

RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ ESTEROVESTITE

Francesco Mancini - Avvocato del Foro di Campobasso

1. NOZIONE DI ESTEROVESTIZIONE

Per ***esterovestizione*** si intende la fittizia localizzazione all'estero della residenza fiscale di una società, che, invece, trattiene, di fatto, attività ed oggetto sociale in Italia.

Lo scopo principale è quello di fruire del regime di Paesi a fiscalità privilegiata e, dunque, di ottenere una minore tassazione sugli utili e le plusvalenze di cessioni di partecipazioni.

L'esterovestizione rappresenta il tentativo di sottrazione, da parte di soggetti d'imposta italiani, alla legge tributaria dello Stato, di fonti di reddito suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia.

In senso lato, si può convenire che l'istituto si iscrive nella ricca e travagliata casistica dell'abuso del diritto, profondamente rivisitato alla luce dell'art. 10 bis introdotto nello Statuto del Contribuente dall'art. 1 del D.Lgs. n. 128, del 5 agosto 2015.

Per effetto della novella, l'abuso del diritto è stato depenalizzato (cfr. Cass. n. 40272/2015, che ne ha applicato per la prima volta la disciplina).

Le nuove disposizioni precisano che configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme tributarie, realizzino essenzialmente vantaggi fiscali indebiti.

L'abusività va esclusa quando l'operazione sia giustificata da ragioni extrafiscali non marginali, ovvero da esigenze organizzative di miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda (Iolanda Pansardi – Maurizio Villani, *Il nuovo abuso del diritto tributario, altalex*, 28.7.2016; Rocco Fiumanò *Abuso del diritto ed elusione fiscale: tratti essenziali dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*).

La prova dell'impiego abusivo di una forma giuridica incombe sull'Amministrazione Finanziaria, che dovrà individuare e precisare le modalità di manipolazione ed alterazione funzionale degli strumenti giuridici utilizzati, che inducono a ritenere che l'operazione sia sfornita di reale contenuto economico, diverso dal risparmio fiscale.

Nello specifico, l'interesse dell'Erario è quindi quello di smascherare le finte residenze, per recuperare:

- L'assoggettamento al regime di imponibilità o di esenzione, a mente degli artt. 86 e 87 del TUIR, delle plusvalenze realizzate dalla cessione di partecipazioni;
- La tassazione piena degli utili di partecipazione provenienti da società residenti in Paesi a fiscalità privilegiata.

L'ordinamento tributario si preoccupa di definire le cosiddette ***norme localizzatrici***, che tendono a dare attuazione alla teoria della *economic allegiance*, che stabilisce che la fonte ultima dell'imposizione va rinvenuta nella struttura economica e sociale dell'ordinamento nel quale l'attività produttiva è effettuata (C. Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, p. 111).

La determinazione della residenza fiscale fa insorgere la soggezione ad imposizione dei redditi **ovunque prodotti**.

E' questo il portato dell'attuale scenario della fiscalità internazionale, caratterizzato dalla prevalenza del principio della personalità dell'imposta (c.d. *world-wide principle*) ovvero della tassazione in base all'utile mondiale (cfr. V. Uckmar- Garbarino, *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Egea, 1995, p. 27).

In virtù del diverso principio della tassazione c.d. territoriale (*principle of source*), per le società e gli enti non residenti il Fisco italiano sarà legittimato al prelievo solo in relazione ai cespiti prodotti nel territorio nazionale tramite una *stabile organizzazione*, in forza dell'art. 162 del Tuir.

I Paesi interessati a debellare il fenomeno delle società *off-shore* (ossia quelle che non hanno alcun nesso territoriale con lo Stato di costituzione) hanno concordato misure di contrasto – la c.d. *Controlled Foreign Companies legislation* – alla localizzazione di attività nei cosiddetti “*paradisi fiscali*”.

