



***Gli ultimi orientamenti in tema di libertà di stabilimento,  
esterovestizione e rilevanza dei requisiti sostanziali di residenza***

**Dott.ssa Maricla Pennesi**  
*Dottore Commercialista in Milano*

# ANDERSEN TAX & LEGAL®



Gli ultimi orientamenti in tema di libertà di stabilimento, esteroinvestizione e rilevanza dei requisiti sostanziali di residenza

Maricla Pennesi

11 ottobre 2019



***La residenza delle società  
secondo la normativa nazionale  
e comunitaria***

---

## La residenza delle società

### Art. 73, comma 3, Tuir

Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno nel territorio dello Stato

- sede legale, o criterio formale
- sede dell'amministrazione, o criteri sostanziali
- l'oggetto principale

Si tratta di tre criteri alternativi da verificare, congiuntamente al requisito temporale («per la maggior parte del periodo di imposta»), in ogni singolo periodo di imposta



---

## La residenza delle società

### Circolare n. 1/2018 del Comando generale della Guardia di Finanza

Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali (Vol. III)

Il criterio della sede effettiva prevale su quello della sede legale

- «È di tutta evidenza che, in sede ispettiva, l'attenzione dei verificatori dovrà essere incentrata su tali aspetti, al fine di dimostrare – ove ne ricorrano i presupposti – che la veste formale della società quale entità di diritto estero non trova riscontro con il dato fattuale»
- «Dei tre criteri di collegamento dianzi citati, 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. L'indirizzo unanimemente accolto nell'esame dei criteri di cui all'art. 73, comma 3, del TUIR, privilegia, quindi, l'effettività della vita societaria»



---

## La residenza delle società

### Corte di Cassazione, sentenza 7 febbraio 2013, n. 2869

la «sede dell'amministrazione», in quanto contrapposta alla «sede legale», si ritiene coincidente con la «sede effettiva», intesa come il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee e, cioè, il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento – nei rapporti interni e con i terzi – degli organi e degli uffici societari, in vista del compimento degli affari e dell'impulso dell'attività dell'ente

### Corte di Cassazione, ordinanza 28 gennaio 2014, n. 1813

Per aversi sede effettiva *«non è sufficiente che in un determinato luogo la società abbia uno stabilimento, paghi gli stipendi ed i salari ai propri dipendenti, riceva le merci e consegna i manufatti (Cass. 2187/83), essendo, invece, necessario che in esso sito si accentrino di fatto i poteri di direzione e di amministrazione dell'azienda stessa, anche ove esso diverga da quello in cui si trovano i beni aziendali e nel quale viene svolta l'attività imprenditoriale»*



---

## La residenza delle società

Coincidenza dei criteri sostanziali previsti dalla normativa interna e convenzionale

- ❑ Art. 4 del Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni:

*l'espressione «residente di uno stato contraente» indica «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 all'imposta in questo Stato soltanto per il reddito proveniente da fonti situate in detto Stato o per il patrimonio ivi situato»*

- ❑ Art. 4, par. 3, del Modello OCSE

approccio "case-by-case" per risolvere i conflitti di residenza relativamente alle società, attraverso l'attivazione di "Mutual Agreement Procedure", ai sensi dell'art. 25 del Modello OCSE, per individuare quale dei due Paesi è legittimato a ritenere la società residente nel proprio territorio ai sensi del Trattato.



---

## **Residenza e libertà di stabilimento: la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE**

La normativa comunitaria non contiene una definizione di "residenza" ma opera un **rinvio** ai criteri di collegamento disciplinati a livello nazionale da ciascuno Stato membro

Le cd. "libertà fondamentali" garantite dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea obbligano il legislatore nazionale a non discriminare l'esercizio di attività transfrontaliere rispetto ad attività radicate esclusivamente nel territorio di ciascuno Stato membro

➤ Art. 49 TFUE → **libertà di stabilimento**

CGUE ha delineato le fattispecie di abuso del diritto di stabilimento: definizione a contrariis del concetto di residenza

- ❑ non rileva la sussistenza o meno di ragioni economiche diverse da quelle relative alla convenienza fiscale, ma occorre accertare se il trasferimento della sede societaria è realmente avvenuto, ovvero se l'operazione è meramente artificiosa avendo come scopo la creazione di una forma giuridica che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica



---

## **Residenza e libertà di stabilimento**

La nozione di **stabilimento** implica

- ❑ esercizio effettivo di un'attività economica reale
- ❑ per una durata di tempo indeterminata
- ❑ l'insediamento non meramente temporaneo nell'altro Stato membro

