

a cura di Ivo Caraccioli

COMM. TRIB. PROV. di Belluno, sez. I, 3 dicembre 2007 - 14 gennaio 2008, n. 173; Pres. Coppari, Rel. Fiori

COMM. TRIB. PROV. di Belluno, sez. I, 3 dicembre 2007 - 14 gennaio 2008, n. 174; Pres. Coppari, Rel. Fiori (**)

Società residente all'estero - "Esterovestizione" - Prove della residenza effettiva in Italia

Il fenomeno dell'interposizione fittizia del soggetto terzo, che viene fatto apparire quale soggetto percipiente il reddito rispetto a quello in cui il reddito deve essere effettivamente imputato, è fenomeno diverso da quello della cd. "esterovestizione" della residenza fiscale che viene effettuata il più delle volte mediante la costituzione all'estero, segnatamente in Paesi che offrono migliori condizioni di convenienza fiscale, di società esclusivamente finanziarie con funzioni di "holding" o "sub-holding" di partecipazione, controllate direttamente o indirettamente da società soggetti residenti nel nostro Paese.

Nel caso di costituzione di società commerciale all'estero, al fine di verificare l'effettiva sede della società, occorre fare riferimento alla consistenza della struttura organizzativa propria di cui si serve la società estera per lo svolgimento della sua attività commerciale, al grado di autonomia decisionale di cui gode detta società nella scelta delle proprie strategie, alla natura ed alla rilevanza del contributo fornito dalla controllante italiana, all'adempimento degli obblighi contabili e fiscali propri della società estera e connessi alla sua attività; inoltre, ad eventuali altri elementi sintomatici (1).*

(*) Segue nota firmata.

(**) Le sentenze sono già state pubblicate, in questa Rivista, 2008, III 89, con nota di Ivo Caraccioli.

(1) Ancora su residenza ed esterovestizione: ulteriori considerazioni sulle sentenze della Comm. trib. prov. di Belluno.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 1.1. Il caso. - 1.2. Il concetto di residenza. - 1.3. Il caso affrontato dai giudici tributari di Belluno. - 1.4. Esterovestizione: (tentativo di) definizione. - 2. La residenza fiscale: riferimenti normativi. - 2.1. La "sede di direzione effettiva" nell'ordinamento italiano. - 2.2. La sede di direzione effettiva nel diritto comunitario. - 2.3. La sede di direzione effettiva nel Modello Ocse. - 3. Operatività della partecipata estera: profili probatori. - 3.1. Gli elementi di prova della "esterovestizione". - 4. Conclusioni.

1. *Premessa.* - 1.1. *Il caso.* - Nelle sentenze in commento, relative ad accertamenti ai fini Irpeg e Ilor e Irpeg e Irap, rispettivamente per i periodi d'imposta 1997 e 1998, la Commissione tributaria provinciale (CTP) di Belluno ha ritenuto esistente nel territorio dello Stato italiano la residenza fiscale di una società tedesca (GmbH) in applicazione dell'art. 87 del Tuir per tempo vigente (corrispondente all'art. 73 del Tuir in vigore dall'1 gennaio 2004).

Conseguentemente, i giudici di prime cure hanno respinto il ricorso presentato dal contribuente, con condanna di questo al pagamento delle spese di giudizio.

La vicenda affrontata dalle sentenze in commento trae origine da due avvisi di accertamento redatti dall'Agenzia delle Entrate in virtù dei quali l'amministrazione finanziaria ha:

- considerato la società tedesca come "esterovestita", (ri)qualificando la stessa come fiscalmente residente nel territorio dello Stato italiano;

- conseguentemente ripreso a tassazione i redditi percepiti dalla società tedesca, assoggettandoli, per le annualità innanzi indicate, rispettivamente a Irpeg e Ilor per il 1997 e a Irpeg e Irap per il 1998.

Il caso affrontato dai giudici di merito è incentrato, in particolare, sulla individuazione della residenza fiscale nel territorio dello Stato italiano di un ente giuridico di diritto estero.

Preliminarmente all'analisi delle motivazioni addotte dalla CTP di Belluno, appare opportuno tentare di definire il concetto di residenza e gli effetti che l'ordinamento tributario nazionale ad essa collega.

1.2. *Il concetto di residenza.* - Nell'ordinamento tributario nazionale il concetto di "residenza" nel territorio dello Stato determina per il residente la soggezione (illimitata) di tutti i redditi ovunque prodotti alla potestà impositiva dello Stato stesso (cd. *worldwide princi-*

ple) (1). Per converso, la sua speculare negazione, la "non-residenza", determina la soggezione (limitata) dei redditi prodotti nello Stato alla potestà impositiva dello Stato stesso (2).

Trattasi di nozioni che esplicano non solo criteri di relazione con la sfera territoriale di un determinato Stato, bensì rilevano – in senso non automatico né meccanicistico – nel più ampio novero di differenti criteri di collegamento, tutti diretti a delimitare l'ambito di applicazione della norma tributaria nei confronti dei soggetti passivi d'imposta.

Il principio della residenza – pur universalmente riconosciuto nella legislazione e consolidato nella prassi amministrativa degli Stati, nonché oggetto di occasionali e frammentarie pronunce giurisprudenziali in ambito nazionale (3) ed internazionale – assume particolare criticità nella concreta applicazione.

Nel seguito si analizzano le motivazioni poste a fondamento della pronuncia dei giudici tributari di primo grado.

