipazioni;
- b) la tassazione piena degli utili di partecipazione provenienti da società residenti in Paesi a fiscalità privilegiata.

Per converso, i flussi di dividendi, interessi e le *royalties* in uscita dall'Italia non saranno assoggettati a ritenuta e quelle eventualmente subite nel periodo d'imposta per il quale tali soggetti sono considerati residenti potranno essere scomputate in sede di dichiarazione annuale.

Al paragrafo 8.1 la Circolare ribadisce che: *"gli elementi di collegamento con il territorio dello Stato individuati dalla norma sono astrattamente idonei a sorreggere la presunzione di esistenza nel territorio dello Stato della sede dell'amministrazione delle società in esame. Si tratta, infatti, di elementi già valorizzati nella esperienza interpretativa e applicativa, sia a livello internazionale*

che nazionale. Essi si ispirano sia a criteri di individuazione dell'*effective place of management and control* elaborati in sede OCSE<sup>38</sup>, sia ad alcuni indirizzi

<sup>38</sup> PEM (*Place of Effective Management*) nella residenza fiscale delle società in [www.fiscomania.com](http://www.fiscomania.com), marzo 2017. Il *Place of effective Management* (PEM) consente di individuare quale dei due Stati contraenti della Convenzione sulla doppia imposizione fiscale possa essere considerato lo Stato di residenza della società e abbia il diritto di assoggettamento a tassazione di tale società come residente in modo da evitare la doppia imposizione fiscale dello stesso reddito-profitto nei due Paesi. I Trattati contro le doppie imposizioni hanno un primario fine economico, in quanto attraverso di essi uno Stato, sia esso Stato della Fonte o della Residenza, accetta una limitazione alla propria sovranità impositiva. Il Modello di Convenzione OCSE non crea norme applicabili all'interno del singolo Paese aderente all'organizzazione, ma si limita a ripartire, in ipotesi di redditi transnazionali, il potere impositivo tra Stati che, per identità o diversità di criteri di collegamento, possano avanzare pretese tributarie nei confronti di un medesimo soggetto ovvero su una stessa fonte di reddito. Il Modello affronta e risolve, con le c.d. *tie breaker rules*, le ipotesi di doppia residenza e i conseguenti profili di doppia tassazione. Ai fini della corretta individuazione della residenza fiscale del soggetto non persona fisica, il Modello OCSE adotta il criterio del *Place of Effective Management* (PEM), sulla scorta del fatto che un ente può avere più di una sede di direzione, ma avrà sempre una sola sede di direzione effettiva per volta: ove si radicherà il PEM, lì si considererà residente la società. Per una definizione di *Place of Effective Management* è necessario fare riferimento al Commentario al Modello OCSE che, all'articolo 4 (par. 24.1), nell'adottare un approccio di tipo casistico, chiarisce che esso va di volta in volta individuato nel luogo in cui sono assunte di fatto le principali decisioni di tipo gestionale e commerciale necessarie per la conduzione dell'insieme delle attività dell'impresa, desumibile anche dal luogo in cui si tengono i consigli di amministrazione, in cui è svolta la gestione direttiva quotidiana dell'impresa ed in cui sono tenuti i libri contabili. L'Italia ha posto una riserva al Commentario, non condividendo l'interpretazione esposta nel par. 24 relativa alla persona o gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato quale esclusivo criterio per determinare la residenza fiscale. E' stato infatti sottolineato come, al fine della corretta determinazione del luogo di direzione effettiva, si debba necessariamente considerare anche il luogo ove l'attività principale e sostanziale dell'ente è esercitata, in conformità alla Relazione allo schema del DPR n.598/1973, ove espressamente si evidenziava che per poter radicare la residenza di un soggetto era necessario avere a mente "*dati obiettivi di collegamento con il territorio*". Ciononostante, le Corti nazionali, in taluni casi, sembrano adottare un approccio differente, non conforme alla citata posizione nazionale ufficiale e al dettato normativo interno. La Suprema Corte, con sentenza n.1811/2014, ha infatti sconfessato la rilevanza dell'analisi dell'oggetto principale nella determinazione della residenza fiscale di una società, statuendo che lo stesso rappresenta un criterio residuale. La Corte, tuttavia, avrebbe dovuto seguire un diverso percorso argomentativo: ammettere che l'oggetto principale dell'attività si trovava in Italia, quindi evidenziare che le strutture esistenti a Malta non erano *wholly artificial arrangements* (e che quindi non vi era la possibilità di invocare il principio della libertà di stabilimento) e concludere che, pur essendo l'oggetto principale dell'attività criterio di collegamento di ugual valore rispetto a quello rappresentato dalla sede di direzione, nel caso di specie detto criterio non poteva trovare applicazione in virtù dell'esistenza di una Convenzione ad hoc stipulata tra Italia e Malta, ove il PEM è stato scelto quale criterio dirimente. A ben vedere, nel caso in esame la Corte parrebbe aver sancito che la residenza fiscale di un ente non deve essere ricercata nel luogo ove lo stesso commercializza e vende i propri prodotti. Se il Commentario al Modello OCSE individua la sede di direzione effettiva nel luogo in cui vengono adottate le decisioni più importanti relative alla gestione della società e allo svolgimento dell'attività di impresa, la mancanza di una definizione di PEM ha portato ad interpretazioni e applicazioni non sempre omogenee del criterio in questione, che hanno portato alla formazione di più interpretazioni, tra cui il concetto del centro del controllo di gestione (*central management and control*). I due concetti, seppur simili non sono perfettamente sovrapponibili, potendosi riferire il primo alle attività di alta direzione e strategia dell'ente, il secondo a quelle di *day to day management*. La Cassazione, in relazione anche ai criteri

*giurisprudenziali. La norma prevede, in definitiva, l'inversione, a carico del contribuente, dell'onere della prova, dotando l'ordinamento di uno strumento che solleva l'amministrazione finanziaria dalla necessità di provare l'effettiva sede della amministrazione di entità che presentano elementi di collegamento con il territorio dello Stato molteplici e significativi. In tale ottica la norma persegue l'obiettivo di migliorare l'efficacia dell'azione di contrasto nei confronti di pratiche elusive, facilitando il compito del verificatore nell'accertamento degli elementi di fatto per la determinazione della residenza effettiva delle società. In particolare,*

---

di collegamento previsti dal comma 3 dell'articolo 73 del TUIR, sembra suggerire l'esistenza di un ordine gerarchico, ove sostiene che le discipline in tema di residenza interna e pattizia, "a ben vedere, sono sostanzialmente equivalenti, perché la seconda rinvia, come criterio generale, alla legislazione interna ed assume, poi, come criterio sussidiario nel caso di accertata doppia residenza, quello della sede effettiva della società, che non è altro che il criterio decisivo anche per la norma interna, secondo la consolidata interpretazione dottrinale e giurisprudenziale di questa". Tra la nozione internazionale di *Place of Effective Management* e quella, nazionale, di sede dell'amministrazione, ex articolo 73, comma 3, del DPR n.917/86 esiste una particolare coincidenza, in considerazione del fatto che quest'ultima definizione coincide con la nozione di sede effettiva (in ciò contrapponendosi al criterio formale della sede legale), intesa quale luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente. La giurisprudenza interna tende ad assimilare i concetti di sede di amministrazione e sede di direzione effettiva, la Cassazione nella sentenza n.2869/2013, ha evidenziato che "... La nozione di sede dell'amministrazione ... in quanto contrapposta alla sede legale, deve ritenersi 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..." Da quanto sopra, emerge come la sede dell'amministrazione e quella di direzione effettiva dell'ente siano concetti sovrapponibili nel nostro ordinamento: il PEM rappresenta, dunque, la sede di direzione "strategico-operativa" (e non quella di "alta direzione strategica") dell'ente, ove si organizza in concreto, si dirige la gestione sociale e da cui provengono gli impulsi volitivi inerenti l'attività amministrativa della società, in linea con l'esigenza di ogni sistema tributario di identificare i propri contribuenti sulla base di criteri sostanziali. Il Modello di Convenzione OCSE si limita a ripartire, in ipotesi di redditi transnazionali, il potere impositivo tra Stati che, per identità o diversità di criteri di collegamento, considerino residenti nel proprio territorio una stessa persona fisica o giuridica, non preoccupandosi in alcun modo di identificare criteri *ad hoc* per radicare la residenza fiscale all'interno dei singoli confini nazionali. Per tale motivo, non vi sono profili di incompatibilità tra il diritto interno e le norme pattizie. Mentre il diritto interno si occupa della definizione degli istituti giuridici e del presupposto d'imposta, il diritto pattizio interviene nella risoluzione di possibili conflitti di sovranità impositiva tra Stati. In altri termini, e con riferimento alle ipotesi di *dual residence companies*, è necessario partire da un'analisi dell'applicabilità della normativa nazionale, ai fini della identificazione del soggetto quale residente o non residente. Solamente in un secondo momento dovrà essere analizzata, ove esistente, la norma pattizia, che come detto interviene con la *tie breaker rule* rappresentata dal PEM. Nell'ipotesi in cui non si riesca a dirimere la questione attraverso il ricorso alla *tie breaker rule*, si potrà attivare la procedura del *mutual agreementsex* prevista dall'articolo 25 del Modello di Convenzione OCSE, in via autonoma e distinta rispetto all'eventuale instaurazione di un contenzioso dinanzi al giudice tributario.

