

Esterovestizione alla prova della giurisprudenza di legittimità e della libertà di stabilimento

I possibili sviluppi di una contestazione criticata da più parti sin dall'origine della sua introduzione



Enrico Fossa

Dottore Commercialista,
Partner, CGP Studio Legale e Tributario, Milano

Il presente contributo esamina le evoluzioni, sul finire del 2018, della contestazione di esterovestizione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità. Si ha notizia di svariate recenti verifiche dell'Agenzia delle Entrate e della Guardia di finanza: le contestazioni in fatto di esterovestizione sono ritornate sotto i riflettori dei verificatori.

I. Premessa	175
II. Rilevanza penale della contestazione di esterovestizione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità	175
III. Le indagini sulla Recordati e la soluzione del caso D&G 176	
A. La notizia delle indagini in corso sulla multinazionale farmaceutica	176
B. La pronuncia della Cassazione favorevole a D&G in virtù della "libertà di stabilimento"	177
IV. La contestazione di esterovestizione alla luce del caso esaminato dalla Cassazione sulla base del principio di "libertà di stabilimento"	177

I. Premessa

Il presente contributo ha la finalità di mettere in luce le più recenti evoluzioni e gli sviluppi della contestazione di cd. "esterovestizione", per i casi alla ribalta della cronaca riguardanti primari gruppi industriali italiani.

Si tratta di una contestazione fortemente criticata sin dalle origini in quanto, per sua stessa genesi, conduce necessariamente all'accertamento di un'evasione fiscale che assume molto spesso rilevanza anche sotto il profilo penale.

II. Rilevanza penale della contestazione di esterovestizione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità

Come noto, ai sensi dell'art. 73 comma 3 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), una società è considerata

fiscalmente residente in Italia quando, per la maggior parte del periodo d'imposta, ha mantenuto la sede legale, o la sede dell'amministrazione, o l'oggetto principale, nel territorio dello Stato. La sede legale è un requisito di carattere formale e si identifica con la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o nello statuto. Inoltre, anche nelle comunicazioni effettuate agli Uffici finanziari e nel Registro delle imprese dev'essere sempre indicata la sede legale della società. Per oggetto principale si intende, invece, l'attività d'impresa effettivamente esercitata dalla società o dall'ente giuridico, ovvero il "core business" della persona giuridica.

La sede dell'amministrazione di una società può, invece, definirsi come il quartier generale della società o dell'ente, ossia il luogo dove vengono assunte le decisioni fondamentali che riguardano l'impresa, dove vengono definiti gli indirizzi strategici e diramate le pertinenti direttive aziendali.

Sul punto, la Corte di Cassazione ha da tempo affermato che la "sede effettiva" delle persone giuridiche è il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento, nei rapporti interni e con i terzi, degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente^[1]. La sede effettiva non coincide con il luogo in cui si trova un recapito della persona giuridica, ma si identifica con il luogo dove si svolge la preminente attività direttiva ed amministrativa dell'impresa^[2].

Infine, la giurisprudenza di legittimità ha sottolineato che la sede effettiva di una persona giuridica non è semplicemente il luogo ove si trovano i suoi beni, i suoi stabilimenti e dove si svolge l'attività produttiva, ma quello in cui abbiano effettivo svolgimento anche l'attività amministrativa e direzionale, ove cioè risieda il suo legale rappresentante, i suoi amministratori

[1] Cass. n. 3604/1984.

[2] Cass. n. 2515/1976, n. 2472/1981 e n. 3910/1988.

e dove sono convocate le assemblee societarie[3]. Con specifico riferimento ai profili penali tributari dell'esterovestizione societaria, più di recente si è espressa la Suprema Corte, Sezione III penale[4], nella quale gli ermellini hanno, da un lato, tracciato, sotto il profilo giuridico, gli elementi sostanziali che caratterizzano l'esterovestizione societaria e, dall'altro, confermato le argomentazioni espresse dal giudice di merito, che aveva sancito la responsabilità penale del soggetto passivo per omessa dichiarazione, sanzionata dall'art. 5 del Decreto Legislativo (D.Lgs.) n. 74/2000.

