

L a recente politica fiscale in tema di estero-vestizione. Un *reasonable and genuine link* “al limite”, anche comunitario, ed un possibile corto circuito antielusivo

di Fabrizio Nieddu

La legge tributaria esplica i suoi effetti solo sul territorio nazionale. Essa si applica, quindi, di regola, ai soli presupposti che si verificano in tale ambito, a meno che, pur non essendo sul territorio, presentino un contatto effettivo con questo (*reasonable and genuine link*). L'imposta sul reddito delle società colpisce le società di capitali, gli enti commerciali e non commerciali sia residenti che non. Un ente è residente se, per la maggior parte di un periodo d'imposta, ha la sede legale, la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. L'ente residente, in aderenza al principio della tassazione mondiale, è assoggettato ad imposizione in Italia per tutti i redditi ovunque prodotti. Il non residente, soltanto per quelli prodotti sul territorio.

Il D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (cosiddetta *manovra-bis*) ha inserito due nuovi commi (5-bis e 5-ter) all'articolo 73 del D.p.r. 917 del 1986 (1), prevedendo una duplice ipotesi di presunzione di residenza nel territorio dello Stato per le società e gli enti non residenti. Una presunzione legale di localizzazione in Italia della sede dell'amministrazione e, quindi, della residenza fiscale di società ed enti, che inverte *ex lege* l'onere della prova del contrario.

Prescindendo da un riporto letterale delle norme citate e dell'articolo 2359 del codice civile (2), si può affermare che, a partire dal periodo d'imposta 2006, si considerano residenti in Italia, salvo prova contraria, le società estere che detengono partecipazioni di controllo in società di capitali od enti commerciali residenti in Italia se, in alternativa: a) sono a loro volta controllate da soggetti residenti in Italia, comprese le persone fisiche (nel quale ultimo caso, occorre tener conto anche dei voti spettanti ai familiari e cioè al coniuge, ai parenti entro il terzo grado ed agli affini entro il secondo grado); b) sono amministrate da un consiglio di amministrazione ovvero da altro organo equivalente, composto in prevalenza da consiglieri residenti in Italia.

La previsione comporta che le società estere aventi tali caratteristiche sono assoggettate a tassazione in Italia per tutti i redditi ovunque prodotti, salvo che venga fornita prova contraria di tale presunta estero-vestizione. La norma, infatti, persegue l'obiettivo di migliorare l'efficacia dell'azione di contrasto nei confronti di pratiche elusive della specie, facilitando (e non di poco) il compito del verificatore nell'accertamento degli elementi di fatto per la determinazione della residenza effettiva delle società. L'estero-vestizione della società consiste nella fittizia localizzazione della residenza fiscale in Paesi diversi da dove effettivamente risiede, di norma per sottrarsi agli adempimenti tributari previsti dall'ordinamento di reale appartenenza e beneficiare di un regime impositivo più favorevole. Questo fenomeno, non solo italiano, è collegato al principio, proprio di vari Stati, della *world wide taxation* ed è consentito dalla evidente disarmonia esistente tra i diversi ordinamenti tributari nel campo dell'imposizione diretta.

Al di là dell'assoggettamento agli obblighi strumentali previsti dalla normativa italiana, anche sul piano sostanziale il soggetto che diviene residente vedrà variare il suo regime impositivo. Tra gli effetti principali quelli legati alle plusvalenze realizzate, agli interessi e ai canoni, agli utili di partecipazione provenienti da società residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata.

L'Agenzia delle entrate è poi intervenuta “pesantemente” nel fornire ulteriori e consistenti chiarimenti sulla “portata” operativa della norma (3). Una prima rilevante precisazione è che la norma si applica anche in presenza di *sub-holding* estere. L'Agenzia, poi, sottolinea che i requisiti imposti dalla norma non precludono altre ipotesi di estero-vestizione, con la sola differenza che, in quest'ultimo caso, sarà l'Amministrazione ad assumersene l'onere della prova. La prova contraria delle presunzioni andrà fornita non solo a livello documentale (riunioni del consiglio di amministrazione presso la sede legale estera, assemblee dei soci tenutesi regolarmente presso la sede estera, ecc.), ma anche su di un piano reale, con la proposizione di elementi concreti da cui risulti che le decisioni operative strategiche, la stipulazione dei contratti e le