1.3. *Il caso affrontato dai giudici tributari di Belluno.* - Come innanzi accennato, le sentenze pronunciate dalla CTP di Belluno traggono origine da due avvisi di accertamento emessi dall'Agenzia delle Entrate e finalizzati al recupero a tassazione, ai fini delle imposte dirette (Irpeg e Ilor, per l'annualità 1997, e Irpeg e Irap, per l'annualità 1998), degli utili che una società localizzata in Germania avrebbe conseguito (e non dichiarato in Italia), in conseguenza delle seguenti operazioni finanziarie:

- 1997: la società tedesca, secondo la ricostruzione operata dall'Organo accertatore, riceve un finanziamento da parte del socio italiano (in particolare, una società a responsabilità limitata). La provvista finanziaria viene utilizzata dalla società tedesca per l'acquisto di partecipazioni infragruppo. La società tedesca riceve, inoltre, nel medesimo esercizio dividendi e interessi attivi su finanziamenti dalla stessa erogati;

- 1998: la società tedesca gestisce le partecipazioni acquistate nell'anno precedente ed incassa dividendi. La medesima società, inoltre,

(1) Cfr. *amplius* P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, Milano, 2008, 103.

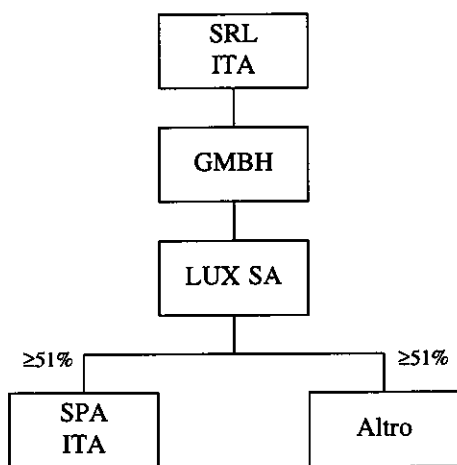
(2) VALENTE, *Fiscalità sovranazionale*, Milano, 2008, parte I.

(3) Per le pronunce dei giudici nazionali in tema di residenza, cfr. Cass., 20 settembre 1979, n. 4829; Cass., 5 maggio 1980, n. 2936; Cass., 6 luglio 1983, n. 4525; Cass., 26 novembre 1984, n. 6117; Cass., 5 maggio 1985, n. 791; Cass., 14 marzo 1986, n. 1738; Cass., 8 novembre 1989, n. 4705; Comm. trib. centr., sez. VII, 10 ottobre 1996, n. 4992; Comm. trib. prov. di Modena 9 febbraio 1999, n. 985; Cass., 11 gennaio 2000, n. 195; Comm. trib. reg. di Bologna 27 marzo 2000, n. 16; Cass., 7 novembre 2001, n. 13803. Cfr. *amplius* P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, Milano, 2008, 45 ss.

effettua compravendite di partecipazioni, tra cui una con la controllante italiana;

– 1999 (ottobre): la società tedesca costituisce, mediante contestuale conferimento di tutte le partecipazioni dalla stessa possedute a valori contabili, una controllata lussemburghese. Nel dicembre dello stesso anno, quest'ultima società cede ad una collegata neo-costituita le partecipazioni ricevute per conferimento, realizzando una notevole plusvalenza, fiscalmente esente in Lussemburgo.

Come risulta dal testo della sentenza e dalla ricostruzione degli eventi effettuata dai giudici tributari, al 1997 la configurazione strutturale del gruppo d'impresе, del quale la società tedesca fa parte, può essere a grandi linee di seguito rappresentata:



La struttura a fianco raffigurata presenta:

- un socio, SRT ITA fiscalmente residente in Italia, che detiene una partecipazione integrale (100%) nella *sub-holding* tedesca (GmbH);
- una società *sub-holding* (GmbH), localizzata in Germania che detiene una partecipazione di controllo in una società per azioni italiana (SPA ITA), nonché partecipazioni di controllo in altre società.

Secondo la ricostruzione dei giudici di merito:

- SRL ITA è controllata da persone fisiche tra loro legate da vincoli familiari. In dipendenza di diritti reali (usufrutto) gravanti sulle quote di partecipazione di maggioranza in pratica il socio di riferimento più altro in grado è un'unica persona fisica;
- la società lussemburghese LUX SA sarebbe stata costituita da GmbH al solo fine di "rivalutare" in esenzione d'imposta le partecipazioni in SPA ITA e in altra società di diritto italiano.

1.4. Esterovestizione: (tentativo di) definizione. - La CTP di Belluno, nelle sentenze in commento, afferma chiaramente che l'esterovestizione della residenza fiscale "alla stregua dei fenomeni di evasione ed elusione fiscale, viene effettuata il più delle volte mediante la costituzione all'estero, segnatamente nei Paesi che offrono migliori condizioni di convenienza fiscale, di società esclusivamente finanziarie con funzioni di

holding o *sub-holding* di partecipazione, controllate direttamente o indirettamente da società fiscalmente residenti nel nostro Paese".

In via di prima approssimazione, per "esterovestizione" si può intendere il tentativo, posto in essere strumentalmente da parte di soggetti d'imposta italiani (4), di sottrarre alla legge tributaria dello Stato italiano (e, dunque, alla potestà impositiva di questi):

- fonti di reddito, astrattamente imponibili in Italia;
- attività d'impresa suscettibili di produrre redditi imponibili.

