

Società esterovestite: gli elementi di prova per Fisco e contribuente

di **Massimo Gabelli** (*) e **Davide Rossetti** (*)

Oggetto della presente “Procedura” è l’*iter* attraverso il quale si articola l’attività di controllo finalizzata a contrastare il fenomeno della c.d. “esterovestizione”, disciplinato dall’art. 73, commi 5-bis, 5-ter e 5-quater, del D.P.R. n. 917/1986.

Tale indagine si basa essenzialmente sulle riposte rese in materia dall’Amministrazione finanziaria alla Commissione europea, in data 19 marzo 2010, a seguito della denuncia presentata dall’Associazione Italiana dei Dottori Commercialisti in ordine all’**illegittimità** della **normativa italiana** in materia di esterovestizione, ritenendo che essa violasse le fondamentali libertà convenzionali¹.

Tale documento reca aspetti interessanti soprattutto sul piano pratico, in relazione alla prova che l’Amministrazione finanziaria deve produrre per presumere l’esterovestizione di società ed enti ed agli elementi di cui quest’ultimi possono avvalersi per fornire prova contraria.

Brevi cenni sul fenomeno dell’esterovestizione

Il fenomeno dell’esterovestizione consiste nelle fittizia localizzazione delle residenza fiscale di società ed enti commerciali all’estero, per sottrarsi all’Erario italiano e per poter, quindi, beneficiare di un regime fiscale più favorevole².

Per contrastare manovre attuate al solo scopo di ottenere un livello di tassazione inferiore rispetto a quello previsto dal sistema tributario nazionale, il legislatore ha introdotto alcune disposizioni che prevedono l’inversione dell’**onere della prova a carico del contribuente**, sollevando l’Amministrazione finanziaria dalla necessità di provare l’effettiva sede dell’amministrazione di società ed enti che presentano molteplici e significativi elementi di collegamento con il territorio dello Stato.

In merito, l’art. 73, ai commi 5-bis, 5-ter³, del D.P.R. n. 917/1986⁴ dispone che, salvo prova contraria, si

(*) Studio Legale e Tributario Morri Cornelli e Associati

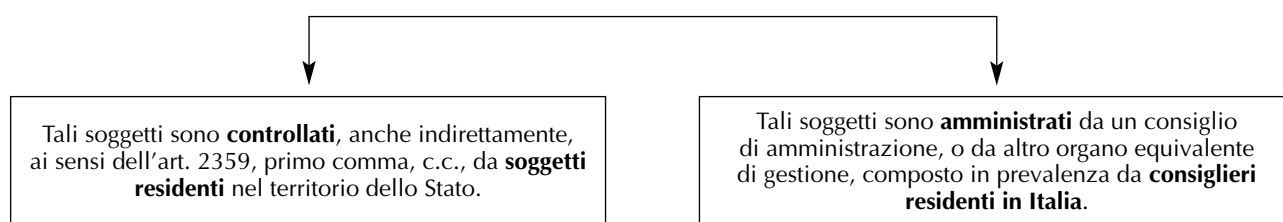
Note:

- 1 Cfr. M. Giaconia e A. Pregaglia “Per la commissione UE la presunzione di esterovestizione è conforme ai principi comunitari”, in questa Rivista, n. 5/2011, pag. 5.
- 2 Cfr. M. Bargagli “Residenza fiscale delle società e presunzione di esterovestizione” in *Azienda e Fisco* n. 11/2009, pag. 9; M. Thione “L’esterovestizione societaria: disciplina sostanziale e aspetti operativi” in *Il fisco* n. 4/2010, pag. 1-542.
- 3 Tali commi sono stati aggiunti dall’art. 35, comma 13, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223.
- 4 Per completezza informativa, si ricorda, inoltre, che mediante l’inserimento del comma 5-quater, nel citato art. 73, il legislatore ha introdotto un’altra presunzione di residenza fiscale nel territorio dello Stato delle società ed enti non residenti avente anch’essa natura di presunzione relativa. In base a tale nuova disposizione, infatti, si considerano residenti nel territorio dello Stato le società e gli en-

(segue)

Per approfondimenti in merito, si rimanda all’articolo di A. Furlan, “Esterovestizione: il Vademecum dell’Agenzia”, in questo numero della Rivista, pag. 30

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 civile⁵, in società di capitali, società cooperative e società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato, nonché in enti pubblici e privati, nonché in *trust*, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali se, **alternativamente**:



Ai fini della verifica della sussistenza del **requisito del controllo**, rileva la situazione esistente alla data di **chiusura dell'esercizio** o del 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'art. 5, comma 5, del D.P.R. n. 917/1986⁶.

