Riqualificazione in Italia della residenza di soggetti esteri: possibili strategie difensive

di Davide Cagnoni, Angelo D'Ugo e Alessandro Germani (*)

L'Amministrazione finanziaria può riqualificare in Italia la residenza dei soggetti esteri attraverso le nozioni di residenza fiscale effettiva, esterovestizione e stabile organizzazione occulta. Analizzando le contestazioni che tipicamente vengono mosse dai verificatori in questi casi, il contribuente può trarre indicazioni utili per costruire la propria difesa su elementi di fatto atti a dimostrare che la società è effettivamente localizzata e, conseguentemente, residente fiscalmente all'estero.

1. Premessa

L'art. 73 del T.U.I.R. individua i soggetti passivi IRES operando una netta distinzione tra quelli residenti in Italia e quelli residenti in altri Stati o Territori.
Notevoli difficoltà sorgono proprio in relazione all'individuazione di quest'ultima categoria, in particolare in presenza di soggetti non residenti per i quali, in virtù dell'esistenza di elementi di radicamento o di collegamento con il territorio dello Stato, la residenza estera viene fiscalmente riqualificata e ricondotta in Italia.
L'Amministrazione finanziaria può riqualificare in Italia la residenza fiscale dei soggetti esteri sulla base di tre differenti nozioni:
- quella relativa alla c.d. **residenza fiscale effettiva**, disciplinata dal comma 3 dell'art. 73 del T.U.I.R., mantenendo l'onere della prova a carico dell'Amministrazione;
- quella relativa alla c.d. **esterovestizione**, disciplinata dal comma 5-*bis* dell'art. 73 del T.U.I.R., invertendo l'onere della prova a carico contribuente;
- quella relativa alla c.d. **stabile organizzazione occulta**.

La stabile organizzazione, disciplinata dall'art. 162 del T.U.I.R., si qualifica come occulta quando il soggetto non residente opera con mezzi e risorse di una propria consociata residente in Italia.
Di seguito verranno analizzate le tre differenti fattispecie, evidenziandone i connotati caratteristici, i profili di aggressione e gli elementi su cui va incentrata la difesa in caso di contestazione da parte dell'Amministrazione finanziaria.

2. La residenza fiscale effettiva

La nozione di residenza fiscale è contenuta nell'art. 73, comma 3, del T.U.I.R., in base al quale "Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato".

(*) Dottore commercialista, Studio GDC Corporate & Tax, Milano.

Per stabilire, pertanto, se un soggetto diverso da una persona fisica può essere considerato residente in Italia occorre valutare congiuntamente due aspetti:
- da un lato la **localizzazione** o meno nel territorio italiano di uno dei seguenti elementi:
– la sede legale;
– la sede amministrativa;
– l'oggetto principale;
- dall'altro la **durata della presenza** di tali elementi nell'arco del periodo di imposta, ovvero la sussistenza degli stessi per la maggior parte del medesimo (1).
Tali elementi sono alternativi tra di loro, quindi al verificarsi anche di uno solo la società si considera fiscalmente residente in Italia (2).
Pertanto, se l'atto costitutivo o lo statuto stabiliscono in Italia la sede legale di una società od ente, questa sarà da considerarsi residente nel territorio dello Stato. Comunemente, in relazione ai soggetti non residenti, accade tuttavia che non vi siano previsioni specifiche in tal senso, oppure è previsto solo che la sede legale è stabilita all'estero. In questi casi bisognerà accertare la **genuinità della sede legale estera**, verificando l'eventuale presenza in Italia della sede amministrativa. A questo fine occorrerà fare riferimento alla **situazione di fatto** e, quindi, individuare il luogo dove effettivamente gli amministratori della società esercitano l'**attività amministrativa** in modo stabile. Infatti, in base a quanto previsto dall'art. 4 del Modello OCSE e dalla sentenza del 22 gennaio 1998, n. 136 della Corte di cassazione, la **sede effettiva** della società deve considerarsi "il luogo in cui la società svolge la sua prevalente attività Direttiva ed amministrativa per l'esercizio dell'impresa, cioè il centro effettivo dei suoi interessi, dove la società vive ed opera, dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per l'esplicazione ed il raggiungimento dei fini sociali".
Infine, qualora la società estera risulti effettivamente amministrata dall'estero, il terzo elemento da verificare è costituito dall'**oggetto principale**. A questo riguardo il comma 4 dell'art. 73 del T.U.I.R. stabilisce che:
- l'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata;
- per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.
In relazione ai soggetti non residenti occorre poi considerare il successivo comma 5 dell'art. 73, in base al quale è stabilito 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". Pertanto per tali soggetti è esplicitamente previsto che, con riguardo all'individuazione dell'oggetto principale, si debba guardare all'**attività effettivamente svolta in Italia**, secondo un criterio non formalistico ma di sostanza.
È dunque evidente che, relativamente alla sede legale, vengono presi in considerazione aspetti formali, mentre la sede amministrativa e l'oggetto principale sono determinati basandosi su aspetti meramente sostanziali. Il concetto è stato ribadito anche dalla stessa Amministrazione finanziaria, la quale ha avuto modo di affermare che la localizzazione dell'oggetto principale o l'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, che può non corrispondere con quanto rappresentato nell'atto costitutivo o nello statuto" (3).
In conclusione, quindi, è lecito ritenere che, per stabilire se una società estera è fiscalmente residente in Italia, occorre analizzare i **criteri di collegamento** con il territorio italiano da un punto di vista sostanziale (sede dell'amministrazione e oggetto principale), posto che il criterio

