ESTEROVESTIZIONE E CONTROLLED FOREIGN COMPANIES

Udine, Palazzo Torriani – 29 ottobre 2019

Dott.ssa Flavia Gelmini
Dottore Commercialista e Revisore Legale
Via Stoppani 1, 38068 Rovereto (TN)
Corso Cavour 32, 37121 Verona

e-mail: flavia.gelmini@tla-partners.com

INTRODUZIONE AL PROGRAMMA DI OGGI

- La **contestazione di esterovestizione** verte sulla definizione della residenza fiscale
- La normativa in materia di ***Controlled Foreign Companies*** (cd. CFC) è volta a colpire il distoglimento di elementi di reddito più mobili verso Paesi a bassa fiscalità.

Si tratta di tematiche che hanno in comune la volontà di garantire una corretta ripartizione della potestà impositiva tra Stati, ma sono diverse in termini di:

- Tipologia di comportamento che vogliono contrastare
- Regole di accertamento
- Procedura

ESTEROVESTIZIONE

E' il caso di società (anche realmente operative), che risultano fiscalmente residenti in uno Stato diverso da quello in cui hanno la sede legale

Tassazione in Italia del reddito della società esterovestita.
Il soggetto passivo è la società esterovestita

CONTROLLED FOREIGN COMPANIES

E' il caso di società controllate da soggetti residenti in Italia, localizzate in Stati con tassazione di vantaggio e prive di un'effettiva operatività (cd. costruzioni di puro artificio).

Tassazione separata (in Italia) del reddito della CFC in capo ai soci di controllo.
Imputazione per trasparenza del reddito ai soci.

- Il presupposto della CFC è quindi più limitato rispetto a quello dell'esterovestizione. La normativa CFC si applica infatti in presenza di una partecipazione di controllo (diretto o indiretto) in una entità che beneficia nello Stato estero di un basso livello di tassazione e che è priva di un'effettiva operatività.
- In caso di esterovestizione viene contestata l'omessa dichiarazione (del soggetto esterovestito), in caso di CFC viene contestata l'infedele dichiarazione (del socio di controllo).
- In caso di esterovestizione ci possono essere implicazioni in materia di sostituti di imposta ed in materia IVA. Non è così invece per la CFC.
- In materia CFC è ammesso l'interpello probatorio o, in alternativa, al contribuente viene inviato un avviso con cui viene concessa allo stesso possibilità di fornire le prove per la disapplicazione della disciplina CFC.

LA RESIDENZA DELLE PERSONE GIURIDICHE E LA CONTESTAZIONE DI ESTEROVESTIZIONE

ARTICOLO 73 DEL TUIR:
LA RESIDENZA DELLE PERSONE GIURIDICHE

ARTICOLO 73 DEL TUIR

Comma 1 ***Sono soggetti all'imposta sul reddito delle società***:

a) ***le società*** *per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, nonché le società europee e le società cooperative europee* ***residenti nel territorio dello Stato***; (..)

Comma 3 *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***. (..)

Per la maggior parte del periodo d'imposta:

SEDE LEGALE

SEDE DELL' AMMINISTRAZIONE

OGGETTO PRINCIPALE

CONCETTI PRESI DAL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Nel diritto internazionale privato sussiste una norma di carattere generale avente la funzione di prevedere l'assoggettamento di società e enti alla legislazione di uno Stato nel caso in cui gli stessi presentino elementi di estraneità rispetto all'ordinamento dello Stato stesso.

L'articolo 25, della Legge n. 218 del 31 maggio 1995, ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano un'espressa norma bilaterale di conflitto:

«(..) Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro 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. (..)»

ARTICOLO 73, COMMA 3, DEL TUIR

La residenza è quindi definita dalla sussistenza contemporanea di

un **requisito di carattere formale o sostanziale:**

- ***SEDE LEGALE***
- ***o*** ***SEDE DELL' AMMINISTRAZIONE***
- ***o*** ***OGGETTO PRINCIPALE DELL'ATTIVITA'***

un **requisito di carattere temporale**: la permanenza della condizione « ***per la maggior parte del periodo d'imposta »*** (183 giorni o 184 giorni nel caso di anno bisestile).

La **sussistenza anche di una sola condizione di ordine spaziale**
unita **al verificarsi della condizione di carattere temporale**

è presupposto necessario e sufficiente ad attrarre il soggetto estero nella sfera dei soggetti considerati fiscalmente residenti

LA SEDE LEGALE

Per **sede legale** si deve intendere quella fissata **nell'atto costitutivo o nello statuto**, nel testo concordato o fissato dalla legge:

- al momento della costituzione
- o in quello risultante da successive modifiche.

Si tratta quindi di un **criterio giuridico «formale»**.

Risoluzione n. 9/E del 17 gennaio 2006

La società istante, che ha trasferito la propria sede legale dalla Spagna in Italia con atto del ... 2004 iscritto nel registro delle imprese italiano il ... 2004, chiede di conoscere se debba o meno essere considerata residente fiscalmente in Italia per il periodo di imposta 1° gennaio - 31 dicembre 2004.

«Il caso in esame richiede la preliminare individuazione della legge applicabile nel caso di trasferimento in altro Stato della sede legale di una società.

In ***mancanza di apposite disposizioni convenzionali, la L. 31 maggio 1995, n. 218, relativa alla riforma del diritto internazionale privato, individua all'art. 25 i seguenti criteri di collegamento tra l'ordinamento italiano e quello dello stato estero:***

- *le* ***società sono disciplinate dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione****. La* ***legge italiana risulta comunque applicabile nel caso in cui la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale della società sono situati in Italia*** *(art. 25, comma 1). In quest'ultima ipotesi si richiede il necessario adeguamento ai requisiti previsti in Italia dall'ordinamento per le società.*

Risoluzione n. 9/E del 17 gennaio 2006 *(segue)*

Se ne desume che le società straniere che hanno in Italia la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale devono sottoporsi a una sorta di "trasformazione giuridica" per conformarsi al nostro ordinamento;

- il trasferimento della sede legale indicata nello statuto è efficace solo se posto in essere conformemente agli ordinamenti dello Stato di provenienza e dello Stato di destinazione (art. 25, comma 3).

Coerentemente, le conseguenze di ordine fiscale relative al trasferimento in Italia dall'estero o, viceversa, dall'Italia verso l'estero della sede sociale dipendono dalla continuità giuridica o meno dell'ente ai sensi dell'art. 25, comma 3, della L. n. 218 del 1995.

