

ESTEROVESTIZIONE - ART. 73, CO. 3 e 5-BIS T.U.I.R. (post D. Lgs. 209/23)

***Ordine Dottori Commercialisti ed Esperti
Contabili di Brescia***

Relatore Dott. Marco Valenti

Commercialista e pubblicitista in Brescia

**MARTEDI 20 FEBBRAIO 2024
13.50 - 18.45**

RESIDENZA delle SOCIETA'

L'art. 73 TUIR individua i **criteri per l'individuazione delle persone giuridiche da considerarsi fiscalmente residenti in Italia** e, di conseguenza, da sottoporre ivi a tassazione sui redditi ovunque prodotti.

La norma, oltre ai **criteri di collegamento generali con il territorio dello Stato**, contiene altresì una **serie di presunzioni** volte principalmente ad attrarre a residenza in Italia società che presentano dei collegamenti indiretti con il territorio dello Stato.

RESIDENZA ED ESTEROVESTIZIONE delle SOCIETA'(1)

Ai sensi **dell'art. 73 co. 3 del TUIR**, modificato dall'art. 2 co. 1 lett. a) del DLgs. 27.12.2023 n. 209, si considerano residenti i soggetti IRES che hanno nel territorio dello Stato, per la maggior parte del periodo d'imposta, **alternativamente** uno dei seguenti **tre elementi costitutivi (2 su 3 modificati)**:

1. la sede legale (immutato)

ESTEROVESTIZIONE – «nuovo» co. 3 art. 73 TUIR (3)

2. **la sede di «direzione effettiva»** («continua e coordinata assunzione delle decisioni strategiche riguardanti la società o l'ente nel suo complesso») – in luogo, dal 2024, della «sede dell'amministrazione»

ESTEROVESTIZIONE – «nuovo» co. 3 art. 73 TUIR (4)

3. la «gestione ordinaria in via principale» («continuo e coordinato compimento degli atti della gestione corrente riguardanti la società o l'ente nel suo complesso») – **in luogo dal 2024 dell' «oggetto principale» .**

ESTEROVESTIZIONE – «nuovo» co. 3 art. 73 TUIR (5)

Sembrano dei **criteri decisamente più chiari** per stabilire se una società si debba considerare residente in Italia, rispetto ai previgenti «*sede dell'amministrazione*» e «*oggetto principale dell'attività*».

In particolare, come chiarito dalla stessa relazione illustrativa al D. Lgs. 209, **essi hanno natura sostanziale.**

ESTEROVESTIZIONE – «nuovo» co. 3 art. 73 TUIR (6)

Inoltre, il fatto che siano posti l'uno dopo l'altro serve a superare il previgente concetto di «sede dell'amministrazione».

La relazione al D.Lgs. 209/23 chiarisce infatti che «le attività di supervisione e di monitoraggio della gestione da parte dei soci devono considerarsi diverse dalla «direzione effettiva e dalla gestione amministrativa corrente».

ESTEROVESTIZIONE – «nuovo» co. 3 art. 73 TUIR (7)

La definizione di «**sede di direzione effettiva**» viene mutuata dall'esperienza delle Convenzioni internazionali (**place of effective management**), ma va visto come qualcosa di differente rispetto al c.d. «elemento volitivo dei soci».

ESTEROVESTIZIONE – «nuovo» co. 3 art. 73 TUIR (8)

Mentre la «**gestione ordinaria in via principale**», elemento utilizzato da altri paesi europei, indica gli «**atti attinenti al normale funzionamento della società nel suo complesso**».

L'inciso «**in via principale**» serve nel caso in cui solo una parte delle attività siano svolte nel territorio dello Stato e quindi vi può essere, nel caso, al più, solo una «stabile organizzazione».

ESTEROVESTIZIONE – «nuovo» co. 3 art. 73 TUIR (8)

Da cogliere con favore, quindi, l'eliminazione del criterio dell'«oggetto principale», in passato **fonte di difficoltà interpretative e di doppie imposizioni**, in particolare quando - in ragione dell'attività esercitata dalla società (**immobiliari o holding**) - la residenza veniva stabilita in Italia se nel nostro Paese si trovavano i beni sociali (piuttosto che la gestione corrente).