(1) A tale riguardo la risoluzione dell'Agenzia delle entrate del 17 gennaio 2006, n. 9/E ha chiarito che:
- nell'ipotesi in cui il trasferimento in Italia avvenga in condizioni di continuità giuridica, ovvero che anche nel Paese di provenienza la disciplina del trasferimento della sede non costituisca un evento interruttivo, allora il periodo d'imposta, costituito dall'esercizio sociale, non si interrompe. In tal caso, in applicazione dell'art. 73, comma 3, del T.U.I.R., l'ente risulterà residente in Italia per l'intero esercizio se il trasferimento della sede si è perfezionato prima che sia decorso un numero di giorni inferiore alla metà del periodo d'imposta;
- nell'ipotesi di inefficacia del trasferimento della sede, la società, costituita *ex novo* secondo l'ordinamento italiano, inizia un nuovo periodo d'imposta e sarà considerata da subito residente, alla stregua delle società neocostituite.
(2) P. Valente, *Esterovestizione e residenza*, IPSOA, III edizione, 2013.
(3) Circolare dell'Agenzia delle entrate del 4 agosto 2006, n. 28/E.

della sede legale ha natura prettamente formale e non è affatto sintomatico dell'effettivo collegamento di natura economica e sociale con lo Stato di residenza effettiva.

2.1. Le contestazioni in caso di verifica

Come già accennato, nelle contestazioni aventi ad oggetto la residenza effettiva di un soggetto estero ai sensi dell'art. 73, comma 3, del T.U.I.R. l'**onere della prova** grava **sull'Amministrazione finanziaria**. Saranno quindi i verificatori, nell'ambito della propria attività ispettiva, a dover dimostrare che la società è fittiziamente estera in quanto, nella realtà, ha un radicamento con il territorio italiano tale da farla considerare fiscalmente residente nello stesso a tutti gli effetti.

In questo senso la circolare della Guardia di Finanza del 29 dicembre 2008, n. 1, ha chiarito che:

- "è di tutta evidenza che in sede ispettiva l'attenzione dei verificatori deve essere incentrata su tali aspetti [sede legale, sede dell'amministrazione e oggetto sociale], al fine di dimostrare - ove ne ricorrano i presupposti - che la veste giuridica formale della società non trova riscontro con il dato fattuale";
- "particolare attenzione dovrà essere posta sia nelle ipotesi in cui il controllo della residenza ai fini fiscali avviene in modo mirato, sulla base cioè di un'analisi preliminare e ragionata della struttura e dell'operatività della società sia nei casi in cui, nella fase di accesso presso una società residente, sia casualmente rinvenuta documentazione di varia natura attinente l'operatività di una società formalmente costituita all'estero, che, in quanto tale, non avrebbe titolo per essere custodita nel territorio dello Stato";
- di conseguenza, "dei tre criteri di collegamento dianzi citati [sede legale, sede dell'amministrazione, oggetto principale], il meno rilevante in sede di controllo è quello della sede legale, dal momento che questa, pur ricorrendo nell'atto costitutivo o nello statuto della società, può, in concreto esaurirsi in una indicazione meramente formale; ed in effetti, l'indirizzo unanimemente accolto nell'esame dei criteri di cui all'art. 73, comma ,3 del T.U.I.R. privilegia l'effettività della vita societaria".

Quindi anche secondo la Guardia di Finanza assumono particolare rilievo ai fini ispettivi gli aspetti di natura sostanziale quali la "sede dell'amministrazione" e "l'oggetto principale" dell'attività svolta.

In relazione al **controllo della sede dell'amministrazione**, i verificatori possono seguire due orientamenti:

- l'uno formale, volto ad accertare il **luogo** nel quale si riunisce il **Consiglio di amministrazione** ovvero l'**assemblea dei soci** (presumibilmente il luogo in cui vengono assunte le decisioni fondamentali della società);
- l'altro sostanziale, finalizzato ad individuare i seguenti elementi sintomatici della presenza in Italia della sede dell'amministrazione:

• la **residenza degli amministratori**, avendo principale riguardo agli amministratori di fatto e non a quelli di diritto;
• il potere effettivo di **gestione dei conti bancari** della società e, più in genere, delle sue disponibilità finanziarie;
• l'affidamento di **poteri decisionali** in capo all'assemblea dei **soci residenti in Italia** in relazione agli aspetti fondamentali e vitali della gestione societaria (4);
• la **struttura organizzativa della società**, da intendersi come il luogo in cui è presente un apparato organizzato di beni e persone, dove viene esercitata l'impresa e da dove promanano le attività di direzione dell'ente.

La circolare inoltre chiarisce che "in sede ispettiva … l'attenzione dei verificatori andrà posta sul reperimento di tutti gli **elementi utili** a comprovare, nel loro insieme, che le attività amministrative e gestionali della società formalmente residente all'estero sono di fatto svolte sul territorio nazionale".