operazioni finanziarie e bancarie siano effettivamente realizzate all'estero. Per quanto concerne eventuali collegamenti della norma con il regime delle CFC (*Controlled Foreign Companies*), l'Agenzia delle Entrate ha osservato che l'applicazione del comma 5-*bis* dell'art. 73 esclude il regime CFC. Ciò, in realtà, risponde ad un criterio meramente logico, atteso che, attraverso le presunzioni, non ci si trova più di fronte ad un soggetto estero, ma ad uno, per così dire, "nazionalizzato".

Ma l'aspetto forse più interessante è che l'Agenzia delle Entrate si preoccupa, fin da subito, di ritenere la nuova normativa conforme ai principi comunitari (4). In effetti, i timori dell'Agenzia appaiono in qualche modo più che fondati. Da subito, infatti, in dottrina, si sono formate alcune preoccupazioni in merito ai possibili conflitti delle nuove disposizioni con la normativa comunitaria e con la maggior parte delle Convenzioni contro la doppia imposizione firmate dallo Stato italiano. Nella circolare, si ritiene, però, che la norma sia coerente con l'orientamento della Corte di Giustizia, secondo cui gli Stati membri sono liberi di determinare il criterio di collegamento di una società con il territorio dello Stato. Inoltre, la possibilità di fornire la prova contraria garantirebbe la valutazione *case by case* e dunque la proporzionalità della norma rispetto al fine perseguito, necessaria a mitigare, secondo la Suprema Corte, la portata generale delle disposizioni antielusive. Non si ritiene nemmeno che possano ravvisarsi profili di contrasto con le Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia. La circolare, infatti, indica che queste ultime non interferiscono con i differenti criteri di collegamento soggettivo che ciascuno Stato seleziona per stabilire la residenza di un soggetto sul proprio territorio, limitandosi a indicare quali elementi e circostanze devono essere prioritariamente valutati in ipotesi di doppia residenza. L'effettiva sede della amministrazione è uno di questi elementi. Per di più, nella gran parte delle Convenzioni, esso è quello determinante per l'attribuzione della residenza di soggetti diversi dalle persone fisiche. La reale presenza della sede dell'amministrazione nell'uno o nell'altro ordinamento implica, poi, accertamenti di merito e diventa una mera questione di prova da valutare sulla base dei principi interpretativi, affermatasi a livello internazionale e rinvenibili nello stesso Commentario al Modello OCSE di Convenzione. Secondo la circolare, gli elementi su cui si fonda la presunzione introdotta dalla norma in esame si richiamano a questi principi, senza escludere che possano essere di volta in volta valutati altri aspetti o circostanze.

Tuttavia, la posizione dell'Amministrazione finanziaria ha lasciato e lascia perplessa parte della dottrina, anche e proprio per il richiamo a due sentenze della Corte di Giustizia europea del 1999 e del 2002 (vds. Nota 4), che, a contrari, appaiono non essere limitative del diritto di stabilimento e, ancor di più, sembrano proprio non consentire l'applicazione di disposizioni simili a quelle recentemente introdotte. Nel primo caso, infatti, si sancisce il diritto di un cittadino di uno Stato membro ad incardinare giuridicamente una società in un determinato ordinamento, in quanto ritenuto più vantaggioso sotto il profilo della *lex societatis*, e di esercitare la propria attività, anche in via esclusiva, in un diverso ordinamento. Pertanto, la prima sentenza richiamata dall'Amministrazione finanziaria italiana sembrerebbe un vero e proprio *boomerang*. Ancora più interessante è il caso della seconda sentenza citata dall'Agenzia delle Entrate. Infatti, la dottrina prende spunto proprio da questa sentenza per sostenere che la norma di cui al comma 5-*bis* dell'articolo 73 è in contrasto con l'art. 43 del Trattato CE (5), in quanto istituiva di un regime impositivo che non garantisce più il principio secondo cui i cittadini di ciascuno Stato membro hanno la libertà di avviare attività economiche autonome in altro Stato membro. Secondo tale orientamento, la Corte di Giustizia europea intende sostenere che l'art. 43 del Trattato CE vieta qualunque disciplina nazionale che, non solo ostacoli la libertà di stabilimento, ma abbia anche un semplice effetto dissuasivo. Quindi, la norma di cui al comma 5-*bis* si porrebbe in contrasto con il principio della libertà di stabilimento sancito dagli artt. 43 e 48 del Trattato CE, in quanto non stabilisce dei limiti precisi alla sua attuazione e si applica indistintamente a tutti gli Stati membri, indipendentemente dal regime di tassazione adottato.