Nella prima ipotesi, qualora il trasferimento in Italia avvenga in condizioni di continuità giuridica, il periodo d'imposta, costituito dall'esercizio sociale, non si interrompe. Pertanto, in applicazione dell'art. 73, comma 3, del Tuir, l'ente risulterà residente in Italia per l'intero esercizio se il trasferimento di sede si è perfezionato prima che sia decorso un numero di giorni inferiore alla metà del periodo d'imposta.

Risoluzione n. 9/E del 17 gennaio 2006 *(segue)*

(..) *Del pari, in ipotesi di trasferimento in continuità giuridica della sede statutaria dall'Italia in un altro Stato, la società risulterà residente in Italia per tutto il periodo d'imposta, coincidente con l'esercizio, se per la maggior parte dello stesso la sede legale è stata nel territorio dello Stato.*

(..) *Diversamente, qualora la sede legale non permanga nel territorio dello Stato per la maggior parte dell'ininterrotto periodo d'imposta, l'ente sarà considerato soggetto non residente sin dall'inizio dell'esercizio, fatta salva l'applicazione del citato art. 166 del Tuir.*

Sentenza n. 7080 del 23 febbraio 2012 (ud 24 gennaio 2012) della Cassazione Penale, Sez. III

(..) *Il riferimento alla sede legale è fondato su elementi economici e di fatto, in quanto lo Stato nel territorio del quale detta sede viene accertata ha interesse a tassare la società che agisce all'interno del suo sistema economico,* ***ma tale criterio presenta evidenti limiti derivanti dalla circostanza che la sede legale può essere fittizia e non coincidere con quella effettiva.***

LA SEDE LEGALE

L'accertamento della sede all'estero non è, in linea di principio, sufficiente ad escludere la residenza fiscale in Italia.

La presenza della sede legale in Italia è sufficiente a far considerare la società come fiscalmente residente in Italia, ma non esclude che un altro Paese possa considerare la società come residente (anche) nel suo territorio

LA SEDE DELL'AMMINISTRAZIONE

La **sede dell'amministrazione** è da identificare nel luogo dal quale è governata l'attività dell'ente e, cioè, **nel luogo in cui sono ordinariamente assunte le decisioni** relative agli atti rientranti nella sfera di competenza dell'organo di amministrazione.

Questo criterio valorizza «la testa» (i.e. il centro decisionale)

rispetto al «corpo» (il centro di produzione)

LA SEDE DELL'AMMINISTRAZIONE

Trattasi di un criterio:

- **«sostanziale»** perché ci si deve riferire alla situazione effettiva sia per individuare i soggetti ai quali dette decisioni sono imputabili (soggetti che potrebbero non corrispondere a quelli ufficialmente investiti dei poteri di adottarle)
- **ma «sostanziale non fino in fondo»**: i consigli di amministrazione sono ormai tenuti spesso in videoconferenza o presso sedi definite in base alla comodità. Le modalità di tenuta delle riunioni dell'organo amministrativo e la facilità di movimento permettono di collocare le funzioni di amministrazione (soprattutto se riferite alla direzione strategica e ad un indirizzo generale) nel luogo fiscalmente più conveniente. Nel caso per altro della videoconferenza il legame territoriale finisce per diventare evanescente.

LA SEDE DELL'AMMINISTRAZIONE

Trattasi di un criterio **riferito all'attività dell'organo amministrativo** e quindi

- da non confondere con le decisioni che competono all'assemblea
- da non confondere con l'attività di direzione e coordinamento.

Trattasi di un criterio che, per essere applicato correttamente, **deve necessariamente tenere conto dell'oggetto della società, essendo l'attività dell'organo amministrativo condizionata dalla natura dell'oggetto.**

LA SEDE DELL'AMMINISTRAZIONE

Principali difficoltà di applicazione dal punto di vista sostanziale:

- Definizione del luogo in cui si tengono le riunioni dell'organo amministrativo
- La possibilità di distinguere l'amministrazione strategica dall'amministrazione *day by day:* direttamente influenzata dalle dimensioni della società e dal suo livello di complessità
- All'interno dei Gruppi societari non è così semplice definire una linea di confine. In caso di ingerenza della controllante nell'attività della controllata si tratta di capire fino a che punto l'organo amministrativo della controllata può essere privato delle sue funzioni decisionali.

LA SEDE DELL'AMMINISTRAZIONE

Non deve essere confusa con il concetto di «direzione e coordinamento».

Attività di direzione e coordinamento = direttive di indirizzo di tipo gestionale, attività principalmente volta al soddisfacimento degli obiettivi unitari del gruppo di appartenenza.

Attività di direzione rilevante ai fini della definizione della sede dell'amministrazione = individuazione delle modalità con cui conseguire gli obiettivi di più alto livello, assunzione delle decisioni e attuazione delle azioni conseguenti.

Sentenza n. 16697 del 21 giugno 2019 (ud 18 aprile 2019) della Cassazione Civile, Sez. V

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.*

Sentenza n. 1813 del 28 del 28 gennaio 2014 della Cassazione Civile, Sez. VI

Massima:

La "sede effettiva" di una società dotata di personalità giuridica non si identifica con il luogo nel quale essa abbia uno stabilimento, paghi le retribuzioni dei dipendenti, riceva o consegni merci, essendo invece ***necessario che in quel sito si accentrino di fatto i poteri di direzione e di amministrazione dell'azienda stessa****, ancorché diverga da quello in cui si trovano i beni aziendali e nel quale venga svolta l'attività imprenditoriale.*

Sentenza n. 32091 del 24 luglio 2013 (ud 21 febbraio 2013) della Cassazione Penale, Sez. III

(..) *deve essere desunta da* ***elementi fattuali rilevanti ai fini dell'accertamento della presenza in Italia della sede delle decisioni strategiche, industriali e finanziarie (c.d. alta amministrazione), nonché di quelle più rilevanti dell'amministrazione della società*** (..)

Sentenza n. 7080 del 23 febbraio 2012 (ud 24 gennaio 2012) della Cassazione Penale, Sez. III

(..) *Elemento individualizzante è il luogo da cui effettivamente provengono gli impulsi volitivi inerenti l'attività societaria, cioè il luogo in cui si esplicano la direzione e il controllo di detta attività; in particolare,* ***qualora gli amministratori risiedano all'estero, ma svolgano le proprie funzioni a mezzo di procuratori operanti in Italia, si dovrà individuare in Italia il luogo della concreta messa in esecuzione da parte dei predetti procuratori delle direttive ad essi impartite e, quindi la residenza fiscale societaria***.