La pronuncia afferma che la finalità delle norme emanate in tema di esterovestizione è essenzialmente rappresentata dal contrastare quei fenomeni di fittizia localizzazione all'estero della residenza fiscale, ivi posizionando la sede legale "onde creare un'apparenza di residenza fiscale nello Stato estero ma conservando, nella sostanza in Italia, in modo occulto e non trasparente, il centro amministrativo, decisionale ed operativo della società".

A questo punto, i Supremi giudici hanno analizzato i singoli elementi che caratterizzano la residenza fiscale del soggetto passivo.

Il riferimento alla sede legale, che può essere fittizia e non coincidere con quella effettiva, va inteso come il luogo in cui opera il centro direttivo e amministrativo della società, ove avviene il compimento di atti giuridici in nome di essa, con l'abituale presenza degli amministratori, investiti della relativa rappresentanza.

Di contro, la sede dell'amministrazione viene definito come il luogo da cui effettivamente provengono gli impulsi volitivi inerenti l'attività societaria, cioè il luogo in cui si esplicano la direzione e il controllo di detta attività.

Nello specifico, qualora gli amministratori risiedano all'estero, ma svolgano le proprie funzioni a mezzo di procuratori operanti in Italia, a parere dei giudici di Piazza Cavour si dovrà individuare sul territorio nazionale il luogo della concreta messa in esecuzione da parte dei predetti procuratori delle direttive ad essi impartite e, quindi, la residenza fiscale societaria.

Peraltro, sulla base dell'attuale formulazione dell'art. 4 par. 3 del Modello OCSE di Convenzione fiscale (M-OCSE), la sede di direzione effettiva dev'essere individuata in un'ottica di prevalenza della sostanza sulla forma, sulla base dei seguenti elementi[5]:

- ♦ luogo dove vengono assunte le decisioni chiave, di natura gestionale e commerciale, necessarie per la conduzione dell'attività di impresa;

[3] Cass. n. 3028/1972.

[4] Cass. n. 39678/2018.

[5] Si segnala che l'art. 4, par. 3 M-OCSE è stato oggetto di recente modifica, prevedendo quale nuovo criterio per la determinazione della residenza fiscale delle persone giuridiche il mutuo accordo tra Amministrazioni finanziarie, basato su diversi criteri, tra cui la sede di direzione effettiva. Si veda: OCSE, 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, Parigi, 2 novembre 2017, in: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2017-update-model-tax-convention.pdf> (consultato il 05.04.2019), p. 15.

- ♦ luogo dove la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di maggior rilievo assumono ufficialmente le loro decisioni;
- ♦ luogo di determinazione delle strategie che dovranno essere adottate dall'ente nel suo insieme.

In definitiva a parere della Corte di Cassazione:

- ♦ i giudici di merito hanno correttamente ritenuto che il soggetto di diritto estero avesse, in modo fittizio, localizzato la residenza fiscale di una società in un Paese con un trattamento fiscale più vantaggioso, al solo scopo di sottrarsi al più gravoso regime italiano;
- ♦ al fine di identificare la sede di direzione effettiva di un ente dev'essere preso in considerazione "il luogo ove l'attività principale e sostanziale è esercitata" (come peraltro già affermato dalla giurisprudenza di legittimità[6]);
- ♦ l'obbligo di presentazione della dichiarazione annuale dei redditi da parte di società avente residenza fiscale all'estero, la cui omissione integra il reato previsto dall'art. 5 D.Lgs. n. 74/2000, sussiste se detta società abbia "stabile organizzazione in Italia", il che si verifica quando si svolgano in territorio nazionale la gestione amministrativa e la programmazione di tutti gli atti necessari affinché sia raggiunto il fine sociale, non rilevando il luogo di adempimento degli obblighi contrattuali e dell'espletamento dei servizi.

