



**Ordine dei
Dottori Commercialisti e degli
Esperti Contabili di
Roma**

Studio n. 3

L'ESTEROVESTIZIONE

I PROFILI FISCALI DOMESTICI ED INTERNAZIONALI E I PROFILI PENALI

a cura della **COMMISSIONE FISCALITÀ INTERNAZIONALE
E DIRITTO COMUNITARIO**



GIUFFRÈ EDITORE

Sezione non inclusa

1.

**LA PRESUNZIONE DI RESIDENZA AI SENSI
DELL'ART. 73, COMMI 5-BIS, 5-TER E 5-QUATER,
DEL D.P.R. 22 DICEMBRE 1986 N. 917:
AMBITO DI APPLICAZIONE ED EFFETTI**

di *Massimo Pellecchia*

SOMMARIO: 1. Presunzione di residenza *ex art. 73*, commi *5-bis*, *5-ter* e *5-quater*, del d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917. — 2. Il soggetto estero controllante il soggetto italiano. — 3. Lo Stato di localizzazione del soggetto estero. — 4. Il requisito patrimoniale. — 5. Il soggetto italiano “controllato”. — 6. Il soggetto italiano “controllante”. — 6.1. Profili procedurali. — 7. Effetti derivanti dalla presunzione. — 8. Profili temporali.

1. Presunzione di residenza *ex art. 73*, commi *5-bis*, *5-ter* e *5-quater*, del d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917.

L'art. 35, commi 13 e 14, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, ha inserito nell'art. 73 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, (di seguito, TUIR), due nuovi commi (*5-bis* e *5-ter*). Inoltre, con l'art. 82, comma 22, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 e, successivamente, modificato dall'art. 12, comma 1, lett. *a*), del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 44, è stato introdotto un ulteriore comma (*5-quater*) ⁽¹⁾.

A seguito dei suddetti interventi normativi è stato sostanzialmente modificato il quadro di riferimento per quanto concerne la residenza fiscale dei soggetti passivi IRES nella misura in cui sono state introdotte

⁽¹⁾ Tra i primi commenti alla disciplina introdotta con il decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, si rammenta D. STEVANATO, *La presunzione di residenza delle società esterovestite: prime riflessioni critiche*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 2952 e ss.; S. CAPOLUPO, *La presunzione di residenza in Italia*, in *Ilfisco*, 2006, p. 5069 e ss.

alcune ipotesi al ricorrere delle quali si presume che il contribuente sia residente in Italia, salvo prova contraria fornita dal medesimo.

La disciplina in commento, in altri termini, non fornisce una nuova o ulteriore definizione di residenza fiscale così come definita dall'art. 73, comma 3, del TUIR. Pertanto, restano fermi i criteri che consentono l'accertamento della residenza fiscale del contribuente (*i.e.*, alternativamente, la sede legale o quella dell'amministrazione ovvero ove viene svolto l'oggetto principale dell'attività), così come resta ferma la necessità che il soggetto permanga in Italia per la maggior parte del periodo d'imposta.

Le presunzioni introdotte dal legislatore fiscale hanno, in definitiva, la mera finalità di spostare in capo al contribuente la dimostrazione che esso non è residente in Italia ⁽²⁾. Questa inversione dell'onere della prova solleva l'amministrazione finanziaria dal raccogliere gli elementi comprovanti la residenza fiscale del contribuente in Italia in tutte quelle situazioni in cui gli elementi adottati nella presunzione (il fatto noto) siano di per sé in grado di condurre a tale risultato (fatto ignoto).

Nello specifico, le presunzioni di cui al comma 5-*bis* individuano la sede dell'amministrazione in Italia delle società ed enti ove:

— posseggano partecipazioni di controllo in società di capitali ed enti commerciali assimilati di cui all'art. 73, comma 1, lett. *a*) e *b*), del TUIR, e:

- siano, a loro volta, controllati, anche indirettamente, da soggetti residenti in Italia; o

- siano amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato;

mentre, quella del 5-*quater* considera residenti fiscalmente in Italia le società o enti ove:

— posseggano un patrimonio che in misura prevalente sia investito in quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio immobiliari e siano controllati, anche indirettamente, da soggetti residenti in Italia.

(2) Secondo l'Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 312/E del 5 novembre 2007, 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.

Dunque, ci si trova innanzi a due presunzioni che, al ricorrere di talune circostanze, individuano la residenza del contribuente in Italia. Entrambe dette presunzioni saranno oggetto di approfondimento nei paragrafi successivi, tuttavia, si rende necessario evidenziare una prima fondamentale differenza tra la presunzione di cui al comma 5-*bis* e quella di cui al comma 5-*quater* dell'art. 73 del TUIR, consistente nel fatto che la prima tende a considerare residente il soggetto in quanto in Italia si presume sia posta la sede dell'amministrazione; mentre, la seconda presunzione tende a considerare residente in Italia ai fini fiscali il soggetto estero senza tuttavia precisare quale sia tra i criteri individuati dall'art. 73, comma 3, del TUIR quello applicabile nel caso di specie ⁽³⁾.