Il fenomeno della cd. "esterovestizione" non riguarda i redditi – e le attività d'impresa – prodotti dalle società *off-shore* al di fuori del ("altrove" rispetto al) territorio dello Stato nel quale esse sono solo formalmente residenti.

Il problema della corretta individuazione della residenza fiscale ai sensi del vigente art. 73 comma 3 del Tuir può riferirsi alle società *holding* di gestione di partecipazioni – come nel caso oggetto delle sentenze in commento – la cui attività è necessariamente collegata (*on-shore*) con il territorio dello Stato in cui sono costituite. Nel dettaglio, l'"esterovestizione" di fonti di reddito può, ad es., verificarsi nell'ipotesi di costituzione di *holding* nel territorio di Stati che prevedono, a determinate condizioni, regimi di esenzione totale delle (eventuali) plusvalenze derivanti da cessione di partecipazioni (*participation exemption*).

L'"esterovestizione" di attività d'impresa solitamente tende a collocare all'estero, unicamente sotto il profilo formale, il luogo di produzione del reddito d'impresa, onde consentire la sottrazione dello stesso alla potestà impositiva dello Stato italiano.

Ciò, si precisa, indipendentemente dal livello impositivo in essere nei Paesi in cui il reddito è delocalizzato (non necessariamente contraddistinti da regimi fiscali privilegiati) e dallo sfruttamento di meccanismi di *tax deferral* (i.e., differimento del rimpatrio degli utili in Italia e, quindi, della relativa tassazione).

Con particolare riferimento alle *holding* di partecipazioni, i giudici di prime cure sostengono che "(i)l fenomeno della esterovestizione consente (...) di accentrare in soggetti giuridici residenti in Paesi a bassa tassazione o con esenzione di determinati cespiti reddituali le partecipazio-

(4) Come nota Assonime nella Circolare 31 ottobre 2007, n. 67, par. 2.1., "la disciplina in commento mira ad assoggettare alla potestà impositiva italiana i soggetti che vi si siano strumentalmente sottratti in presenza di elementi ritenuti presuntivamente sintomatici di una loro effettiva residenza in Italia".

ni nelle sussidiarie esistenti in Italia o all'estero (...) senza che i risultati economici di detta attività (di gestione delle partecipazioni, n.d.r.) si riflettano direttamente sulla casa madre".

In particolare, secondo i giudici di merito, "i vantaggi connessi all'utilizzo di una Società finanziaria (...) derivano da basso o nullo [livello] di ritenute applicate sui dividendi percepiti dalle sussidiarie, dal rinvio della tassazione sui dividendi pagati dalle sussidiarie alla *sub-holding* e non ridistribuiti a questa dalla Casa madre, dalla bassa o nulla tassazione delle plusvalenze derivanti dalla cessione delle partecipazioni detenute dalla *sub-holding*"(5).

Sulla base della ricostruzione effettuata dai giudici tributari di Belluno e, in precedenza, dall'amministrazione finanziaria in sede di verifica ed accertamento, appare possibile recuperare le ragioni (fiscali) sottese alla struttura societaria innanzi descritta nei seguenti profili:

a) esenzione fiscale dei dividendi e delle plusvalenze percepiti dalla società tedesca secondo quanto previsto dall'ordinamento tributario di appartenenza;

b) non applicabilità della ritenuta sui dividendi percepiti dalla società tedesca e distribuiti dalla partecipata italiana (s.p.a. Ita, nel *chart* sopra raffigurato) nonché sui dividendi eventualmente distribuiti dalla società tedesca alla controllante italiana (s.r.l. Ita, nel *chart* sopra illustrato), alle condizioni previste dalla direttiva 435/90/Cee del 23 luglio 1990 (direttiva "madre-figlia") e successive modificazioni;

c) neutralità fiscale dell'operazione di conferimento di partecipazioni (a valori contabili) in società neo-costituita lussemburghese;

d) esenzione fiscale delle plusvalenze realizzate dalla società conferitaria lussemburghese in sede di successiva cessione delle partecipazioni ricevute per conferimento dalla controllante tedesca.

Ne deriva che, al termine delle complesse operazioni societarie e finanziarie poste in essere dalla società tedesca nel triennio 1997-1999, il socio italiano, secondo l'amministrazione finanziaria accertatrice e i giudici tributari di Belluno, avrebbe conseguito, in ultimo, il fine di rivalutare, in esenzione d'imposta, le partecipazioni societarie originariamente di proprietà di altre società del medesimo gruppo, veicolandole, in un

(5) Nel caso affrontato dai giudici tributari di Belluno, infatti, la società tedesca ritenuta "esterovestita" era stata costituita dal socio italiano al solo scopo di "parcheggiare" per un determinato periodo partecipazioni societarie al solo fine di rivalutarle in esenzione fiscale mediante una complessa operazione finanziaria e, successivamente, cederle realizzando una plusvalenza esente in Lussemburgo.

primo momento, attraverso la società tedesca ritenuta "esterovestita" ("mero contenitore di partecipazioni azionarie", secondo la definizione adottata dall'amministrazione finanziaria) e, in un secondo momento, attraverso una società lussemburghese.

2. *La residenza fiscale: riferimenti normativi.* - 2.1. *La "sede di direzione effettiva" nell'ordinamento italiano.* - Dall'iter logico-motivazionale adottato dal collegio nelle sentenze in commento traspare, in prima istanza, l'intento dei giudici di prime cure di inquadrare, sotto il profilo teorico, il perimetro della fattispecie oggetto di giudizio.