essa intende porre un freno al fenomeno delle cosiddette esteroinvestizioni, consistenti nella localizzazione della residenza fiscale delle società in Stati esteri al prevalente scopo di sottrarsi agli obblighi fiscali previsti dall'ordinamento di appartenenza; a tal fine la norma valorizza gli aspetti certi, concreti e sostanziali della fattispecie, in luogo di quelli formali, in conformità al principio della *substance over form* utilizzato in campo internazionale<sup>39</sup>. Come sottolinea la Relazione illustrativa, le disposizioni in esame si applicano alle società ed enti che presentano due rilevanti e continuativi elementi di collegamento con il territorio dello Stato in quanto: detengono partecipazioni di controllo, di diritto o di fatto ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, in società ed enti residenti; sono, a loro volta, controllati anche indirettamente ovvero amministrati da soggetti residenti. La norma è applicabile anche nelle ipotesi in cui tra i soggetti residenti controllanti e controllati si interpongano più *sub-holding* estere. La presunzione di residenza in Italia della società estera che direttamente controlla una società italiana, renderà operativa, infatti, la presunzione anche per la società estera inserita nell'anello immediatamente superiore della catena societaria; quest'ultima si troverà, infatti, a controllare direttamente la *sub-holding* estera, considerata residente in Italia".

Pertanto, mentre pacificamente l'accertamento della sede legale di una società si identifica con la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o nello statuto, l'individuazione della sede amministrativa o dell'oggetto principale richiede valutazioni più complesse<sup>40</sup>.

La presunzione in esame determina un'inversione dell'onere della prova in relazione all'esistenza, nel territorio nazionale, della sede dell'amministrazione e della residenza del soggetto estero, opera a prescindere dalla sua configurazione

<sup>39</sup> La scelta del *PEM* quale criterio dirimente a livello internazionale, pur non andando esente da critiche, risponderebbe alla logica della *substance over form*, rappresentando esso il luogo ove si decide l'*an*, il *quantum* ed il *quomodo* del reddito che potrà poi essere materialmente prodotto altrove, oltre gli schemi formalistici del concetto di sede legale o del mercato cui l'attività dell'ente è rivolta.

<sup>40</sup> Ad esempio, secondo una prassi comune, se i soci di controllo di un'entità estera con investimenti partecipativi in Italia sono italiani, ovvero la maggioranza dei componenti dell'organo volitivo risiede in Italia, è lecito desumere con alta probabilità che anche il centro decisionale della società, ovvero la sede dell'amministrazione, è localizzato nel territorio dello Stato.



o meno di *holding* e delle caratteristiche dell'ordinamento tributario del Paese in cui è collocata la sede legale.

Secondo l'Agenzia delle Entrate, gli elementi (alternativi) di collegamento al territorio dello Stato italiano, e in particolare della localizzazione dell'oggetto principale o all'esistenza dell'amministrazione, devono essere valutati in base ad elementi di effettività sostanziale e richiedono, nella maggior parte dei casi, complessi accertamenti di fatto del reale rapporto della società o dell'ente con un determinato territorio, in contraddittorio con il contribuente. A sua volta, prosegue l'Agenzia delle Entrate *"il contribuente, per vincere la presunzione, dovrà dimostrare, con argomenti adeguati e convincenti, che la sede di direzione effettiva della società non è in Italia, bensì all'estero. Tali argomenti e prove dovranno dimostrare che, nonostante i citati presupposti di applicabilità della norma, esistono elementi di fatto, situazioni od atti, idonei a dimostrare un concreto radicamento della direzione effettiva nello Stato estero"*<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> VASSALLO M., *Esterovestizione e reato di omessa dichiarazione: l'assoluzione Dolce & Gabbana, Cassazione penale, Sezione III, sentenza 30/10/2015 n° 43809*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 18-12-2015. A tal riguardo gli Ermellini hanno chiarito che il concetto di "direzione effettiva", quale criterio di determinazione della residenza fiscale di una società (Convenzione Italia/Lussemburgo sul divieto di doppia imposizione, ratificata in Italia con la legge 14 agosto 1982 n.747), che fa riferimento al luogo di svolgimento dell'attività, alla residenza degli amministratori ovvero al luogo di convocazione e riunione dell'assemblea sociale, non può essere utilizzato in modo automatico ove ciò porti a conclusioni inaccettabili tenuto conto della specifica realtà aziendale. Secondo la Terza Sezione Penale della Cassazione, *"identificare tout court la sede amministrativa della società controllata con il luogo nel quale si assumono le decisioni strategiche o dal quale partono gli impulsi decisionali può in questi casi comportare conseguenza aberranti ove esso dovesse identificarsi con la sede della società controllante, in evidente contrasto con le ragioni stesse della politica del gruppo e le esigenze sottese a tale controllo"*. Ove si agisse in contrasto con tale impianto interpretativo si avrebbe quale risultato quello di realizzare un'abrogazione di fatto delle norme che ammettono e disciplinano il concetto di esterovestizione delle società controllate di cui agli artt. 2497 e segg. cod. civ. (si veda anche Cass. Civ. Sez. 1, 22280 del 17/10/2006). I giudici chiariscono che sarebbe stato auspicabile, nel caso in esame, seguire la scelta del legislatore fiscale il quale, nell'ipotesi di società estere controllate, privilegia il dato dell'effettivo esercizio dell'attività quale elemento selettivo della riconducibilità o meno, in Italia, dei redditi prodotti all'estero. I giudici di Piazza Cavour hanno spiegato che 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 che possa ritenersi sussistente, per ciò solo, una presunzione generale di frode fiscale. 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, come osservato dall'avvocato generale, 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*

La dimostrazione dell'effettiva residenza all'estero deve basarsi sia su elementi di prova formali e sostanziali<sup>42</sup>, fondati su fatti e circostanze incontrovertibili, attestanti l'autonomia giuridica, contrattuale, finanziaria, e sia sulle motivazioni imprenditoriali sottostanti alla configurazione del gruppo.