III. Le indagini sulla Recordati e la soluzione del caso D&G

A. La notizia delle indagini in corso sulla multinazionale farmaceutica

Trattandosi di soggetto quotato in borsa a Piazza Affari, proprio nel mese di giugno del 2018 oggetto di acquisizione da parte di un consorzio di fondi d'investimento controllato dal britannico "Cvv Capital Partner", è sembrata sorprendente la notizia, diramata nel corso del mese di novembre[7], che il gruppo si trovi sotto indagine da parte della Procura della Repubblica di Milano.

Si tratta dell'ipotesi di una presunta esterovestizione della multinazionale farmaceutica Recordati che ha condotto la Procura della Repubblica di Milano ad aprire un'inchiesta.

La contestazione di evasione si attesterebbe a 400 mio. di euro di imponibile e, attualmente, sarebbero in corso trattative con l'Agenzia delle Entrate per l'esatta quantificazione delle imposte dovute.

In pratica, la multinazionale farmaceutica è stata accusata di aver così agito tra il 2009 e il 2015 e, stando a quanto finora emerso, gli inquirenti avrebbero formalizzato la contestazione di "omessa dichiarazione" con riferimento alla presunta esterovestizione della società irlandese (la Recordati Ireland Limited) e della holding lussemburghese (la Recordati Sa Chemical and Pharmaceutical Company).

[6] Cass. n. 7080/2012.

[7] IVAN CIMMARUSTI, Recordati ipotesi di evasione per 400milioni, in: *Ilsole24ore*, del 14 novembre 2018.

B. La pronuncia della Cassazione favorevole a D&G in virtù della "libertà di stabilimento"

Poco più di un mese dopo, è giunto nuovamente alla ribalta della cronaca il noto contenzioso tra il Fisco italiano e Dolce&Gabbana (D&G)[8]. È doveroso ricordare che il contenzioso tributario in questione rappresenta l'ultimo "fronte" sul quale i due stilisti sono impegnati dal 2007 nella complessiva controversia relativa alla contestata esterovestizione della società lussemburghese. Infatti, nel 2011, a conclusione delle indagini, l'autorità giudiziaria competente aveva proscioltto gli imputati dall'accusa di truffa ai danni dello Stato e di "dichiarazione infedele".

Nel 2014, ancora, la Cassazione aveva assolto gli imputati "perché il fatto non sussiste" dall'accusa di evasione fiscale, anche in questo caso dopo una doppia condanna, sia in primo grado (1 anno e 8 mesi, con pena sospesa, 2013) e in appello (1 anno e 6 mesi e 500'000 euro di risarcimento, 2014)[9].

Ora, la Cassazione ha nuovamente accolto le doglianze[10], anche specificamente tributarie, dei due stilisti con il ricorso proposto innanzi alla Suprema Corte, annullando con rinvio le pronunce della Commissione Tributaria Regionale (C.T.R.) Lombardia[11], così affermando che la posizione della società lussemburghese (Gado s.à.r.l., poi Dolce&Gabbana Trademarks) sulla quale era stata formalizzata la contestazione di esterovestizione, dev'essere riesaminata alla luce dei principi del diritto eurounitario sulla "libertà di stabilimento".

Ripercorrendo in estrema sintesi la controversia tra D&G e Agenzia delle Entrate, occorre risalire al 2004, anno nel quale fu concesso alla sopra citata società, con contratto di licenza, il diritto esclusivo di sfruttamento delle *royalties* della casa madre italiana. L'operazione finì sotto la "lente del fisco" in quanto emerse che la società lussemburghese non avesse struttura amministrativa né dipendenti; di conseguenza, i verificatori avevano ravvisato un'operazione mirata all'evasione fiscale, notificando in conclusione avvisi di accertamento per i periodi di imposta 2004/2005 e 2005/2006, poi impugnati da Gado s.à.r.l. con esiti avversi, tanto in primo, quanto in secondo grado.

IV. La contestazione di esterovestizione alla luce del caso esaminato dalla Cassazione sulla base del principio di "libertà di stabilimento"

La pronuncia della Cassazione è senz'altro di portata significativa ed è stata subito accolta con favore[12] in quanto,

[8] MARTA CASADEI, Dolce&Gabbana battono il Fisco, tutto da rifare sulle accuse di esterovestizione, in: *lsole24ore*, del 21 dicembre 2018.