A questo riguardo la Guardia di Finanza ha suggerito ai verificatori di reperire, in sede di ispezione, **documentazione** in merito:

– alla residenza degli amministratori, verificando se vi sia prevalenza di consiglieri residenti in Italia (5);

(4) La circolare della Guardia di Finanza chiarisce che "l'ingerenza dell'assemblea nella gestione sociale, prevista per statuto, potrebbe determinare che la residenza dell'azionista assuma un forte valore indiziario per individuare il luogo da cui promanano gli impulsi dell'amministrazione concreta della società e, dunque, la sede di direzione effettiva".

(5) Viene infatti rilevato come "nei casi di riunioni formalmente svoltesi all'estero, può essere utile riscontrare se nelle date indicate sui registri sociali gli amministratori abbiano effettivamente soggiornato all'estero; analoghi riscontri andranno effettuati nei casi, anch'essi frequenti, di riunioni tenutesi in videoconferenza, verificando la disponibilità materiale, nel luogo indicato sui libri sociali, della strumentazione tecnica necessaria per tali collegamenti, e acquisendo ogni utile notizia circa l'effettiva presenza, nel giorno della riunione, di tutti i soggetti indicati nei suddetti registri".

– al luogo in cui si svolgono le riunioni - formali e/o informali - del Consiglio di Amministrazione e sono compiuti gli atti di amministrazione (6);
– al luogo di recapito degli avvisi di convocazione del Consiglio di Amministrazione e dell'Assemblea dei soci, nonché quello di recapito e partenza della corrispondenza commerciale;
– alle comunicazioni fax e/o *e-mail* dalle quali emergano elementi atti a comprovare che la sede di direzione effettiva della società è sul territorio nazionale;
– al luogo in cui sono stati stipulati i contratti relativi ad attività poste in essere dalla società, ivi compresi quelli concernenti eventuali negoziazioni di titoli azionari;
– alla disponibilità sul territorio nazionale di conti correnti da cui la società trae le provviste finanziarie per lo svolgimento delle attività sociali.

Per quanto riguarda, invece, l'individuazione dell'**oggetto principale dell'attività svolta** dalla società, occorrerà svolgere indagini in merito ai seguenti aspetti:
- il luogo di svolgimento delle **attività** che hanno consentito la conclusione di atti e negozi;
- l'identità e residenza delle **controparti** contrattuali;
- l'individuazione dei **mercati** sui quali sono stati negoziati i titoli di eventuali società partecipate, nonché l'ubicazione di tali società;
- la localizzazione dell'effettiva gestione dei **conti correnti** e delle disponibilità finanziarie della società;
- l'assoggettamento effettivo alle **imposte estere** (come logica conseguenza della residenza nel Paese estero);
- il possesso di idonee **autorizzazioni amministrative** per l'esercizio di attività concesse dalle autorità locali.

2.2. Gli argomenti a difesa del contribuente

Alla luce degli spunti utilizzati dalla Guardia di Finanza nelle ispezioni riguardanti la riqualificazione della residenza fiscale in Italia di soggetti esteri, il contribuente potrà difendersi in base a:

- **elementi di natura soggettiva**, atti a dimostrare le intenzioni che lo hanno guidato a localizzarsi all'estero;
- **elementi di natura oggettiva** volti a comprovare l'autonomia dal punto di vista organizzativo, amministrativo, finanziario e contabile della società estera;
- il **risultato raggiunto**, facendo valere il risparmio d'imposta (legittimo) che ha ottenuto localizzandosi in uno Stato estero.

I principali **elementi probatori fattuali** che permettono di dimostrare che la sede dell'amministrazione della società e l'oggetto principale dell'attività sono riconducibili ad un soggetto estero sono i seguenti (7):
- le riunioni del Consiglio di amministrazione si sono svolte con regolarità e sono tenute presso la sede sociale (situata all'estero), eventualmente con riunioni in tele/videoconferenza;
- la partecipazione dei consiglieri è adeguatamente documentata (ad esempio con biglietti di viaggio e prenotazioni alberghiere);
- la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione o dei consiglieri delegati è costituita da persone fisiche residenti nel Paese estero;
- la gestione operativa della società è effettuata *in loco* e le deleghe rilasciate a soggetti terzi residenti in Paesi diversi da quello ove è localizzata la sede della società hanno contenuti non troppo estesi e onnicomprensivi.

Inoltre, sotto il profilo funzionale e organizzativo, il contribuente dovrebbe disporre di una valida **documentazione probatoria** relativamente:
- al grado di autonomia gestionale dei soggetti preposti all'amministrazione della società (ad esempio descrizione dei poteri attribuiti agli amministratori e all'alto *management*);
- all'effettività degli insediamenti produttivi/commerciali all'estero (ad esempio contratti di locazione e/o di compravendita di stabilimenti industriali, contratti commerciali, presenza di lavoratori dipendenti) (8);
- all'indipendenza finanziaria della società;

(6) Viene a tal riguardo sottolineato come "la prassi societaria abbia rilevato nel tempo un crescente utilizzo di amministratori professionali e di società di domiciliazioni ubicate all'estero, preposte alla gestione dell'ente; in tali casi, occorrerà accertare se tali soggetti esercitano una reale influenza sull'amministrazione della società stessa ovvero rappresentino solo un mero schermo per celare una situazione di fatto in cui la gestione si svolge concretamente sul territorio nazionale".