*lo ottenga attraverso situazione di puro artificio*". (Si veda Sent. *BLP Group, Cantor Fitzgerald International*). 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. Nel testo della motivazione la Cassazione ha riportato un principio già affermato in precedente dalla sezione V, secondo cui sussiste abuso del diritto di stabilimento nel caso di esterovestizione, ossia di localizzazione fittizia della residenza fiscale all'estero di una società, ove si accerti che il trasferimento dell'impresa non vi è stato; ovvero, quando l'operazione consista nella creazione di una forma giuridica che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica (*wholly artificial arrangement*). Certamente in caso di società controllata estera (art. 2359, comma 1, cod. civ.) non può costituire criterio esclusivo di accertamento la sede della direzione effettiva da cui partono gli impulsi gestionali e le direttive amministrative; al contrario deve verificarsi la sussistenza dei requisiti per qualificare la società quale "casella postale" (o "schermo"). *"Se non v'è costruzione artificiosa, non v'è abuso"*. Occorrerà solo valutare se l'ufficio corrisponde ad una costruzione di puro artificio volta a lucrare benefici fiscali oppure no. Secondo i giudici, infatti, il vantaggio fiscale è indebito non perché l'imprenditore sfrutta le opportunità offerte dal mercato o da una più conveniente legislazione fiscale, ma lo è solo se è ottenuto mediante costruzioni non aderenti alla realtà. In conclusione, quindi, il contribuente in sede contenziosa potrà far valere il principio secondo cui, in ipotesi di controllo ex articolo 2359 c.c., l'esterovestizione non dipende da impulsi gestionali o direttive amministrative impartite dalla controllante italiana alla controllata estera, ma dal fatto che quest'ultima non sia una costruzione di puro artificio; in tal senso il contribuente potrà fare riferimento alla semplice nozione di stabile organizzazione contenuta nell'articolo 162 del DPR n.917/86. Sull'argomento si veda anche MIGLIO M., *Esterovestizione e irrilevanza penale: una recente applicazione dei principi della sentenza "Dolce & Gabbana"*, in *www.Giurisprudenza Penale.com*, 2017, 2. Alla luce dei principi sanciti dalla sentenza *"Dolce & Gabbana"* il GIP di Macerata (decreto di archiviazione 25 novembre 2015) evidenzia che *"in sé, anche un "ufficio" può essere ritenuto sufficiente a integrare una stabile organizzazione ovvero essere utilmente valutato quale luogo di effettivo esercizio di un'attività di impresa valutando se del caso, se a tale "ufficio" corrisponda una costruzione di puro artificio volta a lucrare benefici fiscali"*. Ne consegue così che *"(in caso di società con sede legale estera controllata) non può costituire criterio esclusivo di accertamento della sede di direzione effettiva, l'individuazione del luogo ove partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative ove esso si identifichi con la sede della controllante italiana; in tal caso è necessario accertare che la società controllata estera non sia una costruzione di puro artificio, ovvero una casella postale o schermo"* (cfr. p. 2, richiesta di archiviazione).

<sup>42</sup> Tra i requisiti di carattere formale rilevano: i segni distintivi della sede sociale; l'oggetto sociale suscettibile di dare luogo ad un'attività imprenditoriale reale compatibile con la struttura societaria; la regolarità delle attività relative alla vita sociale (CdA e assemblee dei soci); la maggioranza dei componenti del CdA residenti; l'attività amministrativa centralizzata nel luogo della sede sociale. Tra i requisiti di carattere sostanziale si citano: l'assoggettamento effettivo alle imposte estere (per effetto della effettiva residenza fiscale); la gestione operativa effettuata sul posto; il possesso delle idonee autorizzazioni amministrative per l'esercizio dell'attività concesse dalle autorità locali; l'assunzione di personale e relative mansioni svolte; la disponibilità di locali ad uso civile o industriale e relativi contratti di locazione; i conti correnti bancari presso istituti locali; altri contratti e utenze.

Tra i documenti idonei a dimostrare il radicamento sul territorio (estero) dell'entità ivi localizzata rilevano: l'effettività degli insediamenti produttivi-commerciali all'estero e delle ragioni imprenditoriali sottese agli stessi; il modello organizzativo e funzionale del gruppo d'impresе del quale le società o gli enti esteri fanno parte, con evidenza della "specializzazione" di queste ultime, non solo in senso geografico, ma anche strategico ed economico rispetto alla capogruppo ed alle altre consociate; la descrizione dei flussi informativi e contrattuali *intercompany*, dalla quale potrebbe desumersi la (pressoché) totale indipendenza economica delle partecipate estere rispetto alla *holding*; esistenza (o meno) di sistemi di tesoreria centralizzata (c.d. "*cash pooling*"), rilevanti ai fini della dimostrazione dell'autonomia finanziaria delle società o enti esteri rispetto all'ente controllante; grado di autonomia gestionale dei soggetti preposti all'attività d'impresa all'estero (c.d. "*country manager*"), in termini di organizzazione del personale, di poteri di spesa (in ottica finanziaria), di approvvigionamento (acquisti) e di negoziazione di contratti con i clienti esteri.

## 5. La compatibilità con principi comunitari: la libertà di stabilimento

La norma in esame appare in contrasto con uno degli obiettivi della politica comunitaria, simbolo dell'integrazione comunitaria, la libertà di stabilimento delle imprese prevista dall'ordinamento dell'Unione europea<sup>43</sup>. Quest'ultima libertà, di

<sup>43</sup> Corte di giustizia nella sentenza "*Centros*" (Causa C-81/87) ha sostenuto che "essendo il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato, il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrino meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento." La Corte, inoltre, ha precisato: "(...) questa interpretazione non esclude che le autorità dello Stato membro interessato possano adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa società, eventualmente in cooperazione con lo Stato membro nel quale essa è costituita, sia nei confronti dei soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono in realtà, mediante la costituzione di una società, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato". Da tali principi discende, pertanto, che gli Stati membri hanno facoltà di determinare il criterio di collegamento di una società con il territorio dello Stato. Per quanto attiene alla c.d. libertà di stabilimento garantita dal Trattato, la Commissione europea ha definitivamente archiviato, (con lettera del 04-06-2010 e successiva del 07-01-2011), la denuncia presentata nel giugno 2009 dall'Associazione Italiana Dottori Commercialisti (AIDC) per la presunta illegittimità della normativa italiana in tema di esteroinvestizione per violazione dei principi comunitari di libero stabilimento,

derivazione diretta del principio di non discriminazione fiscale, si colloca all'interno di un mercato unico di libera circolazione di beni, persone, servizi e capitali e consente alle imprese di collocare la propria sede in uno degli Stati membri, in assenza di vincoli o misure restrittive che penalizzino lo spostamento della sede societaria.

Tale disposizione crea un ostacolo, un onere alle imprese che migrano la propria residenza in ambito degli Stati membri non facilmente superabile per il contribuente.

In particolar modo, come già detto in precedenza, la configurazione della residenza fiscale delle *holding*<sup>44</sup> pone problemi applicativi ed interpretativi e la prova contraria assume caratteristiche peculiari, in relazione sia al trattamento tributario della loro principale fonte di reddito c.d. *passive income*<sup>45</sup> e sia alle numerose convenzioni di carattere transnazionali dirette a regolamentare i flussi di reddito. Infatti, la loro attività di impresa riguarda i c.d. "beni di secondo grado", quali la gestione di partecipazioni e l'immaterialità e l'assenza di fisicità del loro oggetto sociale risulta essere in contrasto con il radicamento con un luogo. Le *holding* passive svolgono un'attività di direzione e coordinamento delle società partecipate, forniscono servizi ausiliari di finanziamento e di amministrazione e

---

proporzionalità e non discriminazione. La Commissione ha concluso sancendo la piena legittimità, sotto il profilo comunitario, della normativa nazionale in esame.

<sup>44</sup> BERTOLASO P.- BRESSAN E., *Le "esterovestizioni" alla prova della presunzione di residenza: alcune considerazioni con particolare riguardo alle holding "statiche"*, in *Il Fisco*, 2006, n.36, 5617; VIAL E., *Riflessioni sulla nuova presunzione di residenza delle società "esterovestite" e rapporto con le Convenzioni internazionali*, in *Il Fisco*, 2006, n.35, 5484; V. ARTINA V.-RIZZI R., *La presunzione di residenza in Italia delle società holding estere*, in *Azienda e fisco*, 2006, n.17, 23; CAPOLUPO S., *DL n.223/2006: la presunzione di residenza in Italia*, in *Il Fisco*, 2006, n.33, 5069. Prima dell'introduzione della novella legislativa, v. AA.VV., *Stati e territori con regime fiscale privilegiato - Presunzione di residenza fiscale in Italia*, in *Sett. fisc.*, 1999, n.22, 18.