La CTP di Belluno affronta, in primo luogo e con impostazione forse eccessivamente sintetica, l'individuazione del concetto di "sede di direzione effettiva" (6) secondo l'ordinamento tributario italiano, per poi passare nel breve spazio di poche righe all'analisi della giurisprudenza comunitaria e delle fonti di diritto internazionale (in particolare, dell'art. 4 della Convenzione internazionale contro le doppie imposizioni Italia/Germania).

Appare opportuno qui ricordare che, ai sensi dell'art. 73 (corrispondente all'art. 87 del Tuir vigente fino al 31 dicembre 2003 ed applicato dall'amministrazione finanziaria e dalla CTP di Belluno al caso di specie) comma 3 del Tuir, sono considerate residenti ai fini delle imposte dirette le società e gli enti che, per la maggior parte del periodo d'imposta, abbiano nel territorio dello Stato, alternativamente:

- la sede legale, la quale si identifica con la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o nello statuto;
- la sede dell'amministrazione, vale a dire il luogo ove viene svolta l'attività di gestione, da desumere da dati concreti quali, ad esempio, l'esistenza di uffici amministrativi o l'indicazione su documenti o fatture;
- l'oggetto principale dell'attività. Per le società e gli enti residenti,

(6) Cfr. *amplius* P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, Milano, 2008, 115, nonché, dello stesso Autore, *Residenza e società cosiddette "esterovestite"*, in Fisco, 2008, 3229; *Residenza ed esterovestizione: profili strutturali e (dis)allineamenti tra forma e sostanza*, in Fisco, n. 20/2008, 3637; *Residenza ed esterovestizione: profili probatori e schema multi-test*, in Fisco, n. 22/2008, 3975; *Residenza ed esterovestizione: profili penal-tributari della riqualificazione*, scritto con Ivo Caraccioli, in Fisco, 2008, 4488; *Sede di direzione effettiva: profili comunitari negli interventi della Corte di Giustizia*, in Fisco, 2008, 5037; *Sede di direzione effettiva: la posizione della Commissione europea*, in Fisco, 2008, 5407.

l'oggetto esclusivo o principale dell'attività è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata (art. 73 comma 4 del Tuir); in mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale della società o dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato.

Con particolare riferimento alla nozione di "sede dell'amministrazione", si evidenzia un sostanziale allineamento della definizione dell'istituto giuridico *de quo* in senso civilistico (cfr. artt. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218 e il previgente art. 2505 c.c. (7)) e fiscale (art. 73 comma 3 del Tuir). Come notato da Assonime (8), "il termine sede evoca la dimensione spaziale in cui vengono assunte le decisioni rilevanti per la gestione dell'impresa o per il perseguimento delle finalità dell'ente".

In altre parole, la sede dell'amministrazione è il luogo in cui si formano e vengono assunte le decisioni strategiche e gestionali rilevanti (9), quello in cui "l'imprenditore svolge realmente l'attività di direzione, amministrazione e coordinamento dei fattori produttivi" (10), ovvero quello dal quale provengono gli impulsi volitivi della persona giuridica, dovendosi aver riguardo non solo ad un'accezione in senso fisico (formale) ma soprattutto in senso funzionale (sostanziale).

Quanto al requisito dell'oggetto principale, è opinione condivisa che si debba tenere in conto non tanto l'attività statutaria, quanto l'attività d'impresa effettivamente esercitata dall'ente giuridico oggetto d'indagine (art. 73 comma 5 del Tuir) (11). Con riferimento al luogo (Italia o al-

(7) L'art. 2505 c.c., abrogato dall'art. 73 della legge n. 218/1995, così disponeva: "(1)e 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".

(8) Circolare Assonime 31 ottobre 2007, n. 67, par. 2.2.

(9) Come rilevato altresì da Assonime, non necessariamente tale luogo coincide con quello di residenza degli amministratori. Quest'ultimo elemento, infatti, può rilevare esclusivamente con riferimento all'operatività della presunzione ex art. 73 comma 5-bis del Tuir. Cfr. *amplius* P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, Milano, 2008, 115 ss.

(10) Così Cass. 19 gennaio 1991, n. 505.

(11) Cfr., sul punto, quanto chiarito dall'Agenzia delle Entrate nelle circolari 21 febbraio 2003, n. 12/E e 4 agosto 2006, n. 28/E. Secondo Cass., 4 ottobre 1991, n. 10409, ai fini della determinazione dell'attività esercitata, la commercialità o meno non va desunta in base a mere enunciazioni, denominazioni o qualificazioni che nello statuto l'ente ha preferito fare o dare, bensì sulla "scorta dell'interpretazione che è consentito dare alle disposizioni statutarie e nella ricerca della reale natura dell'attività che l'ente si prefigge di esercitare".

tro Stato estero) in cui viene realizzato l'oggetto sociale rileva non tanto quello in cui si trovano i beni principali posseduti dalla società, quanto la circostanza che occorra o meno una presenza *in loco* per la gestione dell'attività dell'ente (12).

2.2. La sede di direzione effettiva nel diritto comunitario. - Sul piano comunitario, come anche osservato dalla CTP di Belluno, non è rinvenibile un'autonoma e distinta definizione di "sede di direzione effettiva" ovvero di sede dell'amministrazione di una società. Né una tale definizione si desume dall'art. 43 del Trattato UE il quale stabilisce che "(1)e restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro sono vietate".