Vale, infine, precisare che la predetta disciplina ha trovato applicazione, in relazione ai primi due commi in commento, a decorrere dal periodo d'imposta in corso al 4 luglio 2006; mentre, per il comma 5-*quater* il legislatore non ha definito il periodo di entrata in vigore della novella legislativa e, dunque, richiamandosi all'art. 3, comma 1, della legge 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. Statuto del contribuente), si può ragionevolmente sostenere che la disposizione possa trovare applicazione a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello della sua entrata in vigore.

2. Il soggetto estero controllante il soggetto italiano.

Sotto il profilo soggettivo, l'art. 73, comma 5-*bis*, del TUIR individua il destinatario della norma nel soggetto estero che si configura come società o ente. Tuttavia, occorre fare riferimento alla nozione di soggetto passivo IRES contenuto nell'art. 73, commi 1, lett. *d*), e 2 del TUIR per individuare nel concreto quali sono i soggetti che sono attratti dalla presunzione. Mentre, infatti, la lett. *d*) del comma 1 classifica tra i soggetti passivi IRES “*le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato*”, il successivo comma 2, sebbene faccia richiamo alle lettere *b*) e *c*) del comma 1, individua tra i soggetti passivi anche “*le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi*”. Inoltre, il secondo periodo del comma 2 individua tra i soggetti passivi IRES anche i soggetti di cui alla lett. *d*) che, ai fini dell'ordinamento estero,

⁽³⁾ Cfr. G. FRANSONI, *Le modifiche alla disciplina dei fondi immobiliari*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 2423 e ss.

possano inquadarsi tra le società o le associazioni di cui all'art. 5 del TUIR.

Se ne conclude, pertanto, che il legislatore fiscale, utilizzando un'espressione ampia, abbia inteso dare rilevanza al soggetto collettivo e non ai suoi partecipanti, anche quando l'ordinamento giuridico estero non riconosca all'ente alcuna soggettività tributaria. Per converso, gli enti cui l'ordinamento estero attribuisce personalità giuridica saranno considerati soggetti passivi anche laddove tale ente è ignoto all'ordinamento italiano. In altri termini, sposando la tesi di autorevole dottrina, con tale espressione il legislatore ha inteso individuare quale soggetto passivo IRES rilevante tanto ai sensi dell'art. 73, comma 1, del TUIR che dei successivi commi 5-*bis* e ss. del medesimo articolo, “*qualsiasi ente che un ordinamento straniero, nella sua discrezionalità, possa ritenere di costituire sulla base di diversi presupposti e a tutela di diversi interessi*”; devono, cioè, considerarsi soggetti passivi gli autonomi centri di imputazione giuridica che appaiano, in quanto tali, titolari di situazioni giuridiche soggettive assunte dall'ordinamento domestico dello stato estero. L'espressione “società ed enti” utilizzata nel comma 5-*bis* all'interno di questa analisi funge da mezzo per consentire un allineamento della soggettività di tali enti a quelli considerati ai fini della lett. *a)*, *b)* e *c)* del comma 1 dell'art. 73 (4).

3. Lo Stato di localizzazione del soggetto estero.

Un ulteriore aspetto di particolare importanza riguarda l'irrilevanza dello Stato estero in cui la società o ente controllante risiede. In particolare, la differenza rileva soprattutto con riferimento all'art. 2, comma 2-*bis*, del TUIR, ossia con riferimento alla presunzione di residenza fiscale in Italia per le persone fisiche. La norma in parola, infatti, prevede che tale presunzione spieghi i suoi effetti solo laddove

(4) La questione non è secondaria posto che nel passaggio da ente non residente *ex art. 73*, comma 1, lett. *d)*, del TUIR a soggetto residente *ex art. 73*, comma 1, lett. *a)*, *b)* e *c)*, vi possano essere casi in cui — seppure sul piano meramente teorico — il soggetto non integrando i requisiti degli enti previsti dalle lett. *a)*, *b)* e *c)*, non potrebbe essere considerato un soggetto ai fini fiscali. Sul punto si è espresso chiaramente G. MELIS, *La residenza fiscale dei soggetti ires e l'inversione dell'onere probatorio di cui all'art. 73, co.* Termine estratto capitolo *trib. inter.*, 2007, p. 828-839.

2.