ESTEROVESTIZIONE – «nuovo» co. 3 art. 73 TUIR (8)

La «nuova» definizione di residenza andrà evidentemente coordinata con i criteri convenzionali quando la società e l'ente risultano residenti anche in altro Paese – in base alla propria legislazione interna – **legato all'Italia da Convenzione contro le doppie imposizioni: come per le persone fisiche, prevarrà infatti l'accordo pattizio (*lex specialis derogat generali*).**

ESTEROVESTIZIONE – «nuovo» co. 3 art. 73 TUIR (9)

In base alle modifiche del comma 3, come vedremo, appare poi più netta e chiara anche la norma dell'**esterovestizione** (**co. 5-bis art. 73, pur non modificata**) che, per individuare la presunzione legale relativa di residenza per i «non residenti» che controllano società italiane e, a loro volta, sono controllati o amministrati da soggetti italiani, non fa più riferimento alla nozione di «sede dell'amministrazione», ormai superato.

ESTEROVESTIZIONE – «nuovo» co. 5-BIS art. 73 TUIR

Lo stesso art. 73 del TUIR individua - ai co. 3, 5-bis e 5-quater - una presunzione legale relativa di residenza nel territorio dello Stato dei trust e delle società o enti c.d. "esterovestite".

ESTEROVESTIZIONE – DUE INDIRIZZI GIURISPRUDENZIALI ANTE D. LGS. 209/2023

TESI N. 1 - Natura «abusiva» dell'esterovestizione

Parte della giurisprudenza considera l'esterovestizione un fenomeno abusivo; sarebbero quindi «esterovestite» - e pertanto tassate in Italia per i redditi ovunque prodotti - **le società estere**

- **prive di sostanza economica**
- **costituite all'estero al fine (essenziale) di conseguire proventi degli illeciti fiscali** (cfr. Cass. 21.12.2018 n. 33234, 11.2.2022 n. 4463, 8.3.2022 n. 7454, 15.3.2022 n. 8297, 25.7.2022 n. 23150).

ESTEROVESTIZIONE – DUE INDIRIZZI GIURISPRUDENZIALI ANTE D. LGS. 209/2023

TESI N. 2 - Natura «NON abusiva» dell'esterovestizione

Di recente, si è però riaffermato il diverso filone giurisprudenziale per cui le contestazioni in tema di esterovestizione prescindono dalla natura fittizia o abusiva dell'insediamento nello Stato estero e sono unicamente finalizzate a garantire una corretta ripartizione del potere impositivo tra Stati (tra le altre pronunce, Cass. 11.4.2022 n. 11709 - 11710, 25.7.2022 n. 23150)

ESTEROVESTIZIONE – ART. 75 CO. 5-BIS ART. 73 TUIR

Il co. 5-bis dell'art. 73 del TUIR, come modificato sotto un profilo esclusivamente formale dall'art. 2 co. 1 lett. b) del D.Lgs. 209/2023, contiene una presunzione legale relativa di residenza in Italia delle società ed enti che detengono partecipazioni di controllo in società ed enti residenti, se, in alternativa:

a) *sono, a loro volta, controllati, anche indirettamente, da soggetti residenti nel territorio italiano*

ovvero

b) *sono amministrati da un c.d.a. o altro organo di gestione, composto in prevalenza da soggetti residenti in Italia*

ESTEROVESTIZIONE – ART. 75 CO. 5-BIS ART. 73 TUIR

Ai fini della verifica della sussistenza del controllo, **il co. 5-bis richiama espressamente l'art. 2359 co. 1 c.c.** (*controllo interno di diritto o controllo interno/esterno di fatto*).