La stessa definizione di residenza fornita dalle direttive comunitarie "madre-figlia" (13) e "fusioni" (14) corrisponde a quella di cui all'art. 4 del Modello di Convenzione dell'Ocse, il quale, con riferimento alle persone giuridiche, fissa nel *place of effective management* il criterio di collegamento per la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati.

Sul punto, tuttavia, è importante rilevare quanto precisato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee nella sentenza *Cadbury Schweppes* (15), in merito alla questione della compatibilità con la libertà di stabilimento della legislazione antiabuso britannica: "il concetto di stabilimento nell'ambito del significato delle disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento implica l'effettivo svolgimento di un'attività economica (...) affinché la restrizione alla libertà di stabilimento possa ritenersi giustificata dall'esigenza di contrastare pratiche abusive, tale restrizione deve avere come obiettivo la prevenzione di quelle pratiche che

(12) Come notato da Assonime nella Circ. 31 ottobre 2007, par. 2.2., "(1)a distinzione assume particolare rilevanza per le *holding* di gestione delle partecipazioni, per le quali non bisogna confondere, ai fini della localizzazione, l'oggetto principale dell'attività d'impresa propria del soggetto controllante con quello delle società partecipate, né tantomeno con la collocazione dei beni da queste posseduti". In altri termini, l'oggetto principale della *holding* si trova nel luogo in cui le attività di direzione e coordinamento, nonché talora ausiliarie (di finanziamento, gestione della tesoreria, ecc.) vengono poste in essere, prescindendo dalla localizzazione della sede delle partecipate stesse.

(13) Direttiva 90/435/Cee.

(14) Direttiva 90/434/Cee.

(15) Causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd V. Commissioners of Inland Revenue*, sentenza del 12 settembre 2006. Cfr. *amplius* P. VALENTE, *Sede di direzione effettiva: profili comunitari negli interventi della Corte di Giustizia*, in *Fisco*, 2008, 5037 ss.

implicano la creazione di strutture fittizie le quali non riflettono la realtà economica (della società)” (16).

Secondo Assonime (17), i principi sanciti dalla Corte nella sentenza *Cadbury Schweppes* rilevano ai fini delle definizioni della portata

(16) A parere della Corte comunitaria, le società irlandesi controllate da *Cadbury Schweppes* possono avvalersi della tutela loro riconosciuta dagli artt. 43 e 48 del Trattato Ue, in quanto esercitano effettivamente un'attività economica in Irlanda. Nella decisione di *Cadbury Schweppes* di costituire proprie controllate sul territorio irlandese solo per usufruire di un regime fiscale più favorevole, non si individua un abuso del principio della libertà di stabilimento. La lotta all'evasione fiscale può considerarsi ragione di interesse generale tale da giustificare un ostacolo alla libertà di stabilimento, in quanto persegue la finalità di escludere da un vantaggio fiscale “le costruzioni artificiose intese ad eludere la normativa nazionale”. La valutazione circa la sussistenza di una costruzione fittizia deve effettuarsi, prosegue la Corte comunitaria, in concreto e caso per caso. Essa deve tenere conto dell'effettività dello stabilimento nello Stato ospite, nonché della concreta sostanza delle attività ivi svolte.

Come nel caso *Cadbury Schweppes*, anche nella sentenza *Centros* – causa C-212/97, *Centros Ltd. V. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, sentenza del 9 marzo 1999 – l'esigenza di contrastare pratiche abusive non può giustificare una prassi la quale rappresenta un ostacolo alla libertà di stabilimento sancita e tutelata dal Trattato Ue. Secondo la Corte di Giustizia delle Comunità europee, la circostanza per cui i soci danesi di *Centros* abbiano costituito la società nel Regno Unito con l'intento di sottrarsi alla normativa danese su un capitale sociale minimo, non esclude che la creazione da parte della stessa *Centros* di una succursale in Danimarca rientri nell'ambito della libertà di stabilimento di cui agli artt. 43 e 48 del Trattato Ue. La questione dell'applicabilità di tali ultime disposizioni, infatti, va tenuta distinta da quella relativa alla possibilità, per lo Stato membro, di adottare misure atte ad impedire che i cittadini si sottraggano abusivamente (e con successo) all'autorità della propria legge nazionale. A parere della Corte comunitaria, la lotta alle frodi non può giustificare una prassi (quale quella danese) di diniego della registrazione di una succursale di società con sede in uno Stato membro diverso. L'esigenza di tutela dei creditori, avanzata dallo Stato danese, può ritenersi sufficientemente soddisfatta da una informativa completa circa l'assoggettamento della società ad una normativa diversa da quella danese.

Infine, il principio del divieto di comportamenti abusivi è sancito dalla Corte di Giustizia Ce anche in materia di Iva, nella sentenza *Halifax*. A tal proposito, il giudice comunitario rileva che la Sesta Direttiva Iva osta al diritto del soggetto passivo di detrarre l'Iva assolta a monte allorché le operazioni che fondano tale diritto integrano un comportamento abusivo. Affinché possa configurarsi un comportamento abusivo occorre che, da un lato, le operazioni controverse, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della Sesta Direttiva Iva e dalla legislazione nazionale che la traspone, portino ad un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo di tali disposizioni. D'altro lato, deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni abbiano essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale.