2. CRITERI DI FISSAZIONE DELLA RESIDENZA FISCALE IN ITALIA

Si considerano residenti in Italia, ai fini delle imposte dirette,

le società o enti che abbiano, per la maggior parte del periodo d'imposta, nel territorio dello Stato:

La sede legale - La sede dell'amministrazione - L'oggetto principale

Sono requisiti alternativi: è sufficiente che ricorra anche uno solo di essi per potere considerare il soggetto residente ai fini fiscali nel territorio nazionale (Circ. AE, n.

28/E del 4 agosto 2006; in dottrina, Simonetto, *Delle società costituite all'estero*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, 1976, p. 389).

La sede legale è quella che risulta dall'atto costitutivo o dallo statuto.

La sede dell'amministrazione è il luogo dove si svolgono le attività di amministrazione e direzione.

Secondo l'A.F. e la costante giurisprudenza della S.C., la sede effettiva dell'amministrazione è il luogo dove è esercitata l'attività principale, in cui la società vive ed opera, dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per l'esplicazione ed il raggiungimento dei fini sociali.

L'oggetto principale dell'attività deve essere identificato con riferimento al luogo dove l'attività viene effettivamente esercitata (Sede di direzione effettiva o *Place of effective management*).

Il paragr. 24 del Commentario all'art. 4 del Modello di Convenzione OCSE ha individuato la "*sede di direzione effettiva*" nel luogo ove sono assunte le decisioni cruciali per l'esercizio dell'attività, e ciò ha portato a valorizzare il luogo di residenza degli amministratori.

Questo parametro è stato fortemente svalutato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 10 dicembre 1974, n. 4172; Cass. 9.6.1988, n. 3910) e di merito (CTR Toscana, n. 61, del 3.12.2007), che ha considerato insufficiente, quale elemento probatorio, la residenza di uno o più degli amministratori, sia pure dotati di pieni poteri.

Sullo stesso crinale interpretativo anche la dottrina internazionale.

Dopo le osservazioni mosse dall'A.F. al citato Commentario (Ris. Min. n. 312/E del 5.11.2007), *“l'Italia, nell'approvare il modello di Convenzione OCSE ha espresso una riserva all'art. 4, dichiarando di non condividere l'interpretazione espressa nel paragrafo 24, riguardante la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato quale esclusivo criterio per identificare la sede di direzione effettiva di un ente, per la cui determinazione deve, invece, essere preso in considerazione il luogo ove l'attività principale e sostanziale è esercitata”* (Cass. Pen. Sez.III, 23.2.2012, n. 7080; Cass. Sez. Trib. 7.2.2013, n. 2869; Cass. Pen. 8.4.2013, n. 16001).

Se una società ha sede legale all'estero, ma sede amministrativa od oggetto principale in Italia, è contribuente italiano.

3. L'INVERSIONE DELLA PROVA PER LE SOCIETA' ESTEROVESTITI

Allo scopo di contrastare il dilagante fenomeno delle società fittiziamente costituite all'estero al solo fine di godere di trattamenti tributari più favorevoli, l'art. 73, comma 5-bis del TUIR, ha previsto una **presunzione relativa**, che determina un'inversione dell'onere della prova a carico delle società estere che:

- Controllano direttamente, ai sensi dell'art. 2359 c.c., società, trust o enti residenti in Italia;
- Sono controllate, anche indirettamente, da soggetti residenti o sono amministrate, in prevalenza, da persone residenti (circ. 16.2.2007, n. 11, *“la società sarà considerata fiscalmente residente in Italia, qualora, per la maggior parte del periodo d'imposta, risulti prevalentemente amministrata da consiglieri residenti nel territorio dello Stato”*).

Secondo autorevole dottrina (Piergiorgio Valente, *Esterovestizione*, Ipsoa, 2015), tale presunzione legale sembra conferire valore normativo ad una massima di esperienza,

secondo la quale la residenza all'estero trae necessariamente giustificazione da un (presunto) risparmio fiscale, ovvero rappresenta un mero espediente di tecnica legislativa.

Nell'ottica di superare la presunzione, non si può fare ricorso all'interpello, poiché la prova insiste su profili meramente fattuali.

