



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWki - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)

I IL CONCETTO DI “ESTEROVESTIZIONE”¹

Sommario: 1.1 Premessa – 1.2 Fonti normative – 1.2.1 L’art. 73 comma 3 del TUIR – 1.2.2 L’inversione dell’onere probatorio per le società cd. “*esterovestite*” – 1.2.3 Definizione preventiva della fattispecie – 1.3 I chiarimenti dell’Agenzia delle Entrate nella Circolare 4 agosto 2006, n. 28/E – 1.3.1 Premessa – 1.3.2 La prova legale – 1.4 La posizione di Assonime nella Circolare 31 ottobre 2007, n. 67 – 1.4.1 I presupposti della fattispecie presuntiva – 1.4.2 Il regime della prova contraria – 1.5 I chiarimenti forniti dall’Agenzia delle Entrate alla Commissione europea in merito all’inversione dell’onere della prova: il caso Eu-Pilot 777/10/Taxu – 1.5.1 Premessa – 1.5.2 La posizione della Commissione europea – 1.5.3 La posizione dell’Agenzia delle Entrate – 1.5.4 Ulteriori sviluppi del caso – 1.5.5 Preliminari considerazioni – 1.6 *Abstract* – 1.7 Riferimenti

I.1 PREMESSA

Il tema della residenza fiscale delle società o enti esteri facenti parte di gruppi multinazionali italiani ha assunto particolare importanza nell’attualità tributaria, anche per effetto dell’introduzione dell’art. 73, comma 5-*bis*, del TUIR, ad opera del D.L. n. 223, del 4 luglio 2006, contenente “*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all’evasione fiscale*”.

Con l’obiettivo di contrastare il fenomeno delle società cd. “*esterovestite*”, l’art. 35, comma 13, del citato D.L., ha introdotto nell’ordinamento giuridico italiano una presunzione legale relativa, in base alla quale, in presenza di determinate condizioni, la sede dell’amministrazione di società ed enti (formalmente) non residenti si considera, salvo prova contraria, esistente nel territorio dello Stato².

¹ A cura di Piergiorgio Valente e Danilo Massimo Cardone.

² In particolare, l’art. 73 del TUIR, al comma 5-*bis*, prevede:

“*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’art. 2359, comma 1, 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’art. 2359, comma 1, 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”.*

La norma riportata si applica, quindi, a società ed enti non residenti nel territorio dello Stato che soddisfano i seguenti requisiti:

- detengono partecipazioni di controllo ai sensi dell’art. 2359 comma 1 c.c. in società ed enti commerciali residenti nel territorio dello Stato. Per effetto del richiamo all’art. 2359 comma 1 c.c., il controllo su tali soggetti può essere esercitato alternativamente:
 - a) tramite la maggioranza assoluta dei voti nell’assemblea ordinaria;
 - b) mediante un numero di voti necessario a garantire un’influenza dominante sull’assemblea medesima;
- sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell’art. 2359 comma 1 c.c. da soggetti residenti nel territorio dello Stato o, in alternativa, sono amministrati da un CdA o altro organo equivalente composto prevalentemente da persone fisiche residenti in Italia.

Tale, ultima tipologia di controllo può essere anche di natura indiretta; pertanto, al fine di verificare la sussistenza del controllo su detti soggetti non residenti, vanno computati anche i voti spettanti a società controllate, società fiduciarie o persone interposte. Quanto, invece, ai soggetti controllanti, residenti nel territorio dello Stato,

(segue)

questi possono essere rappresentati sia da soggetti titolari di reddito di impresa (imprenditori individuali, società di persone e società ed enti commerciali), sia da persone fisiche non titolari di reddito di impresa. In definitiva, rileverà qualsiasi tipologia di soggetto.

Nel contesto in esame, occorre evidenziare che l'art. 1, commi da 74 a 76 della Legge 27 Dicembre 2006, n. 296 ("Legge finanziaria per l'anno 2007"), ha introdotto, per la prima volta nel nostro ordinamento tributario, specifiche disposizioni in materia di *trust*. Il comma 74, modificando l'art. 73 del TUIR, ha incluso i *trust* tra i soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società (IRES). In tal modo, è stata riconosciuta a tale istituto un'autonomia soggettività tributaria rilevante ai fini IRES. Sul *trust*, si è espressa l'Amministrazione finanziaria, con la Circolare n. 48/E dell'anno 2007, formulando alcune considerazioni – legate alla natura del *trust* medesimo – al fine di individuare criteri generali in tema di residenza. Nell'occasione, è stato fatto rilevare che, considerando le caratteristiche del *trust*, di norma, i criteri di collegamento al territorio dello Stato sono la sede dell'amministrazione e l'oggetto principale. In particolare, il primo di essi risulterà utile per i *trust* che si avvalgono, nel perseguire il loro scopo, di un'apposita struttura organizzativa (dipendenti, locali, ecc.). In mancanza, la sede dell'amministrazione tenderà a coincidere con il domicilio fiscale del *trustee*. Inoltre, con riferimento alle disposizioni che mirano a contrastare possibili fenomeni di fittizia localizzazione dei *trust* all'estero, sono stati introdotti, anche per i *trust*, i seguenti, due casi di attrazione presuntiva della residenza in Italia, per effetto dei quali:

1. "Si considerano residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, i *trust* e gli istituti aventi analogo contenuto costituiti in Paesi che non consentono lo scambio di informazioni (Paesi non inclusi nella cosiddetta «white list» approvata con decreto del Ministro delle Finanze 4 settembre 1996 e successive modificazioni) quando almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato".

Come precisato nel richiamato documento di prassi dell'Agenzia delle Entrate, la norma menziona gli "istituti aventi analogo contenuto" a quello di un *trust*, al fine di tenere conto della possibilità che ordinamenti stranieri disciplinino istituti analoghi al *trust* assegnando loro un "nomen iuris" diverso (per individuare quali siano gli istituti aventi contenuto analogo, si deve fare riferimento agli elementi essenziali e caratterizzanti dell'istituto del *trust*). Come verrà fatto rilevare in seguito in ordine al momento in cui è necessario verificare la sussistenza dei presupposti perché si configuri la presunzione legale di cui al comma 5-bis dell'art. 73 del TUIR, anche in questo caso, assume rilievo lo stabilire quando la residenza fiscale di un disponente e di un beneficiario attrae in Italia la residenza fiscale del *trust*. In primo luogo, non sembra necessario che la residenza italiana del disponente e del beneficiario sia verificata nello stesso periodo d'imposta. Infatti, la residenza del disponente, in considerazione della natura istantanea dell'atto di disposizione medesimo, rileva nel periodo d'imposta in cui questi ha effettuato l'atto di disposizione a favore del *trust*. Eventuali cambiamenti di residenza del disponente in periodi d'imposta diversi risultano, quindi, irrilevanti.

Per la parte riguardante il beneficiario, evidentemente la norma è applicabile ai *trust* con beneficiari individuati. La residenza fiscale del beneficiario attrae in Italia la residenza fiscale del *trust* anche se questa si verifica in un periodo d'imposta successivo a quello in cui il disponente ha posto in essere il suo atto di disposizione a favore del *trust*;

2. "Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i *trust* costituiti in uno Stato che non consente lo scambio di informazioni quando, successivamente alla costituzione, un soggetto residente trasferisca a favore del *trust* la proprietà di un bene immobile o di diritti reali immobiliari ovvero costituisca a favore del *trust* dei vincoli di destinazione sugli stessi beni e diritti".

In tal caso, è proprio l'ubicazione degli immobili che crea il collegamento territoriale e giustifica la residenza in Italia.

Nelle due ipotesi considerate dalla norma, la residenza è attratta in Italia nel presupposto che il *trust* sia "istituito" in un Paese con il quale non è attuabile lo scambio di informazioni. La norma vuole colpire disegni elusivi perseguiti attraverso la collocazione fittizia di *trust* "interni" (*trust* con disponente/beneficiario o beni nel territorio dello Stato), in Paesi che non consentano lo scambio di informazioni.

In buona sostanza, ai fini dell'attrazione della residenza, rileva il fatto che un *trust*, caratterizzato da elementi collegati con il territorio italiano (un disponente e un beneficiario residente o immobili siti in Italia e conferiti da un soggetto italiano), sia "istituito" ossia abbia formalmente fissato la residenza in un Paese non incluso nella *white list*.

Sempre in tema di "presunzione di residenza", si rammenta che l'art. 82, comma 22, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, ha, inoltre, aggiunto il comma 5-quater all'art. 73 del TUIR, introducendo una disposizione secondo cui sono da ritenersi fiscalmente residenti in Italia – salvo prova contraria – le società e gli enti non residenti che, contemporaneamente:

- hanno investito il proprio patrimonio in misura prevalente (oltre il 50%) in quote di fondi di investimento immobiliare chiusi;
- sono controllati, direttamente o indirettamente (per il tramite di società fiduciaria o di interposta persona) da soggetti residenti in Italia.

Il controllo è individuato in base all'art. 2359 commi 1 e 2 c.c., anche per partecipazioni possedute da soggetti diversi dalle società. In particolare, sono considerate società controllate:

(segue)

Al fine di vincere tale presunzione, è necessario che si dimostri che, nonostante ricorrano i previsti requisiti, la sede amministrativa è comunque situata nel Paese estero in cui si trova la sede legale o, in ogni caso, non è da considerarsi radicata nel territorio nazionale. In linea di principio, è necessario dimostrare che la società o ente estero, indipendentemente dalla circostanza che abbia una *holding* di riferimento in Italia o dalla residenza fiscale italiana dei singoli membri del Consiglio di Amministrazione (C.d.A.), è di fatto amministrata al di fuori del territorio italiano³.

Come si evidenzierà nel prosieguo, la **prova contraria** assume caratteristiche peculiari con riferimento alle *holding* che, nel limitarsi a detenere partecipazioni in società residenti in Italia, non svolgono alcuna attività economica di rilievo all'estero (cd. *holding* passive). È proprio a tipologia societaria che la norma sull'esterovestizione sembra principalmente rivolgersi, anche se, al contempo, è in tale contesto che appare incontrare le più rilevanti difficoltà applicative⁴.

Per quanto attiene all'aspetto sostanziale, si evidenzia che la nuova disposizione nulla innova rispetto alla disciplina di carattere generale in tema di residenza dei soggetti passivi IRES (incardinata nell'art. 73, comma 3, del TUIR), in quanto la norma di riferimento resta quella della radicazione sul territorio (tra le altre) delle entità estere che quivi abbiano “*la sede dell'amministrazione*” (nell'accezione più volte precisata da giurisprudenza e prassi). L'unica, vera novità è che, in presenza dei requisiti del controllo sopra commentati, la **radicazione sul territorio nazionale** si considera, come detto, presunta, salvo prova contraria.

Naturalmente, nulla impedisce all'Amministrazione finanziaria di provare con altri elementi, diversi da quelli contemplati dalla disposizione in argomento, la sussistenza della sede dell'amministrazione della società o ente estero in Italia. In tali casi, peraltro, secondo le regole generali, l'onere della prova grava sull'Amministrazione stessa.

In definitiva, la norma in commento rappresenta una soluzione legislativa di contrasto a quella forma di evasione fiscale internazionale, di particolare rilevanza ed insidiosità, la cui repressione costituisce, da tempo, una delle priorità dell'Amministrazione finanziaria, poiché la localizzazione della residenza fiscale determina il sorgere – in capo al soggetto economico – non solo di obblighi tributari formali, ma soprattutto del gravame impositivo sui redditi ovunque prodotti.

Al fine di garantire una più fluida e chiara esposizione dell'argomento che qui ci occupa, senza tuttavia comprometterne la correttezza giuridica, si ritiene opportuno evidenziare che, nel prosieguo del testo, allorché si fa riferimento a società, soggetti economici o entità commerciali, nei confronti dei quali l'entità collettiva estera esercita il cd. “*controllo attivo*”, ci si riferisce a “**società di capitali, trust o enti commerciali**” (ovviamente, residenti in Italia), a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato.

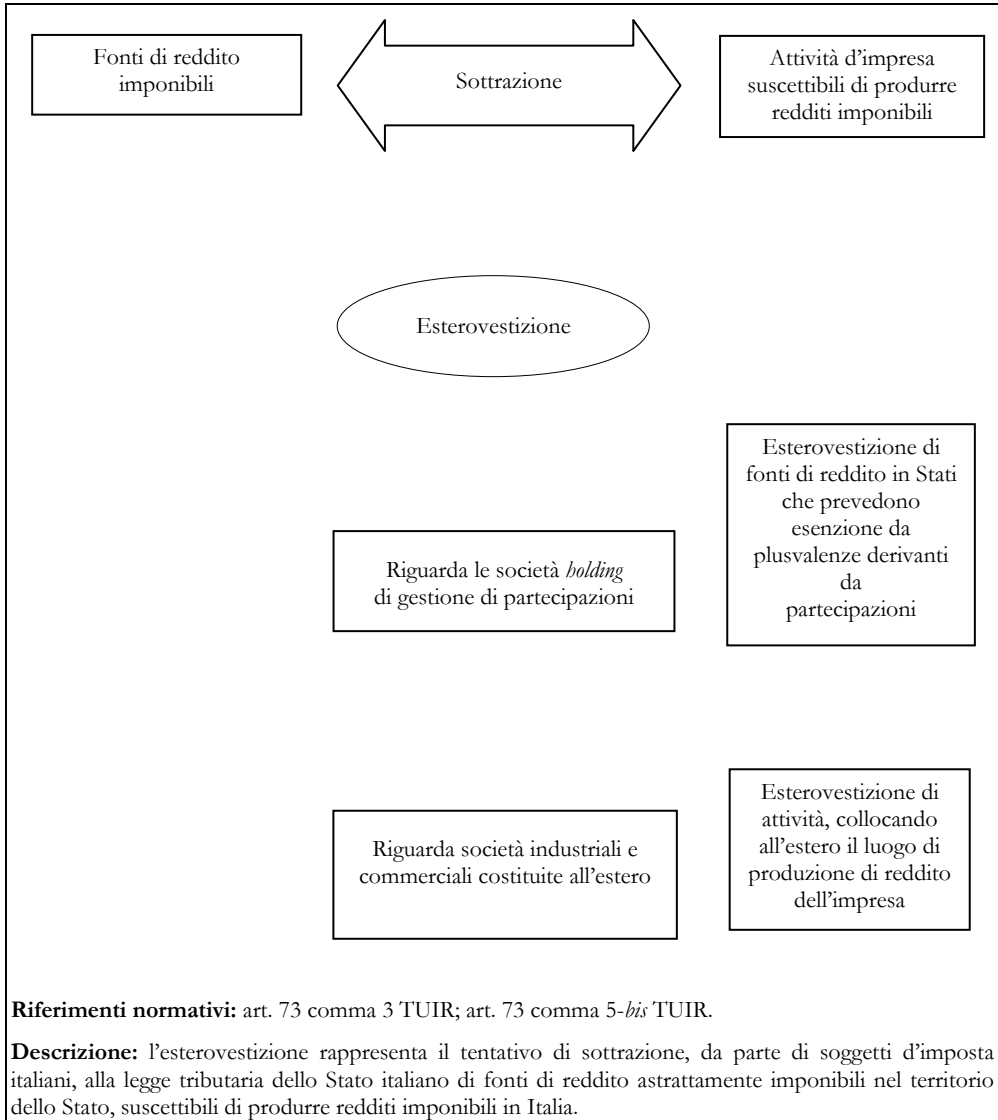
-
- le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
 - le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
 - le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali.