**LA PRESUNZIONE DI RESIDENZA AI SENSI DELL'ART. 73,
COMMI 5-BIS, 5-TER E 5-QUATER, TUIR
E LE INTERRELAZIONI CON IL DIRITTO EUROPEO**

di *Carlo Maria Paoletta*

SOMMARIO: 1. La tesi dell'incompatibilità col diritto europeo e la denuncia dell'Associazione dei Dottori Commercialisti. — 2. La natura restrittiva della presunzione di esterovestizione e la presenza della causa di giustificazione. — 2.1. Cause di giustificazione. — 3. Il cuore del problema: la proporzionalità. — 3.1. La legittimità del ricorso a presunzioni legali di abuso. — 3.2. La liceità del ricorso alle presunzioni e il limite dell'illegittimità delle presunzioni generali di evasione. — 3.3. La valutazione in merito alla presenza di eccessivi oneri amministrativi a carico del contribuente per fornire prova contraria. — 3.3.1. La tesi dell'AIDC della *probatio diabolica*. — 3.3.2. Le argomentazioni dell'Agenzia delle Entrate. — 3.3.3. La rilevanza dello scambio di informazioni come strumento di verifica delle prove fornite dal contribuente. — 4. La tesi della portata immediatamente precettiva della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). — 4.1. La negazione della tesi della "comunitarizzazione" da parte della Corte Costituzionale e della CGUE. — 5. Conclusioni. Il possibile profilo concreto di incompatibilità tra la presunzione di esterovestizione e le libertà fondamentali: il rischio di uno iato tra le direttive impartite dalla Direzione centrale normativa e i comportamenti concreti degli uffici periferici. — 5.1. Possibili rimedi: prospettive de *jure condendo*. — 5.1.1. L'evoluzione della normativa in materia di abuso del diritto alla luce della legge di delega fiscale e l'ampliamento del contraddittorio preventivo. — 5.1.2. Il possibile inquadramento di una forma di contraddittorio preventivo con l'Amministrazione Finanziaria. Dal precedente "*ruling di standard internazionale*" in tema di stabile organizzazione agli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale, di cui al nuovo art. 31-ter del d.P.R. n. 600/1973.

1. La tesi dell'incompatibilità col diritto europeo e la denuncia dell'Associazione dei Dottori Commercialisti.

Sin dalla sua introduzione ⁽¹⁾, la presunzione di residenza discipli-

⁽¹⁾ Senza pretesa di esaustività si possono menzionare, tra i primi commenti formulati poco dopo l'entrata in vigore di tale disciplina, F. SPINOSO, *La cd. "esterove-*

nata ai commi da 5-*bis* a 5-*quater* dell'art. 73, TUIR, è stata sospettata di incompatibilità con il diritto europeo, in quanto norma illegittimamente limitativa delle libertà fondamentali previste dal Trattato della Comunità Europea (ora Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) e, in particolare, della libertà di stabilimento (art. 49 TFUE), della libera circolazione dei capitali (art. 63 TFUE) e perfino della libera prestazione dei servizi ⁽²⁾. Tra i più convinti sostenitori dell'illegittimità della norma in discorso si annovera l'Associazione Italiana dei Dottori Commercialisti (di seguito, AIDC), che, tramite la propria Sezione di Milano, in data 1 giugno 2009 presentò alla Commissione Europea un'apposita denuncia di incompatibilità di tale normativa con il diritto comunitario ⁽³⁾, a cui fece seguito l'apertura di un procedimento EU Pilot (EU Pilot n. 2010/777/TAXU), vale a dire la fase preliminare ad una eventuale procedura d'infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE. La denuncia recava una critica serrata alle norme di cui all'art. 73, commi

stizione societaria: profili di incompatibilità con le convenzioni e con i principi di diritto comunitario, in *Fiscalità Internazionale*, 2007, n. 2 p. 116; L. DEL FEDERICO, *Società estere e presunzione di residenza ai sensi del d.l. 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* del 2006, n. 41, p. 1-6367; G. CORASANITI, P. DE CAPITANI, *La nuova presunzione di residenza fiscale dei soggetti ires*, in *Dir. prat. trib.*, 2007, I, p. 114; M. ANTONINI, *Note critiche sulla presunzione in tema di residenza fiscale di società ed enti introdotta dal d.l. 4 luglio 2006*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, IV, n. 223, p. 178; A. VIOTTO, *Considerazioni di ordine sistematico sulla presunzione di residenza in Italia delle società holding estere*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, p. 269.

Sebbene già non mancassero alcune opinioni in senso contrario: G. SOZZA, *Spunti critici sull'esterovestizione delle società*, in *Il fisco*, 2006, n. 41, p. 1-6343; nonché P. ROSSI, *Aperta la via della concorrenza fiscale in ambito UE. Per la Corte UE, le regole CFC confliggono con la libertà di stabilimento*, in *Il fisco* 2006, n. 36, p. 1-5580, e A. DI PIETRO e A. CARINCI, *Un intervento in linea con l'Europa*, in *Il Sole-24 Ore* del 18 settembre 2006, i quali osservano che "sebbene la disciplina abbia portata sanzionatoria delle esterovestizioni delle holding di partecipazione e, quindi, potrebbe rappresentare un ostacolo non solo alla libertà di stabilimento ma anche alla libera circolazione dei capitali, la previsione in questione non si traduce in una maggiore imposta od onere e quindi in un impedimento all'esercizio delle predette libertà, in quanto il trattamento fiscale da parte del Fisco italiano della società di partecipazione estera non è più gravoso rispetto a quello di una società di partecipazione italiana".