In via generale, la dimostrazione della effettività della residenza all'estero della società potrà essere sorretta dal compimento degli atti e delle procedure che, solitamente, si accompagnano ad un reale insediamento di un'entità giuridica:

- dovrà attestarsi l'esistenza di un patrimonio “*dedicato*”, di risorse, beni materiali, ecc., diretto a dotare la società estera dell'autonomia necessaria al perseguimento degli obiettivi imprenditoriali;

- dovrà dimostrarsi il legame relazionale della realtà estera con le istituzioni, gli *stakeholders* e gli uffici stranieri;

- dovrà individuarsi la *mission* che ha ispirato la localizzazione, sia in termini di specializzazione produttiva che di trasparente strategia di espansione sui mercati.

4. COME VINCERE LA PRESUNZIONE LEGALE DI RESIDENZA ITALIANA

Qualificata dottrina (Capolupo, *Manuale dell'accertamento delle imposte*, 2007, p. 173 e ss.; Pezzuto – Screpanti, *La verifica fiscale*, p. 446), ma anche la stessa A.F. (circ. 28/E del 2006), suggeriscono l'adozione di adeguati accertamenti, di volta in volta, per acquisire

tutti gli elementi necessari per evitare che il contribuente sia penalizzato sulla base di semplici risultanze formali.

Le prove contrarie che possono essere utilmente opposte dalla società estera sono:

- L'effettività degli insediamenti produttivi e commerciali all'estero e dei motivi imprenditoriali che li hanno determinati;
- La dimostrazione del grado di "specializzazione" delle unità estere, come espressione di strategie imprenditoriali che valorizzano l'autonomia funzionale delle singole consociate di gruppo;
- La descrizione dei flussi informativi e contrattuali *intercompany*, che illustri l'indipendenza economica delle partecipazioni estere rispetto alla *holding*;
- L'esistenza di sistemi di tesoreria centralizzata (c.d. *cash pooling*) sintomatici dell'autonomia finanziaria delle società estere rispetto alla controllante;
- L'inventario delle manifestazioni di autonomia gestionale dei soggetti gestori dell'attività d'impresa all'estero (c.d. *country manager*) in tema di organizzazione del personale, poteri di spesa, negoziazione di contratti con i clienti esteri.

IL CONTRIBUENTE, PER VINCERE LA PRESUNZIONE, DOVRA' DIMOSTRARE, CON ARGOMENTI ADEGUATI E CONVINCENTI, CHE LA SEDE DELLA DIREZIONE EFFETTIVA DELLA SOCIETA' NON E' IN ITALIA, BENSI' ALL'ESTERO.

TALI ARGOMENTI E PROVE DOVRANNO ATTESTARE CHE, NONOSTANTE I CITATI PRESUPPOSTI DI APPLICABILITA' DELLA NORMA, ESISTONO ELEMENTI DI FATTO, SITUAZIONI OD ATTI, IDONEI A SIGNIFICARE UN CONCRETO RADICAMENTO DELLA DIREZIONE EFFETTIVA NELLO STATO ESTERO (circ. 28/E del 2006).

LA PROVA POSITIVA: LA SEDE DI DIREZIONE EFFETTIVA E' LOCALIZZATA, PER LA MAGGIOR PARTE DEL PERIODO D'IMPOSTA, FUORI DAL TERRITORIO NAZIONALE

LA PROVA NEGATIVA: LA SEDE DI DIREZIONE EFFETTIVA NON E' RADICATA IN ITALIA

Esemplificativamente, il contribuente può provare che:

- Le riunioni del CDA si svolgono periodicamente e realmente presso la sede estera (esibizione di biglietti aerei o ferroviari; ricevute di alberghi, mail di convocazione, prenotazioni alberghiere; video delle sedute, eventuali tele-conferenze, ecc.);
- Gli amministratori della società estera forniscono atti di indirizzo, elaborano piani e progetti gestionali, che depongono per l'autonomia amministrativa dell'ente. Le loro prestazioni di servizi devono tradursi in una gestione suscettibile di offrire valore aggiunto alla società estera;
- Il *country management* assume decisioni di spesa ed organizza il personale (esibizione di circolari e direttive interne; copia di contratti stipulati e di trattative intessute, provvedimenti sanzionatori nei confronti dei dipendenti, ecc.);
- Le deleghe rilasciate a soggetti terzi, residenti in Paesi diversi da quello ove è ubicata la sede estera, riguardano sfere limitate;
- La maggioranza dei componenti del Cda è costituita da residenti nel Paese estero, realmente dotati di poteri gestori.