³ Ai sensi dell'art. 35 comma 14 del D.L. 223/2006, la disposizione ha effetto a decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del decreto (4 luglio 2006). Si tratta, in concreto, dell'anno 2006 per i soggetti con esercizio sociale coincidente con l'anno solare.

⁴ Sul punto, si veda più ampiamente *infra*.

Esterovestizione

Tavola 1 – Il concetto di esterovestizione



Riferimenti normativi: art. 73 comma 3 TUIR; art. 73 comma 5-*bis* TUIR.

Descrizione: l'esterovestizione rappresenta il tentativo di sottrazione, da parte di soggetti d'imposta italiani, alla legge tributaria dello Stato italiano di fonti di reddito astrattamente imponibili nel territorio dello Stato, suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia.

I.2 FONTI NORMATIVE

I.2.1 L'art. 73 comma 3 del TUIR

Ai sensi dell'art.73, comma 3, del TUIR, “*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*”. I predetti requisiti sono tra di loro alternativi⁵, in quanto è sufficiente il ricorso anche di uno solo di essi perché il soggetto possa essere considerato fiscalmente residente in Italia.

Ciò posto, quindi, ai fini normativi, rilevano tre aspetti fondamentali per considerare una società o un ente residente nello Stato italiano:

(a) la sede legale⁶, che deve risultare dall'atto costitutivo o dall'originario statuto. Esso potrebbe apparire, *prima facie*, un elemento di scarso rilievo, in quanto trattasi di un requisito di carattere formale che, come noto, si identifica con la sede sociale indicata dal contribuente nei richiamati atti. Nel TUIR non è contenuta la definizione di sede legale e, pertanto, occorre tenere conto delle varie definizioni di “*sede societaria*” contemplate nel codice civile (si fa riferimento, in particolare, agli artt. 16, comma 1, c.c., “*atto costitutivo e statuto*”; 46 c.c. “*sede delle persone giuridiche*”; 2196 c.c. “*iscrizione dell'impresa*”; 2197 c.c. “*sedì secondarie*”; 2330 c.c. “*deposito dell'atto costitutivo ed iscrizione della società*”; 2328 e 2475, i quali prevedono che nell'atto costitutivo devono essere indicati gli elementi fondamentali della società, tra i quali la “*sede sociale*”);

(b) la sede dell'amministrazione, che è il luogo dove si svolgono le attività amministrative e di direzione. La rilevanza di tale criterio ai fini dell'individuazione della residenza è stabilita oltre che dalla normativa tributaria anche da quella civilistica. Infatti, l'articolo 25 della Legge n. 218/95⁷, che ha sostituito l'articolo 2505⁸ del c.c., dispone che “*le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro genere di 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*”.

⁵ In argomento, la circolare 28/E del 4 agosto 2006, dell'Agenzia delle Entrate, conferma che “...*tali criteri sono alternativi ed è sufficiente che venga soddisfatto anche uno solo di essi perché il soggetto possa considerarsi residente ai fini fiscali nel territorio dello Stato*”.

⁶ Nell'ipotesi di trasferimento, nel corso del periodo d'imposta, della sede legale in Italia dall'estero (o viceversa), al fine di determinare il Paese di residenza della società o dell'ente, occorre assumere, quale data di trasferimento, quella giudicata rilevante, ai fini fiscali, dall'ordinamento tributario di provenienza. L'Agenzia delle Entrate, infatti, con Risoluzione 17 gennaio 2006 n. 9, ha rilevato che, al fine di evitare soluzioni di continuità nel periodo di imposta, la data del trasferimento fiscale della sede statutaria deve essere la stessa nei due ordinamenti: in tale ottica, il considerare, quale momento rilevante ai fini dell'acquisto della residenza, la data d'iscrizione nel registro delle imprese del Paese di destinazione potrebbe portare, per quell'esercizio, la società a non essere soggetta ad imposizione né nel nostro Paese, né all'estero, posto che:

- la cancellazione dal registro delle imprese dello Stato di provenienza potrebbe intervenire nella prima metà del periodo d'imposta;
- l'iscrizione nel registro delle imprese dello Stato di destinazione potrebbe intervenire soltanto nella seconda parte del periodo d'imposta.

⁷ Intitolata: “*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*”.

⁸ Sancisce che: “*le società costituite all'estero, le quali hanno nel territorio dello stato la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale dell'impresa, sono soggette, anche per i requisiti di validità dell'atto costitutivo, a tutte le disposizioni della legge italiana*”.

Le indicazioni della normativa italiana trovano corrispondenza anche nelle disposizioni di carattere internazionale, con particolare riferimento al modello convenzionale dell'OCSE che, all'articolo 4, comma 3⁹, individua un criterio di attribuzione della residenza in base alla sede della direzione effettiva, ovvero del luogo in cui si assumono le decisioni più rilevanti, sia di *management* che commerciali, necessarie per la gestione dell'impresa.

Anche la giurisprudenza, recependo le indicazioni formulate dall'OCSE, ha mostrato di attribuire rilevanza al “*luogo in cui hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e dove operano i suoi organi rappresentativi o i suoi dipendenti con poteri direttivi, ossia 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 della propulsione dell'attività dell'ente*”¹⁰;

(c) l'oggetto principale della propria attività, che è il luogo dell'attività effettivamente esercitata da un soggetto diverso dalle persone fisiche. Per quanto concerne “*l'oggetto principale dell'impresa*”, si fa riferimento, in questo caso, all'attività che la società o l'ente svolgono, al fine di raggiungere lo scopo sociale. Relativamente all'oggetto esclusivo dell'attività, l'articolo 73 del TUIR:

- al comma 4, stabilisce che “*l'oggetto esclusivo o principale dell'attività per gli enti residenti è determinato in base all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata o registrata*”;
- al successivo comma 5, sancisce che “*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*”.

Invero, ai fini dell'individuazione del luogo di esercizio dell'oggetto principale, non deve aversi riguardo a quanto indicato in atti formali (atto costitutivo o statuto), ma è necessaria un'indagine mirata a verificare dove l'attività venga effettivamente esercitata dalla società o dall'ente¹¹.

Nel caso in cui si abbia una società con sede legale all'estero ma con oggetto sociale o sede dell'amministrazione in Italia, rileva comunque il luogo in cui si trova la sede dell'amministrazione¹².

⁹ Secondo cui: “*se una persona, diversa da quella fisica è residente in entrambi gli stati contraenti, essa sarà considerata residente dello stato contraente in cui si trova la sede della sua direzione effettiva*”. Da ciò discende che se una società avesse la sede di direzione in uno stato (ad esempio l'Italia) e la sede legale e l'oggetto sociale dell'impresa in un altro stato (ad esempio in Lussemburgo), sarebbe da considerarsi un soggetto residente ai fini fiscali in Italia.

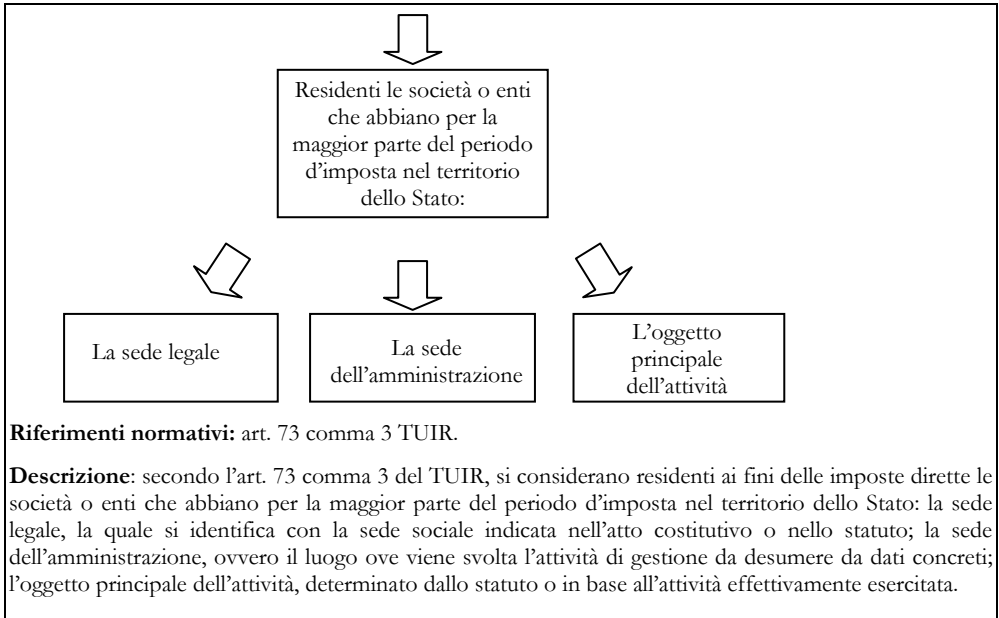
¹⁰ Si vedano, *ex plurimis*, le sentenze della Corte di Cassazione n. 3604 del 16 giugno 1984, n. 10243 del 4 agosto 2000; del Tribunale di Genova, 2 maggio 2007, in composizione monocratica, nella causa n. 14554/2004 R.G.; del Tribunale di Bari, 3 ottobre 2006, Sez. I, nella causa civile n. 151/1997 R.G..

Cfr. inoltre, Valente P., *Esterovestizione e Residenza*, Milano, 2013, p. 6 ss..

¹¹ In questo senso, si esprimono le circolari dell'Agenzia delle Entrate n. 12/E del 21 febbraio 2003 e n. 28/E del 4 agosto 2006.

¹² Secondo la Commissione tributaria regionale della Toscana, sez. XXV, 18 gennaio 2008, n. 61, “*una società costituita conformemente alla legislazione olandese è ad ogni effetto appartenente all'Unione europea e come tale dotata del diritto di stabilimento, anche nel senso che non possa e non debba subire restrizioni alla propria scelta di collocare la sua sede all'interno dell'uno e dell'altro Stato; non vi è peraltro incompatibilità con l'art. 73, comma 3, che si applica sempre e comunque quando la residenza all'estero sia dovuta unicamente a finalità di evasione o elusione fiscale, la cui sussistenza nel caso concreto è da escludere*”.

Tavola 2 – La residenza delle società nel diritto tributario italiano



1.2.2 L'inversione dell'onere probatorio per le società cd. “esterovestite”

Mentre il comma 3 dell'art. 73 del TUIR disciplina i criteri sostanziali di collegamento delle entità giuridiche costituite all'estero alla residenza fiscale in Italia, la norma inclusa nel comma 5-*bis* del citato articolo ha **carattere esclusivamente procedurale**, inserendo una presunzione relativa, la quale determina l'inversione dell'onere della prova a carico delle società o enti esteri – che detengono direttamente partecipazioni di controllo in società italiane – gestiti ovvero controllati, anche indirettamente, da parte di soggetti d'imposta italiani¹³.

Più nel dettaglio, la presunzione in argomento trova applicazione nei casi in cui la società o l'ente non residenti:

- detengano direttamente partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, del codice civile, nei confronti di società, trust o enti aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali residenti nel territorio dello Stato;
- alternativamente, siano:
 - controllati, anche indirettamente, ai sensi del richiamato art. 2359 c.c. da soggetti residenti nel territorio dello Stato, tenendo conto: (i) della situa-

¹³ In applicazione della presunzione relativa introdotta dal D.L. 223/2006, il soggetto estero si considera a tutti gli effetti residente nel territorio dello Stato. Di conseguenza, come già accennato, in ossequio al principio di tassazione nel Paese della “*sede di direzione effettiva*” (o “*place of effective management*”), i redditi conseguiti dal soggetto esterovestito saranno assoggettati a tassazione in Italia.

zione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo del soggetto controllato estero; (ii) per le persone fisiche, anche dei voti spettanti al coniuge, ai parenti entro il terzo grado ed agli affini entro il secondo grado;

- amministrati da un Consiglio di Amministrazione o da altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato¹⁴.

In estrema sintesi, la norma in commento trova applicazione con riferimento a società o enti esteri:

- che controllano direttamente, attraverso un vincolo partecipativo, società, trust o enti residenti, caratterizzati dal requisito della commercialità;
- che sono controllati, anche indirettamente, da soggetti residenti o sono amministrati, in prevalenza, da persone residenti.

È proprio in tali circostanze, infatti, che il legislatore ha ritenuto che la “*sede dell'amministrazione*” – che, come già fatto rilevare, rappresenta il criterio predominante ai fini dell'attribuzione della residenza fiscale – sia da ritenersi, presuntivamente¹⁵, radicata sul territorio nazionale¹⁶.

¹⁴ La residenza degli amministratori deve essere stabilita sulla base dei criteri previsti dall'art. 2 del TUIR. La società sarà considerata fiscalmente residente in Italia “*qualora, per la maggior parte del periodo d'imposta, risulti prevalentemente amministrata da consiglieri residenti nel territorio dello Stato*” (circolare Agenzia delle Entrate 16 febbraio 2007 n. 11, § 12.3).

Si noti, inoltre, che la norma, oltre a fare riferimento al Consiglio di Amministrazione, aggiunge la locuzione “*o da altro organo equivalente*”; al fine di tenere conto della possibilità che ordinamenti stranieri individuino in altri organi l'equivalente organo di governo societario, assegnando loro, quindi, una differente denominazione.