Deve essere verificata la situazione effettiva, valorizzando non solo le figure formalmente investite del ruolo di amministratori, ma guardando anche (e soprattutto) ai soggetti che effettivamente impartiscono gli impulsi volitivi

Sentenza n. 7080 del 23 febbraio 2012 (ud 24 gennaio 2012) della Cassazione Penale, Sez. III *(segue)*

(..) *secondo il Commentario all'art. 4 del Modello OCSE la sede di direzione effettiva 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 ricorda esplicitamente lo stesso Commentario.*

Sentenza n. 24007 del 23 ottobre 2013 (ud 11 dicembre 2012) della Cassazione Civile, Sez. V

(..) la CTR ha fondato la sua decisione circa la sede in Italia della Eldofin (..) basandosi sui seguenti essenziali elementi:

a) sul rilievo che tutte le decisioni più importanti della società Eldofin erano state prese, negli anni oggetto di accertamento, dai suoi amministratori in Italia;

b) sulla considerazione che, dai documenti acquisiti e dalle verifiche operate dalla Guardia di Finanza, era possibile desumere che i più importanti ordini e direttive, essenziali per la vita dell'ente, erano stati impartiti dall'Italia;

c) sulla constatazione - desumibile dagli elementi suindicati - che le comunicazioni più importanti inviate via fax risultavano spedite da Brugherio, sede della Candy Elettrodomestici s.r.l., società italiana che detiene il 60% del capitale sociale della Eldofin s.a., mentre il restante capitale è detenuto da altre società italiane;

Sentenza n. 24007 del 23 ottobre 2013 (ud 11 dicembre 2012) della Cassazione Civile, Sez. V

d) sul fatto che alla volontà dell'amministratore delegato della società (F.M., cittadino italiano) era stata subordinata "ogni decisione anche con riguardo alla gestione ordinaria della società", tanto che - ha rilevato la CTR - in sostanza, senza un'autorizzazione del medesimo, "nulla poteva essere fatto dagli organi amministrativi societari esteri".

Sentenza n. 24007 del 23 ottobre 2013 (ud 11 dicembre 2012) della Cassazione Civile, Sez. V (*segue*)

(..) Alla luce di tali affermazioni di principio, non è, pertanto, in alcun modo censurabile il modus procedendi seguito, nel caso specie, dalla CTR, laddove - esaminata la copiosa documentazione in atti e vagliate le opposte allegazioni difensive delle parti - ha fondato la decisione sul complesso di elementi indiziari precisi, gravi e concordanti suesposti e rappresentati (come specificato dalla stessa Eldofin nel ricorso): 1) dalla detenzione della totalità delle partecipazioni della odierna ricorrente da parte di società tutte residenti in Italia; ***2) dall'esistenza di membri del consiglio di amministrazione della Eldofin residenti in Italia (appartenenti alla stessa famiglia), ed investiti delle decisioni più importanti per la vita dell'ente; 3) dalla localizzazione della sede legale della contribuente presso società domiciliatarie lussemburghesi, prive di autonomia decisionale, sicchè la contribuente è risultata carente di una effettiva sede amministrativa all'estero. Ebbene, siffatti elementi, valutati nel loro insieme, hanno correttamente indotto la CTR*** *a concludere che, al di la della formale ed apparente localizzazione della società in Lussemburgo, ci si trovasse in presenza di un ente da ritenersi residente in Italia*

Circolare 1/2018 Guardia di Finanza

L'indirizzo unanimemente accolto nell'esame dei criteri di cui all'art. 73, comma 3, del TUIR, privilegia, quindi, **l'effettività della vita societaria**.

Decisivi, pertanto, risultano sia il criterio della sede dell'amministrazione sia quello dell'oggetto principale, i quali 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.

Sulla base delle elaborazioni civilistiche, può affermarsi che per individuare la sede dell'amministrazione, occorre aver riguardo al luogo da cui provengono gli impulsi volitivi dell'attività, vale a dire il **luogo in cui effettivamente si organizza e si dirige la gestione sociale, ovvero quello da cui promanano le decisioni fondamentali della vita dell'ente.**

Circolare 1/2018 Guardia di Finanza (*segue*)

Una visione "sostanzialistica" della dinamica e della gestione societaria individua alcuni **elementi sintomatici in base ai quali pervenire ad una definizione del concetto di sede dell'amministrazione, quali, fra gli altri, il luogo:**

- di **residenza** degli amministratori, avendo principale riguardo agli **amministratori di fatto** e non a quelli di diritto;
- di **effettivo esercizio del potere di gestione dei conti bancari della società** e, più in genere, delle **sue disponibilità finanziarie**;
- 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**.

Circolare 1/2018 Guardia di Finanza (*segue*)

(..) A titolo esemplificativo, occorrerà acquisire **notizie e documenti in merito al luogo**:

- di **residenza degli amministratori**, verificando se vi sia prevalenza di consiglieri residenti in Italia. In proposito, occorre evidenziare come la prassi societaria abbia rilevato, nel tempo, un crescente utilizzo di amministratori "professionali" e di società di domiciliazione ubicate all'estero, preposte alla gestione dell'ente; in tali casi, occorrerà accertare se tali soggetti esercitino una reale influenza sull'amministrazione della società stessa, ovvero rappresentino solo un mero "schermo" per celare una situazione di fatto, che vede la gestione svolgersi concretamente sul territorio nazionale. In questo senso, sarà opportuno appurare se il compenso di eventuali amministratori non residenti sia congruo e proporzionato rispetto alle attività svolte ed alle responsabilità assunte formalmente; un ulteriore indice sintomatico di anomalie potrebbe essere rappresentato dall'eventuale esistenza di atti o accordi che limitino le responsabilità di alcuni amministratori o che li esulino da ogni conseguenza negativa derivante dall'essersi conformati alle istruzioni ricevute dal socio italiano;

Circolare 1/2018 Guardia di Finanza (*segue*)

- in cui **si svolgono le riunioni** – formali e/o informali – del Consiglio di Amministrazione e sono compiuti gli atti di amministrazione. A tale riguardo, nei casi di riunioni formalmente svoltesi all'estero, può essere utile riscontrare se nelle date indicate sui registri sociali gli amministratori abbiano effettivamente soggiornato all'estero; analoghi riscontri andranno effettuati nei casi, anch'essi frequenti, di riunioni tenutesi con sistemi di videoconferenza, verificando, ove possibile, la disponibilità materiale, nel luogo indicato sui libri sociali, della strumentazione tecnica necessaria per tali collegamenti, acquisendo ogni utile notizia circa l'effettiva presenza, nel giorno della riunione, di tutti i soggetti indicati nei suddetti registri;

- di **recapito delle lettere di convocazione** del Consiglio di Amministrazione e dell'Assemblea dei soci, nonché quello di recapito e partenza della corrispondenza commerciale, comunicazioni fax e/o e–mail;

Circolare 1/2018 Guardia di Finanza (*segue*)

- in cui **sono stati stipulati i contratti relativi ad attività poste in essere dalla società**, ivi compresi quelli concernenti l'eventuale negoziazione di titoli azionari e la disponibilità di rapporti finanziari da cui la società trae le provviste per lo svolgimento delle attività sociali;

- di **approvvigionamento, predisposizione e formazione dei documenti, contabili o d'altra natura, delle società formalmente istituite all'estero**; nella pratica dei controlli, infatti, non sono mancati casi in cui detta documentazione è stata acquisita e/o predisposta presso soggetti ubicati sul territorio nazionale.

