

LABORATORIO DI DIRITTO TRIBUTARIO DELLA U.E

Presso la C.T.R. della Lombardia

TRATTO DEL 9° SEMINARIO APERTO AI MAGISTRATI TRIBUTARI

PRESSO LA C.T.R. LOMBARDIA - 16 Maggio 2017

Controversie in materia di esterovestizione delle società

Marco Piazza

Milano, 16 maggio 2017

Norme di riferimento

Definizione secondo la normativa interna

Articolo 73 del Testo unico

Si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta anno la sede legale o **la sede dell'amministrazione** o l'oggetto principale nel territorio dello Stato.

Presunzione relativa di esistenza in Italia della sede dell'amministrazione se la società controlla società residenti e se, in alternativa:

- a) è controllata, anche indirettamente, da soggetti residenti in Italia;
- b) sono amministrate da un organo di gestione, composto in prevalenza da soggetti residenti in Italia

Doppia residenza

Articolo 4 OCSE

Se 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**.

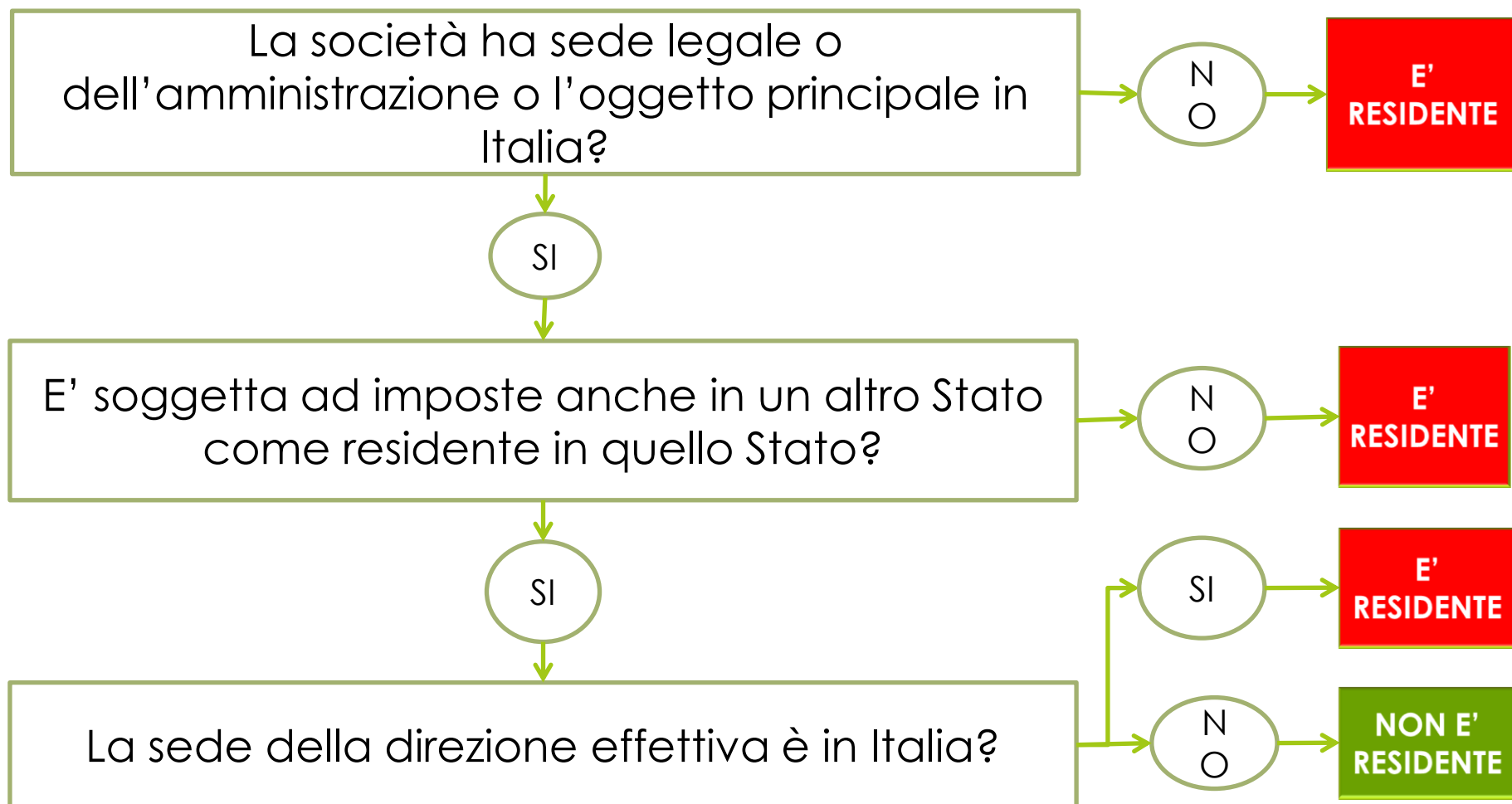
Commentario

Il luogo della **direzione effettiva** è il luogo in cui vengono effettivamente assunte le decisioni chiave di management e commerciali.