¹⁵ Nel ricordare che si considera presunzione legale la conseguenza che la legge trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato (art. 2727 c.c.), va rilevato che la presunzione *de qua* è costruita con una tecnica normativa singolare, rovesciando l'iter logico fra il fatto noto e quello ignoto. Il meccanismo logico del comma 5-*bis* pone infatti in sequenza:

- la descrizione dell'effetto della presunzione (“*si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti*”);
- la rilevazione del fatto noto (la detenzione di partecipazioni di controllo in soggetti residenti “*se, in alternativa: a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'art. 2359, primo comma del Codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato; b) sono amministrati da un C. di A., o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato*”);
- l'omissione di qualsivoglia fatto ignoto (la considerazione di finalità evasive della struttura societaria che la norma intende colpire).

L'azione di contrasto al comportamento evasivo viene posta in essere attraverso una norma che, invertendo l'onere probatorio, pone a carico del soggetto (“sospetto” di esteroestizione) la prova dell'effettiva esistenza di una struttura imprenditoriale in un altro Stato.

Non si tratta dunque di determinare l'ammontare dei redditi imponibili o, come nel caso di altre presunzioni previste dal TUIR, di riconoscere la deducibilità fiscale di componenti negative, ma di determinare la rilevanza fiscale in Italia di operazioni (*in primis*, incasso di dividendi o realizzo di plusvalenze esenti) realizzate o meno da parte di strutture societarie localizzate all'estero.

Come affermato da tempo nella giurisprudenza dalla Corte di Cassazione, per aversi presunzione giuridicamente rilevante non occorre che l'esistenza del fatto ignoto (nel caso di specie, la supposta evasione) rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto (la residenza all'estero) secondo un legame di necessarietà assoluta ed esclusiva (regola della inferenza necessaria), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, secondo un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit* (regola dell'inferenza probabilistica).

Nel caso di specie, la presunzione legale:

(segue)

In tale ambito, appare il caso di sottolineare fin d’ora che laddove, come è verosimile ritenere, i soggetti esteri interessati non abbiano proceduto a porre in essere nello Stato comportamenti dichiarativi, si renderebbe applicabile l’ulteriore disposizione contenuta nell’art. 41, comma 1 e comma 2 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, che consente agli Uffici impositori di avvalersi di **presunzioni** anche prive dei requisiti della gravità, della precisione e della concordanza per procedere all’accertamento d’ufficio dei redditi di contribuenti che abbiano omesso la dichiarazione.

I.2.3 Definizione preventiva della fattispecie

In assenza di espressa previsione normativa, si ritiene che la prova circa l’esistenza all’estero della sede dell’amministrazione debba essere fornita in sede di accertamento. La norma, infatti, non prevede la possibilità di dimostrare in via preventiva l’inapplicabilità della norma al caso concreto, né consente di anticipare il momento del contraddittorio entro termini utili per l’adempimento spontaneo.

Al fine di “vincere” la presunzione in commento, non sembra possibile formulare istanza di interpello preventivo, posto che il superamento della presunzione di residenza verte eminentemente su questioni di fatto, mentre la procedura di interpello ordinario prevista dall’art. 11 della Legge 27 luglio 2000, n. 212¹⁷, si riferisce a “*obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione*” di una norma¹⁸.

- sembra conferire valore normativo a una massima dell’esperienza, secondo cui la residenza all’estero degli enti societari trae necessariamente giustificazione da un (presunto) risparmio fiscale;
- rappresenta un mero espediente di tecnica legislativa, necessario a conferire una determinata struttura alla fattispecie, senza che ciò presupponga necessariamente un procedimento logico deduttivo.

Gli elementi di fatto previsti dalla norma, astrattamente idonei a sorreggere la presunzione di esistenza nel territorio dello Stato della sede dell’amministrazione delle società o degli enti esteri, dispensano l’Amministrazione finanziaria dal fornire la prova concreta della reale esistenza in Italia del *place of effective management and control*, i cui criteri di individuazione sono stati elaborati dalla giurisprudenza e, in ambito internazionale, a livello OCSE. Per approfondimenti cfr. il Cap. 3 del presente Volume. Cfr. inoltre Valente P., *Esterovestizione e Residenza*, Milano, 2013, p. 6 ss..

¹⁶ Sotto certi punti di vista, si potrebbe argomentare che, invero, l’art. 73 del TUIR, anteriormente alle modifiche introdotte dal D.L. n. 223/2006, già conteneva una sorta di “presunzione” legale che non è stata modificata dal richiamato articolato normativo: i soggetti esteri che hanno nel territorio dello Stato la “sede dell’amministrazione” si considerano fiscalmente residenti nello Stato italiano. Si tratta, in realtà, di una disposizione che presenta tutte le caratteristiche della “presunzione assoluta”, ma che, per taluni caratteri distintivi, deve piuttosto ritenersi un “criterio di imposizione”.

¹⁷ La circolare n. 9/E del 13 febbraio 2003 dell’Agenzia delle Entrate – Direzione Generale Normativa e Contenzioso – ha esplicitamente ammesso i soggetti esteri alla presentazione di istanze di interpello e ne ha disciplinato le modalità, anche con riferimento all’Agenzia territorialmente competente a ricevere dette istanze, indicata nella sede di Roma dell’Agenzia stessa.

¹⁸ In tal senso, si è espressa, peraltro, l’Agenzia delle Entrate, con la Risoluzione n. 312/E del 5 novembre 2007, che, alla luce del quesito posto dall’istante, sulla localizzazione della sede di una “holding statica” di diritto olandese, ha sancito: “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. Tale verifica, infatti, esula dalle finalità dell’istituto dell’interpello ordinario, sancite dall’articolo 11 della legge n. 212/2000 e dall’articolo 1 del D.M. n. 209 del 26 aprile 2001. 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 è peraltro essenziale per permettere quella valutazione caso per caso necessaria al fine di garantire la proporzionalità della norma rispetto al fine perseguito. Ciò stante l’istanza in argomento è da considerare inammissibile, ai sensi dell’articolo 1 del D.M. n. 209 del 26 aprile 2001, che subordina la possibilità di presentare istanza di interpello ordinario alla

(segue)

Sembrano, inoltre, non essere applicabili neanche le ipotesi di “*interpello antielusivo*” di cui all’art. 21 della Legge 30 dicembre 1991, n. 413¹⁹, né di “*interpello disapplicativo*” di cui all’art. 37-*bis* comma 8, del D.P.R. n. 600/73²⁰, né la normativa sul *ruling* internazionale di cui all’art. 8 del D.L. n. 269/2003²¹.

Le questioni relative all’individuazione della sede dell’amministrazione e, quindi, della residenza di un soggetto economico, infatti, sono da ricondurre nell’alveo di un quadro probatorio da valutare “*case by case*”, non potendosi considerare di carattere “*interpretativo*”.

Tuttavia, sotto il profilo dell’efficacia e della opportunità di addivenire alla procedura di interpello ordinario *ex* Legge n. 212/2000 è comunque lecito porsi alcuni interrogativi.

Vero è che le questioni che potrebbero essere prospettate in tema di individuazione della sede dell’amministrazione – in presenza di una norma avente contenuto non equivoco – non sarebbero di carattere interpretativo, ma fattuale (attinenti il mero fatto), ovvero di valutazione della efficacia di **riscontri materiali e probatori**.

È proprio su tali basi, infatti, che è possibile ritenere che l’Amministrazione finanziaria si sottragga a dare una pertinente risposta sulle singole fattispecie, proprio in quanto l’interpello è asservito a fornire riscontro a dubbi interpretativi e non a valutazioni fattuali.

Ma è sulla scia di tali ragionamenti che si dovrebbe poter giungere alla conclusione che l’istanza di interpello, ad esempio, potrebbe essere presentata con riferimento a situazioni di fatto in cui possano nutrirsi dubbi in ordine alla sussistenza o meno del requisito del controllo (si pensi ai casi di controllo contrattuale e di controllo di fatto, oppure a configurazioni strutturali delle catene partecipative che prevedono forme di controllo congiunto ovvero casi di asimmetria tra controllo di diritto e controllo di fatto)²².

Resta fermo il fatto che, ove la questione della residenza fiscale della società o ente estero rientri in un più ampio progetto di **riorganizzazione dell’impresa**, il percorso privilegiato dovrebbe essere l’interpello antielusivo di cui all’art. 21 della Legge n. 413/1991²³.

ricorrenza di «obiettive condizioni di incertezza sulla interpretazione di una disposizione normativa di natura tributaria», in riferimento a casi concreti e personali”.

¹⁹ Recante: “*Disposizioni per ampliare le basi imponibili, per razionalizzare, facilitare e potenziare l’attività di accertamento; disposizioni per la rivalutazione obbligatoria dei beni immobili delle imprese, nonché per riformare il contenzioso e per la definizione agevolata dei rapporti tributari pendenti; delega al Presidente della Repubblica per la concessione di amnistia per reati tributari; istituzioni dei centri di assistenza fiscale e del conto fiscale”.*

²⁰ Rubricato, “*Disposizioni antielusive*”.

²¹ Recante: “*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell’andamento dei conti pubblici*”.

²² In questo caso, infatti, l’Amministrazione finanziaria non sarebbe chiamata a pronunciarsi su credibilità, efficacia e ragionevolezza delle prove contrarie che il contribuente potrebbe opporre di fronte ad un’eventuale azione accertativa.

²³ Per approfondimenti cfr. il Cap. 3 del presente Volume. Cfr. inoltre Valente P., *Esterovestizione e Residenza*, Milano, 2013, p. 6 ss..

Tavola 3 – L’inversione dell’onere probatorio per le società cd. esterovestite

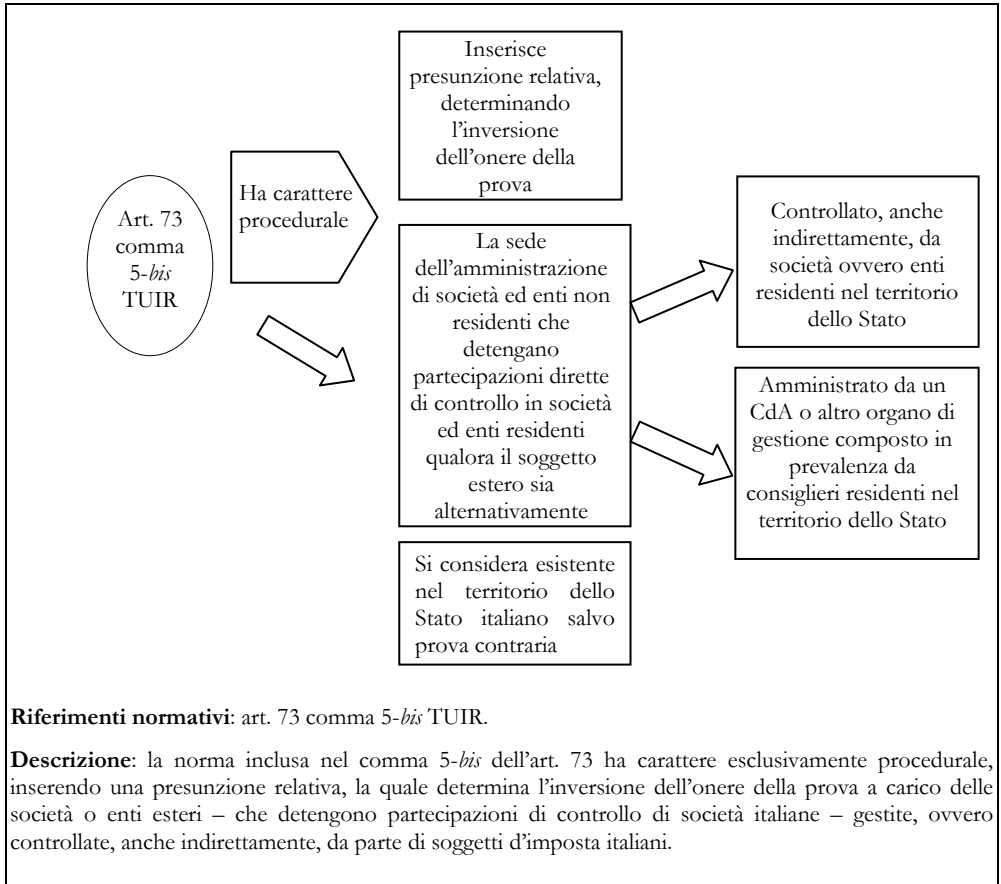
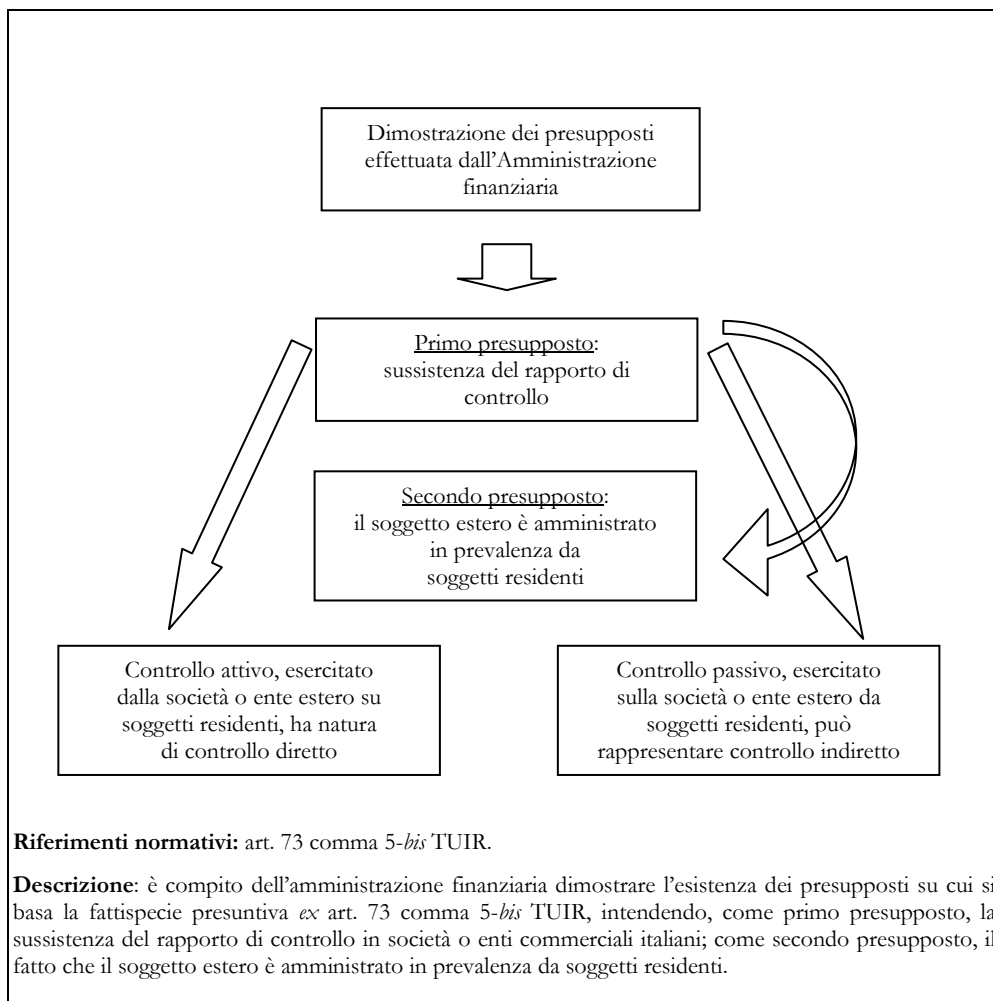


Tavola 4 – I presupposti della fattispecie presuntiva



I.3 I CHIARIMENTI DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE NELLA CIRCOLARE 4 AGOSTO 2006, N. 28/E

I.3.1 Premessa

Sulla presunzione di residenza fiscale degli enti esteroinvestiti, l'Agenzia delle Entrate ha fornito istruzioni nella Circolare n. 28/E del 2006, paragrafo n. 8, che illustra le disposizioni di carattere tributario introdotte dal più volte richiamato D.L. n. 223 del 4 luglio 2006.