In buona sostanza, l'Amministrazione finanziaria beneficia, in via generale, di una presunzione relativa di residenza nel territorio dello Stato nei confronti di società ed enti residenti in Paesi UE ed extra-UE, che si trovino in determinate situazioni oggettive, non necessariamente espressione dell'esistenza di **"una direzione effettiva"** in Italia, obbligando, quindi, gli stessi all'onere di dimostrare un concreto radicamento nello Stato estero.

Tale presunzione, come denunciato dall'Associazione Italiana dei Dottori Commercialisti alla Commissione Europea, nel giugno del 2009, viola le fondamentali libertà di stabilimento, di circolazione dei lavoratori e dei movimenti di capitali sia all'interno che all'esterno del territorio comunitario.

A tale denuncia ha fatto, quindi, seguito una necessaria attività istruttoria da parte della stessa Commissione, volta ad ottenere ulteriori precisazioni, nel merito, da parte dell'Amministrazione finanziaria nazionale.

Le risposte fornite da quest'ultima, in un **documento datato 19 marzo 2010**, hanno portato la Commissione a ritenere che la stessa applica la disciplina in commento in conformità con il **principio di proporzionalità**.

In particolare, l'archiviazione della procedura di infrazione da parte della Commissione europea si fonda su un principio generale secondo cui:

- è normale che uno Stato definisca i cosiddetti **"elementi di collegamento"** al fine di determinare la residenza di una società o di un soggetto singolo, e ciò emerge anche dalle osservazioni al modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni;
- solo ove per il contribuente risulti **impossibile** confutare la presunzione data da elementi di collegamento, potrebbe essere individuata una **restrizione incompatibile** con le libertà fondamentali del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Note:

(segue nota 4)

ti il cui patrimonio sia investito in misura prevalente in quote di fondi di investimento immobiliare chiusi di cui all'art. 37, del D.Lgs. n. 58/1998, e siano controllati direttamente o indirettamente, per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona, da soggetti residenti in Italia. Anche in questo caso, il requisito del controllo è individuato ai sensi dell'art. 2359, primo e secondo comma, del c.c., anche con riferimento alle partecipazioni possedute da soggetti diversi dalle società.

5 Secondo quanto previsto dall'art. 2359, primo comma, del c.c. sono considerate controllate: i) le società nelle quali un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; ii) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; iii) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

6 Si tratta del coniuge, dei parenti entro il terzo grado e degli affini entro il secondo grado.

Detto convincimento si è basato essenzialmente sui chiarimenti forniti dall’Agenzia nel predetto documento, nel quale viene illustrato il comportamento che i verificatori sono tenuti a seguire affinché non sia lesa il principio di “proporzionalità” e “imparzialità” che deve informare l’attività di accertamento, nonché la “distribuzione” fra le parti dell’onere della prova.

Gli elementi di prova dell’ente verificatore

I requisiti previsti dalla presunzione dettata dall’art. 73, comma 5-bis, del D.P.R. n. 917/1986, rappresentano soltanto il punto di partenza per una **verifica più ampia**, da effettuarsi da parte dell’Amministrazione finanziaria **in contraddittorio** con il contribuente, sull’intensità del legame tra la società e lo Stato estero e la medesima società con lo Stato Italiano.

In altri termini, la presunzione, se facilita il compito del verificatore nell’accertamento, non lo esonera dal provare in concreto l’effettività dell’esterovestizione della società estera, così di fatto “depotenziando” la norma.

L’onere della prova posto a carico dell’Amministrazione finanziaria sull’effettiva residenza all’estero, oltre che su elementi di prova di natura formale, deve necessariamente vertere su **fatti concreti e circostanze incontrovertibili**, atte a provare il difetto di autonomia giuridica, contrattuale, economica e finanziaria, ma soprattutto funzionale della sede legale estera rispetto al soggetto partecipante italiano⁷. Pertanto, l’Amministrazione finanziaria deve avvalersi di elementi di prova sia di natura formale che di natura sostanziale⁸.

Tavola 1 - Elementi di prova formale

Si tratta di atti di per sé idonei a dimostrare l’assenza di elementi comprovanti la presenza della società o dell’ente nel territorio estero, quali, a titolo meramente esemplificativo:

- l’atto costitutivo e le regole sul funzionamento della società estera;
- le delibere relative alle decisioni dei soci e degli organi di amministrazione (verbali delle assemblee dei soci, determinazioni dell’amministratore unico e delibere del consiglio di amministrazione);
- l’articolazione dei poteri degli amministratori e le deleghe interne;
- la regolarità delle attività relative alla vita sociale;
- la residenza in loco della maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione.