Al fine di accertare se una società estera sia soggetta al controllo da parte di una società italiana, **la verifica della sussistenza della fattispecie di cui all'art. 2359 co. 1, n. 1, c.c. impone di accertare che la maggioranza delle quote della società estera sia concentrata in capo alla sola società italiana**, senza che rilevi la possibile titolarità di altre quote da parte dei soci di quest'ultima, a ciò ostando il disposto di cui all'art. 2359 co. 2 c.c., che esclude, al riguardo, il computo di voti spettanti per conto di terzi (**cfr. Cass. 5.4.2023 n. 9400**).

ESTEROVESTIZIONE – ART. 75 CO. 5-BIS ART. 73 TUIR

La presunzione si applica anche nel caso in cui si interpongano nella catena di controllo più sub holding estere (circ. Agenzia delle Entrate 4.8.2006 n. 28).

La presunzione relativa in tema di esterovestizione di cui all'art. 73 co. 5-bis del TUIR non si applica nel caso in cui la società estera non detenga partecipazioni di controllo in società ed enti residenti in Italia (risposte a interpello Agenzia delle Entrate 17.1.2022 n. 27 e e 26.1.2023 n. 164).

ESTEROVESTIZIONE – ART. 75 CO. 5-TER ART. 73 TUIR

Il **successivo co. 5-ter** precisa che, ai fini della sussistenza del requisito del controllo,

"rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato.

Per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5» (coniuge, parenti entro il terzo grado e degli affini entro il secondo grado)

ESTEROVESTIZIONE – ART. 75 CO. 5-TER ART. 73 TUIR

In relazione all'ipotesi legata alla «residenza degli amministratori» (circ. Agenzia delle Entrate 16.2.2007 n. 11, § 12.3):

- «la società sarà considerata fiscalmente residente qualora, per la maggior parte del periodo d'imposta, **risulti amministrata da consiglieri residenti in Italia**;
- la residenza degli amministratori della società deve essere **stabilita sulla base dei criteri previsti dall'art. 2 del TUIR**»

ESTEROVESTIZIONE – ONERE DELLA PROVA

PROVA CONTRARIA

Il co. 5-bis dell'art. 73 del TUIR prevede **l'inversione a carico del contribuente dell'onere della prova.**

Per vincere la presunzione di residenza nel territorio dello Stato, il soggetto estero dovrà, pertanto, **dimostrare "con argomenti adeguati e convincenti" che "esistono elementi di fatto, situazioni od atti, idonei a dimostrare un concreto radicamento della direzione effettiva nello Stato estero"** (circ. Agenzia Entrate 4.8.2006 n. 28, § 8.3).

ESTEROVESTIZIONE – ONERE DELLA PROVA

Secondo Corte di Cassazione 30.10.2015 n. 43809 «*non si può definire «esterovestita» la controllata estera dotata di una propria struttura, benché minima, che le consente di svolgere l'attività prevista dallo Statuto sociale.*

L'accertamento dell'esterovestizione riguarderebbe, infatti, le sole società "schermo" (o "caselle postali") che si caratterizzano quali costruzioni di puro artificio, costituite nello Stato estero al solo fine di beneficiare di regimi fiscali più favorevoli. Per valutare la "sostanza" della controllata estera è possibile fare riferimento alle ipotesi positive previste nell'art. 162 del TUIR e nell'art. 5 del modello OCSE, e tra queste alla nozione di "ufficio", ritenuta sussistente nel caso concreto

ESTEROVESTIZIONE – ONERE DELLA PROVA

«Non sussiste esterovestizione ove la società presenti all'estero stabilimenti, uffici, personale dipendente, organismi direttivi, sedi di decisioni strategiche, autonomie operative, profitti, interessi ed attività sovranazionali. La residenza fiscale in Italia di un soggetto estero deve, infatti, basarsi su un'analisi complessiva della situazione di fatto e non deve essere limitata ad una valutazione acritica fondata sulle presunzioni normative» (C.T.P. Como 3.7.2013 n. 91/1/13).