In tale contesto, è stato precisato che l'effetto immediato dell'individuazione della residenza fiscale della società in Italia, risulta essere:

- l'assoggettamento al regime di imponibilità o di esenzione ai sensi degli artt. 86 ed 87 del TUIR²⁴ delle plusvalenze realizzate dalla cessione di partecipazioni;
- la tassazione piena degli utili di partecipazione provenienti da società residenti in Paesi a fiscalità privilegiata.

Per converso, i flussi di dividendi, interessi e le *royalties* in uscita dall'Italia non saranno assoggettati a ritenuta e quelle eventualmente subite nel periodo d'imposta per il quale tali soggetti sono considerati residenti potranno essere scomutate in sede di dichiarazione annuale.

I.3.2 La prova legale

Il paragrafo 8.1. della citata Circolare n. 28/E del 2006, prevede, tra l'altro, che: *“gli elementi di collegamento con il territorio dello Stato individuati dalla norma sono astrattamente idonei a sorreggere la presunzione di esistenza nel territorio dello Stato della sede dell'amministrazione delle società in esame. Si tratta, infatti, di elementi già valorizzati nella esperienza interpretativa e applicativa, sia a livello internazionale che nazionale. Essi si ispirano sia a criteri di individuazione dell'effective place of management and control elaborati in sede OCSE, sia ad alcuni indirizzi giurisprudenziali. La norma prevede, in definitiva, l'inversione, a carico del contribuente, dell'onere della prova, dotando l'ordinamento di uno strumento che solleva l'amministrazione finanziaria dalla necessità di provare l'effettiva sede della amministrazione di entità che presentano elementi di collegamento con il territorio dello Stato molteplici e significativi. In tale ottica la norma persegue l'obiettivo di migliorare l'efficacia dell'azione di contrasto nei confronti di pratiche elusive, facilitando il compito del verificatore nell'accertamento degli elementi di fatto per la determinazione della residenza effettiva delle società. In particolare, essa intende porre un freno al fenomeno delle cosiddette esterovestizioni, consistenti nella localizzazione della residenza fiscale delle società in Stati esteri al prevalente scopo di sottrarsi agli obblighi fiscali previsti dall'ordinamento di appartenenza; a tal fine la norma valorizza gli aspetti certi, concreti e sostanziali della fattispecie, in luogo di quelli formali, in conformità al principio della substance over form utilizzato in campo internazionale.*

Come sottolinea la Relazione illustrativa, le disposizioni in esame si applicano alle società ed enti che presentano due rilevanti e continuativi elementi di collegamento con il territorio dello Stato in quanto: detengono partecipazioni di controllo, di diritto o di fatto ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, in società ed enti residenti; sono, a loro volta, controllati anche indirettamente ovvero amministrati da soggetti residenti.

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”.

Da quanto premesso, si deduce che, mentre l'accertamento della sede legale di una società non presenta particolari problematiche in quanto si identifica con la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o nello statuto, e si ricollega quindi a dati formali (auto)dichiarati dal contribuente, l'individuazione della sede amministrativa o

²⁴ Rubricati, rispettivamente, “Plusvalenze patrimoniali” e “Plusvalenze esenti”.

dell'oggetto principale risulta più complessa, rapportando ad un criterio “*sostanziale*”, che prescinde dalle evidenze formali, l'effettivo *link* esistente tra la società o l'ente ed un determinato territorio.

Le norme in argomento recepiscono, sul piano normativo, una regola che potremmo definire di esperienza comune, secondo la quale, tralasciando la forma, se i soci di controllo di un'entità estera con investimenti partecipativi in Italia sono italiani, ovvero la maggioranza dei componenti dell'organo volitivo risiede in Italia, è lecito desumere secondo *l'id quod plerumque accidit*, che anche il centro decisionale della società, ovvero la sede dell'amministrazione, è localizzato nel territorio dello Stato.

La presunzione in oggetto, costituendo una presunzione di tipo “*relativo*”, determina, quindi, un'**inversione dell'onere della prova** in relazione all'esistenza, nel territorio nazionale, della sede dell'amministrazione e, quindi, della residenza del soggetto estero.

Tale onere, pertanto, contrariamente alla regola generale secondo cui spetta all'Amministrazione finanziaria dimostrare il fondamento della propria pretesa impositiva, viene traslato sul soggetto estero, il quale dovrà dimostrare che, nonostante la sussistenza dei particolari elementi di collegamento con il territorio nazionale, non è possibile localizzare in Italia la propria residenza fiscale.

La presunzione *de qua*, inoltre, opera nei confronti del soggetto estero a prescindere sia dalla sua configurazione o meno quale *holding* (è questo un aspetto foriero di criticità applicative/interpretative), sia dalle caratteristiche dell'ordinamento tributario del Paese in cui è ubicata la sede legale.

Come rilevato nella medesima circolare dell'Agenzia delle Entrate, “*gli elementi (alternativi) di collegamento della legal entity estera (...) al territorio dello Stato italiano, e in particolare della localizzazione dell'oggetto principale o all'esistenza dell'amministrazione, devono essere valutati in base ad elementi di effettività sostanziale e richiedono – talora – complessi accertamenti di fatto del reale rapporto della società o dell'ente con un determinato territorio*”, in contraddittorio (e non potrebbe essere altrimenti) con il contribuente²⁵.

In altre parole, la dimostrazione dell'effettiva residenza all'estero di società partecipate da soggetti residenti, oltre che su elementi di **prova di natura formale**²⁶, idonei,

²⁵ Come rilevato in dottrina (cfr. Capolupo S., Manuale dell'accertamento delle imposte, Milano, 2007, pp. 173-174, secondo cui “*sarà necessario, di volta in volta, esperire adeguati accertamenti nonché acquisire tutti gli elementi necessari per evitare penalizzazioni per il contribuente sulla base di semplici risultanze formali*”. Cfr. anche Pezzuto G., Screpanti S., La verifica fiscale, Milano, 2006, p. 466, secondo i quali “*l'eventuale contestazione della residenza fiscale in Italia di una società costituita all'estero dovrà pur sempre essere suffragata da precisi e inequivocabili elementi da parte degli organi dell'Amministrazione fiscale nazionale*”), è auspicabile che l'Amministrazione finanziaria eserciti il diritto di avvalersi anche di criteri differenti, ovvero di altri dati, elementi e circostanze per dimostrare che la sede effettiva del soggetto estero è diversa da quella formalmente dichiarata, tra cui la motivazione imprenditoriale sottostante alla costituzione di società all'estero, nonché l'analisi approfondita di struttura ed organizzazione di ogni singola società estera verificata, onde evitare il rilascio di processi verbali e di avvisi di accertamento sostanzialmente identici tra loro.

²⁶ Tra i requisiti di carattere formale rilevano:

- i segni distintivi della sede sociale;
- l'oggetto sociale suscettibile di dare luogo ad un'attività imprenditoriale reale compatibile con la struttura societaria;
- la regolarità delle attività relative alla vita sociale (CdA e assemblee dei soci);
- la maggioranza dei componenti del CdA residenti;

(segue)

di per sé, a dimostrare unicamente il radicamento sul territorio (estero) dell'entità ivi localizzata, dovrà necessariamente vertere su fatti e circostanze incontrovertibili che comprovino, oltre ogni ragionevole dubbio, l'autonomia giuridica, contrattuale, finanziaria e, soprattutto, funzionale della *legal entity* estera, oltre che le motivazioni imprenditoriali sottostanti alla configurazione del gruppo.

A mero titolo esemplificativo, si potrebbero annoverare i seguenti documenti di prova:

- effettività degli insediamenti produttivi/commerciali all'estero e delle ragioni imprenditoriali sottese agli stessi²⁷;
- modello organizzativo e funzionale del gruppo d'impresa del quale le società o gli enti esteri fanno parte, con evidenza della “*specializzazione*” di queste ultime, non solo in senso geografico, ma anche strategico ed economico rispetto alla capogruppo ed alle altre consociate;
- descrizione dei flussi informativi e contrattuali *intercompany*, dalla quale potrebbe desumersi la (pressoché) totale indipendenza economica delle partecipate estere rispetto alla *holding*;
- esistenza (o meno) di sistemi di tesoreria centralizzata (cd. “*cash pooling*”), rilevanti ai fini della dimostrazione dell'autonomia finanziaria delle società o enti esteri rispetto all'ente controllante;
- grado di autonomia gestionale dei soggetti preposti all'attività d'impresa all'estero (cd. “*country manager*”), in termini di organizzazione del personale, di poteri di spesa (in ottica finanziaria), di approvvigionamento (acquisti) e di negoziazione di contratti con i clienti esteri.

Con riferimento all'idoneità della prova contraria che il contribuente dovrà fornire ai sensi dell'art. 73, comma 5-*bis*, del TUIR, la citata circolare dell'Agenzia delle Entrate precisa che “*il contribuente, per vincere la presunzione, dovrà dimostrare, con argomenti adeguati e convincenti, che la sede di direzione effettiva²⁸ della società non è in Italia, bensì all'estero. Tali*

- l'attività amministrativa centralizzata nel luogo della sede sociale.

Tra i requisiti di carattere sostanziale si citano:

- l'assoggettamento effettivo alle imposte estere (per effetto della effettiva residenza fiscale);
- la gestione operativa effettuata sul posto;
- il possesso delle idonee autorizzazioni amministrative per l'esercizio dell'attività concesse dalle autorità locali;
- l'assunzione di personale e relative mansioni svolte;
- la disponibilità di locali ad uso civile o industriale e relativi contratti di locazione;
- i conti correnti bancari presso istituti locali;
- altri contratti e utenze.

²⁷ Come osservato dalla Commissione delle Comunità europee nella COM (2007) 785, “*per garantire che transazioni e insediamenti effettivi non vengano indebitamente sanzionati è essenziale che, ove si presuma l'esistenza di una costruzione di puro artificio, il contribuente sia messo in grado, senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale transazione è stata conclusa*”.

²⁸ Nonostante, nella pratica, risulti inconsueto che una società sia assoggettata a tassazione in più di uno Stato in ragione della sua residenza, è tuttavia possibile che uno Stato utilizzi il criterio del luogo di costituzione della società mentre l'altro Stato utilizzi il criterio della sede di direzione effettiva per determinare la residenza della persona giuridica.

Al fine di individuare a quale criterio accordare la preferenza, in sede OCSE non è stato ritenuto opportuno attribuire importanza ad un criterio formale, quale quello del luogo di costituzione. Di conseguenza, il criterio ap-

(segue)

*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*²⁹.

Al fine di contrastare efficacemente la presunzione di residenza che qui ci occupa, pertanto, appare opportuno fornire all'ente accertatore adeguata documentazione diretta a dare evidenza dell'effettiva “*sostanza*” della società o ente estero, secondo i termini sopra evidenziati.

È importante rilevare che la **presunzione** non potrebbe essere vinta con la prova della insussistenza di altri elementi, diversi dalla “*sede dell'amministrazione*”, che sono pure previsti dall'art. 73, comma 3, del TUIR, per determinare il requisito della residenza nello Stato³⁰. Ciò deriva dal fatto che i criteri previsti dal richiamato terzo comma sono, come anticipato, alternativi tra loro ed è di fatto lasciata all'Amministrazione finanziaria, in caso di accertamento, la scelta del requisito su cui confrontarsi nell'eventuale contenzioso³¹.

Una riflessione importante, ai fini della trasversale operatività della presunzione in argomento e del pertinente impatto ai fini impositivi, deve essere sviluppata in ordine alla sua interazione con altre norme del dettato normativo italiano e, in particolare, con la disciplina “*CFC*”. Infatti, nell'ipotesi in cui un soggetto residente controlli una società o un ente residente in un territorio a fiscalità privilegiata che, a sua volta, detenga partecipazioni di controllo in società di capitali o enti commerciali residenti in Italia, la disposizione in esame potrebbe “*interferire*” con le misure adottate dal legislatore in tema di “*CFC*”.

In tale contesto, la presunzione di residenza nel territorio dello Stato dell'entità estera rende inoperante la disciplina dell'art. 167 del TUIR, poiché non è possibile imputare al soggetto controllante il reddito che la controllata stessa, residente in Italia

plicato è quello del luogo dove la società è effettivamente gestita e la “*sede di direzione effettiva*” è stata adottata quale criterio preferenziale per i soggetti diversi dalle persone fisiche.

La “*sede di direzione effettiva*” è il luogo dove sono sostanzialmente adottate le decisioni principali relative alla gestione della società, nonché quelle necessarie per l'esercizio della sua attività d'impresa. La “*sede di direzione effettiva*” è, di regola, il luogo in cui la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (i.e., il CdA adottano ufficialmente le decisioni; il luogo in cui si delibera in merito alla società nel suo complesso).