Un'impresa può avere più di un luogo di direzione, ma un solo luogo della direzione effettiva. Sono elementi da considerare:

- Luogo in cui sono tenuti i CdA;
- Luogo in cui l'a.d. svolge abitualmente la propria attività;
- Luogo della gestione quotidiana della società estera;
- Quartier generale della società estera;
- Stato in cui la legge regola la società;
- Luogo in cui sono tenuti i libri contabili.

Schema interpretativo tradizionale



Convenzione multilaterale per l'aggiornamento dei trattati

Gli Stati firmatari della Convenzione Multilaterale OCSE non utilizzeranno più, come *tie breaker rule*, il criterio della sede di direzione effettiva

La residenza sarà individuata tramite apposito accordo tra le giurisdizioni interessate, con valutazione caso per caso.

Consegue una probabile riduzione delle contestazioni di esterovestizione da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Accertamenti

Casistica

Società interessate

- Holding e altre entità cosiddette
- Società operative

Fondamento dell'accertamento

- Delocalizzazione dei redditi mediante strutture artificiali
- Effettiva gestione di entità non artificiali dall'Italia

Tipi di presunzione

- Inversione dell'onere della prova ex comma 5 bis
- Mediante altre presunzioni semplici

Holding passive

Nei confronti delle holding e delle subholding gli accertamenti (e anche le sentenze) sono spesso fondati su motivazioni eterogenee.

SENTENZE
CHE DANNO
RILIEVO
SOLO ALLA
SEDE DELLA
DIREZIONE
EFFETTIVA

- **Cassazione, sezione V civile, 28 dicembre 2016, nn. 27112-2716:** la definizione di sede di direzione effettiva è il luogo di adozione della volontà decisionale di gestione e controllo; individuabile all'esito di un tipico e necessario accertamento di fatto", per cui occorre verificare il luogo di "effettiva adozione delle decisioni direttive, amministrative e di coordinamento delle partecipazioni possedute, secondo l'attività tipica di holding da quest'ultima esercitata;
- per le holding di pura partecipazione, i suddetti requisiti non possono essere esclusi **per il solo fatto della mancanza di una significativa struttura organizzativa**; della esiguità di costi gestionali e di crediti operativi; della mancata fatturazione di servizi gestionali favore della società figlia erogante.

Holding passive

SENTENZE CHE
MESCALONO IN
CONCETTO DI
RESIDENZA CON
L'ABUSO DELLA
LIBERTA' DI
STABILIMENTO, E
L'ARTIFICIOSITA'
DELLA
STRUTTURA.

Cassazione n. 2869 del 7 febbraio 2013, par. 5.1.

- Per esterovestizione si intende la fittizia localizzazione della residenza fiscale di una società all'estero, in particolare in un Paese con un trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale.
- Si tratta di un tipico fenomeno di abuso del diritto....,
- La sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes ha affermato che (...) una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato.

Holding passive

SENTENZE CHE
MESCALONO IN
CONCETTO DI
RESIDENZA CON
L'ABUSO DELLA
LIBERTA' DI
STABILIMENTO,
E
L'ARTIFICIOSITA'
DELLA
STRUTTURA.

Cassazione, Sezione penale, n. 43809 del 30 ottobre 2015

a) la sede amministrativa si identifica nel centro effettivo di direzione e di svolgimento della sua attività, (...)

b) in caso di società con sede legale estera controllata (...) non può costituire criterio esclusivo di accertamento della sede della individuazione del luogo dal quale partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative ove esso si identifichi con la sede (legale o amministrativa) della società controllante italiana;

c) in tal caso è necessario accertare anche che la società controllata estera **non sia una costruzione di puro artificio**, ma corrisponda ad un'entità reale che svolge effettivamente la propria attività in conformità al proprio atto costitutivo o allo statuto;

d) per accertare la natura artificiosa o meno della società estera si può fare riferimento ai criteri (...) per definire la "stabile organizzazione" o a quelli elaborati dalla giurisprudenza comunitaria per identificare le società c.d. "casella postale" o "**schermo**";

Considerazioni

Occorrerebbe tener distinto il problema della residenza fiscale da quello dell'abuso di libertà di stabilimento e da quello dell'interposizione fittizia.

Sono tre aspetti fiscali diversi, regolati da norme differenti.

- La residenza è regolata dall'articolo 73 del Testo unico.
- Il contrasto alle costruzioni artificiali è attuato dalla normativa CFC (combinata con la disciplina delle società non operative).
- L'interposizione fittizia è regolata dall'articolo 37, comma 3.