Circolare 1/2018 Guardia di Finanza (*segue*)

L'affidamento del potere decisionale concernente gli aspetti fondamentali e vitali della gestione societaria all'assemblea dei soci residenti in Italia, infine, potrebbe essere indice sintomatico di fenomeni di esterovestizione.

In questi casi, l'ingerenza dell'assemblea nella gestione sociale potrebbe determinare che la **residenza dell'azionista assuma un forte valore indiziario per individuare il luogo da cui promanano gli impulsi dell'amministrazione** concreta della società e, dunque, la sede di direzione effettiva.

L’OGGETTO PRINCIPALE

Il terzo fattore a cui può essere ancorata la residenza è quello della **localizzazione nel territorio italiano dell’oggetto principale della società o ente.**

Per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.

Si rende quindi necessario individuare l’oggetto principale per poi collocarlo nello spazio, indagine che deve necessariamente essere basata su un criterio di effettività

L’OGGETTO PRINCIPALE

Ai sensi dei commi 4 e 5 dell’articolo 73 del TUIR:

4. 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.

5. 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

L’OGGETTO PRINCIPALE

I commi 4 e 5 sono modellati sull’esigenza di distinguere tra enti commerciali ed enti non commerciali e presuppongono per altro l’avvenuta qualificazione di un ente come residente o non residente.

La regola da applicare per l’individuazione dell’oggetto principale può essere più chiaramente definita tenendo in considerazione anche il principio contenuto all’articolo 5, comma 3, lettera d) del TUIR in materia di definizione della residenza dei soggetti IRPEF

«d) si considerano residenti le società e le associazioni 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. L'oggetto principale è determinato in base all'atto costitutivo, se esistente in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, e in mancanza, in base all'attività effettivamente esercitata.»

L’OGGETTO PRINCIPALE

Ai fini della residenza, la regola dovrebbe quindi essere quella di individuare l’oggetto principale:

i. in base **all’atto costitutivo (o statuto), se esistente, in forma di atto pubblico o di scrittura autenticata**

ii. e **solo in mancanza in base all’attività effettivamente esercitata**.

Sentenza n. 1811 del 17 gennaio 2014 (ud 30 ottobre 2013) della Cassazione Penale, Sez. III

(..) Il criterio dell'oggetto principale dell'attività ha natura residuale ed è regolato dai commi 4 e 5 dell'art. 73 TUIR, che stabiliscono che per oggetto principale si intende "l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto" e che, in mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle forme di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, si deve aver riguardo "all'attività effettivamente esercitata". Quindi, per identificare la nozione di attività principale necessita fare riferimento a tutti gli atti produttivi e negoziali, nonché ai rapporti economici, che lo stesso ente pone in essere con i terzi, e ***per individuare il luogo in cui viene a realizzarsi l'oggetto sociale rileva, non tanto quello dove si trovano i beni principali posseduti dalla società, quanto la circostanza che occorra o meno una presenza in loco per la gestione della attività dell'ente.*** *Secondo la giurisprudenza, l'oggetto principale non rappresenta un criterio formale, ma un dato "sostanziale" (..)*

Sentenza n. 26728 del 25 giugno 2016 (ud 4 marzo 2015) della Cassazione Penale, Sez. III

(..) per identificare la nozione di attività principale necessita fare riferimento a tutti gli atti produttivi e negoziali, nonché ai rapporti economici, che lo stesso ente pone in essere con i terzi, e per individuare il luogo in cui viene a realizzarsi l'oggetto sociale rileva, non tanto quello dove si trovano i beni principali posseduti dalla società, quanto la circostanza che occorra o meno una presenza in loco per la gestione della attività dell'ente. Secondo la giurisprudenza, ***l'oggetto principale*** *non rappresenta un criterio formale, ma un dato sostanziale, che* ***si allinea ai criteri di individuazione dell'effective place of management and control elaborati in ambito internazionale dall'art. 4 del Modello OCSE,*** *anche se però* ***non vi è una perfetta sovrapposizione di concetti,*** *in quanto* ***il requisito di effettività*** *- che impone una ricerca del luogo di residenza in concreto -* ***nella norma nazionale di cui all'art. 73 TUIR si riferisce alla attività esercitata, mentre nell'art. 4 del Modello OCSE, al luogo di gestione effettiva, cioè il luogo in cui sono prese in sostanza le decisioni importanti di gestione (key management) e quelle commerciali, necessarie per l'andamento dell'ente commerciale nel suo complesso***

L'OGGETTO PRINCIPALE

Nell'applicazione di quelli che sembrano essere due criteri distinti (sede dell'amministrazione e oggetto principale) si assiste:

- ad un **appiattimento del primo sul secondo**: la necessità di valutare la sede dell'amministrazione avendo riguardo anche all'oggetto sociale porta a considerare elementi del terzo criterio
- ad una **commistione tra i concetti:** commistione per altro confermata dall'osservazione formulata dall'Italia all'articolo 4, paragrafo 3, del Modello OCSE di Convenzione contro le Doppie Imposizioni nella quale afferma che, per l'individuazione della sede di direzione effettiva, non occorre fare riferimento esclusivamente al luogo in cui l'organo amministrativo delibera, ma anche al luogo in cui viene nel concreto svolta l'attività principale.

Circolare 1/2018 Guardia di Finanza

L’altro criterio sostanziale di collegamento utilizzato dal legislatore tributario per ricondurre in Italia la residenza degli enti è quello dell’oggetto principale, concetto che appare di più dubbia definizione rispetto a quello di sede dell’amministrazione.

