

FISCALITÀ INTERNAZIONALE

L'esterovestizione societaria e la libertà di stabilimento

di **Marco Bargagli**

Come noto, la normativa fiscale interna contiene specifiche disposizioni per il contrasto dei fenomeni di **delocalizzazione fittizia all'estero** della sede di una **società o di un ente**.

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

L'[articolo 58, comma 3, D.P.R. 600/1973](#), rubricato "**domicilio fiscale**", stabilisce che i soggetti diversi dalle persone fisiche hanno il **domicilio fiscale** nel Comune in cui si trova la loro **sede legale** o, in mancanza, la **sede amministrativa**. Se anche questa manca, essi hanno il **domicilio fiscale** nel Comune ove è **stabilita una sede secondaria** o una **stabile organizzazione** e, in mancanza, nel **Comune in cui esercitano prevalentemente la loro attività**.

Il fenomeno di **pianificazione fiscale** conosciuto con il termine di "**esterovestizione societaria**", si concretizza mediante la dissociazione tra **residenza fittiziamente localizzata all'estero** e **residenza "reale"**, mantenuta **sul territorio italiano**, ove il soggetto passivo Ires ha stabilito la propria **sede dell'amministrazione** o, in subordine, **esercita la propria attività** (*rectius* l'**oggetto sociale**).

In tema di **residenza fiscale**, la **prassi operativa** di riferimento ha affermato che sia con riguardo alle persone fisiche sia con riguardo alle società, si assiste spesso a **fenomeni di esterovestizione della residenza fiscale**, consistenti nella **fittizia localizzazione** della residenza in Paesi o territori diversi dall'Italia, al fine di usufruire di un **trattamento fiscale privilegiato rispetto a quello nazionale**. L'antigiuridicità del comportamento, sotto il profilo fiscale, consiste proprio nel fatto che, **contrariamente a quanto formalmente dichiarato** relativamente alla propria ubicazione, il **soggetto passivo risiede nel territorio dello Stato** italiano, **sottraendosi così agli adempimenti** richiesti dalla legislazione del Paese di appartenenza.

In queste ipotesi la localizzazione della dimensione soggettiva si fonda su **elementi dichiarativi connotati da falsità**, pertanto, tutti i **fenomeni di esterovestizione** non possono, in nessun caso, essere ricondotti nell'ambito delle fattispecie elusive, **ma rappresentano** veri e propri **casi di evasione** (*cfr.* Manuale in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali", *circolare n. 1/2018* del Comando Generale della Guardia di Finanza, volume III - parte V - capitolo 1, "*Le metodologie di controllo basate su prove presuntive: il riscontro indiretto-presuntivo*", pag. 23 e ss.).

In ambito internazionale, l'**articolo 4, paragrafo 3, modello Ocse di Convenzione** prevede che, nell'ipotesi in cui una società sia considerata **residente in due diversi Stati**, la **residenza fiscale della persona giuridica** deve essere individuata sulla base di un **accordo tra le autorità competenti** (denominato "*mutual agreement*"), che deve tenere conto del **luogo di direzione effettiva**, del **luogo di costituzione** e di **ogni altro fattore rilevante**.

Sul punto il **nuovo modello Ocse di Convenzione**, approvato in data 21.11.2017, recepisce le indicazioni contenute nella "*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*", sottoscritta in data 07.06.2017 dall'Italia e da altri 66 Paesi.

Il citato documento rende, così, operative le **specifiche azioni anti-evasione** elaborate nel c.d. "progetto BEPS" ("*Base Erosion and Profit Shifting*") che, come noto, intende **contrastare** i fenomeni di **evasione fiscale internazionale**.

Con particolare riferimento alla **residenza fiscale** di alcune società di diritto olandese, si cita il recente orientamento espresso dalla **suprema Corte di cassazione**, con la [sentenza n. 16697/2019 del 21 giugno 2019](#), che ha accolto la tesi proposta da parte dell'Agenzia delle entrate proprio su un caso di esterovestizione societaria.

Gli ermellini hanno ricordato che la questione esaminata va ricondotta alla c.d. "**esterovestizione**", termine con cui si intende 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** citando, simmetricamente, alcuni precedenti orientamenti giurisprudenziali di legittimità (cfr. [sentenza n. 2869 del 7 febbraio 2013](#) e [sentenza n. 33234 del 21 dicembre 2018](#)).

I supremi giudici richiamano anche la **giurisprudenza unionale** (cfr. **sentenza Corte di Giustizia Ue C-196/04 del 12 settembre 2006**, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*) che, con riferimento al fenomeno della localizzazione all'estero della residenza fiscale di una società, 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 riguarda specificamente le "*costruzioni di puro artificio*" finalizzate a escludere la normativa dello Stato membro interessato.

In buona sostanza, una eventuale **restrizione alla libertà di stabilimento** deve avere lo **scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare "costruzioni puramente artificiali"**, prive di "**effettività economica**", finalizzate unicamente a eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale.

I giudici di piazza Cavour effettuando un interessante **analisi comparata** tra la **normativa domestica** e le **disposizioni internazionali**, hanno altresì **individuato i punti di sostanziale convergenza**: la nozione di "**sede dell'amministrazione**", infatti, 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**.

A parere dei **supremi giudici di legittimità** l'ampia disamina, compiuta dalla CTR, della **normativa fiscale, civilistica e pattizia in tema di residenza fiscale delle società e della relativa interpretazione dottrinale e giurisprudenziale**, nonché degli **orientamenti** espressi dalla **Corte di Giustizia Europea**, “è invero **corretta** laddove, in sintesi, giunge alla conclusione della **assimilazione del concetto (fiscale) di sede dell'amministrazione** (qualificato come uno dei criteri “alternativi” indicati nell'art. 73, comma 3, Tuir) a **quello (civilistico) di “sede effettiva” della società** ed intende quest'ultima, in sostanziale conformità ai principi sopra enunciati, **come il luogo in cui si svolge in concreto la direzione e la gestione dell'attività d'impresa e dal quale promanano le relative decisioni**”.

In particolare, il **giudice di merito** ha osservato che: “**ricorrevano le condizioni necessarie e sufficienti per ottenere la sede legale in Olanda; ma questa non era certamente la sede abituale in cui veniva svolta l'attività direttiva e decisionale delle società [...]** il **luogo concreto di formazione ed espressione della volontà e degli atti di direzione era l'Italia**”.

In definitiva, **confermando l'ipotesi di esterovestizione**, la **sede effettiva** (i.e. “amministrativa”) della società **coincideva con quella legale italiana** (oltre che con il luogo dell'oggetto principale dell'attività), con ciò escludendosi la configurabilità in concreto della residenza fiscale in Olanda (“da quanto sopra deriva che la **sede di amministrazione delle quattro società olandesi deve ritenersi ubicata in Italia con tutte le conseguenze ai fini fiscali**”).

Master di specializzazione

LA FISCALITÀ INTERNAZIONALE IN PRATICA

Scopri le sedi in programmazione >