



Residenza ed esterovestizione Profili probatori e schema multi-*test*

di Piergiorgio Valente^(*)

Nell'ambito delle verifiche fiscali aventi ad oggetto società estere controllate da soggetti italiani si pone la necessità di individuare, in primo luogo, la titolarità dell'onere probatorio e, in secondo luogo, definire con esattezza il contenuto della prova posta a carico dell'Amministrazione finanziaria o del contribuente.

Obiettivo del presente lavoro è svolgere alcune riflessioni sul contenuto della prova con riguardo all'effettiva residenza fiscale degli enti giuridici alla luce di tests oggettivi, riconosciuti in ambito internazionale.

1. Premessa

L'art. 73, comma 3, del Tuir, nel porre l'**onere della prova** a carico dell'Autorità fiscale, stabilisce che, ai fini delle imposte dirette, si considerano residenti le società e gli enti che, per la maggior parte del periodo d'imposta, hanno nel territorio dello Stato, in alternativa:

- la **sede legale**, la quale si identifica con la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o nello statuto;
- la **sede dell'amministrazione**, vale a dire il luogo ove viene svolta l'attività di gestione, da desumere da dati concreti;

^(*) Il presente lavoro, parte di un'opera più ampia in corso di pubblicazione, è il terzo articolo pubblicato in questa Rivista. Il primo e il secondo sono stati pubblicati, rispettivamente, sul n. 18/2008, fascicolo n. 1, pag. 3229 (*Residenza e società cosiddette "esterovestite"*) e sul n. 20/2008, fascicolo n. 1, pag. 3637 (*Residenza ed esterovestizione - Profili strutturali e (dis)allineamenti tra forma e sostanza*).

- **l'oggetto principale dell'attività.** Per le società e gli enti residenti, l'oggetto esclusivo o principale dell'attività "è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata" (art. 73, comma 4, del Tuir); in mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale della società o dell'ente residente "è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato".

Mentre la sede legale identifica un criterio di carattere meramente formale, il requisito dell'oggetto principale, secondo opinione ampiamente condivisa, va individuato non tanto nell'attività statutariamente prevista, quanto nell'attività d'impresa effettivamente esercitata dall'ente giuridico oggetto d'indagine (art. 73, comma 5, del Tuir)¹.

Con riferimento al luogo (Italia o altro Stato estero) in cui viene realizzato l'oggetto sociale, rileva non tanto quello in cui si trovano i beni principali posseduti dalla società, quanto la circostanza che occorra o meno una presenza *in loco* per la gestione dell'attività dell'ente².

¹ Cfr., sul punto, quanto chiarito dall'Agenzia delle Entrate nelle circ. n. 12/E del 21 febbraio 2003 (in "*il fisco*" n. 8/2003, fascicolo n. 2, pag. 1168) e n. 28/E del 4 agosto 2006 (in "*il fisco*" n. 32/2006, fascicolo n. 2, pag. 4931).

² Come notato da Assonime nella circ. n. 67 del 31 ottobre 2007, paragrafo 2.2., "(l)a distinzione assume particolare rilevanza per le *holding* di gestione delle partecipazioni, per le quali non bisogna confondere, ai fini della localizzazione, l'oggetto principale dell'attività d'impresa propria del soggetto controllante con quello delle società partecipate, né tantomeno con la collocazione dei beni da queste posseduti". In altri termini, l'oggetto principale della

Nell'ambito dei gruppi multinazionali, il fatto che la sede legale e l'oggetto principale dell'attività d'impresa svolta dalle società operative estere di un gruppo italiano – oggetto di verifica ex art. 73, comma 3 – siano localizzati all'estero non viene in genere messo in dubbio da parte dei verificatori (con l'eccezione per le società *holding* estere del gruppo), i quali concentrano l'attenzione principalmente sull'individuazione della **sede di direzione effettiva**.

Di conseguenza, la questione sostanziale in sede di verifica verte sul concetto di "sede dell'amministrazione".

2. La prova a carico dell'ente verificatore

2.1. Premessa

Gli elementi (alternativi) di collegamento della *legal entity* estera, controllata da soggetto residente, al territorio dello Stato italiano, e, in particolare, della localizzazione dell'oggetto principale o dell'esistenza dell'amministrazione, "devono essere valutati in base ad **elementi di effettività sostanziale** e richiedono – talora – complessi accertamenti di fatto del reale rapporto della società o dell'ente con un determinato territorio"³, (è lecito auspicare) in contraddittorio con il contribuente.

In altre parole, l'onere della prova (posto a carico dell'Amministrazione finanziaria nell'ipotesi di accertamento fondato sull'art. 73 comma 3, del Tuir) dell'effettiva residenza all'estero di società partecipate da soggetti residenti, oltre che su elementi di prova di natura formale – idonei, di per sé, a dimostrare unicamente radicamento superficiale e presenza convenzionale sul territorio (estero) dell'entità ivi localizzata – dovrà necessariamente verte su **fatti certi**⁴ e **circo-**

holding si trova nel luogo in cui le attività di direzione e coordinamento, nonché talora ausiliarie (di finanziamento, gestione della tesoreria, eccetera), vengono poste in essere, prescindendo dalla localizzazione della sede delle partecipate stesse.

³ Come rilevato dalla circ. dell'Agenzia delle Entrate n. 28/E del 2006.

⁴ Come nota S. Capolupo (*Manuale dell'accertamento delle imposte*, Ipsoa, Milano, 2007, pagg. 173-174) "sarà necessario, di volta in volta, esperire adeguati accertamenti nonché acquisire tutti gli elementi necessari per evitare penalizzazioni per il contribuente sulla base di semplici risultanze formali". Cfr. anche G. Pezzuto-S. Screpanti, *La verifica fiscale*, "Il Sole 24-Ore," Milano, 2006, pag. 466, secondo i quali "l'eventuale contestazione della residenza fiscale in Italia di una società costituita all'estero dovrà

stanze incontrovertibili che comprovino, oltre ogni ragionevole dubbio, l'autonomia giuridica, contrattuale, economica e finanziaria e, soprattutto, funzionale della *legal entity* estera rispetto al soggetto partecipante italiano.

Come recentemente notato in dottrina⁵, è auspicabile che l'Amministrazione finanziaria eserciti il diritto di avvalersi anche di criteri differenti, ovvero di altri dati, elementi e circostanze per dimostrare che la sede effettiva del soggetto estero è diversa da quella formalmente dichiarata⁶. Ciò consentirebbe alla stessa Amministrazione di supportare le proprie argomentazioni in sede di motivazione dell'avviso di accertamento, nonché in sede di eventuale contenzioso⁷.

2.2. Il contenuto della prova

La prova dell'effettiva residenza deve essere fornita dall'Amministrazione finanziaria su base sostanziale, previa approfondita verifica delle circostanze di fatto (oltre che di diritto e su base formale) strettamente inerenti all'ente giuridico oggetto di verifica.

A questo riguardo, si ribadisce che l'onere della dimostrazione (che, si ricorda, è posto a carico dell'Amministrazione finanziaria nell'ipotesi di accertamento fondato sull'art. 73, comma 3, del Tuir) della non effettiva residenza all'estero di società partecipate da soggetti residenti si deve basare sui seguenti elementi:

- **elementi di prova di natura formale**, atti, di per sé, a dimostrare la mancanza di elementi superficiali di presenza sul territorio estero;

pur sempre essere suffragata da precisi e inequivocabili elementi da parte degli organi dell'Amministrazione fiscale nazionale". Sul punto si richiama la metodologia operativa indicata da C. Marinelli-M. Giua, *Esterovestizioni delle società di capitale italiane*, Verona, 2007, pagg. 132 e seguenti, i quali evidenziano la necessità di procedere all'acquisizione di elementi di prova tesi alla dimostrazione della situazione di fatto delle società oggetto di verifica.