5. L'ORDINARIA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA

Se non ricorrono le condizioni di cui al comma 5-bis dell'art. 73, e quindi non opera la presunzione legale di residenza italiana, l'onere della prova grava sull'Amministrazione Finanziaria.

PROVA A CARICO DEL FISCO

In tal caso, il collegamento della *legal entity* estera al territorio italiano dovrà essere valutato sulla base di elementi di effettività sostanziale.

La Direzione Regionale del Piemonte ha consigliato quali strumenti investigativi l'esame di alcuni indicatori:

- L'assunzione di personale e le mansioni svolte;
- L'apertura di conti correnti nel luogo di formale insediamento;
- Disponibilità di locali e relativi contratti di locazione;
- Le utenze;
- Il possesso delle autorizzazioni concesse dalle autorità locali;
- La sottoposizione alle imposte estere;
- L'analisi delle ragioni economiche che hanno indotto la controllante italiana

a costituire società estere (c.d. *motive test*).

PROVA A CARICO DEL CONTRIBUENTE:

Le prove a discarico da parte della società estera potranno investire (Valente, op. cit. pag. 245):

- **L'elemento soggettivo:** la presenza di obiettivi economici che giustifichino che non si tratti di una *costruzione di puro artificio*. La Corte di

Cassazione, con la sentenza 7 febbraio 2013, n. 2869, ha precisato che “*perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere le imposte. Quel che rileva, ai fini della configurazione di un abuso del diritto di stabilimento, non è accertare la sussistenza o meno di ragioni economiche diverse dalla convenienza fiscale, ma accertare se il trasferimento in realtà vi è stato o meno, se, cioè, l’operazione sia meramente artificiosa, consistendo nella creazione di una forma giuridica che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica*”.

- L’insediamento all’estero deve essere fondata e convincente espressione di una legittima facoltà di scelta, che può includere, ma non perseguire esclusivamente, la minimizzazione di oneri fiscali;

- **L’elemento oggettivo:** la presenza di tracce visibili e riconoscibili del radicamento estero e della relativa realizzazione di lavori e progetti indicatori di una reale operatività;

- **Il risultato raggiunto:** l’allegazione di prove che denotano un processo di effettiva internalizzazione dell’impresa e di sua progressiva specializzazione nell’ambito delle strategie commerciali, industriali o finanziarie del gruppo.

6. LA LIBERTA' DI STABILIMENTO NEL DIRITTO COMUNITARIO

La lotta alle residenze fittizie deve risultare compatibile con principi consolidati del diritto comunitario, in particolare con la **libertà di stabilimento** fissata dagli artt. 43 e 48 del TRATTATO CE.

Nella Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea 8 giugno 2010, è stata affermata la necessità di trovare un giusto equilibrio tra l'interesse generale a combattere l'abuso e proteggere le basi imponibili degli Stati membri e la necessità di evitare ***restrizioni sproporzionate*** dell'attività transfrontaliera nell'UE.

Con la Comunicazione della Commissione delle Comunità Europee 10 dicembre 2007, si era già sottolineato che *“se i contribuenti non sono incorsi in pratiche abusive, gli Stati membri non possono impedire l'esercizio dei diritti di libertà di circolazione solo perché altri Stati membri hanno una fiscalità poco elevata”*.

Il principio di proporzionalità richiamato dalla Corte di Giustizia esige che gli Stati membri ricorrano a strumenti che, pur consentendo di raggiungere efficacemente l'obiettivo perseguito dal diritto interno, arrechino il minore pregiudizio possibile ai principi predicati dalla normativa comunitaria.