ESTEROVESTIZIONE – EFFETTI

Effetti dell'esterovestizione

In assenza di dimostrazione che *la sede di direzione effettiva* della società è all'estero e non in Italia, il soggetto estero **"si considera, ad ogni effetto, residente nel territorio dello Stato e sarà quindi soggetto a tutti gli obblighi strumentali e sostanziali che l'ordinamento prevede per le società e gli enti residenti"** (**circ. Agenzia delle Entrate 4.8.2006 n. 28, § 3.2**).

I redditi conseguiti dal soggetto "esterovestito" saranno, pertanto, assoggettati a tassazione in Italia.

ESTEROVESTIZIONE – EFFETTI

Effetti dell'esterovestizione

Gli effetti per le subholding esterovestite riguarderanno, in particolare:

- **capital gain realizzati dalla cessione di partecipazioni** da assoggettare al regime di imponibilità o di esenzione di cui agli artt. 86 e 87 del TUIR;
- **le ritenute da operare sui pagamenti di interessi, dividendi e royalties** corrisposti a non residenti o a soggetti residenti fuori dal regime di impresa;
- **gli utili di partecipazione provenienti da società residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata** da assoggettare a tassazione in misura piena.

ESTEROVESTIZIONE – EFFETTI

Effetti dell'esterovestizione

Per contro, rileva la **circolare 28/2006 (§ 8.2)**, non saranno assoggettati a ritenuta i flussi di dividendi, interessi e royalties in **uscita dall'Italia** e potranno essere scomutate in sede di dichiarazione annuale le ritenute eventualmente subite nel periodo d'imposta per il quale tali soggetti sono da considerati residenti, anche se inizialmente operate a titolo d'imposta.

ESTEROVESTIZIONE – PRESUNZIONE RESIDENZA TRUST (art. 73 comma 3 – ultimi due periodi)

Il **co. 3 dell'art. 73 del TUIR**, modificato sotto il profilo esclusivamente formale dal DLgs. 209/2023, **prevede due casi di attrazione in Italia della residenza dei trust** (e degli istituti aventi analogo contenuto) **istituiti in Stati o territori non appartenenti alla white list:**

- a) **almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust** siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato (ITA);
- b) **successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato** effettui in favore del trust un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, o vincoli di destinazione sugli stessi beni.

ESTEROVESTIZIONE – PRESUNZIONE RESIDENZA TRUST (art. 73 comma 3 – ultimi due periodi)

Come accennato, il presupposto per l'attrazione della residenza nel territorio dello Stato è rappresentato dal **fatto che i trust siano istituiti in Paesi non appartenenti alla c.d. "white list"**; occorre a tal fine fare riferimento alla lista approvata con il DM 4.9.96 e successive modifiche e integrazioni. **In entrambi i casi**, secondo la circ. Agenzia delle Entrate 6.8.2007 n. 48 (§ 3.1), la presunzione ha carattere relativo e resta, pertanto, la possibilità di fornire la prova contraria, dimostrando l'effettiva residenza fiscale del trust estero

- **Inoltre, sono applicabili ai trust, ove compatibili, anche le disposizioni in materia di esterovestizione delle società di cui all'art. 73 co. 5-bis e 5-ter del TUIR** (circ. Agenzia delle Entrate 6.8.2007 n. 48, § 3.1)

ESTEROVESTIZIONE – PRESUNZIONE RESIDENZA SOGGETTI INVESTITORI IN OICR (art. 73 co. 5-QUATER)

Presunzione di residenza dei soggetti che investono in OICR

Ai sensi dell'art. **73 co. 5-quater del TUIR**, si considerano residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, le società o enti che:

- hanno investito il proprio patrimonio in misura prevalente in quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio immobiliari, e
- siano controllati direttamente o indirettamente, per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona, da soggetti residenti in Italia.

Il controllo è individuato ai sensi dell'art. 2359 co. 1 e 2 c.c. (controllo interno di diritto, controllo interno ed esterno di fatto), anche per partecipazioni possedute da soggetti diversi dalle società.