(7) Cfr. Procedura della Direzione Regionale del Piemonte pubblicata in data 12 dicembre 2002, contenente indicazioni operative per la gestione della documentazione da parte dei contribuenti italiani che intrattengono rapporti commerciali con soggetti localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata, per valutare l'effettiva residenza di una persona giuridica.

(8) In questo senso si veda Comm. trib. prov. di Milano, 25 marzo 2015, n. 2853/1/15 nella quale i giudici hanno accolto le motivazioni di difesa della società ricorrente proprio analizzando nel dettaglio la sussistenza nello Stato estero (Francia)

- alle licenze, autorizzazioni e concessioni rilasciate dalla Pubblica amministrazione del Paese estero;
- all'assoggettamento della società alle imposte dello Stato estero (ad esempio dichiarazioni fiscali e modelli di pagamento delle imposte).

2.3. Lo schema multi *test*

Spesso le contestazioni mosse dall'Amministrazione finanziaria in caso di verifica derivano da un'adeguata e completa indagine, meglio nota come schema multi *test* sui seguenti aspetti (9):
- l'esistenza effettiva di un'**attività imprenditoriale** (industriale, commerciale, di servizi) svolta dalla società estera partecipata dal soggetto italiano nel luogo in cui questa è incorporata (c.d. ***business activity test***);
- l'esistenza effettiva di un'**organizzazione di uomini e mezzi** idonea allo svolgimento dell'attività d'impresa (c.d. ***organization test***);
- la valutazione delle *ragioni economiche* che hanno indotto il soggetto controllante italiano a svolgere attività d'impresa all'estero costituendo specifiche *legal entities* (c.d. ***motive test***).

Può essere utile ripercorrere i dettagli di tale schema in quanto lo stesso può altresì essere utilizzato *a contrariis* dal contribuente per prevenire accertamenti sulla residenza fiscale effettiva o direttamente in sede contenziosa.

2.3.1. Il business activity test

In primo luogo andrebbe predisposto un **apposito documento** (c.d. *group policy*), atto a descrivere dettagliatamente la storia e la configurazione del gruppo d'imprese (ad esempio, struttura societaria guidata da una *holding* pura o mista di diritto italiano, quotata o non quotata, che controlla e coordina altre società operative localizzate all'estero).
Obiettivo di questo documento dovrà essere quello di evidenziare il **ruolo della capogruppo** e quello delle **singole controllate estere**, anche per individuare il ruolo di queste ultime nell'ambito della dinamica di gruppo e l'analisi delle funzioni da esse svolte.
La **descrizione dettagliata del modello organizzativo** adottato dal gruppo è essenziale al fine di dimostrare:
- la volontà di presidiare, nella maniera più efficace possibile, i diversi mercati, come avviene in tutti i gruppi multinazionali;
- la necessità, al fine di sviluppare l'attività d'impresa su mercati diversi da quello italiano, di costituire delle filiali autonome e pienamente operative nella forma di società di capitali, come tali regolate dagli ordinamenti localmente vigenti.

Il passaggio successivo dovrebbe riguardare la **descrizione dell'attività d'impresa** svolta dalla società estera oggetto di verifica, con un patrimonio esclusivamente estero, per verificare le seguenti circostanze di fatto:
- la disponibilità di una sede localizzata nello Stato estero, detenuta in base ad idoneo titolo giuridico (contratto di locazione o contratto di acquisto);
- la presenza di idonea struttura organizzativa locale, nonché di regolari contratti relativi ad utenze;
- l'amministrazione della società estera da parte di un soggetto fiscalmente residente nel medesimo Stato di residenza della stessa società o in altro Stato;
- il numero di impiegati effettivamente assunti alle dipendenze della società estera e la stipulazione di idonee coperture assicurative e previdenziali;
- il regolare deposito dei bilanci d'esercizio relativi alle annualità oggetto di verifica, secondo le regole previste dall'ordinamento giuridico di appartenenza;
- la regolare tenuta della contabilità secondo le norme dell'ordinamento di appartenenza e la regolare presentazione delle dichiarazioni fiscali ai fini delle imposte dirette e dell'IVA (se prevista nello Stato estero) secondo le regole tributarie vigenti nello Stato di residenza;
- la prevalenza dello svolgimento dell'attività commerciale/produttiva nel Paese di residenza.

2.3.2. L'organization test

Sotto questo profilo andrebbe verificato che ciascuna società estera preveda la presenza di un ***country manager***, effettivamente operante nel Paese estero e **responsabile del *business* locale** (anche nei rapporti con la capogruppo), non-

del centro effettivo degli interessi della società (che svolgeva attività immobiliare) inteso come il luogo dove erano collocati il cantiere, la costruzione e gli appartamenti da vendere, dove lavoravano gli operai e venivano effettuate le forniture e, soprattutto, dove si concludevano gli affari alla presenza della clientela.