⁵ Cfr. S. Capolupo, *Manuale dell'accertamento delle imposte*, cit., pag. 174.

⁶ Si potrebbero annoverare, a mero titolo di esempio, documenti che attestino una certa costanza nello svolgimento dell'attività di gestione dall'Italia, quali *fax*, resoconti, note operative, *memorandum*, pareri, copie di *e-mail*, corrispondenza commerciale, eccetera o, ancora, contratti commerciali formalizzati dall'Italia in nome e per conto della società estera.

⁷ Come notano G. Pezzuto-S. Screpanti (*La verifica fiscale*, cit., pag. 470) "l'approfondimento della situazione effettiva, reale, di là dall'apparenza formale, costituisce certamente un elemento imprescindibile per l'Amministrazione fiscale".

- **elementi di prova di tipo sostanziale**, vale a dire fatti e circostanze che comprovino l'assenza di autonomia giuridica, contrattuale, finanziaria e, soprattutto, funzionale della *legal entity* estera rispetto al soggetto partecipante italiano.

Tra i requisiti di carattere formale rilevano, in via esemplificativa e non esaustiva:

- 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 – non obbligatorie – 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.

Sotto il profilo sostanziale e traendo spunto da quanto chiarito dalla Direzione Regionale del Piemonte nella Procedura pubblicata in data 12 dicembre 2002, contenente indicazioni operative per la gestione della documentazione da parte dei contribuenti italiani che intrattengono rapporti commerciali con soggetti localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata, per valutare l'effettiva residenza di una persona giuridica si deve tener conto, *inter alia*, dei seguenti elementi:

- gestione operativa effettuata sul posto;
- assunzione di personale e relative mansioni svolte;
- disponibilità di locali ad uso civile o industriale e relativi contratti di locazione;
- possesso delle idonee autorizzazioni amministrative per l'esercizio delle attività concesse dalle autorità locali;
- assoggettamento effettivo alle imposte estere (per effetto della effettiva residenza fiscale);
- conti correnti bancari presso istituti locali;
- altri contratti e utenze.

Con ciò, in altri termini, ci si intende riferire al fatto che l'Amministrazione finanziaria dovrebbe, in ogni caso, condurre adeguata e completa indagine⁸ su:

⁸ Come notano C. Marinelli-M. Giua, *Esterovestizioni delle società di capitale italiane*, cit., pag. 131, "(è) necessaria un'attenta opera di acquisizione e di analisi di elementi e notizie acquisiti in sede di indagine, idonea a far prevalere il dato sostanziale. Il fine ultimo dell'indagine fiscale è quello di dimostrare l'esistenza di un legame della società

- esistenza effettiva di un'attività imprenditoriale (industriale, commerciale, di servizi) svolta dalla società estera partecipata dal soggetto italiano nel luogo (*rectius*, nello Stato o territorio) in cui questa è incorporata (**c.d. *business activity test***);
- esistenza effettiva di un'organizzazione di uomini e mezzi idonea allo svolgimento della predetta attività d'impresa (**c.d. *organization test***);
- valutazione delle ragioni economiche che hanno indotto il soggetto controllante italiano a svolgere attività d'impresa all'estero costituendo specifiche *legal entities* (**c.d. *motive test***)⁹.

Va da sé che le predette indagini andrebbero condotte sulla base, in particolare, degli elementi di carattere sostanziale (oltre che formale) sopra richiamati.

3. La prova a carico del contribuente

3.1. Premessa

Con l'obiettivo di dimostrare l'effettiva residenza fiscale all'estero delle società partecipate oggetto di (eventuale) verifica (*ex art. 73*, comma 3, del Tuir)¹⁰, occorre aver riguardo, nella predisposizione dell'opportuna documentazione probatoria, ai seguenti essenziali "elementi-indicatori":

formalmente estera con il territorio dello Stato, individuando in Italia la presenza della sede dell'amministrazione e/o dell'oggetto sociale".

⁹ Osservano C. Marinelli-M. Giua, *Esterovestizioni delle società di capitale italiane*, cit., pag. 132, che, tra le attività preliminari all'indagine fiscale, l'Amministrazione finanziaria deve:

- individuare possibili soggetti esterovestiti all'interno di strutture di gruppo;
- studiare la normativa al fine di evidenziare Paesi appetibili;
- acquisire elementi informativi da banche dati ufficiali (ad esempio, società italiane del gruppo, componenti degli organi di direzione e controllo, attribuzione del codice fiscale o nomina di un rappresentante fiscale in Italia da parte della società estera);
- acquisire (ad esempio, dalla stampa specializzata) altre informazioni sulla consistenza del gruppo, sulla sede della società di riferimento, sui rapporti tra le società del gruppo, sulla ramificazione del gruppo all'estero;
- acquisire documentazione contabile ed extra contabile (ad esempio, corrispondenza) in sede di accesso presso la sede dei contribuenti italiani facenti parte del gruppo.

¹⁰ E, a maggior ragione, al fine di superare la presunzione relativa di sussistenza nel territorio italiano della residenza della partecipata estera *ex art. 73*, comma 5-*bis*, del Tuir. Cfr. P. Valente, *Holding, verifiche oltre confine*, in "Il Sole-24 Ore", Dossier, 19 novembre 2007, pag. 10.

- elemento soggettivo;
- elemento oggettivo;
- risultato raggiunto.

Dal punto di vista soggettivo, rileva indiscutibilmente **l'intenzione che ha guidato il comportamento del contribuente**, vale a dire il fatto che lo stesso sia stato o meno ispirato fin dall'inizio dall'intento (esclusivo o prevalente) di ottenere un risparmio d'imposta attraverso una specifica "costruzione" del gruppo imprenditoriale, la quale avrebbe di certo assunto una configurazione diversa se l'obiettivo non fosse stato l'attuazione del carico fiscale a livello consolidato. L'attitudine al minor sacrificio possibile è un fenomeno naturale. Nei sistemi fiscali avanzati la propensione del contribuente ad evitare esposizioni al "sacrificio tributario" si manifesta non tanto con azioni di frontale contrapposizione alle disposizioni fiscali, quanto piuttosto mediante comportamenti definibili (talora impropriamente) come elusivi.

Il contribuente adatta il proprio comportamento agli schemi giuridico-formali previsti dall'ordinamento tributario e, verificata la compatibilità degli stessi con il fine economico prefissato, effettua la scelta più vantaggiosa. Di fatto, un ordinamento che disponga trattamenti fiscali diversi per analoghe fattispecie ammette la facoltà di scelta; ciò non potrebbe essere altrimenti se non violando l'autonomia contrattuale del contribuente¹¹.

Nel primo caso, il contribuente può effettuare una scelta di secondo grado, conseguente ad una (consapevole) scelta primaria del legislatore: egli esercita, in pratica, un'opzione di sistema, coerente con le finalità di politica economica determinate dal legislatore. Tale opzione si esplica nell'esercizio di una legittima **facoltà di scelta**, rispondente a criteri di economicità (frutto appunto dell'economia di scelta) e si concretizza in un lecito risparmio d'imposta. L'economia di scelta si realizza quindi mediante opzioni offerte dall'ordinamento al contribuente, il cui esercizio consente, in via subordinata, la minimizzazione di oneri fiscali¹².