(17) Cfr. Circolare Assonime 31 ottobre 2007, n. 67, nota n. 19.

dell'onere probatorio del contribuente una volta che, ai sensi dell'art. 73 comma 5-bis del Tuir, sia stata individuata in Italia la residenza di una partecipata estera. In particolare, Assonime ha precisato che, in sede di applicazione della presunzione di cui all'art. 73 comma 5-bis del Tuir, si dovrebbe tenere conto dei seguenti profili:

- “le restrizioni alla libertà di stabilimento possono essere previste solo per contrastare le localizzazioni fittizie e non anche per impedire l'esercizio effettivo di attività economiche in altri Stati (anche se la collocazione in tali Stati è correlata con l'acquisizione di vantaggi fiscali);

- il principio di proporzionalità deve essere rispettato anche nell'ambito della prova, con particolare riferimento alle presunzioni di residenza, il cui ambito applicativo non può eccedere il fine di contrasto delle costruzioni prive di effettività economica” (18).

Secondo quanto affermato dalla Commissione europea nella COM(2007)785 del 10 dicembre 2007, in ordine all'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta, all'interno dell'Ue e nei confronti dei Paesi terzi, “(p)er essere giustificate, le norme antiabuso (tra le quali può essere annoverata, in linea generale, anche la disposizione di cui all'art. 73 comma 3 e 5-bis del Tuir) devono essere circoscritte a situazioni in cui sussiste un ulteriore elemento di abuso”. La Commissione, in particolare, citando la giurisprudenza della Corte di Giustizia sopra richiamata, ha chiaramente affermato che, in generale, “le norme (antiabuso) non devono avere una portata troppo ampia, ma essere mirate a situazioni in cui non esiste un insediamento effettivo o, più in generale, in cui manca una motivazione commerciale”. L'individuazione di una costruzione di puro artificio corrisponde quindi, a parere della Commissione, di fatto a un'analisi basata sul criterio della prevalenza della sostanza sulla forma (*substance over form*).

(18) Gli indirizzi della Corte di Giustizia Ce (cfr., tra le altre, le sentenze, *Ici, De Lasteyrie du Saillant, Marks & Spencer e Thin cap*) sembrano orientarsi in tal senso. Pertanto, secondo Assonime (Circ. 31 ottobre 2007, n. 67, par. 2.3.2.) “presunzioni che escludano la prova contraria o che la rendano oltremodo difficile – fondando il percorso logico-deduttivo su criteri aprioristici o poco significativi – potrebbero essere giudicate in contrasto con l'ordinamento comunitario”. A parere di Assonime, “il principio di proporzionalità deve interpretarsi come giusto equilibrio tra la capacità espressiva dei fatti noti, che l'amministrazione deve provare per attivare la presunzione, e quella dei fatti che il contribuente deve dimostrare per fornire la prova contraria. Minore è la significatività dei fatti noti, minore è l'onere che grava sul contribuente. In quest'ottica, se i fatti noti sono obiettivamente inattendibili, il contribuente dovrebbe poter superare l'inversione dell'onere della prova anche facendo valere, semplicemente, tale inattendibilità”.

Principi analoghi si ritrovano alla base della disciplina antiabuso applicabile in materia di CCCTB, così come delineata dalla Commissione europea nel *Working Paper* n. 65 del 26 marzo 2008, dove, in vista della presentazione della futura proposta di direttiva, si distingue tra la possibilità di introdurre una norma antiabuso di carattere generale, in aggiunta o in alternativa a delle misure specifiche. A parere della Commissione, una disposizione antiabuso di carattere generale consentirebbe alle amministrazioni finanziarie di riqualificare le transazioni del tutto “fittizie”, lasciando, in ogni caso, al contribuente la possibilità di dimostrare la sussistenza di un’effettiva ragione economica ovvero del carattere commerciale dell’operazione. Un’unica disposizione di carattere generale tuttavia potrebbe presentare limiti sul piano della sua applicazione uniforme negli Stati membri interessati. Secondo la Commissione, pertanto, la combinazione di una norma di carattere generale e di disposizioni antiabuso applicabili a situazioni specifiche rappresenta una soluzione da preferirsi nell’ambito del consolidato comunitario.

La Commissione, inoltre, raccomanda agli Stati membri di condividere le migliori pratiche compatibili con il diritto comunitario, in particolare allo scopo di garantire la proporzionalità delle misure antiabuso. Tali sarebbero quelle norme che prevedono che il contribuente “sia messo in grado di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali”, in funzione delle quali un’operazione è stata conclusa.

Secondo la Commissione, quindi:

- l’onere della prova non dovrebbe gravare solo sul contribuente;
- si dovrebbe tener conto della capacità generale del contribuente di conformarsi alle norme e del tipo di operazione considerata;
- i risultati della valutazione dell’autorità fiscale dovrebbero essere sottoposti a controllo giurisdizionale indipendente.

2.3. La sede di direzione effettiva nel Modello Ocse. - L’art. 4 paragrafo 1 del Modello di Convenzione dell’Ocse – al cui testo risulta aderire l’art. 4 della Convenzione internazionale contro le doppie imposizioni Italia/Germania del 18 ottobre 1989, in vigore dal 26 dicembre 1992, richiamato dalla CTP di Belluno – stabilisce che l’espressione “residente di uno Stato” “designa ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga. Tuttavia, tale espressione non comprende le persone che sono assoggettate ad imposta in questo

Stato soltanto per il reddito che esse ricavano da fonti situate in detto Stato o per il patrimonio ivi situato”.