(9) Cfr. P. Valente, "Residenza ed esterovestizione. Profili probatori e schema multi *test*" in *il fisco* n. 22/2008 parte 1, pag. 3975; P. Valente, D.M. Cardone, *Esterovestizione. Profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, IPSOA, 2015, pag. 268 ss.

ché di un ***chief financial officer*** (CFO) responsabile delle attività e dei flussi di carattere finanziario (10).
A tale riguardo è importante verificare:
- la più o meno ampia autonomia di spesa dei *country managers* e dei CFOs locali (ovviamente, adeguata alle dimensioni di ogni singola società), secondo un articolato sistema di deleghe interne;
- il grado di dipendenza della filiale estera sotto il profilo finanziario. È rilevante la circostanza che il CFO di gruppo disponga o meno dei poteri di firma e di controllo dei conti correnti bancari delle società partecipate, ovvero si limiti a svolgere solo attività di (necessario) coordinamento finanziario della tesoreria svolta da tutte le società del gruppo;
- l'esistenza o meno, nell'ambito del gruppo, di un sistema di tesoreria centralizzata (c.d. *cash pooling* o meccanismi compensativi similari).

2.3.3. Il motive test

Questo *test* ha ad oggetto la verifica delle motivazioni economiche che hanno indotto il **gruppo** a costituire *legal entities* in diversi Paesi esteri, con particolare riferimento a:
- legislazione locale;
- regole del mercato in cui il gruppo opera;
- comportamenti dei gruppi multinazionali concorrenti di quello oggetto di verifica.

A tale riguardo occorrerà in particolare verificare che lo Stato di residenza della società estera:
- disponga o meno di un regime fiscale privilegiato ("paradiso fiscale");
- sia o meno Stato membro dell'Unione Europea;
- abbia o meno in vigore con l'Italia una convenzione internazionale contro le doppie imposizioni, con scambio di informazioni senza limitazioni;
- abbia un'aliquota fiscale assimilabile a quella in vigore in Italia per i soggetti IRES.

Con specifico riferimento, invece, alla **singola filiale estera**, bisognerà valutare:
- il beneficio di *tax ruling* per la determinazione concordata della base imponibile;
- il riconoscimento o meno di aliquote fiscali effettive di favore, ottenute mediante disposizioni amministrative individualmente concesse;
- la presenza o meno di aiuti di qualsivoglia natura, contributi o sovvenzioni dallo Stato di appartenenza;
- il risultato in utile o in perdita negli esercizi oggetto di verifica, nonché la presenza o meno di perdite fiscali pregresse riportabili (c.d. *carry forward losses*).

3. L'esterovestizione

Come precisato nella premessa, l'esterovestione è una fattispecie più gravosa per il contribuente rispetto alla contestazione della residenza fiscale effettiva in Italia, in quanto l'**onere della prova** è invertito, venendo a gravare **sul contribuente** medesimo.
Dal punto di vista normativo la nozione di esterovestizione è disciplinata dall'art. 73, comma 5-*bis*, del T.U.I.R., in base al quale "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, primo comma del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa:
a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'art. 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;
b) sono amministrati da un Consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato".
Questa disposizione è stata introdotta dall'art. 35, comma 13, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 allo scopo, come chiarito dalla circolare dell'Agenzia delle entrate n. 28/E del 4 agosto 2006 di "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". Giova tuttavia precisare che, secondo la prassi citata, gli elementi di **collegamento con il territorio** dello Stato individuati dalla norma sono solo **astrattamente idonei a sorreggere**

(10) Cfr. Comm. trib. prov. di Modena, 6 maggio 2014, n. 744, nella quale è stato affermato che il c.d. CFC - *Credit and Finance committee* - non era l'organo deputato all'amministrazione della società e agli indirizzi strategici, ma solo all'approvazione delle attività di investimento e disinvestimento, mantenimento degli *asset* o finanziamento in base alle proposte formulate dal direttore generale sulla base degli indirizzi del Consiglio di amministrazione della banca.

la presunzione di esistenza nel territorio dello Stato della sede dell'amministrazione della società estera. Ciò avvalora la circostanza secondo cui la norma, che introduce una sostanziale inversione dell'onere della prova nella disciplina della residenza fiscale delle società estere il cui controllo risulti riconducibile, anche in via indiretta, a soggetti italiani, ha introdotto una **presunzione relativa** che il contribuente può superare, come specificato dalla relazione tecnica al Decreto, dimostrando che non si tratti di una collocazione puramente formale.
È bene, infine, evidenziare che il controllo operato dalle società estere nei confronti delle società residenti nel territorio dello Stato può consistere soltanto nell'ipotesi di controllo diretto (non anche indiretto), a differenza di quello operato sulle società estere da parte di società italiane che può essere anche indiretto.