Nel secondo caso, la diversità di trattamento fiscale, lungi dal configurare una precisa volontà, è una sorta di refuso di sistema.

¹¹ Diffomità di trattamento possono derivare da un'espressa decisione del legislatore o, come in genere accade, scaturire da improvvide lacune proprie del sistema.

¹² Talora lo stesso legislatore incoraggia le scelte dei contribuenti, orientandoli verso determinate direzioni in funzione di specifici obiettivi di politica economica.

In ambito internazionale, invece, le opzioni legittime del contribuente possono essere esercitate con riferimento ad una molteplicità di ordinamenti tributari (esteri). Ne consegue che, ove la scelta imprenditoriale sia guidata da apprezzabili intenti, inaccettabile dovrà essere considerato l'eventuale sindacato che, su tali scelte, sia mosso da parte dell'Amministrazione finanziaria.

In altri termini, il contribuente potrà indicare, sulla base di dati di fatto:

- le motivazioni che hanno guidato la scelta territoriale, vale a dire del luogo di localizzazione degli enti giuridici che compongono il gruppo;
- la presenza di una concomitante scelta funzionale (o di "specializzazione" delle singole *legal entities*) nelle quali si articola il gruppo di imprese;
- le ragioni imprenditoriali¹³, che si esplicano nella gerarchia sottesa ai rapporti partecipativi e presiedono alla funzione svolta da ciascuna delle società nell'ambito del gruppo.

In ottica negativa, pertanto, il primo indice sintomatico dell'esistenza di una artificiosa residenza all'estero delle società controllate potrebbe essere considerata l'assenza di un apprezzabile ed effettivo interesse economico/gestionale alla costituzione di società estere e, per contro, l'intento di sottrarre i redditi d'impresa all'applicazione della legge tributaria dello Stato di effettiva residenza.

Sotto il profilo oggettivo, il più rilevante indice rivelatore della residenza in Italia dell'ente giuridico estero è rappresentato dall'assenza di autonomia – sotto il profilo organizzativo, amministrativo, finanziario e contabile – della società estera.

Per quanto attiene al risultato raggiunto, rileva il (più o meno significativo) risparmio d'imposta conseguito dal contribuente residente.

3.2. Il contenuto della prova

Come indicato dalla circ. n. 28/E del 2006, gli elementi (alternativi) di collegamento della *legal entity* estera, controllata da soggetto residente, al territorio dello Stato italiano, e, in particolare,

¹³ Nell'ordinamento italiano l'indagine sulla sostanza economica dell'operazione non sembra poter assumere un connotato oggettivo come invece avviene nei Paesi anglosassoni. Nel nostro Paese la condizione in esame pare piuttosto diventare il metro di valutazione del processo volitivo che ha spinto l'agente (il contribuente) al compimento di una scelta foriera di conseguenze apprezzabili sotto il profilo tributario.

della localizzazione dell'oggetto principale o all'esistenza dell'amministrazione, "devono essere valutati in base ad elementi di effettività sostanziale e richiedono – talora – complessi accertamenti di fatto del reale rapporto della società o dell'ente con un determinato territorio".

Con riguardo alle circostanze atte a dimostrare l'effettiva residenza all'estero degli enti giuridici controllati, dovrebbero costituire oggetto di prova:

- l'esistenza in Italia dell'**attività di direzione e coordinamento** dell'intero gruppo;
- l'esistenza nel territorio dello Stato estero della **sede di direzione amministrativa** della società partecipata.

Pertanto, oltre a dedurre elementi idonei a rappresentare l'effettiva sussistenza della sede amministrativa nel Paese di residenza, sarebbe opportuno dare evidenza degli elementi di fatto che integrano gli impulsi direttivi da parte della capogruppo italiana onde ricondurli al concetto di direzione e coordinamento del gruppo, piuttosto che al concetto di amministrazione separata di singole società del gruppo.

Direttive della holding di vertice e residenza delle partecipate estere

I temi della "direzione unitaria" dei gruppi d'impresa e dell'"attività di direzione e coordinamento" assumono indubbia rilevanza fiscale nel caso in cui le direttive impartite dalla *holding* capogruppo vengano qualificate come ingerenza gestionale ed amministrativa, se non sostituzione, nell'attività, anche specialistica, delle società estere.

A tale proposito, è opportuno considerare il contenuto dell'attività di direzione e coordinamento della società capogruppo, vale a dire se sono state impartite soltanto indicazioni strategiche nei confronti dell'intero gruppo, nonché indicazioni operative specifiche dirette alle *subholding* (ad esempio, movimentazioni finanziarie, sottoscrizione aumenti di capitale, eccetera), le quali tuttavia costituiscono momenti meramente applicativi ed attuativi delle strategie generali deliberate dalla capogruppo¹⁴.

Siffatta linea difensiva implica che gli atti, mediante i quali la *holding* di vertice impartisce le direttive per una direzione unitaria del gruppo d'impresе controllato, siano idonei a provare che

¹⁴ In tal caso, quelli che sono stati definiti genericamente "impulsi direttivi" vengono puntualmente qualificati come "direttive della controllante" e non come "attività di amministrazione della controllata".

essa non svolge attività imprenditoriale né in sostituzione né per usurpazione delle società partecipate estere, ma solo attività di coordinamento, gerarchicamente sovraordinata, rientrando nella nozione di attività di direzione e coordinamento *ex artt.* 2497 e seguenti del codice civile.

Con riferimento al contenuto delle direttive impartite dalla *holding* di vertice, l'Ocse, nel Commentario all'art. 4 del Modello di Convenzione¹⁵, ha precisato che l'attività di direzione è esclusa in favore di quella di direzione e coordinamento, ove gli impulsi direttivi impartiti consistano in meri **atti di orientamento e direzione** dell'attività di un gruppo societario e non, quindi, in atti di concreta amministrazione riferiti ad una specifica operazione societaria.

Con riguardo alla forma, si rileva come l'attività di direzione e coordinamento da parte del capitale di controllo si estrinsechi, oltre che nell'esercizio del diritto di voto nelle assemblee delle società controllate, in una serie di atti confidenziali non compiutamente tipizzabili, scaturenti dal sottostante rapporto fiduciario intercorrente tra il capitale di controllo e gli amministratori delle società controllate.

La valutazione in merito a contenuto e forma delle direttive impartite dalla *holding* di vertice va effettuata, di volta in volta, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto¹⁶.

Altro aspetto di rilievo attiene alla considerazione secondo la quale le direttive, in quanto informali e fondate sul sottostante rapporto di fiducia (di mero fatto), non sono giuridicamente coercibili da parte di chi le impartisce. Del resto, se esse si sostanziassero in un'attività di amministrazione della partecipata estera da parte del-

¹⁵ Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Ipsoa, Milano, 2008.

¹⁶ A titolo esemplificativo, la natura ed i caratteri degli impulsi direttivi e dei loro indici documentali potrebbero coinvolgere:

- aspetti relativi all'organizzazione strutturale del gruppo ed a rapporti tra più società del gruppo;
- risvolti concreti relativi ad una determinata operazione di una controllata estera;

e potrebbero consistere:

- in prospetti di organizzazione del gruppo;
- appunti manoscritti;
- *e-mail* dal carattere più o meno dispositivo.