Alle osservazioni delle autorità comunitarie, l'AE ha controbattuto che l'art. 73, comma 5- bis, non esonera i verificatori dal provare concretamente l'esterovestizione della società, e che il peso probatorio non ricade solo sul contribuente.

Anche se la procedura di infrazione è stata scongiurata, l'impegno assunto dall'Agenzia delle Entrate è quello di imporre ai verificatori di supportare con dati di fatto adeguati e convincenti le presunzioni relative autorizzate dalle norme indubiate dall'UE e di garantire al contribuente un idoneo contraddittorio.

In linea generale, la **Corte di Giustizia** (causa C -196/04, sentenza *Cadbury Schweppes*, del 12 settembre 2006) ha statuito che gli Stati membri possano apporre restrizioni alla libertà di stabilimento purché le misure:

- siano volte a combattere **costruzioni artificiali**;
- rispettino il principio di “**proporzionalità**”, *id est* il principio dell'utilità marginale, che ripudia ogni forma di eccesso rispetto a quanto necessario.

Anche la giurisprudenza di merito si è mostrata sensibile alla tutela della libertà di stabilimento, come nel caso della pronuncia della CTR della Toscana, n. 61, del 18 gennaio 2008 : “*una società costituita conformemente alla legislazione olandese è ad ogni effetto appartenente all'Unione europea e come tale dotata del diritto di stabilimento, anche nel senso che non possa e non debba subire restrizioni alla propria scelta di collocare la sua sede all'interno dell'uno e dell'altro Stato; non vi è peraltro incompatibilità con l'art. 73, comma 3, che si applica sempre e comunque quando la residenza all'estero sia dovuta unicamente a finalità di evasione o elusione fiscale, la cui sussistenza nel caso concreto è da escludere*”.

7. LE PROBLEMATICHE DEI GRUPPI DI IMPRESE

Le difficoltà interpretative si accentuano nel fenomeno del “gruppo di imprese”, perché, al di là dell'apparente sovranità ed autonomia, un soggetto può agire sotto l'influenza decisiva di altro soggetto, che può comprimere l'interesse di una società a favore di un'altra, ove ciò interagisca positivamente sul risultato finale della gestione complessiva.

Si tratta dunque di stabilire, di caso in caso, se l'attività di direzione e coordinamento dei gruppi di imprese, alcune delle quali estere, declini le caratteristiche

ordinarie e fisiologiche delle holding, oppure se corrisponda ad un fenomeno camuffato di esterovestizione.

Il Tribunale di Milano, con l'Ordinanza del 7 maggio 2014 (riportata in Valente, op. cit. pag. 63), ha segnato la linea di demarcazione tra la direzione che si esplica come influenza dominante sulle scelte e determinazioni gestorie degli amministratori della società eterodiretta e l'amministrazione di fatto della società controllata, che si verifica se la controllante agisce compiendo essa stessa atti di gestione della controllata, rilevanti verso i terzi e/o spendendo il nome di lei.

L'ente dirigente, invece - aggiunge il Tribunale di Milano – non esercita “*i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione di amministratore (art. 2639 c.c., da cui si ricava una definizione paradigmatica e generale della figura dell'amministratore di fatto)*”.

Occorre distinguere se:

- L'attività di direzione e coordinamento da parte della società controllante italiana si manifesti in direttive che tendano unicamente a verificare che le società partecipanti al gruppo ne perseguano gli obiettivi unitari (questa impostazione è coerente alla diversa soggettività giuridica delle società integranti un gruppo, cfr. F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del Codice civile*, Scialoja Branca, 2005, p. 130) ;
- L'attività di direzione effettiva pervade a tal punto le funzioni gestorie delle società controllate da usurparne l'autonomia gestionale.

In via generale, è stata riconosciuta genuinità alla residenza estera di una partecipata, se i suoi amministratori, pur ricevendo direttive dalla controllante italiana, conservano un'attività decisionale effettiva.