ESTEROVESTIZIONE – RIFORMULAZIONE ART. 5 CO. 3 TUIR SOCIETA' DI PERSONE

Attraverso la **riformulazione dell'articolo 5 co. 3 TUIR** i tre criteri alternativi di

- *sede legale,*
- *sede di direzione effettiva e*
- *gestione ordinaria in via principale*

rilevano anche ai fini della determinazione della residenza in Italia delle società di persone (s.n.c., s.a.s., società semplici)

ESTEROVESTIZIONE – RIFORMULAZIONE ART. 5 CO. 3 TUIR SOCIETA' DI PERSONE

Decorrenza

Le **nuove formulazioni dell'art. 73 co. 3 e dell'art. 5 co. 3 del TUIR** si applicano dal periodo di imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del DLgs. 209/2023.

Per i soggetti con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare si tratta del **2024.**

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

Con la sentenza n. 42490 del 18.10.2023, la Corte di Cassazione ribadisce il principio in base al quale, in tema di reato di omessa presentazione della dichiarazione annuale dei redditi di cui all'articolo 5 del Dlgs 74/2000, si configura la «stabile organizzazione», da cui deriva l'obbligo fiscale di un soggetto non formalmente residente, **«nel caso in cui una società estera, con una sede fissa di affari nel territorio italiano, effettui in Italia la sua attività mediante un'organizzazione di persone e di mezzi (cd. esterovestizione della residenza fiscale)»** (?!?)

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

TESI 1 – ESTEROVESTIZIONE RIENTRA NELL'ABUSO DEL DIRITTO

Cass. 11 febbraio 2022 n. 4463, 8 marzo 2022 n. 7454 e 15 marzo 2022 n. 8297

Sarebbero, dunque, due i requisiti essenziali perché si verifici una fattispecie di esterovestizione:

- **la localizzazione fittizia all'estero** (ai fini fiscali) di una società che – di contro – sarebbe da considerare residente in Italia (ad esempio, perché ivi ha la propria sede dell'amministrazione) e
- **la circostanza che da tale localizzazione consegua (essenzialmente) un vantaggio fiscale**

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

TESI 1 – ESTEROVESTIZIONE RIENTRA NELL'ABUSO DEL DIRITTO

Cass. 11 febbraio 2022 n. 4463

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte ha riguardato una **holding lussemburghese che svolgeva attività di gestione amministrativa e direzione delle partecipazioni possedute nelle controllate estere**. La società è stata qualificata, all'esito di una verifica, come residente presso la società controllata italiana, e **l'elemento di collegamento con il territorio dello Stato è stato individuato nella asserita provenienza degli impulsi volitivi dal direttore amministrativo della controllata, per effetto del ritrovamento di corrispondenza a lui intestata, nonché di documentazione varia di natura amministrativa riferibile alla capogruppo**.

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

TESI 1 – ESTEROVESTIZIONE RIENTRA NELL'ABUSO DEL DIRITTO

Cass. 11 febbraio 2022 n. 4463 (2)

La società, dal canto suo, ha addotto una serie di elementi atti a dimostrare il radicamento estero:

- il livello di imposizione fiscale subito,
- la residenza estera dei consiglieri di amministrazione e, più in generale,
- una serie di elementi fattuali attestanti l'effettiva residenza fiscale in Lussemburgo.

>> Cassazione rigetterà il ricorso dell'Agenzia, ritenendo non provato l'abuso.³⁵

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

TESI 1 – ESTEROVESTIZIONE RIENTRA NELL'ABUSO DEL DIRITTO (2)

La Suprema Corte sottolinea, tuttavia, come **la volontà di beneficiare di regimi di tassazione più favorevoli previsti in altri Paesi membri non sia di per sé un comportamento abusivo** e come normative volte a rendere meno attraente – per i propri nazionali – la costituzione di una società in tali Paesi potrebbero, in astratto, **violare il principio della libertà di stabilimento.**

Tuttavia i giudici di legittimità, facendo propri alcuni principi di matrice unionale, **chiariscono come tale libertà possa essere limitata al fine di contrastare pratiche abusive** che sono da ritenersi configurabili nella misura in cui la società presunta esterovestita costituisca una **costruzione di puro artificio** (i giudici, sul punto, citano la causa C-196/04, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas decisa dalla Corte di Giustizia).