[9] Già nel 2014 la decisione della Cassazione era stata orientata dalla "libertà di stabilimento": "[i]l vantaggio fiscale non è indebito solo perché l'imprenditore sfrutta le opportunità offerte dal mercato o da una più conveniente legislazione fiscale [...] il giudice non può adottare un criterio interpretativo che limiti, di fatto, la libertà di stabilimento".

[10] Cass. n. 33234/2018 e Cass. n. 33235/2018.

[11] Sentenze C.T.R. Lombardia n. 86/27/11 e n. 87/27/11.

[12] "La Cassazione ha applicato in modo cristallino e ben motivato il principio di libertà di stabilimento che costituisce un principio fondante dell'Unione europea", in base alle dichiarazioni registrate "a caldo" dall'avv. Eugenio Briguglio dello Studio Biscozzi Nobili, che ha assistito la società Gado s.à.r.l. in quest'ultima fase del

richiamando la Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE), esplicita il principio che se una società viene collocata all'estero per ottenere un risparmio fiscale, questo non implica automaticamente un'esterovestizione[13].

La Cassazione ha concluso affermando che "[i]l giudice d'appello ha esaurito la propria valutazione nella sbrigativa considerazione, meramente assertiva che «il top management della Gado operava in Italia» [...] senza valutare l'attività comunque svolta in Lussemburgo che emerge proprio dalla corrispondenza e-mail valorizzata in senso opposto e trascritta in ricorso".

Come premesso, con riferimento al contenzioso che ha interessato i noti stilisti, i giudici di legittimità hanno per lo più confermato i principi già tracciati dalla Suprema Corte in sede penale, negando nella fattispecie in esame la sussistenza dell'esterovestizione con il rigetto delle motivazioni addotte dalla C.T.R., la quale aveva concordato con la tesi avanzata dall'ufficio circa l'ubicazione della sede amministrativa (*rectius*: sede effettiva) della società lussemburghese, proprietaria dei marchi, presso gli uffici della controllante italiana[14].

Sulla base dei principi dettati in ambito comunitario[15], gli Ermellini hanno sancito che non è sufficiente riscontrare che la sede effettiva della società estera sia in realtà localizzata in Italia essendo lo Stato dal quale si originano e sono profusi gli impulsi gestionali e le direttive amministrative. Invero, è necessario che la società estera sia una costruzione di "puro artificio" che non svolga un'effettiva attività economica.

Pertanto, ai sensi dell'art. 73 comma 3 TUIR, sui verificatori incombe l'onere di provare congiuntamente che (i) la sede effettiva sia situata in Italia, e (ii) vi sia l'impiego di una struttura meramente artificiosa ove la forma giuridica non è rappresentativa della realtà economica.

Inoltre, in applicazione del principio cardine della "libertà di stabilimento", la CGUE ha evidenziato che qualora una società sia stata creata in uno Stato membro dell'Unione europea (UE) per fruire di una legislazione più vantaggiosa, detta circostanza non costituisce di per sé un "abuso" di tale libertà. In ogni caso, risulta necessario che sia provata l'artificialità della struttura estera, a prescindere dalla sussistenza o meno di ragioni economiche diverse da quelle di natura tributaria.

procedimento che ha aggiunto: "[a]uspico quindi che questa sentenza possa costituire un cambio di rotta negli accertamenti a carico delle società estere controllate da società italiane favorendo l'arduo percorso di internazionalizzazione delle imprese".

[13] "Con riguardo al fenomeno della localizzazione all'estero della residenza fiscale di una società, si è quindi sottolineato [...] che, in tema di libertà di stabilimento, la circostanza che una società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per sé stessa un abuso di tale libertà". Ed ancora: "[d]ietro a quel ripetuto richiamo alla mancanza di autonomia gestionale e finanziaria si cela l'ispirazione di fondo dell'intera decisione: la predisposizione degli aspetti gestionali e organizzativi dell'attività di Gado s.à.r.l. interamente in Italia, lasciando alla sede lussemburghese i soli compiti esecutivi. Con il che, però, si ammette che qualcosa in Lussemburgo effettivamente si faceva".