Al fine di attenuare l'insorgere di fenomeni di *dual residence* ed evitare, conseguentemente, una doppia imposizione giuridica, l'OCSE raccomanda quindi l'utilizzo della nozione di “*sede di direzione effettiva*” (*place of effective management*) quale criterio per individuare un unico Stato di residenza fiscale dei soggetti diversi dalle persone fisiche.

²⁹ Par. 8.3 della Circolare dell'Agenzia delle Entrate. La Commissione tributaria provinciale di Firenze, sez. XVI, 13 ottobre 2007, n. 108, con riferimento a una società sammarinese, ha statuito che *una società avente sede legale a San Marino, costituita al fine di gestire un marchio per ragioni esclusivamente o prevalentemente fiscali, deve ritenersi residente in Italia in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti circa la sussistenza, presso la sede della controllante, del luogo di direzione effettiva*.

³⁰ A titolo esemplificativo, sarebbe irrilevante per il contribuente dimostrare che, in concreto, la sua attività (industriale, commerciale, finanziaria) è effettivamente svolta all'estero, qualora non sia in grado di resistere alla presunzione riguardante la localizzazione della sede dell'amministrazione.

³¹ Una conseguenza di non scarsa importanza della notifica di un avviso di accertamento sarebbe l'eventuale iscrizione a ruolo provvisoria (parziale) dei tributi relativi, in base alle disposizioni vigenti. Tale inconveniente può essere evitato dalla richiesta di sospensione cautelare dell'atto impugnato – previa dimostrazione del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris* – da formulare alla commissione competente e dalla richiesta di trattazione urgente del procedimento.

(salvo prova contraria), è tenuta a dichiarare già nel territorio dello Stato. Qualora fosse fornita, con esito positivo per il contribuente, la prova contraria, resta l'applicazione della disciplina “CFC”, poiché il concetto di residenza non esclude che il reddito della controllata estera *black list* sia comunque nella disponibilità della controllante.

Questo perché, a differenza del fine giuridico della norma in commento, le disposizioni sulle imprese estere controllate rispondono sostanzialmente all'esigenza di contrastare fenomeni di *tax deferral*, in cui un soggetto residente, rimanendo *dominus* dell'attività produttiva delocalizzata in un Paese a fiscalità privilegiata, possa rinviare *sine die* la tassazione in Italia degli utili prodotti in tali Paesi.

La trasversalità dell'integrazione normativa all'art. 73 del TUIR ha posto, tuttavia, taluni problemi di “compatibilità” della norma medesima con il tessuto normativo/principi giurisprudenziali europei, con particolare riferimento alla cd. “libertà di stabilimento” ed alla definizione sostanzialistica di residenza fornita nell'ambito delle convenzioni contro le doppie imposizioni.

(1) Compatibilità della norma con l'ordinamento comunitario

Tra le libertà fondamentali previste dall'ordinamento comunitario rientra la libertà di stabilimento delle imprese, che consente a tali entità di “collocare” la propria sede in uno degli Stati membri, in assenza di vincoli o misure restrittive che penalizzino lo spostamento della sede societaria. Orbene, è fuor di dubbio che la disposizione in argomento potrebbe apparire, almeno *prima facie*, in contrasto con tale principio, poiché inserisce un “ostacolo” normativo o meglio “un onere” alle imprese che “migrano” la propria residenza, anche nell'ambito degli Stati dell'Unione.

Infatti, è stato osservato come “spostare” sul contribuente l'onere della prova contraria può rivelarsi particolarmente gravoso, soprattutto per particolari tipologie di enti societari.

A tal proposito, e a titolo esemplificativo, si pensi alle *holding*, la cui attività di impresa riguarda i cd. “beni di secondo grado”, ovvero la gestione (generalmente in via prevalente) di partecipazioni. Proprio in funzione della tipologia di attività che svolgono, la localizzazione della loro sede è, in linea di massima, sensibile a due fondamentali variabili: il trattamento tributario delle *passive income* (principale fonte di reddito) ed il più favorevole *network* convenzionale con numerosi Paesi, diretto a regolamentare i flussi transnazionali di reddito.

La configurazione della residenza fiscale di una *holding*, alla luce del meccanismo presuntivo, pone non pochi problemi applicativi ed interpretativi, in considerazione del fatto che, come detto, l'oggetto sociale, salvo che nel caso di *holding* miste, è la gestione di beni di secondo grado, caratterizzati dalla loro immaterialità, nonché assenza di fisicità, che è in contrapposizione con il concetto di radicamento con un luogo. Esse, pertanto, presentano un collegamento con il territorio poco marcato, addirittura “sfumato”, dal momento che fisiologicamente non necessitano di particolari strutture utili all'esercizio della pertinente attività sociale.

È evidente che, in un siffatto contesto, il quadro normativo in argomento pone delle “barriere” non facilmente superabili per il contribuente.

Sul punto, tuttavia, occorre rilevare che, secondo la Corte di Giustizia, gli Stati membri possono introdurre misure, anche presuntive, che comportino una restrizione della libertà di stabilimento, alla duplice condizione che dette misure:

- siano dirette a contrastare costruzioni artificiose, finalizzate ad abusare di tale diritto, eludendo l'applicazione della legislazione nazionale;
- siano tali da rispettare il principio di “*proporzionalità*”, ovvero il cd. principio dell'utilità marginale: tutto ciò che non risponde al criterio di utilità marginale sfocia nell'eccesso rispetto a quanto necessario per ottenere il prefissato obiettivo³² e, quindi, è censurabile in ambito europeo.

Ciò detto, l'Agenzia delle Entrate ha sostenuto, argomentandola, la coerenza della presunzione di residenza di cui trattasi con l'indirizzo della Corte di Giustizia.

In particolare, nella circolare in commento, l'Agenzia delle Entrate ha dapprima richiamato – forse in maniera non del tutto appropriata – l'orientamento assunto dalla Corte di Giustizia in due, specifici contesti³³, da cui si sarebbe evinto il principio secondo cui gli Stati membri sono liberi di determinare il criterio di collegamento di una società con il territorio dello Stato. La stessa Amministrazione finanziaria ha, poi, affermato che la possibilità di fornire la prova contraria garantisce una valutazione *case by case* e, quindi, il pieno rispetto del principio di proporzionalità, necessario per mitigare, secondo la suprema Corte, la portata generale delle disposizioni antielusive.

(2) Compatibilità della norma con le Convenzioni contro le doppie imposizioni

Anche in questo caso, l'Agenzia delle Entrate ha affermato la piena compatibilità della presunzione di residenza con il regime delle Convenzioni internazionali, richiamando il Commentario al Modello OCSE di Convenzione, secondo cui, peraltro, al fine di individuare la sede di direzione effettiva, deve aversi riguardo anche al luogo di svolgimento dell'attività principale, in linea con un'osservazione formulata in tal senso dall'Italia³⁴.

³² Il principio di proporzionalità può essere, oramai, considerato immanente negli ordinamenti giuridici sia di *common law* che di *civil law*, tanto da poterlo definire come un “*grande principio costituzionale di carattere generale*” (cfr. in tal senso, Vassalli G., “*Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*”, Napoli, 2006, XII).

Costituisce, infatti, l'alveo nel quale si dipanano i pubblici poteri, tra i quali anche il diritto tributario, e costituisce – nella pratica normativa – un criterio per valutare se l'intervento del potere statale è, o meno, arbitrario e “*parametrato*” all'insieme dei diritti soggettivi.

Con specifico riferimento alla disciplina fiscale, significative – ai fini che qui interessano – sono le conclusioni della Corte di Giustizia nella sentenza del 12 settembre 2006, relativa alla causa C-196/04, meglio nota come “*sentenza Cadbury Schweppes*”, nella quale (leggendola *a contrariis*) si evidenzia la possibilità, per uno Stato membro, di ostacolare “*normalmente*” la scelta del Paese comunitario in cui collocare la residenza di una società, solo se la collocazione è fittizia, a prescindere dall'eventuale, mero beneficio fiscale. Precisamente: “*51. ... 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 interessato*”; “*55... consegue che, 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 artificiose, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale*”.

³³ Sentenze emesse nell'ambito della Causa C-81/87 e della Causa C-208/00.

³⁴ L'art. 4 del Modello OCSE di Convenzione si propone l'obiettivo di ripartire la pretesa tributaria tra i due Stati coinvolti, senza fornire una definizione del concetto di residenza, rimessa ai rispettivi ordinamenti. In linea generale, il Commentario OCSE all'art. 4 del citato Modello rileva tre fondamentali funzioni assunte dalla “*nozione*” di “*residente di uno Stato contraente*”, ovvero (i) la limitazione dei presupposti soggettivi di applicazione della

(segue)

In quest’ambito, è stato sottolineato come le Convenzioni contro le doppie imposizioni non interferiscono con i differenti criteri di collegamento soggettivo che ciascuno Stato seleziona per stabilire la residenza di un soggetto sul proprio territorio, limitandosi a indicare quali elementi e circostanze devono essere, prioritariamente, valutati in ipotesi di doppia residenza.

In definitiva, la “*struttura presuntiva*” è tale in quanto ammette la prova contraria e, parlando di “*struttura*”, evidentemente nulla aggiunge ai criteri sostanziali utili ad individuare la sede dell’amministrazione, cui gli accordi internazionali ed il Modello OCSE fanno riferimento. La norma, quindi, non incide su cosa debba intendersi per *place of effective management*, che coincide con quanto sancito dal Modello OCSE, bensì mira a “*facilitare*” l’attività ispettiva attraverso un’innovazione/integrazione procedurale.

Convenzione (ii) la risoluzione di casi di *dual residence* e, quindi, di doppia imposizione; (iii) la risoluzione di casi di *double taxation* derivanti dalla sovrapposizione dei principi generali di imposizione.

Più nel dettaglio, il citato Commentario:

- quanto al paragrafo 1, fornisce una definizione dell’espressione “*residente di uno Stato contraente*” ai fini della Convenzione, stabilendo che un soggetto non è considerato tale qualora, sebbene non domiciliato nello Stato contraente, viene comunque considerato residente secondo la legislazione interna, ma è assoggettato ad imposta limitatamente ai redditi provenienti da fonti di detto Stato o dal patrimonio ivi situato.

Così formulata, dunque, la disposizione sembrerebbe escludere, dalla definizione di “*residente di uno stato contraente*” le imprese controllate da soggetti stranieri esenti da imposta sul reddito estero in forza di regimi fiscali privilegiati concepiti per attrarre società *conduit*. Tuttavia, la stessa deve essere interpretata in maniera restrittiva in quanto, in caso contrario, potrebbe avere l’effetto di escludere dal campo di applicazione della Convenzione tutti i soggetti localizzati in Stati che applicano il “*principio di territorialità*” in materia fiscale. Molti Stati membri considerano un contribuente “*assoggettato ad imposta*” in maniera illimitata in uno Stato contraente anche se detto Stato non applica di fatto l’imposta. Ad esempio i fondi pensione, gli enti di beneficenza ed altri enti possono essere considerati esenti da imposta solo se gli stessi soddisfano tutti i requisiti per l’esenzione previsti nella legislazione fiscale e, pertanto, sono soggetti alla legislazione fiscale di uno Stato contraente. Qualora i requisiti richiesti non siano soddisfatti, anch’essi sono tenuti al pagamento delle imposte. In alcuni Stati, questi enti non sono considerati residenti ai fini convenzionali in quanto non espressamente ricompresi nel campo di applicazione della Convenzione.

Nel caso in cui uno Stato non tenga conto dell’esistenza di una società di persone ai fini fiscali ed applichi il regime della trasparenza fiscale, assoggettando ad imposta i soci in base alla quota di reddito della società di persone a loro imputata, la stessa società non è assoggettata ad imposta e di conseguenza non può essere considerata residente di quello Stato;

- relativamente al paragrafo 3, fa riferimento alle società e alle altre associazioni di persone, a prescindere dalla circostanza che esse siano o meno persone giuridiche.

Infatti, risulta inconsueto, nella pratica, che tali società siano assoggettate ad imposta in più di uno Stato in ragione della propria residenza anche se ciò sarebbe possibile qualora uno Stato utilizzasse il criterio del luogo di costituzione della società mentre l’altro Stato quello della sede di direzione effettiva. Ed è proprio a quest’ultimo criterio che il paragrafo 3 del Modello OCSE dà rilevanza.

Ciò detto, occorre, tuttavia, notare che gli indicatori su cui si basa la presunzione in parola, ed in particolare quello del “*doppio controllo*”, se da un lato possono essere considerati funzionali all’individuazione del luogo dove vengono assunte le decisioni rilevanti, viceversa non sembrano rivestire significato particolare per la determinazione del luogo in cui è svolta l’attività principale.