<sup>45</sup> I "passive income" sono redditi come quelli di capitale, dividendi, *royalties*, canoni di locazione e così via. Si tratta di redditi non generati da una attività "operativa". Nella circolare 65 del dicembre 2000, Assonime aveva dato la definizione di *passive income* come reddito "derivante, più che dall'esercizio di una effettiva attività economica, dalla produttività insita in cespiti di facile mobilità, quale, tipicamente, il reddito di natura finanziaria". Nel caso delle Cfc (*Controlled Foreign Companies* - società controllate estere) non black list il DL n.78 del 2010 così come modificato dal d.m. 30 marzo 2015 e dal d.m. 18 novembre 2015 (si veda anche circolare n.35/E del 4 agosto 2016, dell'Agenzia delle Entrate) ha prescritto che non devono conseguire proventi *da passive income* per più del 50%. L'altra condizione è che non scontino una tassazione inferiore al 50% di quella che avrebbero scontato in Italia.

posseggono partecipazioni in società residenti in Italia pur non svolgono alcuna attività economica all'estero<sup>46</sup>.

Il collegamento con il territorio è poco marcato, a tratti sfumato e non necessitano di particolari strutture utili all'esercizio della relativa attività sociale.

La Corte di giustizia dell'Unione europea è intervenuta sul punto, chiarendo che gli Stati membri possono introdurre misure, anche presuntive, che comportino una restrizione della libertà di stabilimento, alla duplice condizione che dette misure: 1) siano dirette a contrastare costruzioni artificiali, finalizzate ad abusare di tale diritto, eludendo l'applicazione della legislazione nazionale; 2) siano tali da rispettare il principio di "proporzionalità", ovvero il *cd.* principio dell'utilità marginale<sup>47</sup>.

La stessa Amministrazione finanziaria, condividendo quanto affermato dai giudici comunitari, ha poi, sottolineato che la possibilità di fornire la prova contraria garantisce una valutazione *case by case* ed il pieno rispetto del principio di proporzionalità, necessario per mitigare, secondo anche la Suprema Corte, la portata generale delle disposizioni antielusive.

L'Agenzia delle Entrate ha affermato la piena compatibilità della presunzione di residenza con il regime delle Convenzioni internazionali, richiamando il Commentario al Modello OCSE di Convenzione, secondo cui al fine di individuare la sede di direzione effettiva<sup>48</sup>, deve aversi riguardo anche al luogo di svolgimento dell'attività principale<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> In tali ipotesi, al fine di vincere la presunzione contenuta nell'art. 73, comma 5-bis, TUIR è necessario dimostrare che la società estera è di fatto amministrata al di fuori del territorio italiano.

<sup>47</sup> Pertanto, tutto ciò che non sia pertinente al criterio di utilità marginale sfocia nell'eccesso rispetto a quanto necessario per ottenere il prefissato obiettivo e, quindi, è censurabile in ambito europeo.

<sup>48</sup> La nozione di "*sede di direzione effettiva*" è delineata al paragrafo 24 del Commentario all'art. 4 del Modello di Convenzione dell'OCSE, secondo il quale la "*sede di direzione effettiva* [...] è il luogo dove sono sostanzialmente prese le decisioni chiave sul piano gestorio e commerciale necessarie per l'esercizio dell'attività dell'ente nel suo complesso". Nell'inciso conclusivo del paragrafo, il Commentario afferma poi che, in ogni caso, al fine di identificare la sede di direzione effettiva "*devono essere presi in considerazione tutti i fatti e le circostanze pertinenti*".

<sup>49</sup> L'art. 4 del Modello OCSE di Convenzione si propone l'obiettivo di ripartire la pretesa tributaria tra i due Stati coinvolti, senza fornire però una definizione del concetto di residenza, rimessa ai rispettivi ordinamenti. In linea generale, il Commentario OCSE all'art. 4 del citato Modello rileva tre fondamentali funzioni assunte dalla "nozione" di "residente di uno Stato contraente", ovvero 1) la limitazione dei presupposti soggettivi di applicazione della Convenzione; 2) la risoluzione di casi di *dual residence* e, quindi, di doppia imposizione; 3) la risoluzione di casi di *double taxation* derivanti

Le Convenzioni contro le doppie imposizioni non interferiscono con i differenti criteri di collegamento soggettivo che ciascuno Stato seleziona per stabilire la residenza di un soggetto sul proprio territorio, limitandosi a indicare quali elementi e circostanze devono essere, prioritariamente, valutati in ipotesi di doppia residenza<sup>50</sup>.

dalla sovrapposizione dei principi generali di imposizione. Più nel dettaglio, il citato Commentario: al paragrafo 1, fornisce una definizione dell'espressione "residente di uno Stato contraente" ai fini della Convenzione, stabilendo che un soggetto non è considerato tale qualora, sebbene non domiciliato nello Stato contraente, viene comunque considerato residente secondo la legislazione interna, ma è assoggettato ad imposta limitatamente ai redditi provenienti da fonti di detto Stato o dal patrimonio ivi situato. Così formulata, dunque, la disposizione sembrerebbe escludere, dalla definizione di "residente di uno stato contraente" le imprese controllate da soggetti stranieri esenti da imposta sul reddito estero in forza di regimi fiscali privilegiati concepiti per attrarre società. Tuttavia, la stessa deve essere interpretata in maniera restrittiva in quanto, in caso contrario, potrebbe avere l'effetto di escludere dal campo di applicazione della Convenzione tutti i soggetti localizzati in Stati che applicano il "principio di territorialità" in materia fiscale. Molti Stati membri considerano un contribuente "assoggettato ad imposta" in maniera illimitata in uno Stato contraente anche se detto Stato non applica di fatto l'imposta. Ad esempio, i fondi pensione, gli enti di beneficenza ed altri enti possono essere considerati esenti da imposta solo se gli stessi soddisfano tutti i requisiti per l'esenzione previsti nella legislazione fiscale e, pertanto, sono soggetti alla legislazione fiscale di uno Stato contraente. Qualora i requisiti richiesti non siano soddisfatti, anch'essi sono tenuti al pagamento delle imposte. In alcuni Stati, questi enti non sono considerati residenti ai fini convenzionali in quanto non espressamente ricompresi nel campo di applicazione della Convenzione. Nel caso in cui uno Stato non tenga conto dell'esistenza di una società di persone ai fini fiscali ed applichi il regime della trasparenza fiscale, assoggettando ad imposta i soci in base alla quota di reddito della società di persone a loro imputata, la stessa società non è assoggettata ad imposta e di conseguenza non può essere considerata residente di quello Stato. Al paragrafo 3, fa riferimento alle società e alle altre associazioni di persone, a prescindere dalla circostanza che esse siano o meno persone giuridiche, risulta inconsueto, nella pratica, che tali società siano assoggettate ad imposta in più di uno Stato in ragione della propria residenza anche se ciò sarebbe possibile qualora uno Stato utilizzasse il criterio del luogo di costituzione della società mentre l'altro Stato quello della sede di direzione effettiva. Ed è proprio a quest'ultimo criterio che il paragrafo 3 del Modello OCSE dà rilevanza. Ciò detto, occorre, tuttavia, notare che gli indicatori su cui si basa la presunzione in parola, ed in particolare quello del "doppio controllo", se da un lato possono essere considerati funzionali all'individuazione del luogo dove vengono assunte le decisioni rilevanti, viceversa non sembrano rivestire significato particolare per la determinazione del luogo in cui è svolta l'attività principale.