In tale ultima ipotesi, le direttive della controllante non dovrebbero essere coercitive e gli amministratori della controllata assumerebbero la responsabilità delle proprie azioni secondo la rispettiva legislazione di riferimento.

Il maggiore disagio esegetico si avverte con riferimento alle cosiddette ***holding passive***, ossia quelle che, limitandosi a detenere partecipazioni in società residenti in Italia, non svolgono ordinariamente alcuna attività economica e gestionale di rilievo all'estero.

Esse hanno come oggetto sociale la gestione di “*beni di secondo grado*”, ovvero di partecipazioni (Valente e Cardone, op. cit., p. 19) e, pertanto, presentano un **collegamento sfumato con il territorio**, non necessitando di particolare strutture organizzative per l'esercizio dell'attività sociale.

Mentre, infatti, per le ***holding miste***, che svolgono anche attività industriali, commerciali o finanziarie, la prova dell'effettività delle attività esercitate all'estero può essere offerta con maggiore facilità, come pure per le ***holding di gestione***, che esercitano un'attività economica distinta da quella delle partecipate, per le holding passive la prova è oggettivamente più labile e vischiosa, dal momento che gli atti volitivi provenienti dall'estero si limitano – anche in condizioni ordinarie e non simulate – al controllo delle partecipazioni “in pancia” alla holding stessa, tanto è vero che si discute sulla possibilità di assegnare alla holding della specie la qualità imprenditoriale (taluni la definiscono società “*senza impresa*”), come pregevolmente ricostruito nella sentenza della Corte di Cassazione n. 1439/90.

In questa direzione, la **Circolare Assonime 31 ottobre 2007, n. 67**, ha indicato, quale circostanza che contrasta validamente la presunzione di fittizietà della holding estera, la consistenza del patrimonio e l'ampiezza delle attività esplicate da quest'ultima,

di guisa che la partecipazione di controllo che la lega al territorio nazionale si manifesti palesemente **marginale**.

Qualora l'attività della holding estera sia connotata da una serie di investimenti in altre nazioni sarà certamente più agevole sostenere che la sua localizzazione non sia fittizia.

8 . UN CASO DI STUDIO DI TRASFERIMENTO ALL'ESTERO CONTESTATO

Si riporta un esempio tratto da verifiche fiscali condotte nei confronti di società con sede sia in Italia che all'estero, queste ultime considerate fittiziamente trasferite, al solo scopo di preconstituire il c.d. *plafond* per le esportazioni.

Attraverso un complesso scambio di informazioni attinte con i meccanismi della cooperazione internazionale (rogatorie, intercettazioni, perquisizioni, analisi delle movimentazioni finanziarie, banche dati, ecc.), la Guardia di Finanza ha ritenuto di ricostruire il seguente schema fraudolento.

Premesso che i militari operanti, mediante una serie di riscontri e di presunzioni, hanno giudicato sussistente un sodalizio criminoso tra alcune figure (amministratori di fatto, soci occulti, amministratori di diritto quali meri prestanome), il disegno fraudolento ipotizzato si può così sinteticamente riassumere.

Alcune società – riconducibili, secondo l'impianto accusatorio, al medesimo gruppo di persone – sarebbero state trasferite fittiziamente all'estero, per consentire ad altre società, con sede italiana e riferibili allo stesso sodalizio, di utilizzare il *plafond* di cui all'art. 8 del D.P.R. 633/72.

Il comma 1, lett. c), del predetto articolo dispone che *“costituiscono cessioni alle esportazioni...le cessioni, anche tramite commissionari, di beni diversi dai fabbricati e dalle aree edificabili, e le prestazioni di servizi rese a soggetti che, avendo effettuato cessioni all’esportazione od operazioni intracomunitarie, si avvalgono della facoltà di acquistare ...o importare beni e servizi senza pagamento dell’imposta”*.

Il comma 2 precisa che *“le cessioni e le prestazioni di cui alla lett. c) sono effettuate senza pagamento dell’imposta ai soggetti indicati nella lettera a), se residenti, ed ai soggetti che effettuano le cessioni di cui alla lett. b) su loro dichiarazione scritta e sotto la loro responsabilità”*, nei limiti del c.d. *plafond solare* o *plafond mobile*.