La suindicata disposizione delinea la definizione di “residente di uno Stato contraente” ai fini della convenzione medesima. La definizione fa riferimento alla nozione di residenza adottata nella legislazione interna. I criteri per la sottoposizione a tassazione dei residenti sono:

- il domicilio,
- la residenza,
- la sede di direzione o qualsiasi altro criterio di natura analoga.

Secondo quanto previsto dal paragrafo 3, “(q)uando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati, essa è considerata residente dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva (...)”.

La “sede di direzione effettiva” (o *place of effective management*) 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 Consiglio di amministrazione) adottano ufficialmente le decisioni; il luogo in cui si delibera in merito alla società nel suo complesso.

Come precisato al nuovo paragrafo 24.1 del Commentario all’art. 4 (19), alcuni Stati considerano relativamente rari i casi di doppia residenza delle persone giuridiche; pertanto, essi dovrebbero essere esaminati e risolti singolarmente. Inoltre, alcuni Stati ritengono che tale approccio *case-by-case* sia il metodo più opportuno per far fronte alle difficoltà che potrebbero insorgere – nella determinazione della sede dell’amministrazione effettiva delle persone giuridiche – dall’uso delle nuove tecnologie. Tali Stati hanno, altresì, la facoltà di attribuire alle autorità competenti il compito di risolvere la questione della residenza delle persone giuridiche, mediante una previsione alternativa del seguente tenore (traduzione non ufficiale):

“3. Laddove, ai sensi del paragrafo 1, una persona giuridica risieda in entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti di tali Stati potranno determinare di comune accordo in quale dei due Stati la persona giuridica dovrà ritenersi residente, ponendo attenzione alla sede della di-

(19) In data 18 luglio 2008, è stato pubblicato il documento *The 2008 update to the OECD Model Tax Convention* (2008 Model), il quale contiene le modifiche alla versione del 2005 del Modello Ocse.

reazione effettiva, al luogo di costituzione ovvero ad ogni altro fattore rilevante. In assenza di accordo, la persona giuridica non ha diritto ad alcuna esenzione fiscale, se non nei limiti concordati tra le autorità competenti degli Stati contraenti”.

Ai fini della determinazione della residenza – sottolinea il nuovo paragrafo 24.1 - le autorità competenti dovranno tener conto dei seguenti fattori:

- il luogo ove si svolgono le riunioni del Consiglio di amministrazione;
- il luogo in cui il CEO e gli altri *senior executives* usualmente svolgono le loro funzioni;
- il luogo del *day-to-day management* della persona giuridica;
- il luogo in cui si trova l'*headquarter* della persona giuridica;
- la legislazione applicabile alla persona giuridica;
- il luogo in cui è tenuta la contabilità.

I suindicati fattori non hanno carattere esaustivo. Inoltre, dal momento che la richiesta di risoluzione dei casi di doppia residenza non può che essere avanzata ai sensi della procedura di cui al paragrafo 1 dell'art. 25, essa deve avvenire entro tre anni dalla notifica dell'atto da cui scaturisce una doppia imposizione per la persona giuridica.

3. Operatività della partecipata estera: profili probatori. - 3.1. Gli elementi di prova della “esterovestizione”. - Come rilevato dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 28/E/2006, gli elementi (alternativi) di collegamento della *legal entity* estera controllata da soggetto residente 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 con il contribuente (20).

In altre parole, l'onere della dimostrazione dell'effettiva residenza all'estero di società partecipate da soggetti residenti, oltre che su elementi di prova di natura formale – idonei, di per sé, a dimostrare unicamente il radicamento sul territorio (estero) dell'entità ivi localizzata – de-

ve necessariamente vertere su fatti e circostanze che comprovino l'autonomia giuridica, contrattuale, finanziaria e, soprattutto, funzionale della *legal entity* estera rispetto al soggetto partecipante italiano (21).

Con ciò, in altri termini, ci si intende riferire al fatto che l'amministrazione finanziaria dovrebbe, in ogni caso, condurre adeguata e completa indagine su:

- esistenza effettiva di un'attività imprenditoriale (industriale, commerciale, di servizi) svolta dalla società estera partecipata dal soggetto italiano nel luogo (*rectius*, nello Stato o territorio) in cui questa è incorporata (cd. *business activity test*);
- esistenza effettiva di un'organizzazione di uomini e mezzi idonea allo svolgimento della predetta attività d'impresa (cd. *organization test*);
- valutazione delle ragioni economiche che hanno indotto il soggetto controllante italiano a svolgere attività d'impresa all'estero costituendo specifiche *legal entities* (cd. *motive test*).

Nel caso oggetto di pronuncia da parte della CTP di Belluno, secondo i giudici di merito gli “elementi sintomatici” di fittizia residenza all'estero di società commerciali sono rappresentati da:

- consistenza della struttura organizzativa propria di cui si serve la società estera per lo svolgimento della sua attività d'impresa;
- grado di autonomia decisionale di cui gode detta società nella scelta delle proprie strategie;
- configurazione della catena di controllo e presenza prevalente di soci di soci di riferimento italiani;
- composizione dell'organo amministrativo della società estera ed articolazione dei relativi poteri;
- natura e rilevanza del contributo fornito dal soggetto controllante italiano;

(21) Come nota CAPOLUPO (*Manuale dell'accertamento delle imposte*, Milano, 2007, 173-174) “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, SCREPANTI, *La verifica fiscale*, Milano, 2006, 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”. Sul punto si richiama la metodologia operativa indicata da MARINELLI-GIUA, *Esterovestizioni delle Società di Capitale Italiane - 2007*, Verona, 2007, 132 ss., i quali evidenziano la necessità di procedere all'acquisizione di elementi di prova tesi alla dimostrazione della situazione di fatto delle società oggetto di verifica, nonché alla determinazione del luogo ove viene svolto l'oggetto sociale e dove si trova la sede dell'amministrazione.