In talune circostanze, si potrebbe sostenere che la documentazione (i.e., *e-mail*, appunti autografi, bozze di progetti di riorganizzazione) sia riferibile, almeno per la maggior parte, ad una pianificazione generale dell'intero gruppo, o di parti di esso, e non ai dettagli operativi della gestione delle singole società controllate.

la capogruppo italiana, dovrebbero essere contenute in atti formali di immediata applicazione e caratterizzati dalla necessaria coercibilità giuridica nei confronti della società estera¹⁷.

L'effettiva esistenza all'estero dell'amministrazione

Al fine di dimostrare l'effettiva sussistenza all'estero della sede dell'amministrazione della partecipata estera, secondo Assonime, sarebbe necessario fornire prova sull'assenza di un "attendibile collegamento territoriale con l'Italia". Non sarebbe, invece, necessario estendere la prova a tutti i profili di estraneità della sede amministrativa del soggetto estero rispetto al territorio dello Stato¹⁸.

In altri termini, si dovrebbero considerare, tra gli altri, i seguenti elementi di fatto:

- l'attività del consiglio di amministrazione e le assemblee dei soci sono svolte con regolarità;
- le riunioni del consiglio di amministrazione sono tenute presso la sede sociale (eventualmente con riunioni in tele/videoconferenza) e la partecipazione dei diversi consiglieri è opportunamente documentata (biglietti di viaggio, prenotazioni alberghiere, eccetera);
- la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione (o dei consiglieri delegati) 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 (evitando che i consiglieri residenti in un Paese diverso da quello ove è localizzata la sede legale della società esercitino il loro potere di firma all'interno del territorio di tale primo Paese);
- la gestione operativa è effettuata sul posto e le deleghe rilasciate a soggetti terzi residenti in Paesi diversi da quello ove è localizzata la se-

de della società hanno contenuti non troppo estesi e onnicomprensivi.

Sotto il profilo organizzativo e funzionale, si evidenzia l'opportunità di predisporre adeguata documentazione idonea a provare:

- effettività degli insediamenti produttivi/commerciali all'estero e delle ragioni imprenditoriali sottese agli stessi¹⁹;
- presenza di soci di minoranza nella catena di controllo ed esistenza di accordi parasociali²⁰;
- modello organizzativo e funzionale del gruppo d'impresе del quale le società estere fanno parte, con evidenza della "specializzazione" di queste ultime, non solo in senso geografico, ma anche strategico ed economico rispetto alla capogruppo ed alle altre consociate;
- descrizione dei flussi informativi e contrattuali *intercompany*, dalla quale potrebbe desumersi la (pressoché) totale indipendenza economica delle partecipate estere rispetto alla *holding*;
- esistenza (o meno) di sistemi di tesoreria centralizzata (c.d. *cash pooling*), rilevanti ai fini della dimostrazione dell'autonomia finanziaria delle società estere rispetto all'ente controllante;
- grado di autonomia gestionale dei soggetti preposti all'attività d'impresa all'estero (c.d. *country managers*), in termini di organizzazione del personale, di poteri di spesa (in ottica finanziaria), di approvvigionamento (acquisti) e di negoziazione di contratti con i clienti esteri.

Se il soggetto estero si caratterizza quale **holding mista**, vale a dire come impresa che, oltre a detenere partecipazioni di controllo in una società italiana, esercita all'estero un'attività industriale, commerciale o finanziaria, può ritenersi che la sua sede amministrativa sia situata prevalentemente all'estero, dove si svolge la gestione

¹⁷ In tale ipotesi, inoltre, le direttive sarebbero formalizzate all'estero dagli amministratori della partecipata e tale formalizzazione equivarrebbe, per questi ultimi, ad un'assunzione di responsabilità in relazione alle operazioni svolte (tale responsabilità scaturisce dagli obblighi che essi hanno, secondo la rispettiva legislazione di riferimento, quali amministratori di un ente giuridicamente autonomo rispetto alla capogruppo). Ecco che la non coercibilità delle direttive e la loro formalizzazione soltanto all'estero da parte degli amministratori, con la conseguente assunzione di responsabilità, potrebbe far ritenere che questi ultimi esplicano un'attività decisoria effettiva, idonea ad escludere l'ipotesi di una amministrazione italiana della partecipata estera.

¹⁸ Cfr. paragrafo 4.2 della circ. dell'Assonime n. 67 del 31 ottobre 2007.

¹⁹ Come sottolineato dalla Commissione europea nella COM(2007)785, "per garantire che transazioni e insediamenti effettivi non vengano indebitamente sanzionati è essenziale che, ove si presuma l'esistenza di una costruzione di puro artificio, il contribuente sia messo in grado, senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale transazione è stata conclusa".

²⁰ Come osservato da Assonime nella circ. n. 67 del 31 ottobre 2007, nota n. 62, "nel caso di *joint ventures* in cui intervengono con rapporti di forza significativi soggetti esteri terzi, è di per sé dubbio, in generale, che la localizzazione all'estero sia priva di effettività economica e che si giustifichi, perciò ... l'operatività di una presunzione di residenza".

operativa. In tale ipotesi, la prova potrebbe essere integrata invocando validamente l'effettiva localizzazione dell'attività principale all'estero, la quale è connessa, nella maggior parte dei casi, all'assunzione *in loco* delle decisioni gestionali²¹. Analoghe considerazioni dovrebbero valere nell'ipotesi di società operative (commerciali/industriali) localizzate all'estero.

Altra ipotesi è quella delle *holding* estere di gestione, vale a dire delle *holding* che svolgono concretamente un'attività di direzione e coordinamento delle società partecipate, fornendo servizi ausiliari di finanziamento e di amministrazione. In tal caso, sottolinea l'Assonime, la prova può essere fornita facendo rilevare, da un lato, che l'attività svolta dalla *holding* è attività economica autonoma rispetto a quella delle partecipate, dall'altro che il luogo in cui si svolge tale attività è situato all'estero²².

La prova assume, infine, caratteristiche peculiari con riferimento alle c.d. **holding passive**, vale a dire alle *holding* che si limitano a detenere partecipazioni in società residenti in Italia, mentre non svolgono alcuna attività economica di rilievo all'estero. Tali *holding* solitamente sono caratterizzate da carenza di struttura organizzativa apprezzabile di cui possa essere verificata la localizzazione. A causa dell'eventuale assenza di significative strutture materiali od organizzative dovrebbe essere necessariamente fornita la prova piena, vale a dire:

- in **negativo**, la prova dell'inesistenza degli elementi costitutivi della sede dell'amministrazione in Italia, ovvero,
- in **positivo**, la prova della localizzazione della sede dell'amministrazione all'estero, dando dimostrazione della sussistenza dei presupposti (i.e., il luogo degli atti volitivi è radicato all'estero per la maggior parte del periodo di imposta)²³.

²¹ Cfr. paragrafo 4.2 della circ. dell'Assonime n. 67 del 31 ottobre 2007.

²² Cfr. paragrafo 4.2. della circ. dell'Assonime n. 67 del 31 ottobre 2007, dove peraltro si precisa che a tal fine "pare assumere rilievo la circostanza che, ufficialmente, gli atti negoziali attraverso i quali viene posta in essere l'attività di direzione e coordinamento siano compiuti all'estero. Anche la Commissione Biasco ... ha posto l'accento ... sulla possibilità di superare la presunzione assumendo come riferimento il luogo di assunzione degli atti ufficiali di gestione, senza la necessità di risalire al luogo in cui si è formata la relativa volontà".

