

FISCALITÀ INTERNAZIONALE

L'esterovestizione societaria ha rilevanza penale?

di Marco Bargagli

Nel **panorama tributario internazionale**, sulla base del noto **principio della tassazione su base mondiale** (c.d. “*worldwide principle*”), l'esatta **individuazione della residenza fiscale del soggetto passivo** riveste **fondamentale importanza**.

Una volta **riqualificata la residenza sul territorio dello Stato**, in ipotesi di **esterovestizione societaria**, il **soggetto di diritto estero** sarà fiscalmente **residente in Italia** e, quindi, dovrà presentare **la dichiarazione** per i **redditi ovunque prodotti** nel mondo.

Ai sensi dell'[articolo 73, comma 3, del D.P.R. 917/1986](#) una società di capitali è considerata **fiscalmente residente in Italia**, quando per la **maggior parte del periodo d'imposta** ha mantenuto la **sede legale** o la **sede dell'amministrazione** o l'**oggetto principale** nel territorio dello Stato.

I **criteri di collegamento** con il territorio dello Stato sono fra loro **alternativi**, essendo sufficiente che si realizzzi **uno solo di essi** perché la società, l'ente, **compresi i trust**, vengano sottoposti a **tassazione in Italia**.

La questione della **rilevanza penale dell'esterovestizione**, costituisce un tema **ampiamente dibattuto** tra gli **addetti ai lavori**.

Sullo specifico tema, la **normativa sostanziale di riferimento** è contenuta nell'[articolo 5 del D.Lgs. 74/2000](#) rubricato **“omessa dichiarazione”** dopo le **modifiche** introdotte, con decorrenza dal 22 ottobre 2015, dal D.Lgs. 158/2015.

In merito, per **espressa disposizione di Legge**, viene **punito con la reclusione** da **un anno e sei mesi a quattro anni** chiunque al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, **non presenta, essendovi obbligato**, una delle **dichiarazioni relative a dette imposte**, quando l'**imposta evasa è superiore**, con riferimento a **taluna delle singole imposte** ad **euro cinquantamila**.

Con riferimento alle ipotesi di **dichiarazione tardiva**, non si **considera omessa** la dichiarazione presentata **entro novanta giorni** dalla scadenza del termine o non **sottoscritta** o **non redatta** su uno **stampato conforme al modello prescritto**.

Ciò posto, la **suprema Corte di Cassazione**, con la [sentenza n. 43809 del 30 ottobre 2015](#), ha sancito **l'irrilevanza penale dell'esterovestizione**.

In merito, sia il **Tribunale** che la **Corte di appello di Milano** hanno fatto ricorso al Commentario all'articolo 4 del Modello OCSE di Convenzione, secondo il quale la **sede di direzione effettiva** dell'impresa deve essere individuata:

- nel **luogo** dove vengono **assunte le decisioni chiave**, di natura **gestionale e commerciale**, necessarie per la **conduzione della attività di impresa**;
- nel **luogo dove la persona o il gruppo di persone** che esercitano le **funzioni di maggior rilievo** assumono **ufficialmente le loro decisioni**;
- nel **luogo di determinazione delle strategie** che dovranno essere **adottate dall'ente nel suo insieme**.

La **valutazione di tali elementi** deve essere **sempre condotta** in un'ottica di **prevalenza della sostanza sulla forma**, come peraltro prevede lo stesso **Commentario OCSE**.

Ai fini **penali - tributari**, sulla base dell'interpretazione fornita da parte della **terza sezione penale** della Corte di 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 **conseguenze aberranti** ove esso dovesse identificarsi con la **sede della società controllante**, in evidente **contrastò** con le ragioni stesse della **politica del gruppo** e le **esigenze sottese al suo controllo**.

Secondo il giudice di legittimità, tale approccio si pone addirittura in **contrastò** con la presunzione di **eterodirezione della società controllata** e, in particolare, con quanto espressamente prevede l'[articolo 2497-sexies del codice civile](#) secondo il quale **si presume**, salvo **prova contraria**, che l'attività di **direzione e coordinamento** di una società sia esercitata dalla società o ente tenuto al **consolidamento dei loro bilanci** o che **comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile**.

Sulla base di un **solco interpretativo ormai costante**, gli ermellini evidenziano che la circostanza che una società sia **stata creata in uno Stato membro** per **fruire di una legislazione più vantaggiosa**, non costituisce di per se un **abuso della libertà di stabilimento**, non ravvisandosi la **"presunzione di una frode fiscale"**.

In senso conforme, si è espressa anche la **Commissione Tributaria Provinciale di Roma**, nella [sentenza n. 1694/41/2014](#), con la quale è stato precisato che l'**esterovestizione** può essere contestata solo in presenza di **costruzioni artificiose**.

A parere di chi scrive, la **libertà di stabilimento in ambito comunitario** costituisce un **principio cardine** dell'ordinamento giuridico e, conseguentemente, in linea con l'**approccio ermeneutico** espresso dalla giurisprudenza di **legittimità e di merito**, le **ipotesi di esterovestizione** societaria dovranno riguardare solo le **"strutture societarie artificiose"**, in linea con gli **indicatori** diramati dall'Agenzia delle entrate con la [circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010](#).

Di contro, l'applicazione delle **norme antiabuso** contenute nella **normativa domestica** e nelle

correlate **disposizioni convenzionali**, si renderanno **pienamente applicabili** nei confronti dei **soggetti economici** che **non svolgono alcuna reale attività economica**, ma sono **stati costituiti** all'estero senza valide ragioni economiche, **al solo scopo** di ottenere un **indebito vantaggio fiscale** nel Paese o nel territorio di **insediamento**.

Di conseguenza, in tale ultima ipotesi, dovranno essere valutati i **profili penali tributari** derivanti dall'**omessa presentazione della dichiarazione dei redditi** ex [articolo 5 del D.Lgs. 74/2000](#), ove venga individuato **l'elemento soggettivo** sotto forma di **dolo specifico**, ossia il fine di **evadere le imposte** sui redditi o sul valore aggiunto.

Master di specializzazione

FISCALITÀ INTERNAZIONALE: CASI OPERATIVI E NOVITÀ

[Scopri le sedi in programmazione >](#)