(20) Come nota CAPOLUPO (*Reddito d'impresa*, Milano, 2007, 61), richiamando la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 28/E/2006, “la norma valorizza gli aspetti certi, concreti e sostanziali della fattispecie, in luogo di quelli formali, in conformità del principio della *substance over form* utilizzato in campo internazionale”.

– regolare adempimento degli obblighi contabili e fiscali proprie della società estera e connessi alla sua attività.

Sulla base dell'analisi della documentazione probatoria offerta dall'amministrazione finanziaria resistente, come risultante dagli avvisi di accertamento impugnati e dall'ulteriore documentazione prodotta in giudizio, secondo la CTP di Belluno:

– la società tedesca è stata costituita dal socio italiano di riferimento unicamente per detenere partecipazioni in altre società del gruppo e farle transitare fra società consociate (mediante un conferimento transfrontaliero delle stesse) al solo fine di consentire l'adeguamento, in esenzione d'imposta, del valore contabile delle partecipazioni a quello reale;

– la società tedesca, per tutta la durata della sua esistenza, è stata controllata, in realtà, da un unico socio residente in Italia. Quest'ultimo, infatti, detiene, in proprietà e in usufrutto, la maggioranza dei diritti di voto esercitabili in assemblea della società a responsabilità limitata di diritto italiano proprietaria della totalità delle azioni della *sub-holding* tedesca;

– la società tedesca è amministrata da persona fisica fiscalmente residente in Italia, il quale ricopre altresì il ruolo di amministratore unico della *holding* controllante italiana, cui sono ascrivibili i principali atti di straordinaria amministrazione compiuti nei periodi d'imposta considerati (1997 e 1998). Secondo i giudici tributari di Belluno, l'amministratore tedesco non ha mai assunto un ruolo effettivo di direzione. Inoltre, i documenti e le informazioni necessarie alla redazione del bilancio della società tedesca vengono acquisite in Italia e gli atti rilevanti della società sono posti in essere da soggetti italiani;

– la *sub-holding* tedesca non ha alcuna autonomia finanziaria e patrimoniale, essendo la stessa "completamente subordinata" alla direzione del socio e dell'amministratore residenti in Italia. Secondo la CTP di Belluno, in particolare, non possono trarsi indicazioni di segno contrario dalla circostanza dedotta in giudizio dalla ricorrente, rappresentata dal fatto che le assemblee della società tedesca vengono tenute in Germania; smentisce tale argomentazione una comunicazione di carattere riservato al socio nella quale si suggerisce di tenere in Germania l'assemblea degli azionisti "al fine di ridurre il rischio che l'autorità fiscale tedesca possa considerare la società soggetto residente in Italia ai fini fiscali";

– la società tedesca non dispone di una struttura organizzativa propria di cui si serve per lo svolgimento dell'attività d'impresa. Nel dettaglio, la *sub-holding* tedesca, secondo le risultanze processuali e i docu-

menti probatori forniti dall'amministrazione finanziaria accertatrice, nei periodi d'imposta accertati (1997 e 1998) non dispone in Germania di una sede propria né di dipendenti; essa non ha registrato costi afferenti all'utilizzo di locali indicati quali sede della società o a compensi o rimborsi ad amministratori o incaricati della società;

– la società tedesca è totalmente inoperativa e, pertanto, da considerarsi "un mero contenitore di partecipazioni azionarie" cui far affluire dividendi e plusvalenze altrimenti tassabili.

4. Conclusioni. - Sulla base degli elementi e delle circostanze sopra evidenziate, la CTP di Belluno perviene nelle sentenze in commento al convincimento che la società tedesca oggetto di accertamento debba essere considerata per i periodi d'imposta 1997 e 1998 fiscalmente residente nel territorio dello Stato italiano. I giudici di primo grado ritengono infatti legittimi e fondati gli avvisi di accertamento emessi dall'amministrazione finanziaria, "essendo del tutto provata la circostanza che la sede effettiva (della società) negli anni 1997 e 1998 va individuata nella sede della controllante".

Nel dettaglio, la società tedesca:

a. è stata costituita unicamente per il perseguimento di obiettivi di natura fiscale e, pertanto, essa appare "di puro artificio". Essendo prevalente il fine fiscale rispetto a quello imprenditoriale, il cd. *motive test* non risulta soddisfatto nel caso di specie;

b. è, in realtà, amministrata in Italia, dovendosi individuare nel territorio del nostro Stato il *place of effective management*;

c. non dispone di idonea struttura organizzativa fin dalla sua costituzione. Ciò non consente di ritenere soddisfatto il cd. *organization test*;

d. è totalmente inoperativa. Per tale ragione, secondo i giudici tributari, non è superato il cd. *business-activity test*.

I giudici di primo grado, inoltre, ritengono del pari provata la presenza di specifico intento elusivo, da ravvisarsi nell'economia complessiva delle operazioni poste in essere nel triennio 1997-1999 dalla società tedesca. Ciò esclude la riduzione (o l'annullamento) delle sanzioni ai sensi degli artt. 2 ss. del D.Lgs. n. 472/1997 e successive modifiche.

PIERGIORGIO VALENTE
IVO CARACCIOLI