Si tratta, a ben vedere, di una definizione estremamente ampia, per circoscrivere la quale si ritiene, in genere, necessario prendere in considerazione lo svolgimento dell’attività per il cui esercizio la società è stata costituita, nonché gli atti produttivi e negoziali ed i rapporti economici che la stessa pone in essere con terzi.

Circolare 1/2018 Guardia di Finanza (*segue*)

Pertanto, tra gli elementi da prendere in considerazione in sede controllo, al fine di individuare dove venga esercitato l'oggetto principale della società, è possibile indicare i seguenti:

- il luogo di **svolgimento delle attività che hanno consentito la conclusione di atti e negozi**;

- la **disponibilità di personale** con competenze adeguate a gestire i diversi profili dell'attività esercitata;

- **l'identità delle controparti di questi ultimi e la loro residenza**;

- l'individuazione dei mercati sui quali sono stati negoziati i titoli di eventuali società partecipate, nonché l'ubicazione di tali società;

- la localizzazione della **effettiva gestione dei conti correnti e delle disponibilità finanziarie della società, con particolare riferimento alla gestione degli eccessi di cassa**, degli investimenti di breve periodo, nonché alle attività di cash pooling.

Circolare 1/2018 Guardia di Finanza (*segue*)

Ove **l'attività svolta in Italia sia prevalente in senso assoluto** o, comunque, **risulti nettamente preponderante nel quadro di tutte le attività esercitate, appare possibile sostenere che l'oggetto principale della società sia collocabile, ai fini fiscali, in Italia.**

Circolare 1/2018 Guardia di Finanza (*segue*)

Dal punto di vista probatorio, per l'individuazione della "sede effettiva" o "dell'oggetto principale" di una società o di un ente, le risultanze degli atti ufficiali (statuto o atto costitutivo) hanno solo valore di presunzione semplice, come tale superabile con ogni mezzo di prova che sia idoneo a dimostrare la diversità tra residenza effettiva e formale.

In sede ispettiva, pertanto, 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.

Circolare 1/2018 Guardia di Finanza (*segue*)

A fattor comune per tutti i casi di fittizia residenza all'estero, **il risparmio fiscale eventualmente conseguito per effetto della dissimulazione della residenza in Italia deve essere elemento di attenta valutazione ed adeguatamente valorizzato, per quanto non sia un fattore necessario**, giacché la configurabilità o meno della medesima residenza fiscale si fonda su elementi "di fatto".

ARTICOLO 73, COMMA 3, DEL TUIR

La **sussistenza per la maggior parte del periodo di imposta di anche una sola condizione di ordine spaziale:**

SEDE LEGALE:	Risultante da: - Atto costitutivo - Statuto
SEDE DELL'AMMINISTRAZIONE:	Localizzazione di: - Attività strategica e decisionale - Formazione degli impulsi volitivi - Direzione e gestione dell'attività di impresa
OGGETTO PRINCIPALE DELL'ATTIVITA':	Localizzazione dell'attività: - Primaria, principale ed effettiva - Essenziale per realizzare direttamente e concretamente gli scopi sociali

È presupposto necessario e sufficiente ad attrarre il soggetto estero nella sfera dei soggetti considerati fiscalmente residenti

ARTICOLO 73 DEL TUIR:
LA PRESUNZIONE DI RESIDENZA

ARTICOLO 73, COMMI 5-BIS E 5-TER, DEL TUIR

5-bis. Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa:

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

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

5-ter. 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.

PRESUNZIONE RELATIVA
SEDE DELL'AMMINISTRAZIONE IN ITALIA

Società o ente che detengono **partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma del codice civile in:**

a) **Società residenti:** società per azioni e in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, società cooperative e società di mutua assicurazione, le società europee e società cooperative europee;

b) **enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;**

E alternativamente

- **sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato**;
- **sono amministrati da un consiglio di amministrazione,** o altro organo equivalente di gestione, **composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato**.

IL CONTROLLO

Affinché un soggetto estero sia presuntivamente considerato residente in Italia, in quanto avente nel territorio dello Statuto la sede dell'amministrazione, occorre che detenga partecipazioni di controllo ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, codice civile (**«controllo attivo»**)

Sono considerate società controllate:

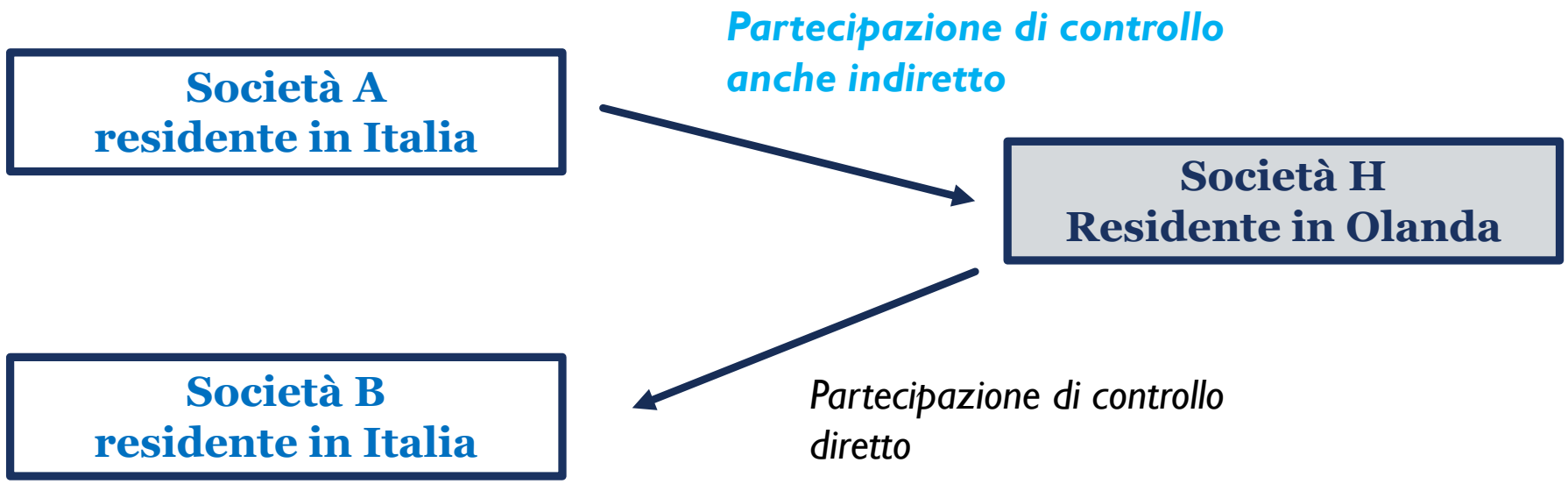
1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