Tavola 5 – Operatività delle partecipate estere: profili probatori

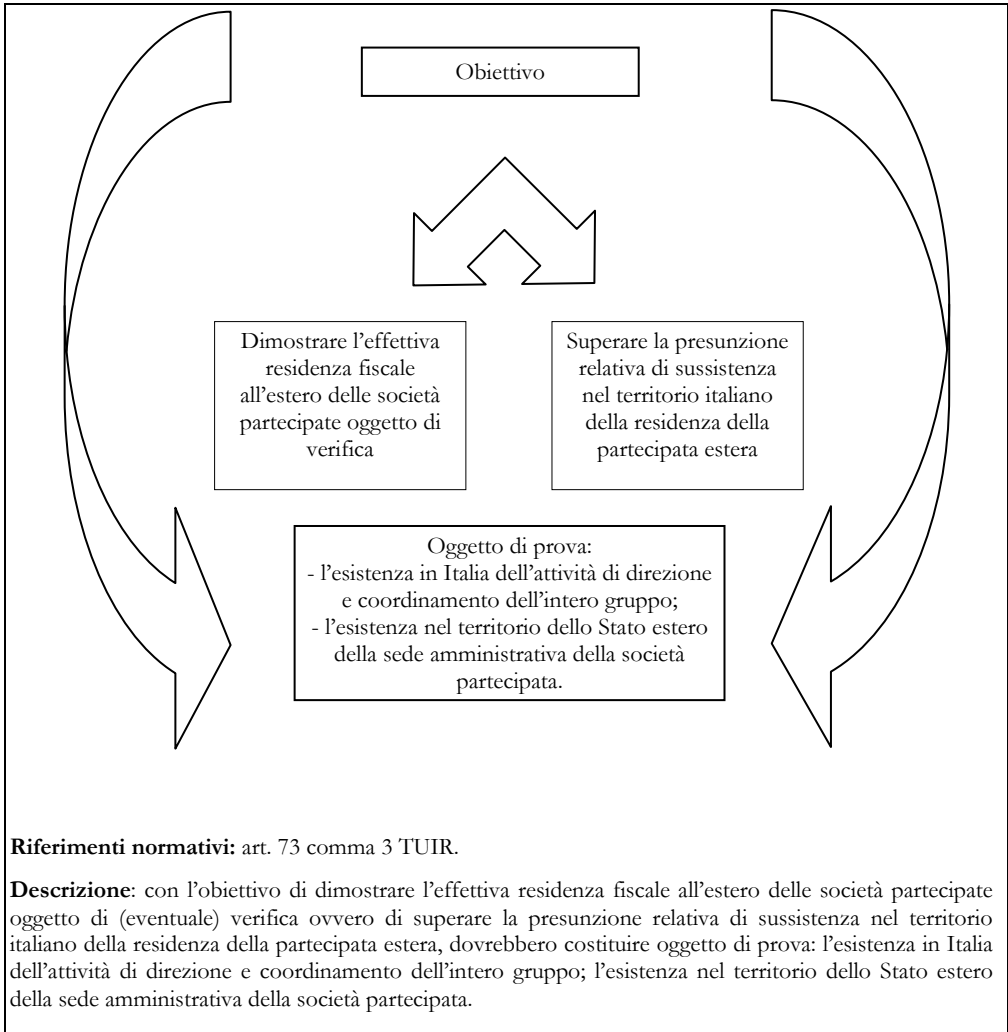


Tavola 6 – La prova contraria

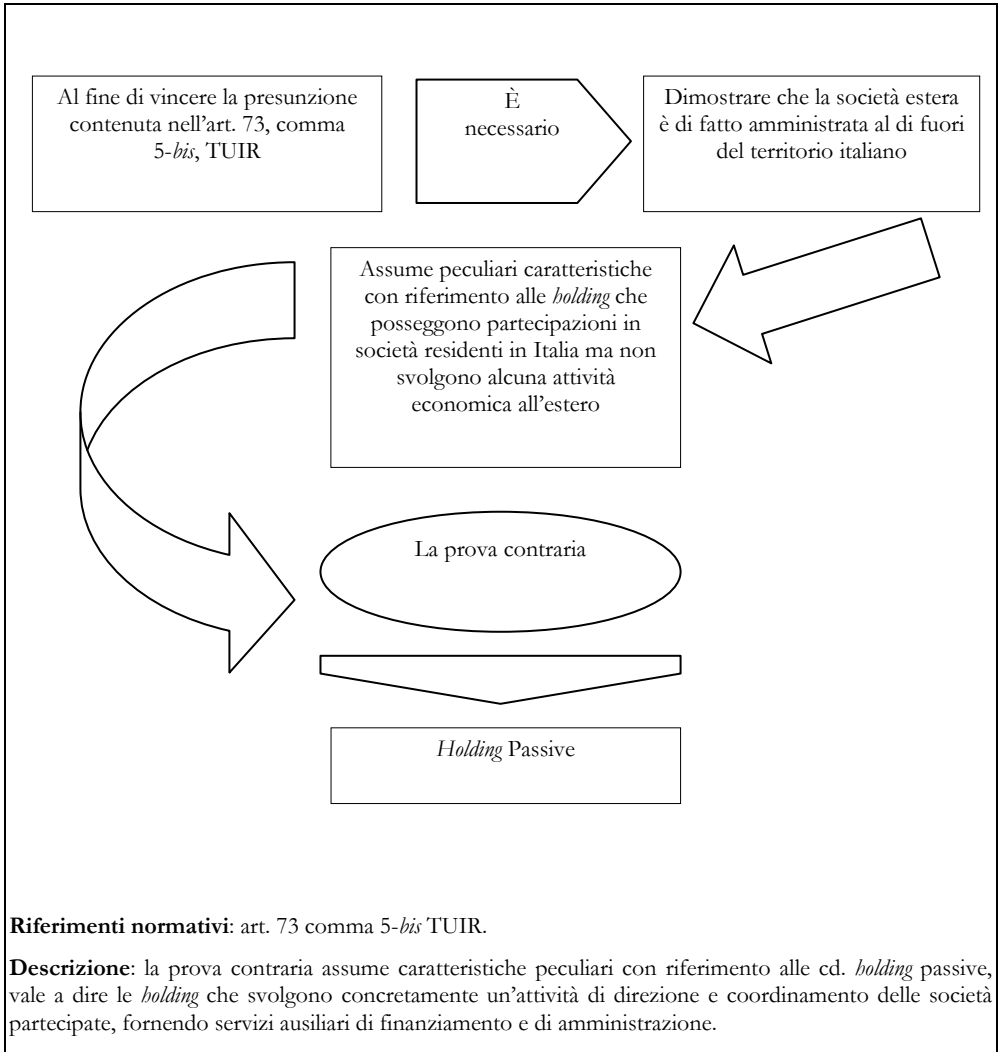
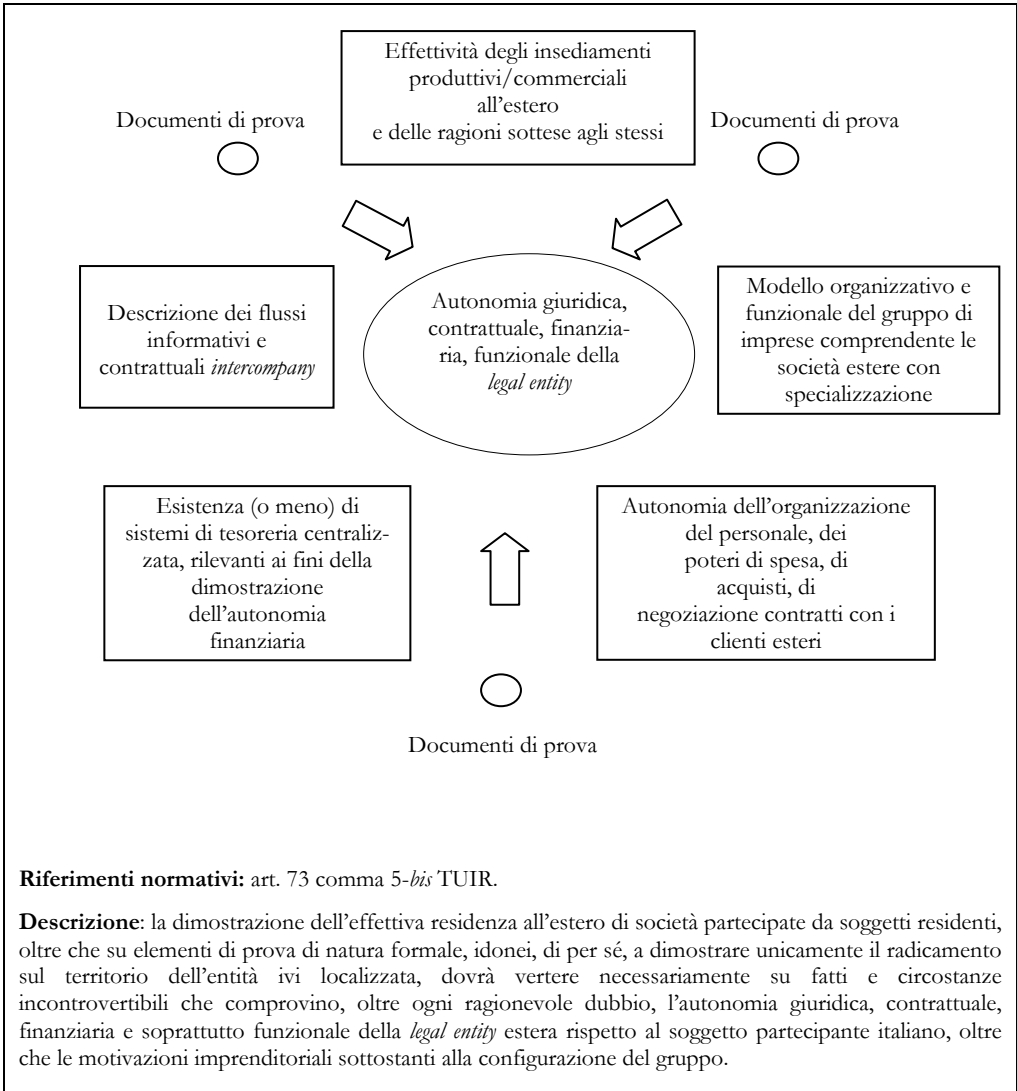


Tavola 7 – La prova legale



I.4 LA POSIZIONE DI ASSONIME NELLA CIRCOLARE 31 OTTOBRE 2007, N. 67

I.4.1 I presupposti della fattispecie presuntiva

Con la circolare 67 del 31 ottobre 2007, l'Assonime ha commentato la disciplina presuntiva introdotta nell'ambito dell'art. 73 del TUIR dal D.L. 223/2006. In tale contesto, è stato affermato, quanto agli aspetti applicativi e, quindi, procedurali della norma, che è compito dell'Amministrazione finanziaria dimostrare l'esistenza dei presupposti su cui si basano le due fattispecie presuntive contemplate dalla disciplina in esame.

La prima fattispecie, come già detto, ricorre qualora il soggetto estero detenga il controllo di entità di cui alle lettere a) e b) del primo comma dell'art. 73 del TUIR (società di capitali, *trust* o enti commerciali italiani) e sia, a sua volta, controllato da soggetti residenti.

La seconda ricorre, invece, quando il soggetto estero, oltre a detenere il controllo in società, *trust* o enti commerciali italiani, sia amministrato da un organo composto in prevalenza da soggetti residenti³⁵.

Elemento comune ad entrambe le ipotesi è, quindi, il controllo “attivo” da parte della entità estera su entità commerciali residenti.

(1) Prima fattispecie

Ciò premesso, la prima fattispecie presuntiva contemplata dalla nuova disposizione si configura, come accennato, nel caso in cui il soggetto estero, oltre a detenere partecipazioni dirette di controllo di società di capitali, *trust* ed enti commerciali nazionali è a sua volta controllato, anche indirettamente, da soggetti residenti.

Relativamente a tale, ultima tipologia di controllo, la disposizione in parola ha riguardo al concetto di controllo *lato sensu* inteso. Occorre, dunque, fare riferimento, in linea generale, al contenuto dell'art. 2359, comma 1, c.c. il quale, come è noto, contempla tre ipotesi:

- il caso in cui una società disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società (*controllo di diritto*);
- il caso in cui una società disponga di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria dell'altra (*controllo di fatto*);
- il caso in cui una società si trovi sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Risulta evidente, infatti, che poiché la norma non fa alcun riferimento, ai fini della sussistenza del controllo “*a monte*” o passivo (tale s'intende il controllo da parte di soggetti residenti in Italia nei confronti della società o ente di diritto estero), al possesso partecipativo, nel caso di specie occorre far riferimento a tutte le ipotesi di controllo contemplate nell'art. 2359 c.c., compresa quella di cui al n. 3, primo comma, che si

³⁵ Le due fattispecie presuntive possono presentarsi alternativamente, ma anche cumulativamente.

configura quando una società subisce un'influenza dominante in ragione di particolari vincoli contrattuali che la legano ad un'altra entità che, proprio per tal motivo, viene considerata controllante³⁶.

Inoltre, il controllo in questione, per espressa previsione della norma, può anche avere caratteristiche di “controllo indiretto”. In relazione a ciò, inizialmente ci si era posti il problema di come potesse operare la presunzione in presenza di una catena societaria con più *sub-holding* estere. L'Agenzia delle Entrate, al riguardo, ha ritenuto che “*anche nelle ipotesi in cui tra i soggetti residenti controllanti e controllati si interpongano più sub-holding estere*” la presunzione possa essere applicata non solo alla entità estera che detiene direttamente partecipazioni nei soggetti italiani e risulta indirettamente controllata dal soggetto nazionale posto al vertice della catena, ma anche a tutte le altre società intermedie.

Rileva la circolare in commento che tale interpretazione muove dall'assunto che, fatta valere la presunzione in parola e, quindi, riquilificata la *sub-holding* estera che direttamente controlla la società residente (e che è indirettamente controllata da soggetti residenti), come soggetto anch'esso fiscalmente residente in Italia, lo stesso meccanismo presuntivo possa essere attivato/reiterato anche nei confronti della *holding* estera inserita nell'anello immediatamente superiore della catena societaria, visto che quest'ultima si ritroverà, per effetto della richiamata presunzione, a controllare direttamente la *sub-holding* – ora – residente in Italia.

Nella fattispecie presuntiva in esame, il controllo sul soggetto estero può essere esercitato da qualsiasi tipologia di soggetto e, quindi, anche da persone fisiche, tanto che il comma 5-ter dell'art. 73 del TUIR prevede che ai fini della verifica del controllo “*per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5*” del TUIR (coniuge, parenti entro il terzo grado ed affini entro il secondo).

L'Assonime fa peraltro rilevare le difficoltà applicative della norma in questione, con particolare riferimento alla sussistenza di una situazione di:

- controllo di diritto o di fatto dall'Italia, ai sensi del citato art. 2359 c.c., qualora il soggetto estero non disponga di un'assemblea o di un equivalente organo deliberativo formato dai soci, come nel caso, ad esempio, di enti costituiti sotto forma di “*fondazioni*” o *trust*³⁷, laddove, al limite, potrebbe sostenersi

³⁶ Con tutto ciò che consegue, all'atto pratico, con riferimento alle difficoltà e ai conseguenti margini di incertezza che si incontrano nel sostenere la sussistenza di tale ipotesi di controllo.