<sup>50</sup> In argomento si veda MAYR S., *La doppia residenza fiscale nelle convenzioni contro la doppia imposizione*, in *Corr. trib.*, 1990, n.13, 905; MARINO G., *Non-discriminazione tra cittadinanza e residenza nel trattato di Roma: il caso Commerzbank AG*, in *Dir. prat. trib.*, 1994, II, 439; COPPOLA G.- POMPILI A., *La residenza fiscale nella normativa convenzionale*, in *Il Fisco*, 2006, n.33, p. 5110; DEL FEDERICO L., *Società estere e presunzione di residenza ai sensi del DL n.223/2006: artt. 43 e 48 del Trattato CE, Convenzioni contro le doppie imposizioni e disapplicazione della norma interna di cui al comma 5 - bis dell'art. 73 del Tuir*, in *Il Fisco*, 2006, n.41, 6367; ARMELLA S.-DE' CAPITANI P., *Imposta sul valore aggiunto - La nozione di residenza nel diritto comunitario ed interno*, in *Corr. trib.*, 2002, n.37, 3338; GAZZO M., *La residenza delle persone fisiche e giuridiche nel diritto tributario interno e convenzionale*, in *Corr. trib.*, 2002, n.25, 2289.

La portata della presunzione tende a scemare in presenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni che risolve eventuali conflitti di residenza fra due Paesi sulla base del criterio della “sede di direzione effettiva” individuato nel Commentario OCSE all’art. 4 del Modello di Convenzione<sup>51</sup> tenendo conto di diversi fattori, fra i quali quello dove si tengono le riunioni di direzione dell’ente, il luogo in cui i vertici societari svolgono la loro attività, il posto in cui è svolta l’attività di gestione quotidiana dell’ente (*day to day management*).

## **6. Esterovestizione e stabile organizzazione: due fattispecie antitetiche ma con un comune denominatore**

Tra i casi più recenti, oltre all’ipotesi di esterovestizione societaria, oggetto delle contestazioni dell’Amministrazione finanziaria, si riscontrano anche gli accertamenti in materia di stabile organizzazione occulta.

Come sappiamo l’esterovestizione è considerata una forma di evasione fiscale, la società estera, formalmente residente all’estero, ma di fatto ai fini fiscali

<sup>51</sup> Si veda BOIARDI S., op. cit.. Nella sua versione precedente (2000), il Commentario precisava altresì che, nella maggior parte dei casi, la sede di direzione effettiva coincide con il luogo in cui le persone che esercitano le funzioni di rango più elevato prendono le proprie decisioni e sono, quindi, definite le azioni principali dell’ente. In tale contesto, occorre rilevare che i rappresentanti dell’Amministrazione finanziaria italiana presso l’OCSE hanno apposto una “osservazione” al Commentario all’art. 4 del Modello di convenzione secondo la quale l’Italia non condivide l’interpretazione di sede di direzione effettiva sopra richiamata, ritenendo che *“nel determinare la sede di direzione effettiva deve essere preso in considerazione il luogo ove l’attività principale e sostanziale dell’ente è esercitata”* (paragrafo 25 del Commentario all’art. 4 del Modello OCSE). L’Italia, pertanto, con l’osservazione sopra richiamata, ha reso nota la propria posizione interpretativa in merito alla nozione di sede di direzione effettiva, ai cui fini rileva anche il luogo di svolgimento dell’attività caratteristica dell’ente. Come affermato nella risoluzione n.312/E del 5 novembre 2007, l’osservazione altro non è che un mero chiarimento della tesi da sempre sostenuta dall’Amministrazione finanziaria, secondo cui ai fini dell’individuazione della sede di direzione effettiva di una società o ente occorre non solo fare riferimento al luogo di svolgimento della *“prevalente attività direttiva e amministrativa”*, ma anche tener conto del *“luogo ove è esercitata l’attività principale”*. In senso conforme all’osservazione espressa dall’Amministrazione finanziaria italiana in ambito internazionale si pone l’orientamento costante della Corte di Cassazione secondo cui *“l’Italia nell’approvare il modello di Convenzione OCSE ha espresso una riserva all’art. 4, dichiarando di non condividere la interpretazione espressa nel paragrafo 24, riguardante la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato quale esclusivo criterio per identificare la sede di direzione effettiva di un ente, per la cui determinazione deve, invece, essere preso in considerazione il luogo ove l’attività principale e sostanziale è esercitata”* (Cass. Pen., Sez. III, 23 febbraio 2012, n.7080; cfr., in senso conforme, Cass. Civ., Sez. Trib., 7 febbraio 2013, n.2869 e Cass. Pen., Sez. III, 8 aprile 2013, n.16001).

residente nel territorio dello Stato italiano, viene meno al suo obbligo fiscale non dichiarando alcun reddito all'Amministrazione finanziaria italiana.

Ai sensi dell'articolo 162 del DPR n.917 del 1986, la stabile organizzazione può essere definita come la *"sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato"*, rappresenta il criterio di collegamento tra impresa non residente e territorio dello Stato, in base al quale un'attività economica svolta nel territorio dello Stato da un soggetto non residente integra il presupposto di imposta in Italia<sup>52</sup>.

All'interno del concetto di stabile organizzazione è possibile distinguere tra:

1) stabile organizzazione *"materiale"*: è il caso di un soggetto estero che svolge un'attività nel territorio dello Stato per mezzo di un'installazione fissa;

2) stabile organizzazione *"personale"*: è il caso di un soggetto estero che opera nel territorio dello Stato per il tramite di un rappresentante non indipendente ivi residente (sia esso una persona fisica o una società).

Per configurare una stabile organizzazione non è necessario che il rappresentante sia stato formalmente nominato, ma è sufficiente che, nello

<sup>52</sup> PALUMBO G., *Stabile organizzazione ed esteroinvestizione reddituale*, in *Riv. Sc. Sup. E.F.*, 2005, 8; *Esterovestizione societaria e tecniche di accertamento* in *www.fiscomania.com*, giugno 2017. Un particolare regime fiscale è previsto, ad esempio, nella Convenzione Lussemburgo- Svizzera contro le doppie imposizioni sui redditi, per le stabili organizzazioni in Svizzera di società lussemburghesi. La citata Convenzione, che riprende sostanzialmente il Modello elaborato dall'OCSE nel 1992, prevede, infatti, all'articolo 7, dettato in materia di "Utili delle imprese", che *"Gli utili di un'impresa di uno Stato contraente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che l'impresa non eserciti la sua attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata. Se l'impresa svolge in tal modo la sua attività, gli utili dell'impresa sono imponibili nell'altro Stato, ma soltanto nella misura in cui detti utili sono attribuiti alla stabile organizzazione..."*. Ne deriva che l'utilizzazione, da parte di una società lussemburghese, di una stabile organizzazione in Svizzera consente di assoggettare a tassazione nel Paese elvetico (che costituisce, in tal caso, il Paese "della fonte") i redditi derivanti dall'attività commerciale ivi svolta dalla stabile organizzazione medesima. Detti redditi godranno delle ridotte aliquote d'imposta previste dalla legislazione fiscale svizzera, che variano, in generale: dal 3,63% al 9,8%, per quanto riguarda l'imposta federale; dal 5% al 13%, per quanto riguarda l'imposta cantonale. Inoltre, relativamente alla sola imposta cantonale, alcuni Cantoni riconoscono, alle stabili organizzazioni di società estere, il particolare regime di favore previsto per le *c.d. "società ausiliarie"*, cioè per le società aventi sede in Svizzera, ma strettamente collegate, da un punto di vista economico, ad altri soggetti residenti all'estero. Rientrano nell'ambito delle "società ausiliarie", in sostanza, sia le società di servizi che operano per conto di soggetti esteri, sia quelle che effettuano attività commerciale da e per l'estero. In alcuni Cantoni, gli utili ovunque prodotti dalle "società ausiliarie" sono totalmente esenti da imposizione; in altri viene assoggettato a normale tassazione solo l'utile prodotto dalle "società ausiliarie" in Svizzera, mentre quello prodotto all'estero viene tassato per una piccola parte (dal 12,5% al 10%).



svolgimento della propria attività, si dimostri sostanzialmente capace di vincolare il soggetto non residente nei confronti del cliente finale.