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

TESI 1 – ESTEROVESTIZIONE RIENTRA NELL'ABUSO DEL DIRITTO (3)

La Suprema Corte sottolinea, infatti, come **la volontà di beneficiare di regimi di tassazione più favorevoli previsti in altri Paesi membri non sia di per sé un comportamento abusivo** e come normative volte a rendere meno attraente – per i propri nazionali – la costituzione di una società in tali Paesi potrebbero, in astratto, **violare il principio della libertà di stabilimento.**

Tuttavia i giudici di legittimità, facendo propri alcuni principi di matrice unionale, **chiariscono come tale libertà possa essere limitata al fine di contrastare pratiche abusive** che sono da ritenersi configurabili nella misura in cui la società presunta esterovestita costituisca una **costruzione di puro artificio** (i giudici, sul punto, citano la causa C-196/04, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas decisa dalla Corte di Giustizia).

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

TESI 2 – ESTEROVESTIZIONE NON RIENTRA NELL'ABUSO DEL DIRITTO

Le disposizioni relative alla residenza delle società (ex primo periodo del comma 3 dell'art. 73 del TUIR) dovrebbero tornare applicabili anche quando il radicamento nell'altro Stato sia genuino (ad esempio, in presenza di una *società estera che detiene un'azienda realmente presente e operativa in loco ma la cui sede di direzione effettiva si trovi in Italia*) e indipendentemente dalla circostanza che la localizzazione nell'altro Stato sia “fittizia” nonché che da tale localizzazione consegua o meno un vantaggio fiscale.

A diverse conclusioni potrebbe, invece, raggiungersi in relazione ad altre previsioni contenute nel medesimo art. 73 del TUIR, ad esempio la presunzione ex comma 5-bis.

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

TESI 2 – E. NON E' ABUSO - Ordinanze nn. 11709 – 11710/2022 (2)

Società con sede legale in Cina e che svolgeva in loco attività di fabbricazione di particolari apparecchiature elettriche. A seguito di verifica GDF, l'Agenzia contestava l'esterovestizione in quanto:

- **3 persone fisiche residenti in Italia erano presenti nel suo c.d.a** (2 dei 3 amministratori non si erano mai recati in Cina mentre il 3°, seppure si fosse recato in loco, per sua stessa ammissione, lo aveva fatto per attività non correlate al proprio ruolo di amministratore).

I suddetti amministratori ricoprivano, altresì, **ruoli apicali anche all'interno della società italiana** che controllava la subsidiary cinese, ritenuta esterovestita.

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

TESI 2 – E. NON E' ABUSO - Ordinanze nn. 11709 – 11710/2022 (3)

L'Amministrazione finanziaria sosteneva che **tali amministratori**, anche tramite l'operato dei dipartimenti che questi gestivano in seno alla controllante italiana, **impartissero – di fatto – le direttive per la gestione amministrativa e operativa della società, non avendo, di contro, i manager locali alcun potere sostanziale (neppure in tema di gestione delle tematiche contrattuali e di vendite locali)**. In base a tale ricostruzione, l'Agenzia riteneva che la sede dell'amministrazione della controllata cinese dovesse essere localizzata in Italia e, di conseguenza, che (ai sensi dell'art. 73 comma 3 del TUIR) tale società fosse da considerarsi ivi residente.

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

TESI 2 – E. NON E' ABUSO - Ordinanze nn. 11709 – 11710/2022 (4)

La Suprema Corte ha, infatti, chiarito come la ratio e la funzione dell'art. 73 co.3 TUIR siano semplicemente quelle di **indicare i criteri di collegamento tra soggetti passivi e il territorio dello Stato italiano.**

Di conseguenza, **una contestazione di esterovestizione basata su tale disposto normativo** prescinderebbe dalla presenza di qualsivoglia vantaggio fiscale che la società presunta esterovestita avrebbe potuto ritrarre dall'insediamento in uno Stato estero nonché dalla natura fittizia o abusiva di tale insediamento.