²³ Nella circ. dell'Assonime n. 67 del 31 ottobre 2007, paragrafo 4.2., si precisa che si giungerebbe, "assumendo un'impostazione così rigorosa, ad una sorta di automatica statuzione di fittizietà delle *holding* passive costituite all'estero,

4. Argomentazioni della verifica

Nell'ipotesi in cui, disattendendo le istruzioni contenute nella più volte richiamata circ. n. 28/E del 2006, i verificatori non svolgano in concreto alcuna approfondita indagine in ordine alla particolare tipologia dell'attività d'impresa svolta dal gruppo, in generale, e dalla/e società estera/e, in particolare, né assumano (e/o richiedano alla direzione di gruppo) documenti comprovanti non solo l'esistenza di un'organizzazione di uomini e mezzi idonea all'esercizio *in loco* dell'attività d'impresa, ma anche il grado di autonomia giuridica, contrattuale, finanziaria e, soprattutto, funzionale della *legal entity* estera rispetto al soggetto controllante italiano, il contribuente potrebbe fondatamente rilevare, in sede amministrativa e/o contenziosa, che:

- non risulta effettuata da parte dei verificatori alcuna attività istruttoria in ordine agli aspetti sostanziali da considerare nella valutazione della residenza di una società. Ne deriva che le acquisizioni probatorie in sede di verifica da parte dei verificatori sarebbero quantomeno parziali e dovrebbero essere integrate (e confermate) dall'esame di elementi concreti (ad esempio, svolgimento di attività d'impresa *in loco*, personale assunto, eccetera);
- la società partecipata estera oggetto di verifica ha adottato proprie determinazioni comportamentali – sia pur nell'ambito delle strategie generali dettate dalla *holding* capogruppo – ed ha concorso, con propria autonoma scelta volitiva, alla determinazione dei comportamenti propri e del gruppo. Andrebbe chiaramente dimostrato, in particolare, che, in virtù dell'autonomia funzionale, organizzativa e finanziaria che contraddistingue la società estera, il *management* di questa, pur nel rispetto (gerarchico) delle strategie generali del gruppo di appartenenza ed al fine di dare attuazione alle stesse, ha in concreto esercitato la verifica della compatibilità dei comportamenti da adottare con il quadro normativo locale, con la struttura e le disponibilità finanziarie della società, con i rapporti con i locali istituti di credito, eccetera;
- la presenza degli impulsi direttivi impartiti dalla *holding* di vertice nei confronti della partecipata estera è giustificata, di per sé, alla luce dell'appartenenza di quest'ultima al medesimo gruppo societario.

secondo un'impostazione che ... divergerebbe senz'altro dalla prospettiva assunta in questo contesto dal legislatore".

Tra le possibili argomentazioni che i verificatori potrebbero porre a fondamento del processo verbale di verifica vi sarebbero i seguenti elementi, basati sull'analisi della successiva documentazione, (potenzialmente) rinvenibile in sede di accesso presso la sede della capogruppo:

- contrattualistica *intercompany*;
- corrispondenza elettronica (*e-mail*), avente il contenuto più vario (verosimilmente anche quello contraddistinto dai maggiori profili di criticità).

Con particolare riferimento alla contrattualistica *intercompany* riguardante i servizi²⁴, andrebbe rilevato, in sede amministrativa e/o contenziosa, che:

- le società partecipate estere non sono “costrette” ad avvalersi dei servizi infragruppo erogati dalla *holding*; esse, al contrario, proprio in virtù dell'autonomia giuridica ed organizzativa di cui godono, sono in grado di approvvigionarsi sul mercato acquistando da soggetti terzi servizi similari a quelli acquistati dalla capogruppo (**autonomia contrattuale sotto il profilo qualitativo**);
- le società partecipate estere non acquistano servizi regolati dalla contrattualistica *intercompany* per importi quantitativamente rilevanti, se confrontati con i costi dalle stesse complessivamente sostenuti per l'esercizio dell'attività commerciale. Tale circostanza sarebbe idonea a dimostrare l'**autonomia contrattuale** delle partecipate estere anche sotto il **profilo quantitativo**.

5. Lo schema multi-test

Sotto il profilo probatorio, sia l'Amministrazione finanziaria che il contribuente – ciascuno orientato al conseguimento di un obiettivo opposto

²⁴ Per quanto attiene alla (talvolta ipotizzata) dipendenza delle società partecipate estere anche sotto il profilo della potestà a concludere, in autonomia, contratti con soggetti terzi, andrebbe rilevato, in sede amministrativa e/o contenziosa, che la *holding* italiana, come è prassi nei gruppi multinazionali, fornisce, a livello centrale, assistenza contrattuale alle società controllate mediante il proprio ufficio legale (se esistente), a fronte di specifico addebito di servizi. Andrebbe precisato che quest'ultimo – non potendo essere in grado di conoscere nel dettaglio i differenti ordinamenti giuridici degli Stati in cui opera ciascuna delle consociate – si limita ad erogare consulenza a supporto delle negoziazioni (soprattutto con riferimento alle acquisizioni societarie e/o alla stipulazione dei più importanti contratti commerciali), garantendo il rispetto di uniformi criteri contrattuali all'interno del gruppo.

rispetto a quello della controparte – dovrebbero seguire un percorso logico-probatorio articolato attraverso la dimostrazione dei seguenti tre *tests*, tutti vertenti su circostanze di fatto:

- esistenza/inesistenza di un'effettiva attività imprenditoriale (industriale, commerciale, di servizi) svolta dalla società estera partecipata dal soggetto italiano nel luogo (*rectius*, nello Stato o territorio) in cui questa è incorporata (c.d. **business activity test**);
- esistenza/inesistenza di un'effettiva organizzazione di uomini e mezzi idonea allo svolgimento della predetta attività d'impresa (c.d. **organization test**);
- valutazione delle ragioni economiche che hanno indotto il soggetto controllante italiano a svolgere attività d'impresa all'estero costituendo specifiche *legal entities* (c.d. **motive test**).

Vediamo nel dettaglio come dovrebbero atteggiarsi in concreto i predetti *tests*.

5.1. Il c.d. *business activity test*

Descrizione del gruppo

Nell'ambito di apposito documento (c.d. *group policy*), si dovrebbe procedere ad una dettagliata descrizione della storia e della configurazione del gruppo d'impresе (ad esempio, struttura societaria guidata da una *holding* pura o mista²⁵ di diritto italiano, quotata o non quotata, che controlla e coordina altre società operative²⁶ localizzate all'estero).

Appare utile, ai fini della comprensione del concreto atteggiarsi dell'organizzazione interna del gruppo (e, conseguentemente, della funzione svolta dalle singole società partecipate estere, come singole entità e nell'economia del gruppo), soffermarsi sulla descrizione delle attività svolte, per procedere successivamente all'analisi del modello organizzativo adottato a livello del gruppo e nelle singole *legal entities* estere.

La descrizione dettagliata del modello organizzativo adottato dal gruppo è essenziale al fine di (di)mostrare:

²⁵ Ad esempio, la *holding* svolge, *in primis*, attività commerciale e/o produttiva per il proprio mercato di riferimento (il mercato italiano), di fornitura di servizi centrali (e di supporto) nei confronti delle società controllate, oltre alla funzione di *holding* di gestione delle partecipazioni nelle società del gruppo (alcune delle quali, nell'esempio considerato, localizzate all'estero).

²⁶ Ad esempio, le società operative estere svolgono una funzione essenziale di presidio commerciale dei rispettivi mercati e dei prodotti, nell'ambito delle linee guida strategiche indicate dalla *holding* capogruppo italiana.

