

## FISCALITÀ INTERNAZIONALE

---

### ***Libertà di stabilimento ed esterovestizione***

di Marco Bargagli

Come noto, ai sensi dell'[articolo 73, comma 3, Tuir](#), **le società, gli enti ed i trust** sono considerati **fiscalmente residenti in Italia**, quando per la **maggior parte del periodo d'imposta** (183 giorni) hanno la **sede legale** o la **sede dell'amministrazione** o **l'oggetto principale** nel **territorio dello Stato**.

Al fine di evitare **fenomeni di doppia imposizione economica**, i vari Stati hanno stipulato specifici **accordi internazionali contro le doppie imposizioni sul reddito e sul patrimonio** che intervengono per **dirimere i casi** in cui il contribuente è considerato **residente in entrambi gli Stati contraenti**, conferendo prevalenza al criterio della **sede di direzione effettiva**, conosciuto come "*place of effective management*".

Sul punto **l'Italia**, formulando **specifiche osservazioni all'articolo 4 del modello Ocse di Convenzione**, ha introdotto una **particolare riserva** per effetto della quale, nel determinare la **residenza fiscale di una società**, oltre alla "*sede della direzione effettiva*", dovrà essere attribuita estrema rilevanza anche al **luogo nel quale viene svolta l'attività principale dell'impresa**.

In tema di **residenza fiscale**, si è recentemente **consolidato in giurisprudenza** un particolare **approccio ermeneutico**: attesa la fondamentale importanza dei principi di **libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi**, in ambito comunitario **non può essere contestata l'esterovestizione societaria** se non si è in presenza di una **struttura di puro artificio**, ossia di **un soggetto che non svolge**, in realtà, **alcuna attività economica** ma è stato costituito con il solo scopo di **ottenere un indebito vantaggio fiscale**.

Con particolare riferimento al tema della **libertà di stabilimento**, è recentemente intervenuta la **Corte di cassazione** con le [sentenze n. 33234/2018 e 33235/2018](#), entrambe **pubblicate in data 21.12.2018**, con le quali è stato risolto un complesso e importante **caso di esterovestizione societaria** riguardante una società **appartenente ad un famoso Gruppo italiano** con sede **legale in Lussemburgo**.

In via preliminare, i supremi giudici hanno fornito la **definizione di esterovestizione**, ossia la **fittizia localizzazione della residenza fiscale di una società all'estero**, in particolare in un Paese con un **trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale**, allo scopo di **sottrarsi al più gravoso regime nazionale**.

Il fenomeno in rassegna, per **assumere una connotazione abusiva**, deve avere come risultato **l'ottenimento di un vantaggio fiscale** che deve risultare, da un insieme di elementi oggettivi, lo

**scopo essenziale dell'operazione.**

In linea con la giurisprudenza comunitaria, infatti, tra due operazioni il contribuente non è obbligato a scegliere quella che implica il **pagamento di maggiori imposte** ma, al contrario, ha il **diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli consenta di ridurre la sua contribuzione fiscale.**

Gli ermellini passano poi ad esaminare la rilevanza, in tema di **residenza fiscale di una società o un ente**, del **principio comunitario della libertà di stabilimento**, istituto cardine che ha l'obiettivo di **permettere a un cittadino di uno Stato membro di creare uno stabilimento secondario in un altro Stato membro per esercitarvi le proprie attività** e di partecipare così, in **maniera stabile e continuativa**, alla **vita economica di uno Stato diverso dal proprio di origine e di trarne vantaggio**. Tuttavia, la **nozione di stabilimento** implica l'esercizio effettivo di un'**attività economica reale** per una durata di **tempo indeterminata**, nonché l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro.

Con particolare riguardo al **fenomeno della localizzazione all'estero della residenza fiscale**, la circostanza che una società **sia stata creata in un determinato Stato per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per se stessa un abuso di tale libertà.**

Quindi, una misura prevista dall'ordinamento tributario che **restringe la libertà di stabilimento** è ammessa soltanto se riguarda le **costruzioni societarie di puro artificio**, finalizzate ad **eludere la normativa dello Stato membro interessato.**

Di conseguenza, a parere degli ermellini, *“perché sia **giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale**”.*