**CGUE, decisione 28 giugno 2007, causa C-73/06 (Planzer Luxembourg Sarl e Bundeszentralamt)**

*«la nozione di centro di attività stabile esige una consistenza minima, grazie alla presenza permanente dei mezzi umani e tecnici necessari per determinate prestazioni di servizi. Essa presuppone quindi un grado sufficiente di permanenza e una struttura idonea, sul piano del corredo umano e tecnico, a rendere possibili in modo autonomo le prestazioni di servizi considerate».*



---

## Esterovestizione

Art. 35, D.L. 223/2006  modifica art. 73 TUIR

nuovi commi 5bis e 5ter introducono una vera e propria **presunzione legale** di residenza in Italia («*salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione*») riferita anche ad enti che detengano direttamente partecipazioni di controllo ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c., in società di capitali qualora, in via alternativa, tali società ed enti

- siano controllati, anche indirettamente, da soggetti residenti nel territorio dello Stato
- siano amministrati da un CdA o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato

➤ D.L. 223/2006 ha introdotto una disciplina espressa, nell'ambito tributario della fiscalità diretta, finalizzata al contrasto di pratiche abusive di trasferimento "fittizio" della residenza delle società all'estero



---

## Esterovestizione e libertà di stabilimento

**Corte di Cassazione, sentenza 7 febbraio 2013, n. 2869**

con il termine «esterovestizione» si intende la fittizia localizzazione all'estero della residenza fiscale di una società, in particolare in un Paese con trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale, allo scopo di sottrarsi al più gravoso regime nazionale

La circostanza che una società sia stata creata in un determinato Stato per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce ex se abuso della libertà di stabilimento.

**CGUE, decisione 25 ottobre 2017, causa C-106/16** (Polbud e Wykonawstwo sp. zo.o)

«*il fatto di stabilire la sede, legale o effettiva, di una società, in conformità alla legislazione di uno Stato membro, al fine di beneficiare di una legislazione più vantaggiosa, non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento*».

**CGUE, decisione 7 settembre 2017, causa C-6/16** (Equiom e Enka)

«*una presunzione generale di frode o abuso non può giustificare né un provvedimento fiscale che pregiudichi gli obiettivi di una direttiva, né uno che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato*»



---

## ***Il caso Dolce & Gabbana (Cass. 21.12.2018, nn. 33234 – 33235)***

- La causa sfociata nelle sentenze gemelle del 21 dicembre 2018 (sulla scia della precedente statuizione in sede penale del 30 ottobre 2015 n. 43809) aveva ad oggetto una **società lussemburghese** (G.A.D.O. S.a.r.l.) appartenente al gruppo D&G, che aveva acquistato dai due stilisti i marchi e li aveva concessi in licenza alla società controllante italiana
- Per l'Amministrazione Finanziaria, vittoriosa nel giudizio di secondo grado, la società lussemburghese doveva ritenersi residente in Italia in applicazione dell'art. 73 del TUIR, sul presupposto che il **centro di direzione effettiva della società** estera fosse individuabile in realtà a Milano, presso la sede della società che aveva ottenuto l'uso in licenza dei marchi.
- Le contestazioni erariali, basate sulla qualificazione in termini abusivi della residenza estera (finalizzata alla indebita fruizione di risparmi fiscali), venivano contestate dalla società ricorrente in ragione del richiamo alla **libertà di stabilimento** nonché sulla base di una differente valutazione **degli elementi idonei a localizzare in Lussemburgo la sede della società**



---

## ***Il caso Dolce & Gabbana (Cass. 21.12.2018, nn. 33234 – 33235): la libertà di stabilimento***

**Corte di Cassazione, sentenze 21 dicembre 2018 nn. 33234 e 33235**

*«una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa soltanto se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio (wholly artificial arrangement) finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato: “perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale».*

La pronuncia si rifà alle linee guida della giurisprudenza comunitaria in materia di abuso del diritto

- ❑ CGUE, decisione 12 settembre 2006, causa C-196/04 (Cadbury Schweppes)
- ❑ CGUE, decisione 13 marzo 2007, causa C-524/04, *«una normativa nazionale che si fonda su un esame di elementi oggettivi e verificabili per stabilire se una transazione consista in una costruzione di puro artificio (...) va considerata come non eccedente quanto necessario per contrastare pratiche abusive»*



---

## ***Il caso Dolce & Gabbana (Cass. 21.12.2018, nn. 33234 – 33235): la residenza delle società***

### **□ prevalenza del dato sostanziale**

*«In caso di società con sede legale estera controllata ai sensi dell'art. 2359 c.c., comma 1, non può costituire criterio esclusivo di accertamento della sede della direzione effettiva l'individuazione del luogo dal quale partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative qualora esso si identifichi con la sede (legale o amministrativa) della società controllante italiana, (...) in tal caso è necessario accertare anche che la società controllata estera non sia una costruzione di puro artificio, ma corrisponda a un'entità reale che svolge effettivamente la propria attività in conformità all'atto costitutivo o allo statuto»*