Dal punto di vista delle Convenzioni contro le doppie imposizioni, l'art. 4 del Modello OCSE definisce il concetto di residenza quale luogo di direzione effettiva della società. Per sede di direzione effettiva, il paragrafo 24 del Commentario intende il luogo in cui sono prese le decisioni fondamentali necessarie per la gestione dell'impresa. A

parere sempre di quella parte della dottrina, per così dire critica delle presunzioni introdotte, proprio il coordinamento con la norma convenzionale renderebbe inapplicabile la presunzione, laddove i soggetti esteri siano localizzati in Stati che hanno stipulato convenzioni con l'Italia. In tali casi, la norma presuntiva interna potrebbe essere contraddetta dalla norma speciale prevista dalla Convenzione, con chiara prevalenza di quest'ultima.

Su altro fronte, la disposizione di cui al comma 5-bis non sembra rendere più applicabile alle società estero-vestite la disciplina di cui all'articolo 37, comma 3, del D.p.r. 600 del 1973 (6) in tema di interposizione fittizia, in quanto sembra averla sostituita, nel caso di specie. Se si accede a questa ulteriore critica, ciò potrebbe provocare un "corto circuito" antielusivo, in quanto al posto dell'articolo 37 dovrebbe applicarsi la nuova norma, ma questa potrebbe divenire inapplicabile per contrasto con la Convenzione dello Stato estero del soggetto non residente. Chi propende per tale tesi, cita, a conferma di quanto esposto, una recente sentenza della Corte di Giustizia europea (7). Il caso è quello di una società irlandese controllata da una società inglese. L'Inghilterra intendeva obbligare la società irlandese a pagare la *corporation tax* inglese, in quanto riteneva la società estera residente sul suo territorio. Si applicava la legislazione britannica sulle società estere controllate (SEC) che prevede che siano tassati in Gran Bretagna i profitti di una società estera, di cui la casa madre inglese detiene più del 50 per cento. La Corte europea, pur premettendo che non ci si deve avvalere abusivamente del diritto comunitario, ha osservato che la circostanza di creare una società in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce di per sé un abuso della libertà di stabilimento od una frode fiscale. Una misura nazionale che limiti questa libertà è di fatto illegittima e disapplicabile, potendosi giustificare, al più, solamente qualora sia diretta a prevenire una frode tributaria. E, sicuramente, l'esigenza di impedire la riduzione di gettito tributario, non può essere tra le ragioni imperative di interesse generale che uno Stato può addurre a giustificazione di una restrizione del principio della libertà di stabilimento. Quale *fulmen in clausola*, vale la pena ricordare che nella citata causa sono intervenuti ben 11 Governi, tra cui quello italiano.

BIBLIOGRAFIA

Società estere e presunzione di residenza ai sensi del D.L. n. 223/2006: artt. 43 e 48 del Trattato CE, Convenzioni contro le doppie imposizioni e disapplicazione della norma interna di cui al comma 5-bis dell'art. 73 del Tuir di Luca Del Federico (in "il fisco" n. 41 del 6 novembre 2006, pag. 1-6367).

Il nuovo regime presuntivo di localizzazione per le società estero-vestite di Dario Leone (in "il fisco" n. 38 del 16 ottobre 2006, pag. 1-5977).

Prime riflessioni sulla nuova presunzione di residenza delle società "estero-vestite" e rapporto con le Convenzioni internazionali di Ennio Vial (in "il fisco" n. 35 del 25 settembre 2006, pag. 1-5484).

D.L. n. 223/2006: la presunzione di residenza in Italia di Saverio Capolupo (in "il fisco" n. 33 dell'11 settembre 2006, pag. 1-5069).