In altre parole, **gli accertamenti in tema di esterovestizione non rientrerebbero necessariamente nell'alveo dell'abuso** (seppure la Cassazione non escluda che questo possa accadere in relazione a particolari fattispecie).

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

TESI 2 – E. NON E' ABUSO - Ordinanza n. 23150 del 25.7.22

Anch'essa inserita nel filone interpretativo che inquadra l'esterovestizione tributaria tra i fenomeni evasivi, afferma che: «**non vi è necessaria coincidenza tra accertamento della residenza in Italia di una società ai sensi dell'art. 73, co. 3, TUIR ed accertamento della cd. esterovestizione elusiva, trattandosi di concetti che possono, ma non debbono inevitabilmente presentarsi contemporaneamente in ogni fattispecie di rilevanza transnazionale. Con la conseguenza, quindi, che la verifica della residenza in Italia di una società, ai sensi del ridetto art. 73, non richiede necessariamente l'imputazione alla contribuente, e l'accertamento, di una finalità elusiva volta a perseguire uno specifico vantaggio fiscale che altrimenti non le spetterebbe»**

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

TESI 2 – E. NON E' ABUSO - Ordinanza n. 23150 del 25.7.22 (2)

Principio di diritto

«In materia di imposte sui redditi delle società, l'art. 73, c. 3, TUIR individua i criteri di collegamento (la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale – allora vigenti), paritetici ed alternativi, delle società e degli enti con il territorio dello Stato, la cui ricorrenza, per la maggior parte del periodo d'imposta, determina la residenza in Italia e l'assoggettamento alla potestà impositiva del fisco italiano, a prescindere dall'accertamento di un'eventuale finalità elusiva della contribuente, che sia volta a perseguire uno specifico vantaggio fiscale che altrimenti non le spetterebbe»"

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

TESI 2 – E. NON E' ABUSO

In conclusione, la normativa "sostanziale" sulla residenza fiscale è talvolta utilizzata in versione antiabuso con la finalità di contrasto della fittizia delocalizzazione di società che costituiscono "costruzioni di puro artificio".

*Sulla scia di tale indirizzo interpretativo, si è ipotizzato che **in sede di accertamento alle società asseritamente esterovestite debbano essere riconosciute le garanzie procedurali della disciplina di contrasto all'abuso del diritto di cui all'art. 10-bis della L. 212/2000.***

ESTEROVESTIZIONE – GIURISPRUDENZA RILEVANTE

CONCLUSIONI

Si è venuta a creare, quindi, una sovrapposizione di piani che non è condivisibile.

*In linea generale, infatti, **la normativa sulla residenza (art. 73 co.3) deve rimanere una norma sostanziale destinata a individuare il livello minimo di collegamento di un soggetto con il territorio dello Stato italiano** al fine di sottoporre i suoi redditi (ovunque prodotti) ad imposizione in Italia.*

ESTEROVESTIZIONE – CONCLUSIONI (2)

La circostanza che una società costituita all'estero non sia una «struttura non genuina» non significa che essa non possa essere fiscalmente residente nel territorio dello Stato italiano.

Ben può succedere, infatti, che una società operativa all'estero, con personale e struttura, abbia la propria «sede dell'amministrazione» (oggi «sede di direzione effettiva») in Italia, in quanto ivi vengono assunte le decisioni rilevanti per la gestione dell'attività di impresa.

Ma tale fattispecie ha poco o nulla a che fare con l'abuso ed è semplicemente la conseguenza dei criteri di collegamento previsti dal nostro legislatore.

Grazie per l'attenzione

Dr. Marco Valenti

Studio dr. Marco Valenti – Consulenza a professionisti e loro aziende clienti

Accertamento e contenzioso tributario e societario

Contrada Soncin Rotto n. 1/B - 25122 Brescia

Tel. 030 7282081 - marco.valenti@studiomarcovalenti.it

www.studiomarcovalenti.it