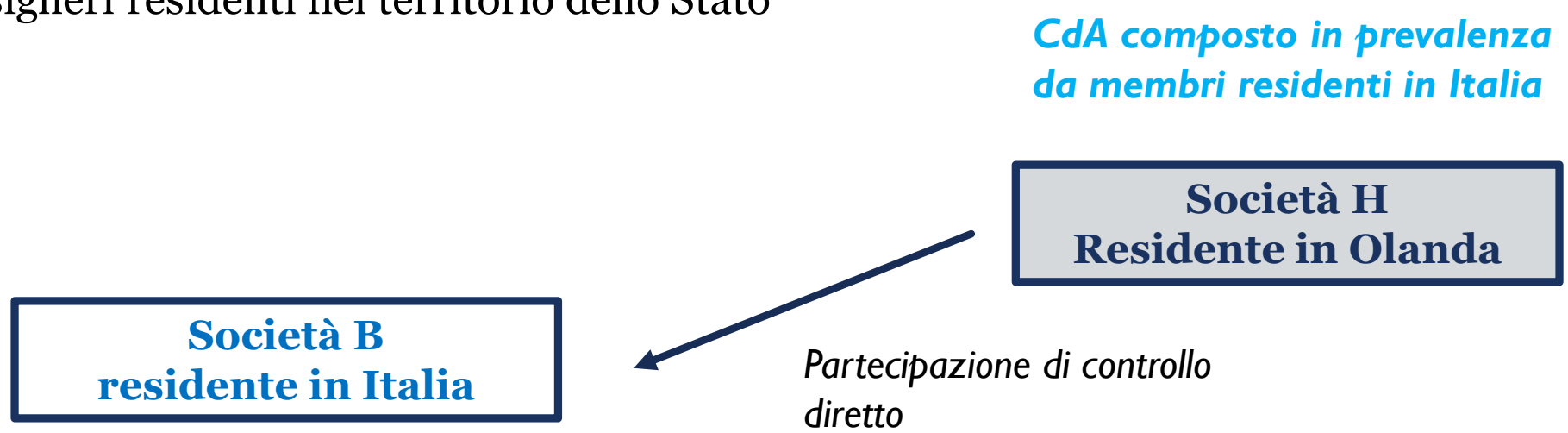
1. CONTROLLO PASSIVO

Primo elemento di presunto collegamento con il territorio dello Stato è che il soggetto estero sia a sua volta controllato, anche indirettamente, da soggetti residenti del territorio dello Stato **(«controllo passivo»**)



2. PREVALENZA DI AMMINISTRATORI RESIDENTI IN ITALIA

Secondo elemento (alternativo al primo) di presunto collegamento con il territorio dello Stato è che il soggetto estero sia amministrato da un Consiglio di Amministrazione composto in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato



2. PREVALENZA DI AMMINISTRATORI RESIDENTI IN ITALIA

- In caso di parità numerica tra amministratori residenti in Italia e non residenti la presunzione non trova applicazione.
- Secondo quanto chiarito dalla Circolare 11/E del 2007 (cfr. 12.3):

  «(..) *la residenza degli amministratori della società deve essere stabilita sulla base dei criteri previsti dall'art. 2 del Tuir.*

  La società, inoltre, sarà considerata fiscalmente residente in Italia qualora, per la maggior parte del periodo di imposta, risulti prevalentemente amministrata da consiglieri residenti nel territorio dello Stato.»
- Un possibile dubbio: E se l'amministrazione è affidata a società?
- Un altro possibile dubbio: Nel caso in cui il potere decisionale non sia nelle mani degli amministratori (formalmente) investiti del ruolo?

CIRCOLARE N. 28/E DEL 2006

(..) *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.

CIRCOLARE N. 28/E DEL 2006 (*segue*)

Prova contraria

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.

RISOLUZIONE N. 312/E DEL 5 NOVEMBRE 2007

IL CASO:

La società Alfa, società di diritto olandese, ha sede legale ed amministrativa in Amsterdam ed esercita l'attività di una holding avente ad oggetto la mera gestione di partecipazioni.

Richiamando la Convenzione Italia- Paesi Bassi, la società Alfa chiede di chiarire, in relazione alla fattispecie summenzionata, in quale dei due Stati sia localizzabile la sede di direzione effettiva della stessa.

RISOLUZIONE N. 312/E DEL 5 NOVEMBRE 2007 (*segue*)

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 cosiddetto ordinario o interpretativo.

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, la stipulazione dei contratti e le operazioni finanziarie e bancarie siano effettivamente realizzate, è peraltro essenziale per permettere quella valutazione caso per caso necessaria al fine di garantire la proporzionalità della norma rispetto al fine perseguito, a mitigare la portata generale della disposizione antielusiva in questione e, pertanto, a confermare la compatibilità della stessa con la normativa comunitaria.

RISOLUZIONE N. 312/E DEL 5 NOVEMBRE 2007 (*segue*)

Per quanto riguarda la prova contraria necessaria per superare la presunzione di "esterovestizione" di cui all'art. 73, comma 5-bis, prima richiamata, si evidenzia che la stessa può essere offerta nella competente sede di accertamento e non tramite la procedura di interpello cosiddetto disapplicativo disciplinata dall'art. 37-bis, comma 8, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

(..) *perché la procedura ex art. 37-bis, comma 8, del D.P.R. n. 600 del 1973 è in genere esperibile per la disapplicazione di norme che incidono in maniera diretta ed immediata sul 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'art. 73, comma 5-bis, che incide sulla soggettività passiva, impattano direttamente sulla determinazione del debito tributario.*

CIRCOLARE N. 9/E DEL 1 APRILE 2016

« (..) il legislatore ha inteso escludere dall'area dell'interpello, oltre che le fattispecie esemplificativamente menzionate, tutte quelle ipotesi che, coerentemente alla natura, alle finalità dell'istituto ed alle regole istruttorie di lavorazione delle istanze, sono caratterizzate, alternativamente:

a) da una spiccata ed ineliminabile rilevanza dei profili fattuali riscontrabili dalla stessa amministrazione finanziaria ma solo in sede di accertamento; si tratta, in altre parole, di tutte quelle fattispecie in cui, più che rilevare l'aspetto qualificatorio, rileva il mero appuramento del fatto (cd. accertamenti di fatto);

Per quanto concerne le ipotesi sub a), si pensi anche ai problemi collegati alla residenza delle persone fisiche (art. 2 TUIR) e dei soggetti diversi (art. 73) rispetto ai quali operano nel sistema sia disposizioni che stabiliscono i requisiti per la qualificazione del soggetto come residente nel territorio dello Stato, sia disposizioni che introducono specifiche presunzioni di residenza, suscettibili di prova contraria.