- la volontà di presidiare, nella maniera più efficace possibile, i diversi mercati, come è peraltro consueto in tutti i gruppi multinazionali;
- che specifiche previsioni normative vigenti negli ordinamenti degli Stati nei quali il gruppo opera, rendono necessaria, al fine di sviluppare l'attività d'impresa su mercati diversi da quello italiano, la costituzione di filiali autonome e pienamente operative nella forma di società di capitali, come tali regolate dagli ordinamenti localmente vigenti.

Descrizione della filiale

Successivamente, si dovrebbe procedere alla descrizione dell'attività d'impresa svolta dalla società estera oggetto di verifica (e presunta esterovestita), con proprio patrimonio investito esclusivamente all'estero, onde verificare le seguenti circostanze di fatto:

- disponibilità di una sede localizzata nello Stato estero, detenuta in base ad idoneo titolo giuridico (contratto di locazione o contratto di acquisto);
- presenza di idonea struttura organizzativa locale, nonché di regolari contratti relativi ad utenze;
- amministrazione della società estera da parte di un soggetto fiscalmente residente nel medesimo Stato di residenza della stessa società o in altro Stato;
- numero di impiegati effettivamente assunti alle dipendenze della società estera e stipulazione di idonee coperture assicurative e previdenziali;
- regolare deposito dei bilanci d'esercizio relativi alle annualità oggetto di verifica, secondo le regole previste dall'ordinamento giuridico di appartenenza;
- regolare tenuta della contabilità secondo le norme dell'ordinamento di appartenenza e regolare presentazione delle dichiarazioni fiscali ai fini delle imposte dirette e dell'Iva (se prevista nello Stato estero) secondo le regole tributarie vigenti nello Stato di residenza;
- prevalenza dello svolgimento dell'attività commerciale/produttiva nel Paese di residenza.

5.2. Il c.d. *organization test*

Per quanto attiene al *test* in oggetto, si dovrebbe verificare che ciascuna società estera preveda la presenza di un *country manager*, effettivamente operante nel Paese e responsabile del *business* locale (anche nei rapporti con la capogruppo), nonché di un *chief financial officer* (CFO) re-

sponsabile delle attività e dei flussi di carattere finanziario.

Inoltre, si dovrebbe verificare quanto segue:

- (più o meno) ampia autonomia di spesa dei *country managers* e dei CFOs locali (ovviamente, adeguata alle dimensioni di ogni singola società), secondo un articolato sistema di deleghe interne;
- grado di dipendenza della filiale estera sotto il profilo finanziario. Sotto tale profilo rileva la circostanza che il CFO di gruppo disponga o meno dei poteri di firma e di controllo dei conti correnti bancari delle società partecipate, ovvero si limiti a svolgere solo attività di (necessario) coordinamento finanziario della tesoreria svolta da tutte le società del gruppo;
- esistenza o meno, nell'ambito del gruppo, di un sistema di tesoreria centralizzata²⁷ (c.d. *cash pooling* o meccanismi compensativi similari).

La descrizione del modello di sviluppo del gruppo dovrebbe (consentire di) individuare il grado di decentramento presso le singole società estere delle funzioni commerciali, finanziarie ed amministrative. Inoltre, in presenza di *shared services* erogati dalla capogruppo e/o contratti *intercompany*, occorre verificare il grado di autonomia negoziale, sotto il profilo quantitativo, delle società estere, vale a dire se esse sono, comunque, sostanzialmente autonome anche nel decidere di approvvigionarsi sul mercato, acquistando da soggetti terzi servizi similari a quelli acquistati dalla capogruppo.

5.3. Il c.d. *motive test*

Il *test* in esame ha ad oggetto la verifica delle motivazioni economiche che hanno indotto il gruppo a costituire *legal entities* in diversi Paesi esteri, con particolare riferimento a:

- legislazione locale;
- regole del mercato in cui il gruppo opera;
- comportamenti dei gruppi multinazionali concorrenti di quello oggetto di verifica.

In sintesi, occorre verificare, in particolare, che:

- lo Stato di residenza della società estera disponga o meno di un regime fiscale privilegiato ("paradiso fiscale");

²⁷ L'inesistenza di tali sistemi potrebbe significare che i flussi finanziari (attivi e passivi) delle società partecipate sono integralmente ed autonomamente gestiti dai CFOs locali, nei limiti delle correlate responsabilità di spesa e del necessario coordinamento di gruppo.

- il Paese di residenza della società estera sia o meno Stato membro dell'Unione europea;
- lo Stato di residenza della società estera abbia o meno in vigore con l'Italia una convenzione internazionale contro le doppie imposizioni, con scambio di informazioni senza limitazioni;
- il predetto Stato abbia aliquota fiscale assimilabile a quella in vigore in Italia per i soggetti Ires.

Con riferimento alla singola filiale estera, vanno valutate le seguenti circostanze:

- beneficio di *tax ruling* per la determinazione concordata della base imponibile;
- riconoscimento o meno di aliquote fiscali effettive di favore, ottenute mediante disposizioni amministrative individualmente concesse;
- presenza o meno di aiuti di qualsivoglia natura, contributi o sovvenzioni dallo Stato di appartenenza.
- risultato in utile o perdita negli esercizi oggetto di verifica, nonché presenza o meno di perdite fiscali pregresse riportabili (c.d. *carry forward losses*).

6. La documentazione contabile oggetto di verifica

Vale la pena, in questa sede, svolgere alcune sintetiche riflessioni circa uno dei rilievi formali che l'organo verificatore è solito contestare in casi simili a quello che ci occupa, suscettibile di determinare conseguenze tributarie di natura sostanziale.

Con particolare riferimento all'ipotesi di una verifica tributaria orientata alla riqualificazione della residenza fiscale di un soggetto estero in Italia, l'organo verificatore potrà non essere in grado di rinvenire, in sede di accesso, la documentazione contabile e fiscale (solitamente, in caso di controllate estere, presso la sede della controllante italiana sono disponibili i bilanci d'esercizio, necessari unicamente per la redazione del bilancio consolidato).

6.1. Rifiuto di esibizione documentale

Riferimenti normativi

Secondo il disposto dell'art. 52, comma 5, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, applicabile anche in materia di imposte sui redditi per effetto del rinvio operato dall'art. 33 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, i libri, i registri, le scritture ed i documenti di cui viene rifiutata l'esibizione da parte del contribuente non possono essere presi

in considerazione, a favore del contribuente medesimo, ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa; per rifiuto di esibizione si intendono anche le dichiarazioni di non possedere libri, registri, documenti e scritture e/o la sottrazione degli stessi al controllo.

In linea di principio, sembrerebbero esulare dall'operatività delle disposizioni dinanzi citate, con conseguente possibilità di essere presi in considerazione anche a favore del contribuente, i documenti la cui **tardiva esibizione** non derivi da un espresso rifiuto, bensì da una situazione di temporanea indisponibilità del documento per forza maggiore o altra causa non imputabile al soggetto (ad esempio, documenti trafugati e poi ritrovati oppure dispersi per eventi naturali), oppure imputabile a sua mera colpa (ad esempio, ritrovamento di documenti smarriti per negligenza custodia o non tempestivamente rintracciati a motivo dell'imperizia o della distrazione nella loro archiviazione).