[14] Cass. n. 43809/2015.

[15] CGUE C-196/04 e C-73/06.

In merito alla localizzazione della sede effettiva, la giurisprudenza euro-unitaria e domestica individuano, pertanto, la sede nel luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente (ad es., il luogo in cui partono gli "impulsi volitivi") e, nello specifico, ove si svolgono le assemblee, le riunioni degli amministratori e quello in cui si adottano le politiche generali della società.

In tale esercizio, bisogna tenere conto anche di altri elementi, quali il domicilio dei principali dirigenti, il luogo di riunione delle assemblee, di tenuta dei documenti amministrativi e contabili e di svolgimento delle attività finanziarie e bancarie^[16].

Ciò posto, nella prassi amministrativa, si presume talvolta l'ubicazione della sede amministrativa *sic et simpliciter* nel luogo ove originano e si definiscono gli indirizzi strategici senza valutare adeguatamente l'eventuale struttura operativa impiegata nell'implementazione di detti indirizzi e posta a presidio dell'attività ordinaria^[17].

In conclusione, se dimostrato che la gestione operativa viene svolta all'estero, la circostanza che gli indirizzi strategici siano emanati dall'Italia non dovrebbe assumere particolare valenza in ottica accertativa della potenziale esterovestizione della consociata estera.

Alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali di legittimità, sarebbe auspicabile l'adeguamento della prassi accertativa ai principi di matrice comunitaria tracciati dalla Corte di Cassazione, i quali richiedono notevole cautela da parte dei verificatori in sede di contestazioni di esterovestizione di società non residenti ove stabilite all'interno dell'UE.

In ambito euro-unitario ormai il principio è consolidato: in virtù del principio della "libertà di stabilimento", la riquilificazione della residenza avviene solo in presenza di strutture di *puro artificio*.

Pertanto, le possibili contestazioni sulle strutture estere localizzate in Paesi *extra*-UE, nell'ipotesi in cui la *subsidiary* venga gestita dall'Italia, ove è presente la sede di direzione effettiva, nella declinazione di cui all'art. 4 par. 3 M-OCSE, sembrano legittimate solo in mancanza di una reale attività commerciale, o industriale, svolta all'estero, avvalorando così l'ipotesi di esterovestizione societaria.

Da ultimo, occorrerà valutare l'ambito di applicazione della nuova procedura arbitrale per evitare profili di *dual residence*.

Con la sottoscrizione della Convenzione multilaterale per l'attuazione di misure relative alle convenzioni fiscali finalizzate a prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti, redatta a Parigi in data 24 novembre 2016, l'art. 25 ha una portata più ampia; può, infatti, essere attivato anche nell'ipotesi di conflitti nell'individuazione della residenza fiscale, nei casi in cui quest'ultima sia riquilificata.

Ne deriva che, alla luce tanto della giurisprudenza di legittimità basata sul principio della "libertà di stabilimento", quanto della possibilità di attivare apposite procedure arbitrali internazionali, la contestazione del reato per l'omissione della dichiarazione dei redditi, specificamente derivante da una presunta esterovestizione, appare misura repressiva sproporzionata, specie laddove non sia certa la prova dell'esistenza di quei fatti indice di mera artificiosità della struttura estera.

[16] Sul punto, la Circolare n. 1/2018, volume III della Guardia di finanza, cap. 11.

[17] ANDREA ALCARA/RAUL-ANGELO PAPOTTI, Esterovestizione, rilievi più difficili, in: *Ilsole24ore*, del 14 gennaio 2019, secondo i quali: "[s]u tale aspetto, la risposta del 12 aprile 2010, protocollo 3-3873, fornita dall'Agenzia delle Entrate nell'ambito del progetto pilota sulla corretta attuazione del diritto comunitario (caso 777/10/Taxu), chiarisce opportunamente che l'attività di coordinamento e indirizzo della controllante deve essere distinta dagli atti di concreta amministrazione afferenti l'ambito della gestione operativa svolta in loco dalla società estera, rilevando a tal proposito l'effettivo grado di autonomia funzionale di quest'ultima".