³⁷ Con riferimento specifico ai *trust*, va segnalato che la presunzione in commento si sovrappone parzialmente a quella introdotta nel corpo dell'art. 73, comma 3, del TUIR dalla Legge 27 dicembre 2006 n. 296 secondo cui si considerano fiscalmente residenti in Italia i *trust* istituiti in un Paese diverso da quelli inclusi nella cd. *white list* (di cui al D.M. del 4 settembre 1996) allorché, alternativamente, almeno un disponente o beneficiario sia un soggetto residente in Italia, ovvero nell'ipotesi in cui un soggetto residente in Italia abbia attribuito al *trust* immobili o diritti reali immobiliari (in quest'ultima ipotesi, peraltro, non sembrerebbe testualmente ammessa la prova contraria, anche se l'Agenzia delle entrate, nella circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, interpreta entrambe le presunzioni di residenza in Italia dei *trust* come presunzioni legali relative). I *trust* sono, infatti, enti inclusi tra i soggetti IRES di cui all'art. 73 del TUIR e possono teoricamente soddisfare le condizioni del controllo attivo su una società o ente italiano e dell'amministrazione da parte di soggetti residenti. L'Agenzia delle entrate, nella citata circolare n. 48/E del 2007 ha ritenuto che per i *trust* non soggetti alla presunzione specifica di residenza si applichino “*ove compatibili*” le norme relative alla presunzione di esterovestizione di cui all'art. 73, commi 5-bis e 5-ter. Rispetto alla fattispecie del *trust*, tuttavia, gli spazi applicativi della presunzione di esterovestizione paiono alquanto limitati in considerazione, soprattutto, della carenza del requisito del controllo, non potendosi riscontra-

(segue)

l'esistenza di un controllo esercitato sul soggetto estero per il tramite di vincoli contrattuali, a prescindere dall'influenza sulle decisioni assembleari;

- controllo partecipativo dall'estero nei confronti di enti commerciali residenti, dal momento che tali ipotesi – in linea generale – non sembrano riconducibili alla fattispecie di controllo societario su società di capitali;
- frazionamento della partecipazione di controllo tra più *sub-holding* estere, tale per cui nessuno di tali, ultimi soggetti soddisfa, singolarmente, la previsione contenuta nell'art. 2358, comma 1, nn. 1 e 2 c.c.. In questo caso, sembrerebbe che la presunzione, pur ricorrendo una fattispecie analoga a quella contemplata dalla norma, non operi per difetto del requisito del controllo attivo, ossia perché il controllo attivo rilevante ai fini della presunzione è solo quello diretto e nessuna delle *sub-holding* ne risulterebbe titolare. Naturalmente, in questa ipotesi, resta inalterato il regime ordinario di prova della residenza in Italia dei soggetti esteri; prova che, però, dovrebbe essere a carico dell'Amministrazione finanziaria.

Infine, viene rappresentata l'ipotesi in cui un'entità estera risulti titolare sia di partecipazioni di controllo in società italiane che di una stabile organizzazione, sempre collocata in Italia. Al riguardo, qualora le partecipazioni siano detenute direttamente dal soggetto estero, in presenza degli altri presupposti, si potrà integrare la presunzione di esterovestizione. Viceversa, qualora tali partecipazioni di controllo siano state attribuite alla sua stabile organizzazione in Italia, l'applicazione della presunzione in argomento sarebbe da escludersi, in quanto le componenti reddituali rivenienti dalla controllata sarebbero comunque soggette ad imposizione in Italia. In tal caso, infatti, l'applicazione della presunzione sarebbe contraria alla *ratio* stessa della novella legislativa che, come già detto, mira a contrastare la localizzazione all'estero delle componenti reddituali afferenti alle partecipazioni in società italiane.

(2) Seconda fattispecie

Per quanto concerne, invece, la seconda fattispecie, l'Assonime, nel richiamare il fatto che la sua peculiarità risiede nella compresenza, accanto al rapporto di diretto controllo attivo, della circostanza che **l'organo amministrativo dell'entità di diritto estero sia prevalentemente composto da soggetti residenti**, afferma che il compito dell'Amministrazione finanziaria consiste semplicemente nel verificare la residenza degli amministratori – formalmente – designati. La norma, infatti, ha la funzione di snellire il percorso ispettivo, attraverso il meccanismo dell'inversione dell'onere della prova che viene in essere in presenza della verifica di elementi e circostanze di agevole reperibilità. In quest'ottica, pertanto, ai fini dell'operatività della presunzione, non risulterebbe necessario risalire all'identificazione degli eventuali “*amministratori di fatto*”.

re un dominio di diritto o di fatto sull'assemblea, né, nella normalità dei casi, un condizionamento nella gestione dovuto a particolari vincoli contrattuali, stante l'ordinaria autonomia di cui gode fisiologicamente il *trustee* nella gestione del patrimonio affidatogli.

Cfr. Valente P., *Esterovestizione e Residenza*, Milano, 2013, p. 6 ss..

(3) Sussistenza dei presupposti applicativi

La verifica degli elementi presuntivi, secondo quanto disposto dall'art. 73, comma 5-ter, del TUIR, va compiuta alla data di chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione del soggetto estero controllato, con riferimento alla sussistenza dei presupposti del controllo di cui al comma 5-bis. In relazione al contenuto di tale disposizione, tuttavia, le opinioni sembrano essere contrastanti.

Infatti, secondo una prima tesi – cui anche l'Agenzia delle Entrate sembra aderire – poiché il comma 5-bis inerisce sia al “controllo attivo” che al “controllo passivo”, tali elementi dovrebbero essere entrambi sussistenti alla data di chiusura dell'esercizio del soggetto estero e, qualora verificati, si potrebbe di conseguenza sostenere che lo *status* di residente fiscalmente in Italia dell'entità di diritto estero permarrrebbe fino al perdurare dei vincoli di controllo, sia attivo che passivo, nei termini sopra indicati. Al contrario, in dottrina è stato osservato che una simile ricostruzione risulterebbe in contrasto con il principio comunitario di “proporzionalità”, dal momento che la residenza è un requisito che, sul piano sostanziale, va verificato in relazione al singolo periodo di imposta e non in un arco temporale pluriennale, in quanto non costituisce una caratteristica soggettiva permanente.

L'Assonime, sulla base di tali considerazioni, sostiene che la corretta interpretazione da dare al riguardo dovrebbe essere quella di considerare la situazione esistente a fine esercizio solo con riferimento al “controllo passivo” e non anche al “controllo attivo”, in quanto, diversamente, la presunzione risulterebbe inoperante proprio nel periodo di imposta in cui il soggetto estero cede la partecipazione di controllo e, quindi, non la possieda più alla data di chiusura del proprio esercizio: il “controllo attivo”, di contro, – per rendere operativa la presunzione – dovrebbe sussistere per la maggior parte del periodo di imposta. In tale contesto, tuttavia, si fa notare che:

- l'applicazione della presunzione con un riferimento temporale circoscritto, se da un lato facilita il funzionamento della presunzione, dall'altro introduce elementi di rigidità che possono dar luogo a problematiche di varia natura, a volte indebolendo, sotto il profilo della forza probatoria, la posizione del contribuente. Caso tipico è l'ipotesi di una società residente che acquisti una partecipazione di controllo in un soggetto estero (a sua volta controllante di una società residente) in un momento immediatamente antecedente alla chiusura dell'esercizio. In questo caso la presunzione può essere contrastata facendo valere l'insussistenza del requisito della permanenza, per la maggior parte del periodo di imposta, della sede dell'amministrazione;
- la rigidità, può, però, operare anche in senso contrario e, quindi, risultare sfavorevole al Fisco. Infatti, con un riferimento temporale ben definito, il contribuente ha la possibilità di liberarsi facilmente della presunzione cedendo la partecipazione di controllo in prossimità della chiusura dell'esercizio per poi ricomprarla successivamente.

Considerazioni del medesimo tenore di quelle appena espresse possono formularsi con riferimento alla seconda fattispecie presuntiva, in ordine alla cui configurabilità, l'Agenzia delle Entrate, nella circolare n. 11/E del 16 febbraio 2007, ha ritenuto necessaria la permanenza del requisito della residenza in Italia della maggioranza dei

componenti dell'organo di gestione dell'entità estera per la maggior parte del periodo di imposta.

Gli elementi sopra indicati (“*doppio controllo*” e prevalenza di amministratori residenti in Italia nel *Board* di amministrazione del soggetto economico estero) non possono, da soli, essere considerati espressivi di una “*fittizietà*” della società o ente estero (nel caso del “*controllo*”), o garanzia di non residenza al di fuori del territorio nazionale (nel caso della residenza degli amministratori), poiché come osservato dall'Assonime:

- quanto al primo profilo, sorgerebbero evidenti profili di disparità di trattamento tra entità estere e nazionali, in quanto, a fronte del riconoscimento della piena soggettività passiva in capo alle holding italiane che rivestono la duplice posizione di controllanti e controllate, quelle straniere che dovessero trovarsi nelle medesime condizioni verrebbero considerate – anche se presuntivamente – artificiose, solo per il fatto di non essere italiane;
- in relazione al secondo tema, si rischierebbe di spostare la questione su un aspetto formale (la residenza) piuttosto che sull'effettiva titolarità dei poteri decisionali da parte degli amministratori. La scarsa validità di tale impostazione risulta evidente se solo si riflette sul fatto che, in alcuni casi, società aventi ufficialmente amministratori locali o domiciliati presso studi legali o società di servizi esteri, si limitano a ratificare l'impulso volitivo generato altrove.

I.4.2 Il regime della prova contraria

In linea generale, quanto alla possibilità, per il contribuente, di fornire la prova contraria ed alle circostanze in cui opporla al Fisco, viene fatto rilevare che il contribuente medesimo non può avvalersi della procedura di interpello “*disapplicativo*” di cui all'art. 37-*bis*, comma 8, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, poiché istituito a cui può farsi ricorso con esclusivo riferimento alla richiesta di disapplicazione di norme che “*limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario*”.

Si ritiene, pertanto, che la prova contraria possa essere fatta valere solo nell'ambito dell'attività istruttoria sviluppata dall'Amministrazione finanziaria.

In tale contesto, viene fatta notare l'anomalia di aver introdotto tale presunzione nell'ambito del TUIR, piuttosto che nella sede ritenuta più appropriata, costituita dal D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

(2) Il contenuto della prova contraria

Nell'ambito sopra delineato, si chiarisce che l'Amministrazione finanziaria è tenuta a provare la sussistenza dei presupposti della presunzione di cui si tratta. Di contro, sul contribuente grava l'onere di fornire la prova contraria, nei termini di seguito indicati.

Venendo nel merito, dall'inversione dell'onere della prova sulla residenza deriverebbe l'onere, per il contribuente, di dimostrare che la sede di direzione effettiva della società o ente di diritto estero, per la maggior parte del periodo d'imposta, sia localizzata fuori dal territorio italiano (prova di carattere positivo) o che comunque, alternativamente, non deve considerarsi radicata in Italia (prova di carattere negativo).

Senonché, ciò considerato in linea generale, si è sostenuto che, per adeguare i concetti appena esposti agli indirizzi delineati dalla Corte di Giustizia in tema di restrizioni alla libertà di stabilimento (come già fatto rilevare, il perimetro entro cui una disciplina, come quella in commento, che determina una tale restrizione, deve essere contenuta è quello del contrasto all'uso di costruzioni di puro artificio e del rispetto dei canoni della proporzionalità, anche sul tema della prova e del relativo onere incombente sul contribuente), potrebbe ragionevolmente affermarsi che la presunzione in argomento possa ritenersi efficacemente contrastata anche – solo – dimostrando l'insussistenza di un attendibile collegamento territoriale con l'Italia, senza estendere la prova contraria a tutti i profili di estraneità della sede amministrativa del soggetto estero rispetto al territorio dello Stato. In particolare, ove provato il concreto esercizio di un'attività economica prevalente all'estero, il contribuente non dovrebbe essere gravato dall'ulteriore onere di sostenere l'assenza della sede di direzione effettiva in Italia o – come detto, alternativamente – la sua sussistenza all'estero. Ovviamente, quanto appena detto assume valenza ai fini del superamento della presunzione in commento, ferma restando la possibilità per l'Amministrazione finanziaria di provare la presenza di un criterio di collegamento sostanziale col territorio dello Stato (in tal caso, tuttavia, l'onere sarebbe posto in capo all'Amministrazione medesima).

Inoltre, sempre in ossequio agli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia, con specifico riferimento al principio di proporzionalità che deve governare discipline della specie, viene reputato necessario valutare caso per caso il tema della prova contraria, analizzando la particolare situazione operativa del soggetto estero e la rilevanza delle fattispecie presuntive rispetto a tale situazione.

In questa prospettiva, vengono analizzati, a titolo esemplificativo, i seguenti casi concreti riferibili alle varie caratteristiche che può assumere una holding:

- con riferimento ad una **holding mista**, ossia un'entità che svolge anche un'attività industriale, commerciale o finanziaria, la dimostrazione che tali attività vengano effettivamente svolte all'estero appare idonea a superare la presunzione in argomento, sulla base del fatto, peraltro, che tale circostanza sarebbe da ritenere decisiva anche per sostenere che gli impulsi gestionali siano radicati all'estero;
- quanto alle **holding di gestione**, caratterizzate, cioè, dallo svolgimento di un'attività di direzione e coordinamento delle partecipate (*holding* cd. "pure") e, a volte, prestando, a queste ultime, servizi ausiliari di finanziamento e di amministrazione (*holding* cd. "operative"), la prova contraria potrebbe essere fornita facendo rilevare che l'attività svolta dalla *holding* è un'attività economica autonoma rispetto a quella delle partecipate, dimostrando, nel contempo, che l'attività in parola sia svolta all'estero³⁸. In tale ottica, viene ritenuto rilevante il

³⁸ In linea con quanto stabilito dalla Corte di Cassazione, con sentenza n. 1439/90. Il supremo Consesso ha attribuito natura imprenditoriale all'attività di controllo e coordinamento espletata da una *holding* cd. "personale", in quanto, anche in questo caso l'attività da essa espletata non si limitava all'esercizio dei poteri connessi alla posizione di socio. Secondo quanto sancito dalla richiamata sentenza del 1990, "Il punto fondamentale della disamina si sposta, di conseguenza, sulla capo gruppo, dovendosi domandare se il soggetto holding sia per ciò stesso (sia cioè in virtù del potere direttivo esercitato sulla base di una posizione di controllo acquisita a livello di partecipazione nelle varie società del gruppo, secondo

(segue)

- fatto che gli atti negoziali, attraverso i quali viene posta in essere l'attività di direzione e coordinamento, vengano effettivamente posti in essere all'estero³⁹;
- relativamente alle *holding passive*, ossia a quelle entità che si limitano a detenere partecipazioni in società residenti in Italia, non svolgendo, per loro natura, alcuna, ulteriore attività economica di particolare rilievo, si manifestano, infine, i profili di maggiore incertezza. Infatti, proprio l'assenza di una vera e propria attività e di una struttura organizzativa apprezzabile di cui possa essere verificata la localizzazione dovrebbe condurre a sostenere che debba essere necessariamente fornita la prova contraria piena, ossia la prova dell'inesistenza degli elementi costitutivi della sede dell'amministrazione in Italia, ovvero, in positivo, la prova dell'ubicazione della sede amministrativa all'estero, dimostrando che il luogo degli atti volitivi si è radicato all'estero per la maggior parte del periodo di imposta. Detto ciò, è proprio l'inconsistenza di atti volitivi veri e propri, caratteristiche che connotano fisiologicamente l'esistenza di *holding passive*, a rendere particolarmente complesso fornire la prova contraria e, sotto questo profilo, si potrebbe sostenere il mancato rispetto del principio di proporzionalità che, come detto in precedenza, deve necessariamente governare anche il regime delle prove.