Tavola 2 - Elementi di prova sostanziale⁹

Si tratta di fatti e circostanze che comprovino l’assenza di autonomia giuridica, contrattuale, finanziaria e soprattutto funzionale della sede legale estera rispetto al soggetto partecipante italiano, quali, a titolo meramente esemplificativo:

- la gestione operativa effettuata sul posto;
- l’assunzione di personale e le relative mansioni da questo svolte;
- la disponibilità di locali ad uso civile o industriale e i relativi contratti di locazione;
- il possesso di idonee autorizzazioni amministrative per l’esercizio delle attività concesse dalle autorità locali;
- l’assoggettamento effettivo alle imposte estere;
- i conti correnti bancari presso istituti di credito locali;
- altri contratti ed utenze;
- la documentazione attestante una certa costanza nello svolgimento dell’attività di gestione all’estero, quali fax, note operative, memorandum, pareri, copie di e-mail, corrispondenza commerciale.

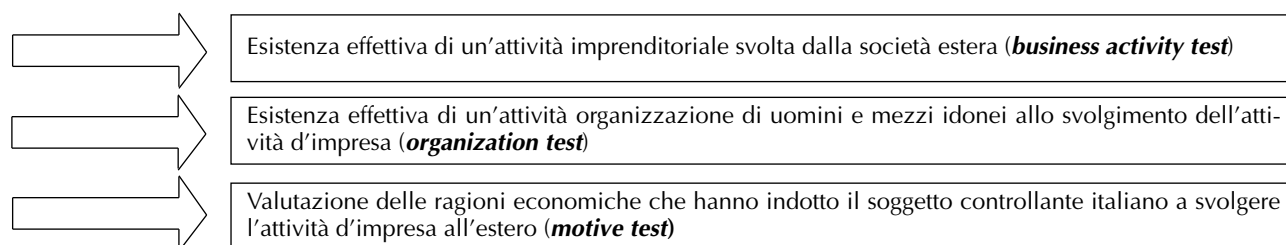
Note:

⁷ Cfr. P.Valente “Residenza ed esterovestizione. Profili probatori e schema multi-test”, in *Il fisco* n. 22/2008, pag. 1-3975.

⁸ Cfr. Agenzia delle Entrate, Circolare n. 28/E, del 4 agosto 2006. In Banca dati *BIG Suite*, IPSOA.

⁹ Cfr. Direzione Regionale del Piemonte, Procedura pubblicata in data 12 dicembre 2002, recante indicazioni operative per la gestione della documentazione da parte dei contribuenti italiani che intrattengono rapporti commerciali con operatori localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata.

L'Amministrazione Finanziaria, deve, quindi, condurre un'adeguata verifica, attraverso un percorso logico-probatorio articolato attraverso la dimostrazione dei **tre seguenti test**, vertenti su specifiche circostanze di fatto:



La prova contraria a carico del contribuente

L'art. 73, commi 5-bis, ter e quater, del D.P.R. n. 917/1986, non limita in alcun modo il contenuto della prova contraria a carico del contribuente, né rende l'esercizio particolarmente difficoltoso.

Detta norma, infatti, permette al contribuente di fornire la prova contraria, ma **non individua specifiche "circostanze esimenti"**, lasciando, pertanto, allo stesso **ampia libertà** nel provare l'effettività dell'inseadimento all'estero.¹⁰

A tal riguardo, l'Agenzia delle Entrate richiama quanto espresso nella Risoluzione n. 312/E, del 5 novembre 2007, in merito alla dimostrazione della prova contraria, la quale può essere fornita: "sulla base non solo del dato documentale, ma anche sulla base di tutti gli elementi concreti da cui risulti, in particolare, il luogo in cui le decisioni strategiche, la stipulazione dei contratti e le operazioni finanziarie e bancarie sono effettivamente realizzate".

In tale circostanza, è stato fatto espressamente riferimento alla prassi elaborata ai fini convenzionali in sede OCSE¹¹ per la dimostrazione dell'*effective place of management*, evidenziando come il luogo di **direzione effettiva** non sia stato individuato in maniera puntuale, ma ci si sia limitati a rinviare al luogo in cui sono assunte di fatto le principali decisioni di tipo gestionale e commerciale per la conduzione dell'insieme delle attività dell'impresa. Tale luogo è identificabile con quello in cui si tengono i consigli di amministrazione, o in cui è svolta la gestione direttiva quotidiana dell'impresa, o in cui sono tenuti i libri contabili.¹²

Ai fini della prova contraria in commento, in definitiva, la documentazione da presentare è quella **ordinariamente richiesta** per la verifica della residenza fiscale.