Riferimenti giurisprudenziali

Sulla questione appare utile richiamare l'orientamento della giurisprudenza di merito e di legittimità. In particolare:

- la Comm. trib. centr., Sez. XI, con dec. n. 1443 del 4 maggio 1994 (in banca dati "fisconline"), ha statuito che, ai fini della decadenza dalla possibilità di successiva esibizione, il rifiuto di consegnare i documenti, in sede di accesso, verifica o ispezione disposta dagli uffici, postula l'intenzionalità del comportamento del contribuente e non è perciò ravvisabile in un'ipotesi di momentanea irreperibilità, anche per impedimento proveniente da un terzo, dei documenti medesimi, precisando che se il legislatore, nel formulare il disposto di cui all'art. 52, avesse voluto contemplare anche i comportamenti colposi (oltre a quelli dolosi) si sarebbe espresso con una diversa formulazione della norma, a contenuto decisamente più generico, evitando cioè di specificare quali singole ipotesi precludono il prendere in considerazione la documentazione esistente, non esibita in verifica²⁸;
- la Comm. trib. centr., Sez. XXVII, con la dec. n. 5117 del 23 ottobre 1997 (in banca dati "fisconline"), ha affermato che il divieto di prendere in considerazione – in sede ammini-

²⁸ Il divieto di successiva esibizione, pertanto, deve discendere da circostanze che dimostrino inequivocabilmente la volontà o l'intenzione, da parte del contribuente, di sottrarre la documentazione.

strativa o contenziosa – libri, scritture e documenti di cui sia stata rifiutata l'esibizione, non può applicarsi quando debba ritenersi esclusa o non provata l'ipotesi di rifiuto, giacché la documentazione, al tempo dell'ispezione, risultava non essere nell'immediata disponibilità del contribuente;

- la Corte Cass., Sez. I, con sent. n. 2058 del 9 maggio 1997, ha affermato che, in assenza di una specifica attestazione dell'esplicito rifiuto di esibizione, il semplice comportamento reticente, adottato nel corso dell'ispezione, non è sufficiente per ritenere applicabile l'art. 52, comma 5, del D.P.R. n. 633/1972, non imponendo la legge alcun obbligo di collaborazione al soggetto sottoposto ad ispezione fiscale.

La stessa Suprema Corte, SS.UU. civ., con la sent. n. 45 del 25 febbraio 2000 (in *"il fisco"* n. 30/2000, pag. 9687), ha:

- evidenziato preliminarmente come dal dettato dell'art. 52, comma 5, del D.P.R. n. 633/1972 emergano, quale componente oggettiva della fattispecie astratta ivi contemplata, non già tre comportamenti del contribuente tra loro distinti, ma uno solo, rappresentato dal rifiuto di esibizione, del quale la dichiarazione di non possedere e la sottrazione dei documenti sono solo forme ritenute per legge sintomatiche del rifiuto medesimo²⁹;
- precisato come, ai fini dell'operatività della disposizione in parola, sia necessaria la ricorrenza non solo dell'elemento oggettivo (il rifiuto), ma anche di quello soggettivo, rappresentato dalla volontarietà della condotta, con la conseguenza che la mancata esibizione dei documenti deve derivare da un comportamento cosciente e volontario del contribuente, caratterizzato dall'intenzione di sottrarre documenti all'ispezione.

Ancora, la Cass., Sez. I, con la sent. n. 13404 del 1° dicembre 1999 (in banca dati *"fisconline"*), ha ulteriormente ribadito come il suo orientamento prevalente in materia "postula l'intenzionalità del comportamento del contribuente, non essendo sufficiente, a tal fine, neppure la sua dichiarazione, dovuta a mera negligenza, di non essere in grado di reperire, al momento, i documenti".

²⁹ Ne consegue che, a prescindere dalle modalità con cui tale comportamento viene posto in essere, l'elemento oggettivo della predetta fattispecie è rappresentato esclusivamente dal rifiuto.

Corre l'obbligo di rilevare che, poiché il rifiuto di esibizione di documenti è descritto in maniera analoga sia nel citato art. 52, comma 5, del D.P.R. n. 633/1972, sia nella previsione sanzionatoria di cui all'art. 9, comma 2, del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, appare lecito, come affermato in dottrina, sostenere che le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza sopra richiamata, con riferimento alla prima norma, possono essere adattate anche alla seconda previsione normativa.

Con riferimento alla peculiare posizione in cui potrebbe trovarsi il soggetto estero in sede di verifica presso la (ritenuta) sede amministrativa italiana (normalmente coincidente con quella del soggetto controllante), si può rilevare che l'eventuale mancata esibizione della documentazione in sede di verifica, sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale sopra sintetizzata, non dovrebbe ostacolare l'utilizzo della documentazione medesima in fase di accertamento in sede amministrativa e contenziosa da parte del soggetto estero, a condizione che, oltre all'**elemento oggettivo** della fattispecie (il rifiuto), manchi altresì l'**elemento soggettivo** (l'intenzione di sottrarre i documenti).

Appare chiaro che la documentazione (contabile) relativa al soggetto verificato non può ragionevolmente essere, nell'immediatezza, nella disponibilità del soggetto estero verificato in Italia, in quanto la stessa è tenuta presso la sede della società estera secondo le regole (civilistiche e fiscali) dell'ordinamento dello Stato nel cui territorio la società stessa è residente.

7. Conclusioni

Da quanto sopra esposto deriva che, ai fini della individuazione della residenza fiscale in Italia, la sede dell'effettiva amministrazione di una società costituita ed operante all'estero, secondo il chiaro orientamento espresso dall'Amministrazione finanziaria italiana, va individuata nel "luogo ove è esercitata l'attività principale", vale a dire nel territorio dello Stato (inteso in senso spaziale) nel quale la società conduce, mediante idonea organizzazione d'impresa, l'attività economica.

Tale orientamento è, del resto, coerente con quanto affermato dall'Italia in sede di considerazioni del paragrafo 25 delle "Osservazioni sul commentario OCSE" (art. 4), a mente delle quali, si ricorda, "nel determinare la sede di direzione effettiva, deve essere preso in considerazione

il luogo ove l'attività principale e sostanziale dell'ente è esercitata³⁰.

Sotto il profilo pratico, per effettuare tali valutazioni è imperativo fare riferimento ai seguenti elementi indicatori:

- **aspetti di natura formale**, atti, di per sé, a dimostrare la mancanza di elementi superficiali di presenza sul territorio (estero);
- **aspetti di tipo sostanziale**, vale a dire fatti e circostanze incontrovertibili che comprovino, oltre ogni ragionevole dubbio, l'assenza di autonomia giuridica, contrattuale, finanziaria e, soprattutto, funzionale della *legal entity* estera rispetto al soggetto partecipante italiano.

I predetti concetti traspaiono altresì dall'orientamento della Commissione europea, la quale afferma che l'indagine in ordine all'applicazione delle disposizioni antiabuso (i.e., antielusive, quale quella sulla residenza fiscale dei contribuenti) non può prescindere dall'analisi delle motivazioni economiche sottostanti alla localizzazione dell'attività d'impresa all'estero, dovendosi, pertanto escludere ipotesi di "esterovestizione" in presenza di fondate ragioni imprenditoriali e di insediamenti produttivi e/o commerciali all'estero.