3.1. Gli argomenti a difesa del contribuente

Al di là della specificità normativa dell'esterovestizione, le contestazioni dei verificatori vertono sugli stessi argomenti che sono già stati analizzati nel precedente paragrafo 2.1 in tema di residenza fiscale effettiva.
Tuttavia, è utile effettuare alcune considerazioni sugli elementi che il contribuente può utilizzare in propria difesa per uscire da una situazione che, come abbiamo avuto modo di rappresentare in precedenza, lo colloca in una condizione di partenza estremamente svantaggiosa rispetto all'accertamento condotto sulla base della residenza fiscale effettiva.
La circolare n. 28/E del 2006 afferma che il contribuente potrà fornire la **prova contraria** richiamando elementi di fatto, situazioni od atti, idonei a dimostrare un **concreto radicamento della direzione effettiva nello Stato estero**. Quindi, sotto il profilo sostanziale, andrà provato ad esempio che (11):
a) gli **insediamenti produttivi/commerciali** all'estero sono effettivi ed esistono delle ragioni imprenditoriali sottese agli stessi;
b) in linea con il modello organizzativo e funzionale di gruppo, le **società estere** si caratterizzano per una "**specializzazione**", non solo in senso geografico, ma anche strategico ed economico rispetto alla capogruppo ed alle altre consociate;
c) dai flussi informativi e contrattuali *intercompany* si desume la (pressoché) totale **indipendenza economica delle partecipate** estere rispetto alla *holding*;
d) esistono sistemi di **tesoreria centralizzata** (c.d. *cash pooling*), che testimoniano l'autonomia finanziaria delle società estere rispetto all'ente controllante;
e) esiste **autonomia gestionale** dei soggetti preposti all'attività d'impresa all'estero (c.d. *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.
A quanto sopra si aggiunge il fatto che la Corte di cassazione ha avuto modo di chiarire che "ai fini della configurazione di un abuso del diritto di stabilimento, nell'ipotesi di esterovestizione, ossia di fittizia localizzazione della residenza fiscale di una società all'estero, non è necessario accertare la sussistenza di ragioni economiche diverse da quelle relative alla convenienza fiscale, ma, invece, occorre verificare se il trasferimento in realtà vi è stato, o no, cioè se l'operazione sia meramente artificiosa, consistendo nella creazione di una forma giuridica che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica" (12).
In questo senso alcuni spunti molto interessanti sono contenuti nella circolare Assonime n. 67 del 31 ottobre 2007. In particolare, l'Associazione individua alcuni elementi utilizzabili dal contribuente per superare la presunzione relativa introdotta dalla norma nelle seguenti ipotesi:
- quella di una ***holding* mista**, vale a dire una società che, oltre a detenere partecipazioni di controllo, svolge prevalentemente all'estero attività industriale, commerciale o finanziaria. In questa ipotesi il superamento della presunzione potrà avvenire invocando validamente l'effettiva localizzazione dell'attività principale all'estero, la quale è connessa, nella maggior parte dei casi, all'assunzione *in loco* delle decisioni gestionali;
- quella di una ***holding* di gestione**, ovvero una società che svolge anche attività ausiliarie (finanziamento, amministrazione) oltre alla direzione e al coordinamento delle partecipate. In questo caso, la prova di residenza all'estero dovrà essere fornita rilevando che l'attività svolta dalla *holding* è un'attività economica autonoma rispetto a quella delle partecipate e che il luogo in cui tale attività si svolge è all'estero;

(11) Cfr. P. Valente, "Residenza e società cosiddette esterovestite", in *il fisco*, n. 18/2008, parte 1, pag. 3229.

(12) Cass., Sez. trib., 7 febbraio 2013, n. 2869.

- quella di una ***holding* passiva**, ovvero di una società che non è dotata all'estero di una struttura organizzativa apprezzabile di cui possa essere verificata la localizzazione in quanto si limita a detenere partecipazioni in società residenti in Italia senza svolgere alcuna attività economica di rilievo all'estero. La possibilità di fornire la prova in questo caso è meno agevole (13). Potrebbe essere di aiuto la composizione del patrimonio della *holding* estera, laddove la parte prevalente delle partecipazioni possedute sia relativa a società estere o ad altri investimenti all'estero e, quindi, la partecipazione di controllo nella società italiana rappresenta una parte solo residuale del patrimonio.

3.2. Il caso Dolce e Gabbana

In tema di difesa del contribuente a seguito di contestazioni relative alla esterovestizione risultano molto interessanti alcune conclusioni a cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità con la sentenza n. 43809 del 30 ottobre 2015 in merito alla nota vicenda Dolce & Gabbana, relativa alla contestazione di esterovestizione di una struttura societaria di gruppo collocata in Lussemburgo e titolare dei marchi del gruppo omonimo.

I giudici hanno evidenziato che, in una naturale dinamica di gruppo, esiste un'influenza della società controllante sulla società controllata estera che, a seguito della riforma Vietti del 2004, è stata addirittura codificata negli artt. 2497 ss. c.c. riguardanti l'**attività di direzione e coordinamento** (14).

In particolare, nel punto 16.85 della sentenza i giudici hanno sottolineato tre concetti fra di loro complementari: la costruzione di puro artificio, la finalità prevalente di elusione, la libertà di scelta fra carichi fiscali diversi, evidenziando il principio in base al quale se non sussiste costruzione artificiosa non esiste tantomeno abuso.