### **□ necessità di un approccio casistico nell'accertamento della residenza di una persona giuridica**

*«valutare il complesso intreccio organizzativo e funzionale che intercorre tra una controllata e la sua controllante capo-gruppo, che fisiologicamente si risolve in un rapporto tra uffici e personale dell'una e dell'altra»*



---

## ***Il caso Dolce & Gabbana (Cass. 21.12.2018, nn. 33234 – 33235)***

### **□ sede effettiva va individuata nel luogo ove si trova la struttura organizzata che ordinariamente svolge le attività tipiche dell'ente e che ne caratterizzano lo specifico core business**

*«resta difficile comprendere quale autonomia gestionale e finanziaria dovessero avere due semplici dipendenti per poter qualificare l'insediamento lussemburghese in termini di effettiva realtà. Una valutazione di tale natura avrebbe avuto un significato coerente se oggetto ne fosse stata l'attività del legale rappresentante (eventualmente) "eterodiretto"»*

### **□ la società estera non rappresenta un mero schermo per occultare proventi illeciti: anche una struttura minima può essere indice di sostanza della società estera (a prescindere dalle mansioni meramente esecutive dei dipendenti)**

*«dietro quel ripetuto richiamo alla mancanza di autonomia gestionale e finanziaria si cela l'ispirazione di fondo dell'intera decisione: la predisposizione degli aspetti gestionali ed organizzativi dell'attività di GADO Sarl interamente in Italia, lasciando alla sede lussemburghese i soli compiti esecutivi. Con il che, però, si ammette che qualcosa in Lussemburgo effettivamente si faceva, sì da giustificare una sede amministrativa collocata in una struttura diversa da quella della sede legale e i costi del personale (...) che vi operava»*



---

## **Cass. 21.06.2019, n. 16697: un passo indietro o una conferma?**

Sei mesi dopo il deposito delle sentenze sul caso Dolce&Gabbana la Corte di Cassazione giunge a risultati opposti attraendo in Italia la residenza di una società estera, controllata da una società italiana, sulla base dell'accertamento del luogo di svolgimento dell'attività direttiva

*«Il giudice d'appello, inoltre, ha correttamente evidenziato che risultava che la direzione, le decisioni, le strategie, le autorizzazioni di investimento e di spese relative alle quattro società olandesi provenivano dall'Italia»*

*«non vi è nulla che provi che le decisioni, le deliberazioni e le direttive venissero prese in Olanda»*



---

## **Cass. 21.06.2019, n. 16697: un passo indietro o una conferma?**

La Cassazione fonda la decisione su elementi oggettivi

- ❑ esiguità della struttura societaria e dei compiti meramente esecutivi affidati al personale dipendente  
*«l'ufficio esistente ad Amsterdam fosse, in realtà, una realizzazione meramente artificiosa, finalizzata a scopi "esclusivamente fiscali"»*
  
- ❑ sostanziale carenza di effettività e contenuti della sede olandese  
*«l'ufficio di Amsterdam rappresentava il luogo di disbrigo degli affari correnti»*  
*«dall'Italia partivano verso l'Olanda autorizzazioni di ogni genere, dalle più rilevanti in materia statutaria e contabile, alle più modeste, come l'autorizzazione a partecipare a un corso di inglese, al pagamento di spese mediche, addirittura al pagamento di spese per cancelleria minuta»*
  
- L'accertamento della situazione di fatto evidenzia l'esistenza di una **costruzione di puro artificio**



---

## **Residenza, libertà di stabilimento e esterovestizione: considerazioni conclusive**

Le sentenze della Cassazione sul caso Dolce & Gabbana poggiano essenzialmente su due pilastri

❑ **concetto di “COSTRUZIONE DI PURO ARTIFICIO”**

rappresenta il fondamento della giurisprudenza comunitaria in materia di libertà di stabilimento ricalca le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della CGUE nonché dal sistema europeo in materia di regole anti-abuso

- Direttiva ATAD 2016/1164 del 12 luglio 2016, all'art. 6 prevede l'obbligo per gli Stati di ignorare le costruzioni «non genuine», ovvero puramente artificiali
- il Primo ed il Secondo Pilastro del progetto BEPS - Base Erosion and Profit Shifting, rispettivamente con l'Action 2 e l'Action 6 si prefiggono il contrasto delle pratiche abusive finalizzate al godimento di vantaggi indebiti.

❑ **necessità di separare**, ai fini dell'accertamento della residenza delle società, **i concetti di direzione effettiva** (come ricavabile dall'art. 73 Tuir, dall'art. 4 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni nonché dalla giurisprudenza comunitaria) **e di direzione e coordinamento nell'ambito dei rapporti infragruppo**