La **giurisprudenza comunitaria**³¹, in senso conforme (cfr. per tutte la sentenza Cadbury Schweppes)³², ha statuito che "affinché la restri-

zione alla libertà di stabilimento possa ritenersi giustificata dall'esigenza di contrastare pratiche abusive, tale restrizione deve avere come obiettivo la prevenzione di quelle pratiche che implicano la creazione di strutture fittizie le quali non riflettono la realtà economica [della società]".

maggioranza del capitale sociale, è considerata società trasparente. Gli utili da essa prodotti vengono attribuiti alla società madre ed inclusi nella sua base imponibile, indipendentemente dalla loro distribuzione. La normativa CFC britannica si applica allorché la controllata estera operi in un Paese in cui il livello di tassazione è inferiore (di tre quarti) a quello rinvenibile nel Regno Unito.

La società *Cadbury Schweppes*, con sede nel Regno Unito, riveste il ruolo di controllante di un gruppo con filiali nel Regno Unito, nell'UE ed in Paesi terzi. Il gruppo comprende anche due società controllate indirettamente al 100%: *Cadbury Schweppes Treasury Services* (CSTS) e *Cadbury Schweppes Treasury International* (CSTI), con sede in Irlanda. Le attività delle controllate irlandesi consistono nel raccogliere fondi destinati alle controllate del gruppo *Cadbury Schweppes*. Esse beneficiano del regime di tassazione particolarmente vantaggioso riservato alle finanziarie di gruppo dalla normativa irlandese.

Secondo il giudice del rinvio, *Cadbury Schweppes* ha costituito CSTS per i tre seguenti motivi: in primo luogo, per ovviare a un problema di diritto tributario canadese avvertito da residenti canadesi titolari di azioni preferenziali di *Cadbury Schweppes*; in secondo luogo, per evitare di dover ottenere l'autorizzazione della Tesoreria del Regno Unito a contrarre prestiti per l'estero e, in terzo luogo, per ridurre la ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti, avvalendosi della Direttiva 23 luglio 1990, n. 90/435/CEE. Tali obiettivi sarebbero stati raggiunti anche qualora CSTS avesse avuto sede nel Regno Unito. *Cadbury Schweppes*, inoltre, ha costituito CSTS e CSTI, controllate residenti in Irlanda ai fini fiscali, unicamente affinché le loro attività di finanziamento del gruppo potessero beneficiare del regime dell'*International Financial Services Centre* (IFSC) previsto dalla legislazione irlandese, sottraendosi così a tassazione nel Regno Unito. Tenuto conto dell'aliquota fiscale applicata alle società costituite secondo il regime IFSC, gli utili conseguiti da CSTS e da CSTI risultano soggetti a un livello di tassazione inferiore ai fini della legislazione CFC. *Cadbury Schweppes* impugna il provvedimento con il quale il Fisco britannico ha richiesto il pagamento della somma di GBP 8.638.633,54 (a titolo di imposta societaria sugli utili realizzati da CSTI nell'esercizio terminato il 28 dicembre 1996) dinanzi agli *Special Commissioners*, sostenendo che la legislazione britannica CFC è contraria alla libertà di stabilimento sancita dall'art. 43, alla libera prestazione di servizi di cui all'art. 49 e alla libera circolazione dei capitali enunciata all'art. 56 del Trattato UE. L'avviso d'accertamento ha riguardato solo gli utili realizzati da CSTI giacché, per quel periodo, CSTS aveva subito perdite.

A parere della Corte comunitaria, le società irlandesi controllate da *Cadbury Schweppes* possono avvalersi della tutela loro riconosciuta dagli artt. 43 e 48 del Trattato UE, in quanto esercitino effettivamente un'attività economica in Irlanda. Nella decisione di *Cadbury Schweppes* di costituire proprie controllate sul territorio irlandese solo per usufruire di un regime fiscale più favorevole, non si individua un abuso del principio della libertà di stabilimento.

³⁰ Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit.

³¹ Sul piano comunitario non è rinvenibile una definizione di "sede di direzione effettiva" ovvero di sede dell'amministrazione di una società autonoma e distinta da quella di cui all'art. 4 del Modello di Convenzione dell'Ocse. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., commenti all'art. 4.

³² Causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd V. Commissioners of Inland Revenue*, sentenza del 12 settembre 2006 (in "il fisco" n. 36/2006, fascicolo n. 2, pag. 5502) (cfr. P. Valente, *Fiscalità sovranazionale*, Milano, 2008, pag. 368). Oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale, formulata dal giudice del rinvio contro la decisione dell'Amministrazione finanziaria britannica (*Special Commissioners*) in data 26 giugno 2004, è la conformità con il principio di libertà di stabilimento di cui agli artt. 43 e 48 del Trattato UE della legislazione CFC del Regno Unito. Secondo la normativa CFC britannica (in vigore all'epoca dei fatti), una società fiscalmente residente nel Regno Unito è soggetta a tassazione per i redditi conseguiti all'estero tramite stabili organizzazioni, nonché per i dividendi distribuiti da società estere nelle quali detiene una partecipazione. In generale, la società madre residente nel Regno Unito non è tassata per gli utili prodotti dalle controllate estere, né sui dividendi distribuiti da controllate residenti. Una società estera, controllata da una società britannica che ne detiene la

Sotto il profilo probatorio, secondo schemi di derivazione anglosassone, sia l'Amministrazione finanziaria che il contribuente, devono fornire la dimostrazione di circostanze di fatto attraverso i seguenti *tests*:

- esistenza/inesistenza di un'effettiva attività imprenditoriale (industriale, commerciale, di servizi) svolta dalla società estera partecipata dal soggetto italiano nel luogo (*rectius*, nello Stato o territorio) in cui questa è incorporata (c.d. *business activity test*);
- esistenza/inesistenza di un'effettiva organizzazione di uomini e mezzi idonea allo svolgimento della predetta attività d'impresa (c.d. *organization test*);
- valutazione delle ragioni economiche che hanno indotto il soggetto controllante italiano a svolgere attività d'impresa all'estero costituendo specifiche *legal entities* (c.d. *motive test*).

Più in dettaglio, nell'ambito dei *tests* sopra individuati, il contribuente italiano (*holding* capogruppo) potrebbe – in via esemplificativa – fornire i seguenti elementi:

- il modello organizzativo del gruppo evidenzia l'**indipendenza delle singole società estere** a livello di funzioni commerciali, finanziarie ed amministrative, a fronte della quale la struttura di vertice svolge le necessarie funzioni di direzione e coordinamento;
- ogni società estera è dotata delle funzioni aziendali necessarie alla **conduzione autonoma** del *business* per la propria area geografica di competenza, prevede la presenza di un *country manager*, effettivamente operante nel Paese e responsabile del *business* locale (anche nei rapporti con la capogruppo), nonché di un CFO responsabile delle attività e dei flussi di carattere finanziario, entrambi dotati di ampia autonomia di spesa (ovviamente, adeguata alle dimensioni di ogni singola società);
- ogni società estera non è stata costituita all'estero per "**puro artificio**"³³.

³³ Secondo la sentenza *Cadbury Schweppes*, la lotta all'evasione fiscale può considerarsi ragione di interesse generale tale da giustificare un ostacolo alla libertà di stabilimento, in quanto persegue la finalità di escludere da un vantaggio fiscale "le costruzioni artificiali intese ad eludere la normativa nazionale". La valutazione circa la sussistenza di una costruzione fittizia deve effettuarsi, prosegue la Corte comunitaria, in concreto e caso per caso. Essa deve tenere conto dell'effettività dello stabilimento nello Stato ospite, nonché della concreta sostanza delle attività ivi svolte. Cfr. P. Valente, *Fiscalità sovranazionale*, cit., pag. 369.