Nel trattare delle *holding* di gestione delle partecipazioni, elemento di estrema rilevanza è comprendere cosa debba intendersi per oggetto principale dell'attività e per luogo di svolgimento dell'oggetto principale.

In ordine al primo quesito, secondo dottrina e prassi consolidata, l'attività rileva – come già sottolineato in linea generale con riferimento al tema dell'“oggetto principale”, contenuto nell'art. 73, comma 3, del TUIR – in un'accezione sostanzialistica, da rinvenire nell'attività effettivamente esercitata e non nell'attività formalmente dichiarata in ambito statutario.

il modello e le implicazione indicate), a sua volta un'impresa; ovvero possa o no, essere impresa solo in virtù delle attività accessorie ed ausiliarie, che al modello normalmente attengono, ma non necessariamente ad esso ineriscono. Si tratta, in sostanza, di rilevare se, sotto il profilo dell'impresa, la holding sia una realtà meramente economica (o, come da taluno ritenuto, una società senza impresa), risolvendosi sotto il profilo giuridico nella pluralità dei soggetti che la compongono, da considerarsi nella loro autonomia, ovvero se la stessa holding, proprio in virtù dell'attività di coordinamento e di direzione delle varie imprese controllate, si qualifichi anch'essa come impresa. Nella letteratura giuridica, da tempo si discute sulla possibilità di riconoscere alla holding la qualità imprenditoriale, la quale richiede l'esercizio di un'attività di produzione o di uno scambio di beni o di servizi, secondo la qualificazione dell'art. 2082, in relazione alla tipologia dell'art. 2195 c.c.. È noto, in questa direttiva, l'indirizzo secondo cui la holding, pur non esercitando direttamente alcuna attività di produzione o scambio di beni e di servizi (a parte la holding mista che qui non interessa), essa pur tuttavia realizza un'attività di partecipazione ad attività di produzione e di scambio, con la conclusione che lo scopo di partecipare ad attività imprenditrice può essere sufficiente, non solo ai fini dell'art. 2247, ma anche a quelli dell'art. 2082 e 2195 c.c., facendo qualificare come commerciale lo scopo della società. Correlando questo indirizzo al concetto «fase dell'attività di impresa», attingendolo dall'art. 2602 c.c., nel testo modificato dalla L. n. 377 del 1976 (laddove il consorzio tra imprenditori viene definito come l'organizzazione costituita per lo svolgimento di determinate «fasi» delle rispettive imprese), potrebbe considerarsi l'attività di direzione e di coordinamento della holding alla stregua di una fase dell'attività imprenditoriale, e potrebbe affermarsi che la holding è imprenditore in quanto professionalmente, e con adeguata organizzazione, svolga (accentrandola presso di sé), una fase delle imprese esercitate dalla società operative, ed è imprenditore commerciale qualora l'attività nel cui ciclo si inserisce abbia natura commerciale?».

³⁹ In linea di massima, le attività tipiche di una *holding*, siano esse di direzione e coordinamento, piuttosto che di ulteriore attività in campo finanziario ed ausiliario, devono essere esplicitate in via diretta e in nome proprio della capogruppo al pari di ciò che avviene nell'ambito della produzione e dello scambio posto in essere dalle controllate “operative”.

Cfr. Valente P., *Esterovestizione e Residenza*, Milano, 2013, p. 6 ss., nonché il Cap. 2 del presente Volume.

Con riferimento, invece, al luogo in cui l'oggetto principale viene sviluppato, ovvero in Italia o all'estero, deve farsi riferimento alle caratteristiche intrinseche dell'attività svolta e alla natura dei beni posseduti, che sono utili/necessari allo svolgimento dell'attività stessa.

Proprio tale, ultimo aspetto ha un impatto diretto, come anticipato, per le *holding* di gestione, per le quali la presenza in loco o meno dei "beni" per l'esercizio della propria attività è elemento alquanto marginale e sicuramente limitativo, se non fuorviante, per l'individuazione del luogo in cui si svolge l'attività societaria. Infatti, per tali soggetti economici non si deve confondere il loro oggetto sociale con quello delle partecipate (controllate) né con quello dei beni da queste possedute. La *holding* di gestione, in linea generale, ha quale oggetto principale la direzione ed il coordinamento delle proprie partecipate, che costituiscono "assets" non necessariamente localizzati nello stesso Stato della *holding*, e per la cui attività (di gestione), sovente, si caratterizzano per una struttura "snella", sia in termini organizzativi che strutturali.

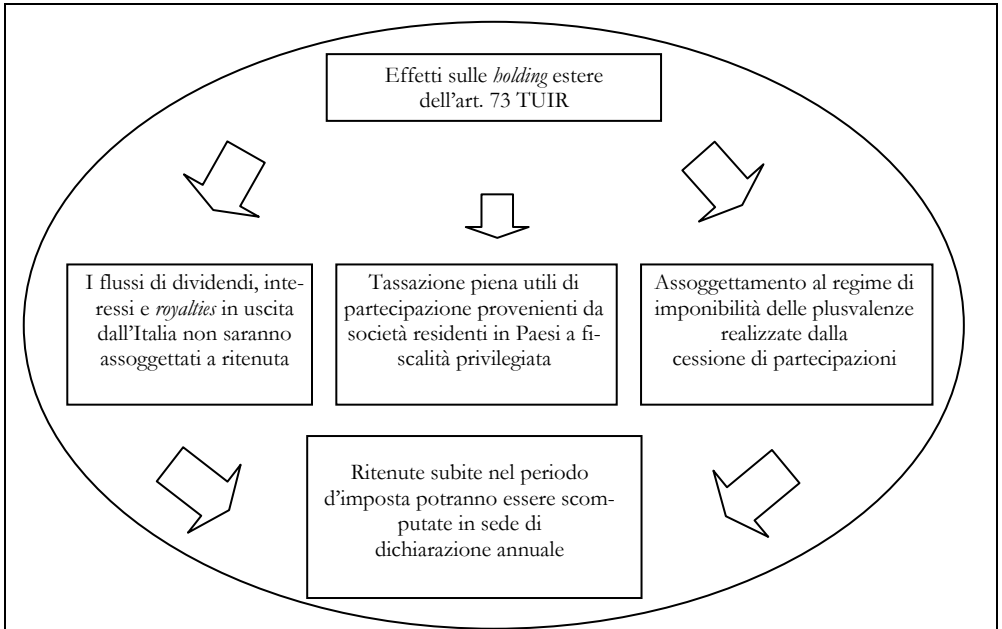
L'attività di direzione e coordinamento, che si risolve in un'attività "strategica" nell'interesse del Gruppo è, pertanto, differente da quella di gestione dell'impresa di cui restano titolari le società controllate.

Vengono, in ultimo, indicati specifici casi in cui i presupposti su cui poggia la presunzione in argomento sembrerebbero perdere forza di fronte alla peculiare situazione economico-aziendale del contribuente. Anche in tali ipotesi, viene invocato il più volte citato principio di "proporzionalità", per affermare come si possa ragionevolmente sostenere la possibilità che, nel caso concreto, la presunzione possa essere contrastata facendo valere l'inattendibilità dei relativi presupposti.

In questo contesto, vengono citati i casi in cui la società o l'ente estero, pur detenendo partecipazioni di controllo in entità italiane ed essendo controllato, a sua volta, o amministrato da soggetti residenti in Italia, manifesti una composizione del proprio patrimonio o una tale ampiezza delle attività svolte che lascino agevolmente sostenere che la partecipazione di controllo che la lega al territorio italiano rappresenti solo un aspetto marginale, tal per cui verrebbe meno l'attendibilità di uno degli indicatori (duplice controllo e composizione dell'organo amministrativo) che il legislatore, proprio in ragione della loro significatività, sulla base del principio dell'*id quod plerumque accidit*, ha ritenuto idonei a fondare la presunzione in parola. In altre parole, si sostiene che, in tal caso, la dimostrazione che il patrimonio o l'attività di una *holding* estera siano legati prevalentemente a società o enti esteri o ad altri investimenti all'estero, e che, quindi, la partecipazione di controllo nella società italiana costituisca una parte solo residuale del suo patrimonio, esenti il contribuente dal provare la propria estraneità al territorio dello Stato sotto altri profili, in quanto il rapporto partecipativo con l'Italia già risulta, di per sé, obiettivamente marginale e non qualificante.

Inoltre, viene evidenziata la fragilità della presunzione in commento nel caso in cui gli amministratori del soggetto estero, ancorché titolari di poteri gestori e residenti in Italia, siano stati designati da soggetti controllanti effettivamente residenti all'estero. In tal caso, infatti, la presenza di una proprietà estera dovrebbe rendere poco significativa la circostanza dell'amministrazione da parte di soggetti italiani.

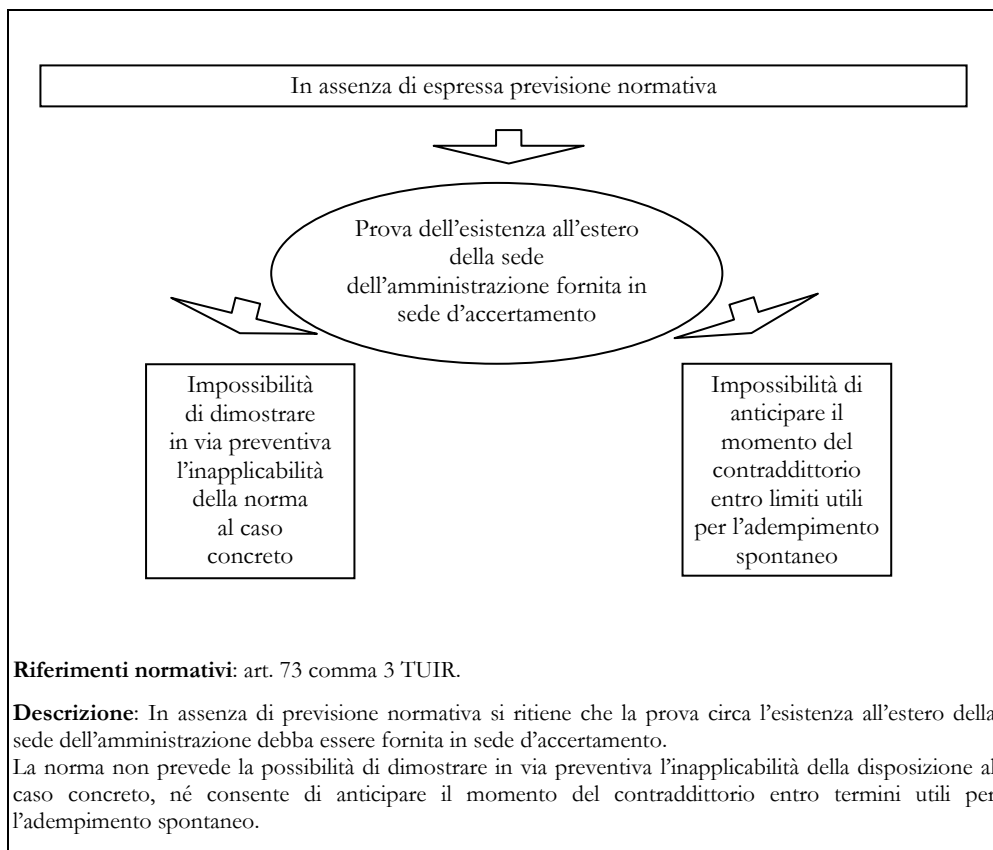
Tavola 8 –La circolare 4 agosto 2006, n. 28/E



Riferimenti normativi: Circ. n. 28/E del 4 agosto 2006.

Descrizione: gli effetti di più immediato impatto per le *sub-holding* estere sono l'assoggettamento al regime di imponibilità o di esenzione ai sensi degli artt. 86 e 87 del TUIR delle plusvalenze realizzate dalla cessione di partecipazioni nonché la tassazione piena degli utili di partecipazione provenienti da società residenti in Paesi a fiscalità privilegiata. Per converso i flussi di dividendi, interessi e *royalties* in uscita dall'Italia non saranno assoggettati a ritenuta ed eventuali ritenute subite nel periodo d'imposta per il quale tali soggetti sono considerati residenti potranno essere scomputate in sede di dichiarazione annuale.

Tavola 9 – Definizione preventiva della fattispecie



Riferimenti normativi: art. 73 comma 3 TUIR.

Descrizione: In assenza di previsione normativa si ritiene che la prova circa l'esistenza all'estero della sede dell'amministrazione debba essere fornita in sede d'accertamento.

La norma non prevede la possibilità di dimostrare in via preventiva l'inapplicabilità della disposizione al caso concreto, né consente di anticipare il momento del contraddittorio entro termini utili per l'adempimento spontaneo.

I.5 I CHIARIMENTI FORNITI DALL'AGENZIA DELLE ENTRATE ALLA COMMISSIONE EUROPEA IN MERITO ALL'INVERSIONE DELL'ONERE DELLA PROVA: IL CASO EU-PILOT 777/10/TAXU

I.5.1 Premessa

Il caso *Europilot 777/10/taxu* inerisce alla richiesta di informazioni inviata dalla Commissione Europea, nell'ambito del Progetto Pilota per la risoluzione dei reclami, relativamente alla normativa italiana in materia di "esterovestizione" di cui all'art. 73, commi 5-bis, ter e quater del TUIR.

La Commissione, aveva avviato tale, specifica attività istruttoria, nel presupposto che potessero essere ravvisati gli estremi di una possibile violazione all'esercizio delle libertà fondamentali di stabilimento, libera circolazione dei lavoratori e dei movimenti di capitale in ambito europeo. In tale contesto, la Commissione europea aveva ritenuto che "nella misura in cui i commi 5-bis, ter e quater dell'art. 73 del TUIR applicano in via generale una presunzione di residenza in Italia nei confronti di società ed enti residenti nell'UE e nello SEE che si trovino in determinate situazioni oggettive (...) non necessariamente indice dell'esistenza di una



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWki - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)