(2) La restrizione consisterebbe nella circostanza che la presunzione riguardante il consiglio di amministrazione composto per la maggior parte da soggetti residenti in Italia dissuaderebbe dal ricorso ad amministratori italiani nelle sub-holding estere che investano in controllate italiane.

(3) Reperibile al seguente url: <http://milano.aidc.pro/elencoIncompatibi.lita.aspx?idNorma=105>.

5-*bis* e ss., TUIR, censurando l'incompatibilità delle stesse con le norme del trattato sotto molteplici profili. Ciononostante il procedimento ha avuto esito negativo, poiché, in data 4 giugno 2010, la Commissione Europea ha comunicato l'archiviazione del procedimento già in fase preliminare, sebbene mediante una motivazione che — invero eufemisticamente — si può definire assai succinta. Come rilevato dalla stessa AIDC in una successiva lettera alla Commissione del 24 giugno 2010, tale motivazione risultava insoddisfacente, ed era obiettivamente carente.

Questa posizione della Commissione, tuttavia, non può automaticamente considerarsi un lasciapassare di piena compatibilità della disciplina in esame rispetto al diritto europeo, posto che l'unico organo legittimato a pronunciarsi in maniera vincolante sul punto rimane pur sempre la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE). Ben potrebbe accadere, infatti, che un simile quesito giunga all'attenzione della Corte mediante un rinvio pregiudiziale.

Merita quindi ripercorrere l'iter argomentativo svolto all'epoca dall'AIDC onde verificare la persistente tenuta delle critiche svolte nella denuncia alla luce dei più recenti orientamenti della CGUE e degli altri organi dell'Unione Europea.

2. La natura restrittiva della presunzione di esterovestizione e la presenza della causa di giustificazione.

L'accertamento della natura restrittiva della misura in discorso e la presenza di una causa di giustificazione, sono, per certi versi, i punti meno problematici. Quanto alla prima, sebbene la denuncia vi dedichi un'analisi assai estesa e dettagliata, si può difficilmente dubitare che la misura in discorso non costituisca una restrizione sia alla libertà di stabilimento, sia alla libera circolazione dei capitali e dei servizi. Come ha sottolineato l'AIDC nella denuncia, è agevole argomentare che tale misura dissuada in maniera significativa, da un lato, i soggetti italiani dall'investire in Italia tramite veicoli esteri ⁽⁴⁾, dall'altro, gli investitori esteri dal ricorrere ad amministratori italiani rispetto ad investimenti operati in Italia, vale a dire proprio in quelle ipotesi in cui la supervi-

(4) Denuncia AIDC 1 giugno 2009, art. 4, par. 1.

sione da parte di un soggetto italiano dell'investimento operato in Italia può risultare più adeguata ⁽⁵⁾.

2.1. Cause di giustificazione.

Per altro verso, si può notare come la giurisprudenza della Corte sia solitamente incline a ritenere che per questo tipo di misure restrittive ricorrano delle cause di giustificazione.

Senza dubbio la causa di giustificazione maggiormente invocata consiste nella prevenzione di frodi fiscali. In particolare, avendo riguardo alla giurisprudenza in materia di imposte dirette, vi è una casistica piuttosto nutrita ⁽⁶⁾ in cui si afferma che questo tipo di restrizioni sono ammesse tendenzialmente quando siano giustificate “*dal motivo imperativo di interesse generale che attiene alla lotta contro l'evasione fiscale*” ⁽⁷⁾. Altresì rilevante, soprattutto con riferimento alla disciplina in esame, è anche la causa di giustificazione consistente nel preservare una equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati Membri ⁽⁸⁾.

3. Il cuore del problema: la proporzionalità.

Ciò premesso, il vero cuore del problema consiste piuttosto nel verificare se tali restrizioni rispettino in concreto il criterio della proporzionalità, cioè “*non eccedano quanto necessario*” per raggiungere il predetto scopo di prevenire fenomeni di frode o di preservare un equilibrato riparto del potere impositivo tra gli Stati Membri ⁽⁹⁾.

Non pare un caso che la stessa Agenzia delle Entrate, commentando la disciplina in discorso poco dopo la sua introduzione ⁽¹⁰⁾, si sia

⁽⁵⁾ Denuncia AIDC 1 giugno 2009, art. 4., par. 2.

⁽⁶⁾ Si possono citare le note sentenze, Cadbury Schweppes (C-196/04), ELISA, (C-451/05), più recentemente Itelcar (C-282/12), nuovamente in tema di norme di contrasto alla sottocapitalizzazione.

⁽⁷⁾ Causa C-72/09, Établissements Rimbaud SA, 29 aprile 2010.

⁽⁸⁾ C-318/10, 5 luglio 2012, SIAT, C-436/08, 10 febbraio 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e C-437/08, Österreichische Salinen, 10 febbraio 2011.

⁽⁹⁾ Più recentemente, a conferma di un principio oramai consolidato, CGUE, sent. Itelcar, causa C-282/12, 3 ottobre 2013.