Si parla di stabile organizzazione occulta nell'ipotesi in cui l'attività economica svolta dal soggetto non residente non è dichiarata all'Amministrazione finanziaria.

La Suprema Corte ha chiarito che la stabile organizzazione è una situazione di fatto, non occasionale né transitoria, bensì durevole nel tempo e strettamente connessa all'attività dell'impresa estera da cui promana<sup>53</sup>.

Stabile organizzazione ed esterovestizione societaria rappresentano due fattispecie antitetiche. La stabile organizzazione è infatti un centro di imputazione di situazioni giuridiche, in ciò differenziandosi dal fenomeno della esterovestizione societaria, dove invece ci si trova di fronte ad un autonomo soggetto giuridico.

Nonostante le premesse eterogenee, le due fattispecie hanno un denominatore comune. In entrambi i casi, infatti, l'obiettivo delle verifiche fiscali da parte dell'Amministrazione finanziaria è quello di assoggettare a tassazione in Italia i redditi ivi prodotti (caso della stabile organizzazione occulta) ovvero i redditi ovunque prodotti (caso dell'esterovestizione societaria)<sup>54</sup>.

La fattispecie di stabile organizzazione (occulta) in Italia di un soggetto estero viene sempre più di frequente riscontrata dall'Amministrazione finanziaria nell'ambito dei gruppi multinazionali, ove una struttura organizzativa appartenente ad un gruppo e localizzata in Italia viene asservita allo svolgimento di un'attività economica di fatto riferibile ad un'impresa estera appartenente al medesimo gruppo, benché formalmente si tratti di due entità giuridiche autonome<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Al riguardo si ricorda il celebre caso *Philip Morris* (Cassazione, Sez. Trib., n.20597 del 2011) che si pone come precursore degli accertamenti sulla stabile organizzazione, avendo introdotto il principio di diritto secondo cui "una società di capitali con sede in Italia può assumere il ruolo di stabile organizzazione plurima di società estere appartenenti allo stesso gruppo e perseguiti una strategia unitaria".

<sup>54</sup> CARBONE M., BOSCO M., PETESE L., *La geografia dei paradisi fiscali*, IPSOA, 2015; VALENTE P., CARDONE D.M., *Esterovestizione, profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, IPSOA, 2015.

<sup>55</sup> Un primo caso di configurabilità di stabile organizzazione in ambito infragruppo si verifica quando una società residente mette a disposizione di una società del gruppo non residente attrezzature e personale che il soggetto non residente impiega per esercitare la propria attività nel territorio dello Stato. Tale fattispecie configura il caso di una società residente che, al suo interno, ospita una

Le tecniche adottate dall'Amministrazione finanziaria in sede di accertamento si sostanziano in:

1) accessi: si tratta di accessi presso il domicilio fiscale sul territorio nazionale della società estera verificata (ad esempio presso la società controllata, se la società estera è ivi domiciliata), oppure presso gli uffici amministrativi del proprio rappresentante fiscale sul territorio nazionale (ad esempio presso lo studio professionale dove è domiciliato il rappresentante ai fini IVA, se nominato), oppure presso la sede legale ed amministrativa della società consociata italiana al fine di reperire la documentazione ivi detenuta e di pertinenza della società estera, oppure ancora presso clienti e/o fornitori;

2) controlli incrociati effettuati mediante redazione di appositi processi verbali di constatazione, nonché attraverso l'invio di appositi questionari nei confronti di clienti vari della società estera verificata;

3) analisi funzionale delle attività svolte dal soggetto residente e non residente (al fine di verificare la complementarietà delle funzioni economiche), dei rischi assunti, ecc.;

4) analisi delle ragioni economiche sottese all'implementazione di una diversa struttura operativa ed organizzativa;

5) interviste ai dipendenti del soggetto residente per verificare le funzioni operative svolte e le linee di riporto. Le dichiarazioni rese dai dipendenti sono spesso trasposte in verbali sottoscritti dagli stessi dipendenti;

6) interviste ai clienti del soggetto residente e/o non residente al fine di identificare quali siano i soggetti che detengono (sostanzialmente) i poteri di

---

stabile organizzazione occulta di soggetto estero. Un secondo caso, invero più complesso ed estremo, si verifica quando un'impresa residente, formalmente indipendente, agisce in realtà nel suo complesso come pura estensione operativa del soggetto estero appartenente allo stesso gruppo. L'Amministrazione finanziaria ha accertato, per esempio, l'esistenza di una stabile organizzazione materiale nei seguenti casi: a) una società residente riceveva semilavorati dalla propria controllante non residente, eseguiva servizi di lavorazione e restituiva i prodotti per l'assemblaggio finale (sovente per il mero inscatolamento); b) una società residente, che agiva come "*toll manufacturer*" di una consociata non residente, svolgeva un ruolo di "*mero esecutore*" dei processi produttivi ed organizzativi della società committente estera; c) la società controllata residente svolgeva, solo a favore della propria controllante estera, attività di supporto di *back office* alle vendite (incluso la trasmissione degli ordini di acquisto), di assistenza tecnica, di servizi contabili e di altri servizi di supporto.

negoiazione e con i quali i clienti si rapportano. Anche tali dichiarazioni sono raccolte in verbali sottoscritti dai clienti;

7) raccolta ed analisi dello scambio di *e-mail* tra dipendenti del soggetto residente e clienti, nonché tra dipendenti del soggetto residente e dipendenti del soggetto estero, per verificare il grado di indipendenza della società residente;

8) analisi delle tratte *Telepass* dei dipendenti del soggetto estero e dei tabulati telefonici, per verificare se e con quale frequenza gli stessi operano sul territorio dello Stato;

9) attività di *intelligence* mediante interrogazioni mirate sulle banche dati in uso all'Amministrazione finanziaria.

L'analisi effettuata dai verificatori si sostanzia nel valutare, nel caso della stabile organizzazione "*personale*", se il rappresentante residente, nello svolgimento della propria attività, sia capace di vincolare economicamente o meno il soggetto non residente. In sostanza, l'indagine circa l'esistenza di una stabile organizzazione occulta viene solitamente svolta analizzando le concrete modalità operative poste in essere dall'installazione fissa nel territorio dello Stato (caso della stabile "*materiale*") ovvero dal rappresentante residente nel territorio dello Stato (caso della stabile "*personale*").

In particolare, oggetto di attenta verifica è se il soggetto residente sia investito dell'autorità di partecipare alle fasi negoziali dei contratti o alla gestione dei clienti stabiliti nel territorio di competenza.

Nonostante siano fattispecie differenti tra loro, le tecniche ispettive adottate dall'Amministrazione finanziaria si focalizzano sulla verifica della concreta operatività della struttura nonché del rapporto che intercorre tra soggetto residente e soggetto non residente, soffermandosi su elementi di tipo "*sostanziale*" piuttosto che "*formale*".

L'indipendenza gestionale ed operativa del soggetto estero rispetto al soggetto residente (e viceversa) assume un ruolo chiave per qualificare i due soggetti come effettivamente, e non solo formalmente, autonomi.

Rispetto al passato le indagini fiscali in questo settore sono sempre più sofisticate, utilizzano metodi articolati ed invasivi di indagine, coinvolgendo spesso nelle "interviste" operate dai verificatori anche soggetti sostanzialmente estranei al rapporto tributario. Queste nuove indagini, in tema di stabile organizzazione occulta ed esterovestizione societaria comportano una maggiore capacità di valutare situazioni oggettivamente complesse in capo all'Amministrazione finanziaria, ma anche una maggiore attenzione al rispetto dei diritti del contribuente.