Il successivo punto 16.86 opera alcune distinzioni che appaiono della massima importanza. *In primis* viene evidenziato che la **sede amministrativa della società** coincide con il centro effettivo di direzione e svolgimento dell'attività, ove cioè risiedono gli amministratori, è convocata e riunita l'assemblea dei soci e si trovano coloro che hanno il potere di rappresentare la società. In altre parole il luogo in cui "hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente ed ove operano i suoi organi amministrativi e i suoi dipendenti". Invece, nel caso di **società con sede legale estera controllata** ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c., entra in gioco il concetto della **direzione e coordinamento**. Infatti, la sede di direzione effettiva non può essere individuata semplicemente con il luogo da cui partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative laddove esso si identifichi con la sede (legale o amministrativa) della società controllante italiana. La Cassazione prosegue evidenziando che a tal fine bisognerà invece appurare che la società estera non sia una **costruzione di puro artificio**, ma corrisponde ad un'entità reale che svolge effettivamente la propria attività in conformità all'atto costitutivo o allo statuto. Per stabilire, dunque, la natura artificiosa o meno della società estera si potrà fare riferimento ai criteri indicati a livello interno dall'art. 162 del T.U.I.R. in materia di **stabile organizzazione** o a quelli elaborati in ambito di giurisprudenza comunitaria in tema di società cosiddette "casella postale" o "schermo". Infatti, nel precedente punto 16.78 i giudici avevano argomentato che se un ufficio ha i connotati per configurare una stabile organizzazione esso potrà essere valutato anche come luogo di effettivo esercizio di attività di impresa. Ciò in quanto il giudice non può adottare una interpretazione che vada a limitare la **libertà di stabilimento**, in quanto nel principio costituzionale che la disciplina l'imprenditore può decidere di collocare le proprie strutture dove meglio ritiene e dotarle secondo le proprie insindacabili valutazioni. Al successivo punto 16.79 viene quindi evidenziato che occorrerà solo valutare se l'ufficio corrisponde ad una costruzione di puro artificio volta a lucrare benefici fiscali oppure no. Secondo i giudici, infatti, il vantaggio fiscale è indebito non perché l'imprenditore sfrutta le opportunità offerte dal mercato o da una più conveniente legislazione fiscale, ma lo è solo se è ottenuto mediante costruzioni non aderenti alla realtà, di puro artificio.

In conclusione, quindi, il contribuente in sede contenziosa potrà far valere il principio secondo cui, in ipotesi di controllo *ex* art. 2359 c.c., l'e-

(13) In giurisprudenza non mancano, tuttavia, pronunce favorevoli ai contribuenti. A titolo esemplificativo si veda Comm. trib. prov. di Roma, 3 febbraio 2014, n. 1694/41/14.

(14) Cfr. Focus Assonime, 13 novembre 2015 "Sentenza della Cassazione sulla c.d. esterovestizione *ex* art. 73 del TUIR: occorre distinguere tra potere di direzione e coordinamento delle imprese del gruppo e sede di direzione effettiva".

sterovestizione non dipende da impulsi gestionali o direttive amministrative impartite dalla controllante italiana alla controllata estera, ma dal fatto che quest'ultima non sia una costruzione di puro artificio; in tal senso il contribuente potrà fare riferimento alla semplice nozione di ufficio contenuta nell'art. 162 T.U.I.R. (stabile organizzazione).

4. La stabile organizzazione occulta

La stabile organizzazione, disciplinata dall'art. 162 del T.U.I.R., rappresenta una "sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato". Essa costituisce il criterio di collegamento tra l'impresa non residente e il territorio dello Stato, in forza del quale un'attività economica svolta nel territorio dello Stato da un soggetto non residente integra il presupposto di imposta in Italia. Quando l'attività economica svolta dal soggetto non residente è celata al Fisco italiano si parla di stabile organizzazione occulta. Nello specifico, quest'ultima si configura come una **sede fissa di affari** in cui un'impresa estera effettua la sua attività (anche inconsapevolmente) mediante una organizzazione di persone e mezzi senza dichiarare all'Amministrazione finanziaria del Paese in cui è localizzata i relativi proventi dalla stessa generati e ad essa direttamente imputabili.
Si tratta concettualmente di una fattispecie differente sia dalla contestazione di effettiva residenza fiscale *ex* art. 73, comma 3, del T.U.I.R. sia di esterovestizione *ex* art. 73, comma 5-*bis*, del T.U.I.R. In quei casi, infatti, esiste un soggetto giuridico che formalmente è residente all'estero ma che viene considerato di fatto residente in Italia. Nel caso, invece, della stabile organizzazione occulta è la presenza di un soggetto passivo stesso che viene ad essere nascosta. Ciò in quanto nelle vicende disciplinate dall'art. 73 del T.U.I.R. si è in presenza di autonomi soggetti giuridici, per i quali il contribuente rivendica la residenza estera laddove il Fisco contesta invece che sia di fatto italiana, mentre nel caso della stabile organizzazione occulta si è in presenza di un **centro di imputazione di situazioni giuridiche**. Comun denominatore consiste sempre nell'obiettivo da parte dei verificatori di assoggettare a tassazione in Italia i redditi ivi prodotti (nel caso della stabile organizzazione occulta) o ovunque prodotti (nel caso della residenza fiscale effettiva e dell'esterovestizione).
Nell'ambito delle multinazionali si può assistere alla presenza di una struttura organizzativa appartenente ad un gruppo e localizzata in Italia che viene di fatto asservita allo svolgimento di un'attività economica riconducibile ad un'impresa estera appartenente al medesimo gruppo, benché - formalmente - si tratti di due entità giuridiche autonome.
Il caso più semplice di stabile organizzazione occulta si verifica quando una società residente mette a disposizione di una società del gruppo non residente attrezzature e personale che il soggetto non residente impiega per esercitare la propria attività nel territorio dello Stato. In tali casi, pertanto, la società residente ospita, al suo interno, una stabile organizzazione occulta di un soggetto estero.
Un caso più complesso si verifica invece quando un'impresa residente, formalmente indipendente, agisce in realtà come pura estensione operativa del soggetto estero appartenente allo stesso gruppo (15).