⁽¹⁰⁾ Circ. n. 28/E del 4 agosto 2006, par. 8.4, in cui si sostiene che “*Sotto il profilo della compatibilità comunitaria, la norma è coerente con l'orientamento della Corte di Giustizia, che nella sentenza Centros (causa C-81/87) ha affermato il principio secondo cui gli*”

3.

**LA PRESUNZIONE DI RESIDENZA EX ART. 73,
COMMI 5-BIS, 5-TER E 5-QUATER, DEL TUIR
E I RAPPORTI INTERNAZIONALI**di *Eugenio Romita*

SOMMARIO: 1. Premessa: il ruolo delle convenzioni fiscali bilaterali. — 2. La nozione di residenza delle società tra Modello OCSE e normativa italiana. — 2.1. Domicilio, residenza e *place of management* nel Modello OCSE. — 2.2. La sede dell'amministrazione nella normativa italiana. — 2.2.1. La posizione della dottrina. — 2.2.2. Gli arresti giurisprudenziali. — 2.2.3. La prassi dell'Amministrazione finanziaria. — 2.3. Confronto tra *place of management* e sede dell'amministrazione. — 2.4. Il *place of effective management* come *tie-breaker rule* nel Modello OCSE. — 2.4.1. La nozione nel Modello OCSE e l'evoluzione del Commentario. — 2.4.2. *Place of effective management* e sede dell'amministrazione. — 3. La presunzione di residenza e l'art. 4 del Modello OCSE. — 3.1. Compatibilità della presunzione con le Convenzioni stipulate dall'Italia. — 3.2. Concreta applicazione della presunzione in presenza di conflitto tra Stati. — 3.3. La presunzione di residenza e l'attività di direzione e coordinamento. — 3.4. L'art. 25 del modello OCSE: il confronto tra Amministrazioni fiscali (cenni). — 4. Conclusioni.

1. Premessa: il ruolo delle convenzioni fiscali bilaterali.

I rapporti internazionali tra Stati sono regolati da un primo principio generale che ne sovrasta qualunque altro: il principio della supremazia degli Stati, secondo cui ogni Stato sovrano è dotato di potestà normativa primaria ed indipendente. Anche nella materia tributaria la potestà di legiferare rappresenta una prerogativa esclusiva degli Stati (i quali possono autonomamente scegliere di rinunciare ad una parte di essa per affidarla a determinate organizzazioni internazionali cui aderiscono, attraverso le quali continuano, ancorché indirettamente, ad esercitare la propria potestà), per cui ciascuno Stato può imporre la propria potestà tributaria alle fattispecie “in qualche modo”

collegate con esso anche nei casi in cui le medesime fattispecie siano collegate “per altro verso” ad altri Stati sovrani.

Con le locuzioni indicate tra virgolette è stato implicitamente introdotto il secondo principio fondante dei rapporti internazionali: il principio di territorialità, per effetto del quale la potestà impositiva è attribuita ai singoli Stati non solo relativamente alle fattispecie che si realizzano nel proprio territorio, bensì è estesa anche a quelle fattispecie che, pur non realizzandosi all'interno del proprio territorio, presentano un collegamento materiale con il territorio di uno Stato e con il relativo ordinamento.

È evidente che, per l'esistenza dei due principi dianzi riportati, possano scaturire conflitti tra giurisdizioni tributarie diverse. Tali conflitti possono dare luogo al fenomeno della doppia imposizione internazionale.

La doppia imposizione, in ambito internazionale, è definita doppia imposizione giuridica e si verifica quando, al ricorrere di una medesima fattispecie, il medesimo contribuente è assoggettato a tributi simili in due o più Stati ⁽¹⁾. In questo quadro è opportuno rilevare la coesistenza di almeno due principi fondamentali contrapposti, sulla base dei quali gli Stati assoggettano i contribuenti alla propria pretesa impositiva: il principio della fonte del reddito, per cui lo Stato assoggetta ad imposizione il reddito prodotto all'interno del proprio territorio, tanto che esso sia riferibile a soggetti residenti quanto che sia riferibile a soggetti non residenti; ed il principio della residenza del soggetto che produce il reddito, per cui lo Stato tassa detto reddito ovunque esso sia prodotto (*worldwide taxation principle*), ivi incluso quindi quello prodotto in altri Stati, per il solo fatto che esso è da riferirsi a soggetti residenti nel proprio territorio.

Dalla pur limitata introduzione che precede, è piuttosto agevole comprendere come il più classico dei conflitti di tassazione tra Stati sia rappresentato dal caso in cui lo Stato di residenza del percettore del reddito non coincide con lo Stato in cui il reddito è prodotto ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Alla doppia imposizione giuridica si affianca la doppia imposizione economica, che si verifica allorché due diversi contribuenti sono colpiti da imposizione in rapporto alla medesima fattispecie per effetto di diversi regimi fiscali adottati dagli Stati. Le convenzioni internazionali, come si vedrà, sono strumenti preposti al contrasto della doppia imposizione giuridica.