Tavola 3 - Elementi di prova dell'effettiva esistenza all'estero dell'Amministrazione

Dovrebbero essere forniti gli elementi di fatto comprovanti che:

- l'attività del **consiglio di amministrazione** e delle assemblee dei soci svolte con regolarità;
- le riunioni del consiglio di amministrazione sono tenute presso la sede sociale;
- vi è stata la partecipazione dei diversi consiglieri (es: biglietti di viaggio, prenotazioni alberghiere);
- la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione è costituita da persone fisiche residenti in loco, effettivamente coinvolte nella gestione sociale, anche attraverso la realizzazione di studi, progetti e interventi operativi nell'ambito della società;
- la gestione operativa è effettuata sul posto 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.
- il regolare svolgimento delle riunioni del consiglio di amministrazione e delle assemblee dei soci, dei quali può essere fornita agevolmente l'evidenza delle riunioni tenute presso la sede sociale con la partecipazione dei diversi consiglieri.

Note:

10 Cfr. S. Mattia "Residenza fiscale ed esteroinvestizione: i controlli dell'Amministrazione finanziaria", in *Commercio internazionale*, IPSOA, n. 22/2010, pag. 33.

11 Cfr. art. 4, Modello di Convenzione OCSE, paragrafo 24.1.

12 Cfr. Assonime, Circolare n. 67 del 31 ottobre 2007, paragrafo 4.2.

Per altro verso, un ulteriore elemento di prova può essere rappresentato dalla dimostrazione dell'**effettivo svolgimento in loco** della gestione operativa della società estera.

Sotto tale profilo, secondo l'Agenzia, assume particolare rilevanza il grado di **autonomia funzionale** della società, dal punto di vista organizzativo, amministrativo, finanziario e contabile.

Tavola 4 - Documentazione probante dell'effettivo svolgimento in loco della gestione operativa della società estera

Sotto il profilo organizzativo e funzionale della società estera sarebbe opportuno predisporre adeguata documentazione probante quanto segue:

- l'effettività degli insediamenti produttivi/commerciali all'estero e delle ragioni imprenditoriali sottese agli stessi;
- la presenza di soci di minoranza della catena di controllo e l'esistenza di accordi parasociali;
- il modello organizzativo e funzionale del gruppo d'impresa, del quale le società estere fanno parte, evidenziando la specializzazione delle stesse non solo dal punto di vista geografico, ma anche strategico ed economico rispetto alla capogruppo ed alle altre consociate;
- la descrizione dei flussi informativi e contrattuali intercompany, dalla quale potrebbe desumersi l'indipendenza economica delle partecipate estere rispetto alla holding;
- l'esistenza di sistemi di tesoreria centralizzata, rilevanti a dimostrare l'autonomia finanziaria delle società estere rispetto all'ente controllante.

In particolar modo, rileva l'**autonomia accordata ai country managers** con riferimento, per esempio, all'organizzazione del personale, alle decisioni di spesa, alla stipula dei contratti.

Tavola 5 - Indicatori dell'autonomia accordata ai country managers

- atti di gestione adottati;
- attività negoziale posta in essere. Ad esempio:
 - a) direttive interne;
 - b) contratti di natura commerciale o finanziaria stipulati dall'impresa;
 - c) corrispondenza e documenti che precedono o integrano le trattative commerciali cui è orientata la strategia aziendale.

In questa prospettiva, la dimostrazione della prova contraria non pare essere eccessivamente difficoltosa per il contribuente; in presenza della **documentazione formalmente idonea** a dimostrare la localizzazione della sede dell'amministrazione all'estero, infatti, l'onere della prova è ribaltato in capo all'Amministrazione finanziaria.

Conseguenze pratiche derivanti dall'applicazione della disciplina della c.d. "esterovestizione"

L'applicazione della presunzione di c.d. "esterovestizione" recata dall'art. 73, commi da 5-bis a 5-quater, del D.P.R. n. 917/1986 comporta l'assoggettamento alle medesime conseguenze sostanziali e sanzionatorie derivanti, in via generale, dalla riqualificazione della residenza della società estera effettuata ai sensi del comma 3, del medesimo articolo 73¹³.

Pertanto, secondo anche quanto chiarito dall'Agenzia delle Entrate, nella Circolare n. 28/E/2006 (par. 8.2)¹⁴, la società esterovertita diventa **a tutti gli effetti una società residente**, soggetta quindi a tutti gli obblighi strumentali e sostanziali che l'ordinamento prevede per tali soggetti. Essa è, in ogni caso, ammessa a beneficiare dei regimi di favore previsti dall'ordinamento nazionale alle stesse condizioni cui lo sono le altre società residenti.

Note:

13 Cfr. M. Giaconia e A. Pregaglia, *op. cit.*

14 In Banca dati *BIG Suite*, IPSOA.