## 7. Conclusioni

La definizione e l'individuazione della residenza fiscale delle persone giuridiche rappresenta una questione di assoluto rilievo sia per il contribuente, che confida nella certezza del diritto e nel legittimo affidamento nei confronti dello Stato, sia per l'Erario, ai fini dell'applicazione del sistema di tassazione mondiale nei confronti del soggetto residente.

A livello domestico, l'ordinamento considera residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato.

Diversamente, a livello pattizio l'articolo 4 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni OCSE non fornisce una definizione di residenza fiscale, né per le persone fisiche, né per le persone giuridiche. La norma, infatti, lungi dall'essere un criterio di collegamento e dallo stabilire la residenza di un soggetto all'interno di uno Stato, si preoccupa di dirimere eventuali questioni di doppia residenza fiscale attraverso l'individuazione di una o più *tie breaker rules* qualora, in applicazione di criteri di collegamento con il territorio analoghi od opposti, una persona fisica, ente o società sia considerato fiscalmente residente in due o più Stati. Per le persone giuridiche è stato individuato un solo criterio dirimente, il *Place of Effective Management*, che coincide, sostanzialmente, con la nozione di sede dell'amministrazione di cui all'articolo 73 del DPR n.917 del 1986.

Nell'applicazione dei criteri nazionali e di quello pattizio si possono creare facilmente conflitti e sovrapposizioni, dati sia dalla poca chiarezza circa il concetto e la portata del PEM, e sia da una giurisprudenza nazionale, che da un lato, è attenta

ai principi di diritto richiamati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, in tema di abuso del diritto e di *wholly artificial arrangements* (operazione artificiosa), dall'altro, è poco incline a rispettare il dettato normativo domestico in tema di residenza.

Inoltre, dubbi e criticità persistono circa la scelta, operata a livello internazionale dall'OCSE, del criterio del *Place of Effective Management* quale unica *tie breaker rule*, in quanto quest'ultimo criterio non sembra essere più sostanziale di quello rappresentato dall'oggetto principale dell'attività; può essere utilizzato solamente laddove esistano convenzioni stipulate con l'altro Stato che invoca la residenza fiscale del contribuente per cui è in atto una controversia e si presta a permettere il trasferimento di residenza verso Paesi che, sotto il profilo economico e commerciale non hanno rapporti con la società oggetto di verifica.

Il PEM entra in crisi allorquando ci si trovi di fronte ad attività realizzate sulla rete<sup>56</sup>, gestite in Paesi diversi rispetto a quelli ove trova concretizzazione l'attività sociale.

L'orientamento attuale dell'OCSE e dell'Unione europea muove dalla necessità di costringere le grandi multinazionali a partecipare al gettito fiscale degli Stati a prescindere dalla sola analisi del PEM. Il PEM non può essere la sola regola dirimente per l'accertamento della residenza fiscale di società che hanno il loro oggetto principale in più di uno Stato, ovvero, come nel caso delle multinazionali che operano nella rete, in ipotesi di attività d'impresa ideate e dirette da più Stati, o da nessun Stato.

Senza considerare che l'unica possibilità di soluzione in caso di controversie in merito all'applicazione delle disposizioni contenute nelle convenzioni bilaterali sulle doppie imposizioni, è il ricorso alle procedure amichevoli ex articolo 25, paragrafo 3 del Modello di Convenzione OCSE<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Si pensi alle società che operano nel web e che ricavano enormi profitti dalla vendita *on line* di spazi pubblicitari ad operatori commerciali e privati in tutto il mondo, e dunque con server e PEM dislocati in Paradisi fiscali.

<sup>57</sup> *PEM (Place of Effective Management) nella residenza fiscale delle società* in [www.fiscomania.com](http://www.fiscomania.com), marzo 2017; VALENTE P., *L'art. 25 del Modello di Convenzione OCSE: la procedura di composizione delle controversie internazionali*, in [www.static1.squarespace.com](http://www.static1.squarespace.com), 17 febbraio 2014, 863. L'articolo 25 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni stabilisce

Allo stato attuale, l'accertamento della residenza fiscale sembra affidato alle singole Amministrazioni fiscali nazionali, che tendono ad attuare i propri criteri di collegamento nei confronti dello stesso contribuente.

Si osserva, negli ultimi anni, come molte imprese hanno cercato di stabilire la propria residenza o di localizzare una struttura societaria in un Paese a fiscalità privilegiata anziché in Italia, in quanto ciò gli consente di sfuggire all'applicazione del criterio della *worldwide taxation* e di essere assoggettate ad una pressione fiscale meno gravosa o addirittura inesistente<sup>58</sup>.

L'esterovestizione viene attuata con modalità che possono variare da caso a caso, perfezionandosi e diventando progressivamente sempre più complesse e sofisticate al fine di sfuggire alle rilevazioni degli organi di controllo.

L'esterovestizione in generale dipende da molti fattori che sono in funzione delle condizioni previste dagli ordinamenti tributari del Paese di formale localizzazione del soggetto esterovestito<sup>59</sup>. Tale attività, infatti, per natura, è insensibile ai confini nazionali e non presuppone, come invece avviene per le attività produttive o per quelle riguardanti la fornitura di servizi, l'esistenza di una struttura organizzativa

---

una procedura amichevole volta alla risoluzione delle controversie che possono sorgere in relazione all'applicazione delle disposizioni contenute nelle convenzioni bilaterali sulle doppie imposizioni. Secondo quanto disposto dai paragrafi 1 e 2, le autorità competenti degli Stati contraenti devono impegnarsi a risolvere, tramite procedura di mutuo accordo, le situazioni nelle quali i contribuenti risultano sottoposti a tassazione non conforme a quanto stabilito dalla rispettiva convenzione.

<sup>58</sup> Si ricorda a tal proposito la capitale dell'isola *Funchal*, che ha una zona franca che offre la totale esenzione da imposte sui redditi societari fino all'anno 2011 (decreto legge 05-07-1988, n.234; *Estatuto dos Beneficios Fiscais*). A questo si devono aggiungere gli ulteriori consistenti vantaggi derivanti dall'appartenenza ad un Paese comunitario: applicazione dei trattati contro le doppie imposizioni stipulati dal Portogallo (quello con l'Italia, legge 10-07-1982, n.562, è entrato in vigore il 15-01-1983), benefici del regime fiscale delle società "madri e figlie" (direttiva 90/435/Cee, articolo 96-bis, DPR 917/86). Su dividendi, *royalties* ed interessi corrisposti a soggetti non residenti non si applica alcuna ritenuta alla fonte; inoltre, in caso di distribuzione di dividendi ad una società italiana, è prevista anche l'attribuzione di un *credito di imposta virtuale* corrispondente all'imposta che, in teoria, dovrebbe essere pagata in base alla legislazione fiscale portoghese, ma che in realtà risulta non dovuta per le agevolazioni in precedenza descritte.

<sup>59</sup> Ad esempio, per quanto attiene ad alcuni Paesi dell'ambito U.E. che offrono particolari agevolazioni fiscali, può trattarsi per ciò che concerne la: a) localizzazione, del Paese U.E. che offre le migliori condizioni di convenienza fiscale, non disgiunte anche da particolari regole di riservatezza e di tutela del segreto bancario. In tale Paese, la sede (formale) può coincidere con quella della (probabile) società di domiciliazione che garantisce il recapito ed i vari adempimenti formali contemplati dalla normativa locale; b) natura del soggetto esterovestito, di società di capitali (es.: So.Par.Fi. di diritto lussemburghese); c) tipologia dell'attività esercitata, di attività finanziaria (detenzione di partecipazioni, come *holding/subholding*, o altra attività di investimento finanziario.

complessa ed articolata sul territorio estero, ben potendo, le operazioni finanziarie, essere gestite direttamente dal nostro Paese<sup>60</sup>.