⁽²⁾ Le cause della doppia imposizione internazionale sono sostanzialmente riconducibili alle seguenti tre macrotipologie: (i) due Stati che adottano un diverso

Conseguenze di quanto appena esposto sono che, da un lato, gli Stati non hanno alcuna giurisdizione fiscale rispetto a fattispecie realizzatesi al di fuori del proprio territorio e che con esso non abbiano alcun nesso materiale o soggettivo; e che, d'altro canto, gli Stati possono dare rilevanza tributaria anche a soggetti, fatti e redditi localizzati al di fuori del proprio territorio, senza trovare alcun limite esterno nella sovranità che spetta agli altri Stati.

Per affrontare tali conseguenze gli Stati hanno fatto ricorso al sistema delle convenzioni bilaterali ⁽³⁾: da un lato, per evitare i conflitti di tassazione, dall'altro per poter legittimamente esercitare le rispettive potestà tributarie in relazione a soggetti, fatti e redditi localizzati in territori di altri Stati. Quest'ultima previsione si è resa necessaria anche per evitare il fenomeno della "doppia non imposizione", per il quale lo stesso contribuente potrebbe in talune ipotesi non essere assoggettato ad imposizione in nessuno Stato. Si pensi al caso, ad esempio, in cui lo Stato A adotti il principio della residenza e lo Stato B quello della fonte ed il contribuente, residente nello Stato B, ritragga redditi provenienti dallo Stato A; in tal caso il contribuente non sarebbe tassato né nello Stato A né nello Stato B.

Infine, le convenzioni bilaterali sono concluse anche con l'obiettivo di evitare l'evasione fiscale. Basti pensare alle disposizioni delle convenzioni che prevedono lo scambio di informazioni tra le Autorità competenti degli Stati contraenti.

La maggior parte delle convenzioni vigenti stipulate dall'Italia sono state negoziate prendendo come punto di partenza il Modello

criterio di collegamento; ad esempio lo Stato A utilizza il principio della residenza mentre lo Stato B utilizza il principio della fonte; (ii) due Stati che adottano un diverso criterio di collegamento oggettivo — ad esempio per la definizione del luogo di produzione del reddito — e che, in base alla propria legislazione interna, entrambi considerano il reddito come prodotto nel proprio territorio; (iii) due Stati che adottano un diverso criterio di collegamento personale — ad esempio per la definizione di residenza — e che, in base alla propria legislazione interna, entrambi considerano lo stesso soggetto come residente nel proprio territorio. A tale ultima tipologia appartiene il fenomeno della esterovestizione, oggetto di analisi nel presente lavoro.

(3) Le convenzioni bilaterali hanno la funzione di delimitare il potere di imposizione degli Stati: al verificarsi di una fattispecie prevista dagli articoli della convenzione, o viene escluso in uno degli Stati l'obbligo per il contribuente di adempiere al carico tributario previsto dall'ordinamento interno, o gli Stati si impegnano reciprocamente a compensare le obbligazioni di imposta che il diritto interno prevede a carico del contribuente.

OCSE (4). La prima versione del Modello è stata predisposta nel 1963 dal Comitato per gli Affari Fiscali dell'OCSE ("*Double Taxation Convention on Income and Capital*") ed è nata come strumento che potesse essere preso a modello dagli Stati per la redazione di convenzioni bilaterali; inoltre, sin dalla sua origine, è stata accompagnata da un Commentario che fungesse da strumento di interpretazione autentica delle diverse clausole ivi contenute. Con il passare degli anni, alla prima sono seguite diverse versioni modificate, fino ad arrivare a quella attualmente in vigore, datata luglio 2014. Il modello OCSE è attualmente soggetto ad un costante monitoraggio per tenere conto degli studi del Comitato per gli Affari Fiscali e delle osservazioni e delle riserve avanzate dagli Stati membri.

2. La nozione di residenza delle società tra Modello OCSE e normativa italiana.

2.1. *Domicilio, residenza e place of management nel Modello OCSE.*

Il concetto di residenza è fondamentale per l'applicazione di una convenzione bilaterale, dal momento che essa, secondo l'art. 4, paragrafo 1, del Modello OCSE, "*si applica ai residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti*". In tal senso, la residenza assurge a criterio che delimita i requisiti soggettivi di applicabilità della convenzione.

Ai fini dell'attribuzione della residenza fiscale delle società, il Modello OCSE prevede un criterio generale ed uno sussidiario. Il secondo opera solo se il primo non è sufficiente a superare i conflitti normativi generati dalle legislazioni interne dei due Stati.

Per quanto attiene al criterio generale, il menzionato paragrafo 1 stabilisce che "[...] *l'espressione "residente di uno Stato contraente" designa ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è ivi assoggettata ad imposta a motivo del suo domicilio, residenza, sede di direzione o di ogni altro criterio di natura analoga [...]*". In tale passaggio il Modello introduce i concetti di domicilio, di residenza e di sede di direzione (o *place of management*, nella terminologia inglese), ma non li definisce, demandandone la definizione alla legislazione interna dei

(4) Il modello OCSE è oggi riconosciuto ed utilizzato come base per le negoziazioni della **Terminologia** Organizzazione.