In buona sostanza, concludono i supremi giudici, per individuare un **abuso del diritto di stabilimento** non rileva la **sussistenza o meno di ragioni economiche diverse da quelle relative alla convenienza fiscale**, ma occorre accertare se il trasferimento della sede societaria è **realmente avvenuto**, ovvero se l'operazione sia **meramente artificiosa**, avendo come scopo la creazione di una **forma giuridica che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica.**

Ciò posto, i giudici di piazza Cavour passano ad esaminare la **normativa nazionale e convenzionale di riferimento**, illustrando le previsioni sancite dall'[articolo 73 Tuir](#) e dall'articolo 4 della **Convenzione internazionale contro le doppie imposizioni sul reddito e sul patrimonio** stipulata tra Italia e Lussemburgo che, per individuare la residenza fiscale di una società o di un ente, fanno esplicito riferimento al **criterio della “sede effettiva”.**

In merito, viene affermato che:

- la **nozione di "sede dell'amministrazione"**, in quanto **contrapposta alla "sede legale"**, si deve **ritenere coincidente con quella di "sede effettiva"**, 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**. Di contro, il criterio riferito all'**oggetto principale** identifica il luogo in cui si **concretizzano gli atti produttivi e negoziali dell'ente nonché i rapporti economici che esso intrattiene con i terzi**;
- per determinare il **luogo della sede dell'attività economica di una società** occorre prendere in considerazione un complesso di fattori, al primo posto dei quali figurano la **sede statutaria**, il **luogo dell'amministrazione centrale**, il **luogo di riunione dei dirigenti societari** e quello, abitualmente identico, in cui si **adotta la politica generale di tale società**. Sul punto, possono rilevare anche altri elementi, quali il **domicilio dei principali dirigenti**, il **luogo di riunione delle assemblee generali**, di **tenuta dei documenti amministrativi e contabili** e di **svolgimento della maggior parte delle attività finanziarie**, in particolare bancarie.

In linea con l'**orientamento espresso sul versante penale** dalla medesima Corte di cassazione, in caso di **società con sede legale estera non può costituire criterio esclusivo di accertamento della sede della direzione effettiva l'individuazione del luogo dal quale partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative**, qualora esso **s'identifichi con la sede (legale o amministrativa) della società controllante italiana**. Infatti, in tale circostanza, è necessario accertare anche che **la società controllata estera non sia costruzione di puro artificio**, ma **corrisponda a un'entità reale che svolge effettivamente la propria attività in conformità al suo atto costitutivo o allo statuto**.

Nel corso del **giudizio di legittimità** è emersa la necessità di **interpretare le informazioni ricavabili dalla documentazione extracontabile acquisita alla verifica fiscale** (in particolare dalle *e-mail*) in base al **complesso intreccio organizzativo e funzionale che intercorre tra una controllata e la sua controllante capo-gruppo**, che **fisiologicamente si risolve in un rapporto tra uffici e personale dell'una e dell'altra**, in quanto, come **rilevabile in sentenza**, *"resta difficile comprendere quale autonomia gestionale e finanziaria dovessero avere due semplici dipendenti per poter qualificare l'insediamento lussemburghese in termini di effettiva realtà..."*.

In buona sostanza, rilevano i giudici, *"si comprende, in realtà, che dietro quel ripetuto richiamo alla mancanza di autonomia gestionale e finanziaria si cela l'ispirazione di fondo dell'intera decisione: la predisposizione degli aspetti gestionali ed organizzativi dell'attività di ... interamente in Italia, lasciando alla sede lussemburghese i soli compiti esecutivi. Con il che, però, si ammette che qualcosa in Lussemburgo effettivamente si faceva, sì da giustificare una sede amministrativa collocata in una struttura diversa da quella legale e i costi del personale dapprima distaccato, quindi direttamente assunto, che vi operava"*.

Sulla base dei sopra indicati **principi di diritto**, la suprema Corte di cassazione - accogliendo il

ricorso del contribuente – ha rilevato che il giudice di merito ha **esaurito la propria valutazione nella sbrigativa considerazione, meramente assertiva**, che *“il top management della ... operava in Italia”*, facendo leva su *“gli impulsi, gli incontri per assumere le decisioni riguardanti la realizzazione dell'attività sociale”*, **senza valutare l'attività comunque svolta in Lussemburgo**, che emerge proprio **dalla corrispondenza e-mail valorizzata in senso opposto e trascritta in ricorso**.

Seminario di specializzazione

## LA DISCIPLINA CFC E IL RIMPATRIO DEGLI UTILI ESTERI

[Scopri le sedi in programmazione >](#)