Il potenziamento degli strumenti di cooperazione amministrativa tra Stati, oggi, è uno degli obiettivi prioritari della politica tributaria a livello internazionale. Il mosaico dello scambio di informazioni si compone di ulteriori ed eterogenee misure internazionali che coprono, secondo le modalità dello scambio automatico, spontaneo o su richiesta, un ampissimo spettro di informazioni rilevanti ai fini fiscali, determinando lo stratificarsi di una molteplicità di atti normativi<sup>61</sup>. Tra questi si ricordano: 1) lo scambio di informazioni su base convenzionale; 2) la Direttiva 77/799/CEE del Consiglio, che è stata la prima risposta europea all'esigenza da parte degli Stati membri di una maggiore assistenza reciproca nel settore della fiscalità, poi sostituita dalla direttiva 2011/16/UE, e modificata, da ultimo, dalle direttive 2014/107/UE e 2015/2376/UE, che hanno introdotto ulteriori strumenti giuridici per contrastare la frode e l'evasione fiscali e la pianificazione fiscale aggressiva nel settore dei conti finanziari, dei *ruling* fiscali e degli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento; 3) l'art. 31-bis del DPR n.600/1973 che contiene la disciplina a livello nazionale per l'assistenza per lo scambio di informazioni tra le autorità competenti degli Stati membri dell'Unione europea; 4) gli accordi amministrativi per l'effettuazione di verifiche simultanee.

La novità di maggior rilievo, in materia, è stata apportata dal Dlgs. 32 del 2017<sup>62</sup> che ha reso operativo lo scambio automatico di informazioni tra Autorità fiscali su

<sup>60</sup> Diverso è il caso, invece, delle società che svolgono attività industriale, le quali, per le loro caratteristiche intrinseche e per la presenza di impianti produttivi sul territorio estero, non si prestano ad essere utilizzate come soggetti esterovestiti.

<sup>61</sup> Tra il 2015 e il 2016 l'Italia ha ratificato numerosi accordi per lo scambio di informazioni ai fini fiscali, sulla base dell'articolo 26 del modello Ocse di convenzione contro le doppie imposizioni e nuove convenzioni in materia tributaria con Stati prima considerati *black list* (come Svizzera, Liechtenstein, Monaco) mutando radicalmente la geografia dei paradisi fiscali (che sono sempre di meno, e sempre più lontani e rischiosi).

<sup>62</sup> Dal 1° gennaio 2017 per le Autorità fiscali italiane è iniziata l'era dello scambio automatico di informazioni fiscali. Infatti, l'Italia con il Dlgs 15 marzo 2017, n.32 ha dato attuazione della direttiva (UE) 2015/2376 recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale. Su tale aspetto si rinvia a VALENTE P., *tax ruling: attuazione imminente*, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it), 19 dicembre 2016. Il provvedimento rende obbligatorio lo scambio automatico di informazioni nell'ambito dei *ruling* (accordi) preventivi transfrontalieri e degli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento, fino a quel momento previsto solo in via opzionale. L'Italia era stata tra i cinque Stati dell'Unione europea (insieme a Francia,

*ruling* preventivi transfrontalieri e accordi sul *transfer* previsti dalla direttiva 2015/2376 U.E., completando così il percorso di recepimento del legislatore nazionale della direttiva 2011/16 UE sulla cooperazione amministrativa tra gli Stati membri<sup>63</sup>.

Il Crs (*Common reporting standard*)<sup>64</sup> è il sistema di condivisione automatica dei dati dei contribuenti, sistema adottato nei 3/5 degli Stati globali. Dati che disegnano il profilo internazionale di privati e società, dalle informazioni finanziarie su saldi del conto, interessi, dividendi, ricavi dalla vendita di asset transitati per i conti di persone fisiche e giuridiche, riferiti a nominativo a dati identificativi del titolare del conto, il numero di conto, dati identificativi dell'istituto finanziario, il saldo o il valore del conto stesso. Gli istituti tenuti a riportare le informazioni sono, oltre alle banche, gli intermediari finanziari, i brokers, le compagnie assicurative e gli organismi di investimento collettivo.

L'Europa stessa con l'approvazione della modifica alla direttiva 2011/16 UE sulla cooperazione amministrativa fiscale<sup>65</sup>, ha inteso accelerare la lotta all'evasione e

---

Germania, Regno Unito e Spagna) promotrice dell'approccio intergovernativo con gli Usa per la lotta all'evasione internazionale (guerra iniziata proprio dagli Stati Uniti all'indomani della gigantesca crisi del 2008) comunicando al Commissario europeo alla fiscalità, il 9 aprile 2013, di voler realizzare uno strumento "pilota" di scambio automatico multilaterale di informazioni. Il governo italiano con la legge n.95 del 18 giugno aveva recepito l'accordo *Facta* con gli USA. La differenza fondamentale tra il Crs ed il *Facta* è che, mentre il *Fatca* si basa su accordi bilaterali di scambio informazioni conclusi dall'Amministrazione americana con singoli Stati, e con un percorso unilaterale dettato dalla agenzia fiscale Irs americana, lo standard messo a punto dall'Ocse è uno strumento multilaterale a cui possono aderire potenzialmente tutti gli Stati.

<sup>63</sup> Il Dm 23 febbraio 2017 in attuazione dell'articolo 1, commi 145 e 146 della legge 28 dicembre 2015, n.208 e della direttiva 2016/881/UE del Consiglio, del 25 maggio 2016, recante modifica della direttiva 2011/16/UE, per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale, recepisce la direttiva 2016/881 in tema di *country-by-country reporting*, che pone in capo alle società capogruppo e, a certe condizioni, anche alle società controllate l'obbligo di comunicare alle autorità fiscali dello Stato di residenza l'allocatione Paese per Paese di ricavi e utili ante-imposte, delle imposte versate e maturate e di altri indicatori quali gli utili non distribuiti, il numero di dipendenti e le immobilizzazioni materiali.

<sup>64</sup> Il *Common reporting standard* (CRS) e l'antiriciclaggio ridisegnano la geografia del nero nella lotta al nero internazionale. Il CRS è definito da taluni una vera e propria "Tac mondiale" del contribuente. Il Crs ha previsto, a partire dal 2017, lo scambio automatico su base annuale delle informazioni finanziarie sensibili relative ai sottoscrittori non residenti di prodotti finanziari presso gli intermediari (istituti bancari, società fiduciarie, Sgr, assicurazioni vita e Sim) dei paesi firmatari. In tal senso GALIMBERTI A., *Fisco, al via lo scambio automatico di informazioni*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 27 gennaio 2017.

<sup>65</sup> Direttiva 2011/16/UE del Consiglio, del 15 febbraio 2011, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale e che abroga la direttiva 77/799/CEE in [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu).



frodi fiscali internazionali, autorizzando l'utilizzo delle informazioni antiriciclaggio nel perseguimento del nero internazionale, aprendo le preziose banche dati sul titolare effettivo dei rapporti finanziari, anche dei *trust*, al fine di individuare prestanomi e strutture interposte a fini elusivi. Il *Crs* insieme alla normativa in materia di antiriciclaggio, permette alle Autorità fiscali di accedere alle "segretissime" informazioni per il monitoraggio della corretta applicazione delle norme sullo scambio automatico di informazioni fiscali<sup>66</sup>.

Il mutato assetto internazionale però deve fare i conti con le *black list* domestiche, uno dei motivi di discriminazioni tra identiche categorie di contribuenti, non aggiornate rispetto al nuovo scenario che si sta delineando, e con un legislatore domestico poco solerte nell' adoperarsi per la creazione di una unica *white list* interna di giurisdizioni cooperative per consentire di individuare i paradisi fiscali "in negativo"<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Questo ulteriore salto di qualità dovrà essere recepito nelle legislazioni nazionali entro il 31 dicembre prossimo ed entrare in vigore al più tardi il 1° gennaio del 2018.

<sup>67</sup> SANDALO A.- TOMASSINI A., *Con il tax ruling il mosaico va verso il completamento*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 15 marzo 2017.