4.

**IPOTESI DI ESTEROVESTIZIONE NON RIENTRANTI
NELL'AMBITO APPLICATIVO DELLA PRESUNZIONE
E CONTESTAZIONI DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE
FINANZIARIA - CASISTICA RECENTE E BEST PRACTICES**di *Christian Cisternino*

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'oggetto principale. — 2.1. La prassi dell'Amministrazione finanziaria. — 2.2. La giurisprudenza. — 3. La sede dell'amministrazione di società ed enti. — 3.1. La prassi dell'Amministrazione finanziaria. — 3.2. La giurisprudenza.

1. Premessa.

La questione della residenza fiscale delle persone giuridiche — nonostante i numerosi interventi di prassi, dottrina e giurisprudenza — presenta ancora numerosi “coni d'ombra” (*i*) che mal si conciliano con l'esigenza di certezza del diritto sentita dagli investitori (che andrebbe assecondata in un'ottica di attrazione degli investimenti) e (*ii*) che, quindi, rendono interessante qualche ulteriore riflessione con l'obiettivo di cercare — nei limiti del possibile — delle “linee guida” che possano concretamente aiutare gli operatori ad orientarsi sul punto.

In tale contesto, si ritiene utile ripercorrere con spirito critico gli orientamenti di prassi e giurisprudenza con riferimento all'interpretazione della norma di cui all'art. 73, terzo comma del TUIR, anche per cercare di verificare la coerenza rispetto agli attuali modelli di business.

In particolare, se — tra i criteri di collegamento con il territorio Italiano ai fini della residenza fiscale delle società — il concetto di “sede legale” non crea problemi di individuazione, sostanziandosi in un elemento puramente formale e riconducibile alla sede della società come indicata nell'atto costitutivo o nello statuto ⁽¹⁾, come noto le

(1) Si veda, *ex multis*, Cassazione 17 gennaio 2014, n. 1811.

maggiori difficoltà interpretative (e la maggiore attenzione dell'Amministrazione in sede di verifica) si riferiscono al concetto di “oggetto principale” e soprattutto di “sede dell'amministrazione”, specie considerando l'impatto su tali concetti che può avere l'evoluzione dell'economia digitale, dei mezzi di comunicazione e dei modelli di corporate governance ⁽²⁾.

Tra l'altro, se nei chiarimenti ufficiali dell'Amministrazione e in dottrina questi due requisiti territoriali vengono analizzati separatamente, un approccio pragmatico non può non considerare che nella prassi accertativa e nella giurisprudenza vengono spesso sovrapposti e confusi l'uno con l'altro, contribuendo a generare incertezza.

Si tratta quindi di tornare a riflettere su tali elementi di connessione in modo da cercare di delinearne al meglio un possibile “perimetro”.

2. L'oggetto principale.

2.1. *La prassi dell'Amministrazione finanziaria.*

Nella concreta attività dell'operatore può essere di ausilio partire da una attenta analisi dell'art. 73, comma 4, TUIR, secondo cui (i) se da un lato l'oggetto esclusivo o principale dell'ente è determinato con riferimento all'atto costitutivo se esistente in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, (ii) dall'altro lato “[p]er oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati... dall'atto costitutivo o dallo statuto”.

In sostanza, se il punto di partenza non può che essere l'atto costitutivo o lo statuto, un canone interpretativo rispettoso del principio di capacità contributiva non può che valorizzare la seconda parte della norma che — privilegiando la sostanza rispetto alla forma — dà rilievo all'attività “essenziale”, in linea con la considerazione che nella pratica gli atti costitutivi sono spesso onnicomprensivi per scongiurare il rischio che qualche operazione possa rimanere “scoperta”.

In questo senso, la Guardia di Finanza, con la Circolare 29 dicembre 2008, n. 1, (dopo aver evidenziato le difficoltà interpretative

⁽²⁾ La Guardia di Finanza, nella Circolare 29 dicembre 2008, n. 1, ha osservato che i criteri della sede dell'amministrazione e dell'oggetto sociale “vanno analizzati tenendo in debita considerazione i rilevanti mutamenti intervenuti nella dimensione internazionale dell'attività imprenditoriale e delle sue particolari dinamiche legate sempre più all'accentuata globalizzazione dei mercati”.

collegate a questo criterio di collegamento) ha osservato che la definizione di oggetto sociale fornita dalle norme sopra richiamate si presenta “*estremamente ampia*” e, dunque, al fine di circoscriverne la portata, risulta necessario tenere conto non solo dell’“*attività per il cui esercizio la società è stata costituita*”, ma anche (i) degli “*atti produttivi e negoziali*” e (ii) dei “*rapporti economici*” concretamente posti in essere dalla società con soggetti terzi ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

In particolare, rifacendosi alle elaborazioni dottrinarie in ambito civilistico e ai chiarimenti forniti dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 3910 del 9 giugno 1988, la Guardia di Finanza ha chiarito che l’oggetto dell’impresa “coincide con la concreta attività svolta per il raggiungimento dello scopo sociale” e a tal fine ha indicato (con tutti i limiti di un elenco che si ritiene a mero titolo esemplificativo) alcuni elementi considerati “sintomatici” del luogo di concreto e reale svolgimento dell’attività caratterizzante l’ente, ossia:

(i) il luogo in cui sono state svolte le attività prodromiche alla conclusione di atti negoziali;

(ii) l’identità delle controparti e la loro residenza;

(iii) l’individuazione dei mercati sui quali sono stati negoziati i titoli di eventuali società partecipate, nonché l’ubicazione di tali società;

(iv) la localizzazione della effettiva gestione dei conti correnti e delle disponibilità finanziarie della società.