4.1. Possibili contestazioni ed elementi di difesa

In tutti questi casi l'accertamento è finalizzato a rinvenire la stabile organizzazione occulta del soggetto non residente presso la consociata residente. In particolare, i verificatori per raggiungere tale obiettivo possono:
- effettuare **accessi** presso la sede delle due entità;
- effettuare un'**analisi funzionale** di entrambe le società per comprendere le funzioni effettivamente svolte da ciascuna e le eventuali complementarietà;
- **intervistare i dipendenti** del soggetto nazionale per comprendere appieno le attività da essi svolte;
- **intervistare i clienti** del soggetto residente e di quello non residente per individuare i soggetti che effettivamente hanno il potere di impegnare le società;
- **analizzare le *e-mail*** dei dipendenti del soggetto residente allo scopo di appurare l'autonomia di quest'ultima società.

In chiave difensiva è utile analizzare le pronunce giurisprudenziali relative ai casi di stabile organizzazione occulta. La Commissione tributaria provinciale di Milano (16) ha dichiarato che

(15) A. Furlan, P. Galvagno, "Nuove tecniche di accertamento della stabile organizzazione occulta e dell'esterovestizione", *Fiscalità & Commercio internazionale*, n. 2 / 2014, pag. 5.

(16) Sez. XLVII, 2 luglio 2014, n. 6464.

se non c'è **dipendenza** della società italiana rispetto alla struttura estera non si può affermare che la prima costituisca la stabile organizzazione occulta della seconda, posto che la società italiana svolgeva in **autonomia** la propria attività imprenditoriale, con propri dipendenti e proprie strutture.
La Commissione tributaria provinciale di Pesaro (17) ha accertato l'esistenza di una stabile organizzazione in base ai seguenti elementi, emersi in sede di verifica:
- la concessione in uso, di fatto, alla società estera, da parte della società italiana, di una **sede di affari** per svolgervi attività di commercializzazione, nella considerazione, di carattere assorbente, che l'unico cliente della società italiana è la società estera, e che le due società sono riconducibili entrambe allo stesso gruppo di fatto;
- l'individuazione di personale addetto alle vendite della società italiana demandato alla raccolta di **ordini dagli agenti della società estera**;
- la scoperta, avvenuta nel corso di indagini bancarie, di un **conto corrente** intestato alla società estera acceso presso la banca di appoggio italiana per i versamenti dei clienti italiani, in relazione ai quali non sia stata fornita la dimostrazione dell'estraneità della società estera a tali operazioni;
- l'esistenza di un ***Web Server*** posizionato nella sede della società italiana e gestito unicamente da personale della società italiana attraverso un continuo scambio di informazioni, di ordini e di *e-mail* di conferma con i colleghi della società estera.

Nella pronuncia citata i giudici asseriscono l'esistenza di una stabile organizzazione occulta sulla scorta di elementi connotati da forte carattere presuntivo e del tutto fisiologici nel contesto dei gruppi internazionali (18). Infatti, non può assumere rilevanza ai fini dell'accertamento di una stabile organizzazione il fatto che, nell'ambito di un gruppo multinazionale, la controllante scelga il *management* della controllata, ovvero la controllata sia legata da un contratto di esclusiva con la controllante o sia tenuta a mantenere costantemente informata la controllante del suo andamento economico/finanziario attraverso un'attività di costante reportistica. Diversamente, si verrebbe a "negare la concreta possibilità delle imprese transnazionali, in contrasto con storia, economia e diritto" (19).
È da notare, tuttavia, che in secondo grado la Commissione tributaria regionale delle Marche (20) ha ribaltato l'esito del giudizio ed ha - anche se non completamente - negato l'esistenza della stabile organizzazione della società estera in base agli elementi addotti dai giudici di primo grado, dimostrandosi più recettiva nei confronti delle indicazioni OCSE (21).

(17) Sez. I, 2 luglio 2010, n. 201.
(18) Cfr. M. Piazza, A. Della Carità, "Quando il commissionario agisce come stabile organizzazione?", in *Corr. Trib.*, n. 5/2011, pag. 365; D. Avolio, "Il difficile rapporto della giurisprudenza di merito con le indicazioni fornite dall'OCSE", in *GT - Riv. giur. trib.*, n. 12/2010, pag. 1071.
(19) Comm. trib. reg. Lombardia, Sez. XXXIV, 2 dicembre 2009, n. 137.
(20) Sez. II, 24 giugno 2011, n. 44.
(21) F. Tundo, "Ancora controverso il concetto di stabile organizzazione tra obiettiva incertezza, personalità giuridica e cooperazione internazionale", in *GT - Riv. giur. trib.*, n. 10/2011, pag. 895.