"Il diritto tributario" di Fantozzi Augusto, UTET edizione 2003.

"Compendio di diritto tributario di Tesauro Francesco, UTET edizione 2003.

Note

(1) art. 73 (ex art. 87), Soggetti passivi. (Testo in vigore dal 01/01/2008).
"[omissis] 5-bis. 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'articolo 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'articolo 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.

5-ter. Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 5-bis, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato. Ai

medesimi fini, per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5."

(2) Art. 2359, Società controllate e società collegate. (Testo in vigore dal 14/01/2005). *"Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.*

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati."

(3) Circolare n. 28 del 4 agosto 2006 dell'Agenzia delle entrate – Direzione centrale Normativa e Contenzioso. "Decreto-legge n. 223 del 4 luglio 2006 – Primi chiarimenti.", punto 8 "società ed enti estero vestiti (art.35, commi 13 e 14)".

(4) Circolare n. 28 del 4 agosto 2006 dell'Agenzia delle entrate – Direzione centrale Normativa e Contenzioso. "Decreto-legge n. 223 del 4 luglio 2006 – Primi chiarimenti.", punto 8.4 "Compatibilità con il Trattato dell'Unione europea e con le convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia". *"Sotto il profilo della compatibilità comunitaria, la norma è coerente con l'orientamento della Corte di Giustizia, che nella sentenza Centros (Causa C-81/87) ha affermato il principio secondo cui gli Stati membri sono liberi di determinare il criterio di collegamento di una società con il territorio dello Stato. Principio che risulta, indirettamente, confermato anche dalla più recente sentenza emessa nella Causa C-208/00, relativa ad una controversia concernente una società olandese che, in base all'ordinamento tedesco, era stata considerata residente in Germania a partire dal momento in cui le sue quote di maggioranza erano state acquistate da cittadini ivi residenti. [omissis] Né si ravvisano profili di contrasto con le convenzioni contro le doppie imposizioni, stipulate dall'Italia. Queste ultime, infatti, non interferiscono con i differenti criteri di collegamento soggettivo che ciascuno Stato seleziona per stabilire la residenza di un soggetto sul proprio territorio, limitandosi a indicare quali elementi e circostanze devono essere, prioritariamente, valutati in ipotesi di doppia residenza. L'effettiva sede della amministrazione è uno di questi elementi."*

(5) Art. 43 del Trattato che istituisce la Comunità europea. (a seguito alle modifiche apportate dal Trattato di Nizza, pubblicata nella G.U.C.E. n. C 325 del 24.12.2002). "Libertà di stabilimento". (Testo in vigore dal 01/02/2003). *"Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. [omissis] La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini. [omissis]"*

(6) art. 37 del Dpr 29 settembre 1973, n. 600, "Controllo delle dichiarazioni." (Testo in vigore dal 01/01/2008). *"[omissis] In sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona."*

(7) Causa c-196/04 del 12 settembre 2006 della Corte di Giustizia europea. *"Having regard to that objective of integration in the host Member State, the concept of establishment within the meaning of the Treaty provisions on freedom of establishment involves the actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment in that State for an indefinite period (see Case C-221/89 Factortame and Others [1991] ECR I-3905, paragraph 20, and Case C-246/89*

Commission v United Kingdom [1991] ECR I-4585, paragraph 21). Consequently, it presupposes actual establishment of the company concerned in the host Member State and the pursuit of genuine economic activity there. It follows that, in order for a restriction on the freedom of establishment to be justified on the ground of prevention of abusive practices, the specific objective of such a restriction must be to prevent conduct involving the creation of wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory [omissis] articles 43 EC and 48 EC must be interpreted as precluding the inclusion in the tax base of a resident company established in a Member State of profits made by a controlled foreign company in another Member State, where those profits are subject in that State to a lower level of taxation than that applicable in the first State, unless such inclusion relates only to wholly artificial arrangements intended to escape the national tax normally payable. Accordingly, such a tax measure must not be applied where it is proven, on the basis of objective factors which are ascertainable by third parties, that despite the existence of tax motives that controlled company is actually established in the host Member State and carries on genuine economic activities there.”