Inoltre, in base ai chiarimenti della Guardia di Finanza, si tratta di valutare tutti gli elementi che, nel loro insieme, provano il “radicamento” di una società in un certo ordinamento giuridico, con la conseguenza che “[o]ve l’attività svolta in Italia risulti prevalente in senso assoluto, o comunque risulti nettamente preponderante nel quadro di tutte le attività svolte”, l’oggetto principale dell’ente potrà essere ritenuto “collocabile” in Italia.

In questa linea, l’Agenzia delle Entrate, nell’ambito dell’indagine

⁽³⁾ Occorre segnalare come la Guardia di Finanza, nella commentata Circolare, faccia specifico ed espresso riferimento ad un risalente orientamento della giurisprudenza di legittimità, ossia alla sentenza n. 3910 del 9 giugno 1988, con la quale la Suprema Corte ha affermato che “*l’oggetto principale dell’attività corrisponde all’attività esercitata in concreto ed in via primaria dalla società*”.

⁽⁴⁾ Utili elementi interpretativi sull’oggetto sociale possono ricercarsi nell’ampia letteratura sul requisito della “commercialità” nell’ambito del regime di *participation exemption* e in relazione al regime di tassazione delle società semplici. A quest’ultimo riguardo, si veda ZAGÀ, *La disciplina impositiva dei redditi delle società semplici*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2014, n. 4.

avviata dalla Commissione europea per la verifica della compatibilità della normativa italiana in materia di esterovestizione societaria con i principi comunitari ⁽⁵⁾, ha individuato tra gli elementi da tenere in debita considerazione gli “*atti di gestione adottati*” e la “*attività negoziale posta in essere*”, come ad esempio l’adozione di direttive interne, la conclusione di contratti di natura commerciale o finanziaria, la predisposizione di documenti o di corrispondenza che precedono o integrano le trattative commerciali cui è orientata la strategia aziendale, ecc., privilegiando nuovamente un canone improntato al pragmatismo e teso ad individuare l’attività concretamente svolta.

2.2. *La giurisprudenza.*

Ciò detto, ulteriori elementi interpretativi possono ricercarsi nella copiosa giurisprudenza che si sta formando sul punto.

I casi sottoposti all’attenzione delle commissioni tributarie, infatti, permettono (i) da un lato di individuare “empiricamente” gli elementi sui quali gli organi verificatori hanno focalizzato l’attenzione; (ii) dall’altro lato di “*seguire*” le categorie di giudizio in divenire ⁽⁶⁾.

In quest’ottica, risulta interessante il caso che ha portato alla sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Roma del 3 febbraio 2014, n. 1694, favorevole al contribuente e riferita ad una holding “statica” ⁽⁷⁾, residente ai fini fiscali in Olanda. L’Amministrazione aveva (i) ritenuto che il controllo della società era riconducibile

⁽⁵⁾ L’attività istruttoria avviata dalla Commissione europea (nell’ambito del progetto “Eu-Pilot 777/10/TAXU”) prende le mosse dalla denuncia presentata nel giugno 2009 dall’Associazione Italiana Dottori Commercialisti (AIDC) per la presunta illegittimità della normativa italiana in tema di esterovestizione per violazione dei principi comunitari di libero stabilimento, proporzionalità, e non discriminazione. La Commissione, a seguito dei chiarimenti in materia forniti dall’Agenzia delle Entrate, con lettera del 4 giugno 2010 e successiva del 7 gennaio 2011, ha concluso la propria attività istruttoria sancendo la piena legittimità, sotto il profilo comunitario, della normativa nazionale in materia di esterovestizione societaria.

⁽⁶⁾ Categorie di giudizio che ad oggi possono considerarsi tutt’altro che univoche; circostanza di cui si dovrebbe tener conto anche con riferimento all’aspetto sanzionatorio (di natura amministrativa e penale).

⁽⁷⁾ Ossia una holding il cui oggetto principale consiste nella mera detenzione di partecipazioni e nella percezione dei dividendi, nella partecipazione alle assemblee per nominare gli organi amministrativi e di controllo e nell’approvazione del bilancio. Per un’analisi delle differenze tra “mero godimento” e attività d’impresa si veda MONTUORI-CARUSO, *Società semplice e mera detenzione di beni fruttiferi: un abbinamento da risolvere?* **Termine estratto capitolo**