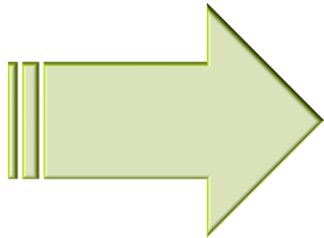
Le tre norme hanno differenti regole d'accertamento e diversi meccanismi di gestione del contraddittorio. Ad esempio:

- 1) Il presupposto di applicazione della CFC è più limitato di quello dell'interposizione e dell'esterovestizione, dato che il socio deve detenere direttamente o indirettamente una partecipazione di controllo (anche congiuntamente con i familiari) e la società controllata deve beneficiare di regimi fiscali privilegiati
- 2) in materia di residenza non è ammesso l'interpello, mentre lo è per la CFC (interpello probatorio) e l'interposizione (interpello qualificatorio);
- 3) sono diverse le norme sulla distribuzione dell'onere della prova; in tema di CFC e a volte di residenza sono previste presunzioni relative;

Considerazioni

- 4) in caso di esterovestizione sarà contestata l'omessa dichiarazione, in caso di CFC o interposizione l'infedele dichiarazione con effetti sul regime sanzionatorio e i termini d'accertamento;
- 5) in caso di esterovestizione o l'interposizione vi potranno essere implicazioni ai fini Iva e come sostituto d'imposta, il che non accade se si applica la CFC
- 6) L'esterovestizione comporta che il reddito della società estera sarà tassato in Italia in capo alla stessa società esterovestita (quindi ad un unico soggetto, salva la responsabilità degli amministratori di fatto). La CFC comporta una tassazione separata del reddito della società estera in capo ai soci di controllo della società estera nelle rispettive proporzioni. L'interposizione comporta la tassazione in capo all'interponente dei singoli flussi di reddito (con il rispettivo regime fiscale) e non del reddito complessivo considerato come reddito d'impresa.
- 7) In caso di applicazione della CFC vengono riconosciuti i costi dalla società estera; negli accertamenti sull'esterovestizione il riconoscimento si ottiene più che altro in sede di accertamento con adesione; in caso di interposizione di norma non sono riconosciuti.

Considerazioni



Se le **differenze sostanziali e procedurali** fra le tre diverse tipologie di contrasto all'evasione internazionale sono così rilevanti, è evidente che:

- sono anche diverse le **tipologie di comportamento** che le varie norme vogliono contrastare;
- e **non è possibile per verificatori** scegliere, fra *interposizione*, *esterovestizione* e *CFC*, il tipo di presunzione **più conveniente** per per i verificatore in termini di entità di imposte e sanzioni o di acquisizione delle prove da porre a base dell'accertamento

Considerazioni

società **realmente operative** (che non sono costruzioni artificiali) siano residenti fiscalmente in uno Stato diverso da quello in cui hanno la sede legale

ESTEROVESTIZIONE

società realmente operative (che non sono costruzioni artificiali) siano soggetti interposti (fiduciari, prestanomi, anche attraverso contrattualistica sofisticata, o società fittizie come definite correttamente, nella circolare 9/E del 2002, 49/E del 2009, 61/E del 2010, 38/E del 2013, 10/E del 2015, 6/E del 2016)

INTERPOSIZIONE

società effettivamente residente in uno Stato in quanto vi soggette ad imposte e vi hanno la direzione effettiva siano società passive prive di una effettiva operatività assimilabile a **strutture di puro artificio**, localizzate in Paesi in cui godono di un regime fiscale particolarmente favorevole e controllate da soggetti residenti in Italia.

CFC

Società operative

DIFFICOLTA' A TROVARE IL CONFINE FRA DIREZIONE E COORDINAMENT O E DIREZIONE EFFETTIVA

La rilevanza della distinzione fra sede della direzione effettiva e luogo in cui viene esercitata la direzione e coordinamento di una società è stata sottolineata per la prima volta nel decreto del **Tribunale di Pistoia del 17 giugno 2010** poi annullato, per altri motivi dalla sentenza della **Cassazione 8982 del 2011**.

L'accertamento di fatto è molto complesso e a volte si ha la sensazione che il giudice di legittimità sia in difficoltà nel trattare i principi generali del diritto tributario internazionale. Vedere:

- ① Cassazione, Sez. III, n. 7080 del 23 gennaio 2012
- ② Cassazione 16001 dell'8 aprile 2013
- ③ Cassazione n. 32091 del 24 luglio 2013
- ④ Cassazione 35227 del 22 agosto 2016
- ⑤ Cassazione 21959 del 5 maggio 2017

Le sentenze sub. 1, 2 e 5 dimostrano un certo disagio nel cogliere che, nel diritto tributario internazionale, il concetto di residenza fiscale non coincide con quello di stabile organizzazione.

Nella sentenza sub. 3 si dà per scontato, il che non è vero, che il reddito prodotto con una stabile organizzazione all'estero non sia imponibile in Italia.