CIRCOLARE N. 9/E DEL 1 APRILE 2016 (segue)

Data la stretta connessione delle une con le altre e la rilevanza che assumono - ai fini della determinazione della residenza – elementi meramente fattuali di cui è essenziale verificare la veridicità e completezza (possibili solo in sede di accertamento) si ritiene che entrambe le ipotesi siano escluse dall'area degli interpelli in esame.

Depone per questa conclusione altresì il fatto che (..) in presenza di disposizioni (espressamente individuate dal legislatore) che riconoscono al contribuente la possibilità di fornire elementi probatori idonei ad ottenere un determinato effetto fiscale, il decreto ha introdotto una particolare tipologia di interpello (denominato "probatorio") che consente all'istante, appunto, di ottenere un parere dell'amministrazione in ordine alla idoneità delle prove a sua disposizione in un momento anteriore rispetto a quello dell'accertamento. (..)

(..) è ragionevole ritenere che, qualora il legislatore avesse voluto attrarre nell'area degli interpelli anche le questioni collegate alle presunzioni di residenza, le avrebbe dovute collocare, più correttamente, nella predetta area.»

EU-PILOT 777/10/TAXU

L'AIDC (Associazione Italiana dei Dottori Commercialisti) ha denunciato l'illegittimità comunitaria delle presunzioni di residenza fiscale contenute all'articolo 73 del TUIR (Denuncia n. 6 del 1 giugno 2009).

L'Agenzia delle Entrate, nel fornire i chiarimenti richiesti dalla Commissione Europea, nella risposta datata 14 aprile 2010 (prot. n.39678/2010) ha precisato che la prova contraria può attenere:

- al regolare periodico svolgimento delle riunioni del Consiglio di Amministrazione, con evidenza che le riunioni sono tenute presso la sede sociale con la partecipazione dei diversi consiglieri e che le delibere del CdA sono formalmente prese all'estero. Possono essere usati biglietti aerei/ricevute di alberghi che attestano gli spostamenti dei consiglieri residenti in Italia;

EU-PILOT 777/10/TAXU (segue)

- alla effettività della gestione sociale da parte dei membri del Consiglio di Amministrazione; in particolare, l'adozione di atti volitivi da parte dei medesimi, quali ad esempio progetti o interventi diretti a migliorare la performance della società;

- alla effettiva titolarità e al concreto esercizio dei poteri decisionali da parte degli amministratori locali;

- all'effettivo svolgimento in loco della gestione operativa della società estera. I relativi indicatori possono essere rappresentati, ad esempio, dagli atti di gestione e dall'attività negoziale concretamente posta in essere dai dirigenti locali (direttive interne, dai contratti o dalla corrispondenza di natura commerciale o finanziaria). In questo modo si dimostra che le funzioni di coordinamento e di indirizzo svolte dalla controllante sono mantenute distinte dagli atti di concreta amministrazione.

EU-PILOT 777/10/TAXU (segue)

Nella successiva nota del 20 dicembre 2010 (prot. 2010/157346) l'Agenzia chiarisce che:

- **il certificato di residenza fiscale rilasciato dall'autorità estera** configura un elemento rilevante ai fini della prova della non residenza in Italia del contribuente, ma necessità di ulteriori elementi di prova, di natura fattuale, che dimostrino che il soggetto è effettivamente amministrato al di fuori del territorio italiano;
- **ricorso da parte delle Autorità italiane agli strumenti di assistenza amministrativa:** per quanto riguarda il requisito del controllo le informazioni richieste riguardano la composizione societaria dell'entità estera, con l'indicazione delle percentuali di partecipazione e l'individuazione degli eventuali titolari italiani. Con riferimento alla residenza fiscale dei singoli membri del CdA viene richiesta all'autorità estera conferma della composizione dello stesso con specificazione dell'identità e residenza dei membri oltre ad informazioni atte a dimostrare che l'entità in questione è di fatto amministrata al di fuori del territorio italiano con autonomia organizzativa,

EU-PILOT 777/10/TAXU (segue)

amministrativa, finanziaria e contabile. A titolo di esempio: atti statutari che attestino la specializzazione operativa del soggetto, verbali delle riunioni del CdA, relative delibere, bilanci, struttura gestionale/organizzativa dell'entità, corretto adempimento degli obblighi fiscali nello Stato estero.

ACCERTAMENTO DI ESTEROVESTIZIONE

ASSONIME – NOTE E STUDI N.17/2016
IMPRESE MULTINAZIONALI: ASPETTI SOCIETARI E FISCALI

- Il termine “esterovestizione” nasce per contrastare eventuali strumenti di delocalizzazione dei redditi attraverso strutture artificiose ed è stato poi utilizzato anche in relazione, semplicemente, a fattispecie in cui la società estera appare gestita dall’Italia.
- Gli accertamenti risultano essere in minima parte fondati sull’applicazione della presunzione di cui al comma 5-bis dell’art. 73 del TUIR. I verificatori risultano invece essere soliti nell’avvalersi di ulteriori e differenti mezzi presuntivi per affermare l’esterovestizione di società di diritto estero appartenenti a gruppi con la “testa” in Italia (scambio di e-mail, di direttive provenienti dalla capogruppo, ecc.)

ASSONIME – NOTE E STUDI N.17/2016
IMPRESE MULTINAZIONALI: ASPETTI SOCIETARI E FISCALI

- **subholding c.d. "passive" -** quelle che si limitano cioè a detenere le partecipazioni e ad incassarne i frutti, senza svolgere alcuna attività: la contestazione di esterovestizione viene basata sul presupposto che tutta l'attività di direzione e coordinamento si incentri nella holding italiana e che la subholding, priva di una congrua struttura economica e commerciale, si limiti a recepire le indicazioni della capogruppo italiana, gestendo in modo del tutto passivo la sua posizione di soggetto titolare delle partecipazioni sottostanti.
- **subholding con gestione dinamica delle partecipazioni:** la contestazione di esterovestizione viene basata anche in questo caso sull'assunzione che l'attività di direzione e coordinamento sia svolta dalla holding italiana.
- **società operative:** i verificatori basano la contestazione di esterovestizione sempre sul fatto che le stesse sarebbero soggette alla penetrante attività di direzione della controllante italiana e prive di un'effettiva autonomia anche rispetto alla gestione operativa del loro business.

Sentenza n. 43809 del 30 ottobre 2015 (ud 24 ottobre 2014) della Cassazione Penale, Sez. III

Il fenomeno dell'esterovestizione inquadra un **abuso del principio della libertà di stabilimento** di matrice comunitaria, che può essere sussunto, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nel reato di omessa dichiarazione, **solo laddove sia comprovato che si siano adottate strutture di puro artifizio**, e non già nei casi dove la creazione di veicoli societari esteri risponda a significative ragioni extrafiscali connesse alla riorganizzazione di un gruppo.

A tali fini non rileva da dove promanino gli impulsi volitivi, né l'esercizio del potere di direzione e coordinamento, naturalmente radicato in capo agli organi della capogruppo, contando solamente l'attività effettivamente svolta nel territorio estero.

Sentenza n. 16697 del 21 giugno 2019 della Cassazione Civile, Sez. V

In tema di imposte sui redditi, **ricorre l'ipotesi di esterovestizione allorché una società, la quale ha nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione**, da intendersi come luogo in cui si svolge in concreto la direzione e gestione dell'attività di impresa e dal quale promanano le relative decisioni, **localizzi la propria residenza fiscale all'estero al solo fine di fruire di una legislazione tributaria più vantaggiosa**.

Sentenza n. 33234 del 21 dicembre 2018 della Cassazione Civile, Sez. V

Ai fini della configurazione di un abuso del diritto di stabilimento, nell'ipotesi di esterovestizione, ossia di localizzazione fittizia della residenza fiscale di una società all'estero al solo fine di fruire di una legislazione tributaria più vantaggiosa, non è necessario accertare la sussistenza o meno di ragioni economiche diverse da quelle relative alla convenienza fiscale, ma **occorre verificare l'effettività del trasferimento, cioè se la singola operazione sia meramente artificiosa, risolvendosi nella creazione di una forma giuridica che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica, fermo restando che la società esterovestita non è, per ciò solo, priva di autonomia giuridico-patrimoniale e, quindi, automaticamente qualificabile come "schermo" creato con l'unico obiettivo di farvi confluire i profitti degli illeciti fiscali.**

LA LIBERTA' DI STABILIMENTO

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta in più occasioni per dirimere le incertezze interpretative presentatesi in materia di residenza fiscale delle persone giuridiche e normativa antiabuso.

Il principio che emerge dalle pronunce comunitarie è quello della tutela della libertà di stabilimento, ogniqualvolta l'operazione posta in essere non rappresenti una costruzione di puro artificio.

La libertà di stabilimento deve così tradursi nella libertà per i contribuenti di ciascuno Stato Membro di localizzare le loro attività economiche nello Stato che ritengono più opportuno, ben potendo basare le proprie decisioni anche su motivazioni di convenienza fiscale.

causa C-196/04, Cadbury Schweppes
Sentenza del 12 settembre 2006

*51. Per contro, **una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa solo se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio** finalizzate a sottrarre l'impresa alla legislazione dello Stato membro interessato.*

53. Trattasi [riferito alla libertà di stabilimento] dell'obiettivo di permettere a un cittadino di uno Stato membro di creare uno stabilimento secondario in un altro Stato membro per esercitarvi le sue attività e favorire così l'interpenetrazione economica e sociale nel territorio della Comunità nel settore delle attività indipendenti.

La libertà di stabilimento intende, a tal fine, permettere a un cittadino comunitario di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio Stato di origine e di trarne vantaggio.

CONSEGUENZE DELLA RIQUALIFICAZIONE COME SOGGETTO RESIDENTE

CIRCOLARE N. 28/E DEL 2006

In applicazione della norma, il soggetto estero si considera, ad ogni effetto, residente nel territorio dello Stato e sarà quindi soggetto a tutti gli obblighi strumentali e sostanziali che l'ordinamento prevede per le società e gli enti residenti.

A titolo esemplificativo, gli effetti di più immediato impatto per le sub-holding esterovestite riguarderanno i capital gain realizzati dalla cessione di partecipazioni da assoggettare al regime di imponibilità o di esenzione previsti dagli artt. 86 e 87 del Tuir; le ritenute da operare sui pagamenti di interessi, dividendi e royalty corrisposti a non residenti o sui pagamenti di interessi e royalty corrisposti a soggetti residenti fuori del regime di impresa; il concorso al reddito in misura pari al 100 per cento del loro ammontare degli utili di partecipazione provenienti da società residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata. Al contrario, i predetti soggetti non dovranno subire ritenute sui flussi di dividendi, interessi e royalty in uscita dall'Italia e potranno scomputare in sede di dichiarazione annuale le ritenute eventualmente subite nel periodo di imposta per il quale sono da considerare residenti, anche se - ad inizio - operate a titolo di imposta.

CONSEGUENZE

- Applicazione del principio di tassazione su base mondiale (*worldwide taxation*)
- Applicazione delle disposizioni del TUIR, della disciplina delle società di comodo ecc
- Individuazione dei valori di carico degli elementi patrimoniali («in entrata»)
- Obblighi di tenuta delle scritture contabili
- Obblighi in materia di sostituti di imposta
- Implicazioni IVA
- Riflessioni in merito al trasferimento di sede

ARTICOLO 4
DELLE CONVENZIONI INTERNAZIONALI CONTRO LE DOPPIE IMPOSIZIONI

ARTICOLO 4, PARAGRAFO 3, DEL MODELLO

- Il luogo in cui ha sede l'amministrazione corrisponde al *place of effective management* luogo di direzione effettiva, indicato all'articolo 4, paragrafo 3, del modello di convenzione contro le doppie imposizioni.
- Il *place of effective management* è il criterio dirimente (*tie breaker rule*) per l'attribuzione della residenza nel caso di doppia residenza della società.
- Come già anticipato, l'Italia ha ritenuto di formulare un'osservazione in merito alla definizione di *place of effective management* affermando che, per l'individuazione della sede di direzione effettiva, non occorre fare riferimento esclusivamente al luogo in cui l'organo amministrativo delibera, ma anche al luogo in cui viene nel concreto svolta l'attività principale.

CONVENZIONE MULTILATERALE

- La convenzione multilaterale contro le doppie imposizioni predisposta in attuazione del progetto BEPS (firmata il 7 giugno 2017 da 67 Stati) non prevede più al paragrafo 3 dell'articolo 4 la *tie breaker rule*.
- La soluzione dei casi doppia residenza dei soggetti diversi dalle persone fisiche viene infatti rinviata al negozio tra le Amministrazioni Statali contraenti.

Grazie della partecipazione e per l’attenzione