La qualifica di esportatore abituale si acquista quando l’ammontare dei corrispettivi relativi alle operazioni sopra descritte, registrati nell’anno precedente ovvero nei dodici mesi precedenti, è superiore al 10 per cento del volume di affari.

Riepilogati in termini necessariamente succinti i contorni dell’istituto, è da evidenziare che i verificatori – naturalmente attraverso complesse e sofisticate indagini – hanno reputato che le società spostate all’estero avessero mantenuto in Italia il centro decisionale, rappresentato dalle persone che, secondo la prospettazione ispettiva, avevano ideato, organizzato e finanziato il sistema frodatorio.

In dettaglio, una delle società del “gruppo” (denominata X) avrebbe svolto la funzione di cerniera e di smistamento delle operazioni soggettivamente od oggettivamente inesistenti:

- avrebbe acquistato simulatamente da altra società, nazionale, del gruppo (qualificabile come cartiera), per poi vendere ad una società (ugualmente facente parte del “sistema”) con sede fittiziamente collocata all’estero;

- l’operazione sarebbe stata replicata con altre società consorelle;

- ciò al solo fine di fare ottenere alla società X il vantaggio economico derivante dalla costituzione fittizia di un Plafond e, dunque, dalla possibilità di fare acquisti in territorio italiano senza la corresponsione dell'IVA;

- le società costituite all'estero non presentano le dichiarazioni fiscali;

- le asserite cartiere non presentano dichiarazioni fiscali.

Questo, in estrema sintesi, il progetto fraudolento ricostruito dagli organi inquirenti, sulla base di indizi, movimentazioni finanziarie, atti, corrispondenze, file e documenti sequestrati presso commercialisti ed altre figure.

Sulla scorta delle informazioni acquisite, Guardia di Finanza ed Ufficio competenti per territorio attribuiscono le conseguenze delle frodi ipotizzate agli amministratori di fatto delle società trasferite all'estero, giudicandole appunto "esterovestite" e rette da soggetti residenti nel territorio nazionale.

Gli argomenti difensivi avanzati a contrasto dell'impianto accusatorio poggiano sulla effettività delle esportazioni (ad es. a mezzo allegazione delle bollette doganali), sulla reale consistenza della sede estera (locazioni, utenze, prenotazioni alberghiere, ecc.), sulla prova della autonomia e della indipendenza degli amministratori delle società estere, sull'assenza dei presupposti fissati dalla Corte di Cassazione per identificare la figura dell'amministratore di fatto, quale titolare di poteri gestori svolti in modo non episodico od occasionale, bensì con "sistematicità dell'ingerenza", secondo l'insegnamento della Suprema Corte (Cass. 14.9.1999, n. 9795; Cass. Sez. V, 14.4. 2003; Cass. pen. 28.4. 2006) ed i commenti dottrinari all'art. 2639 c.c.

Un problema procedurale di grande delicatezza riguarda il soggetto cui notificare l'accertamento redatto a carico della società estera.

Lo scrivente ritiene che, in forza dell'art. 145 c.p.c. e dell'art. 60 D.P.R. 600/73, la notifica alle persone giuridiche deve avvenire mediante consegna alla persona che rappresenta l'ente – l'amministratore di diritto – e che **solo quando la rappresentanza dei soggetti diversi dalle persone fisiche non sia determinabile secondo la legge civile**, “è attribuita alle persone che ne hanno l'amministrazione anche di fatto” (*ex multis*, Cass. Civ. 9.7.2014, n. 15742).

9. PRINCIPALI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

In considerazione dell'estrema delicatezza della questione, il tema dell'esteroinvestizione è al centro, oltre che di un vivace dibattito dottrinario, di raffinate pronunce della giurisprudenza di legittimità e di merito.

Naturalmente, il punto cruciale è sempre quello della consistenza dell'arsenale probatorio utile a vincere la presunzione di fittizietà delle localizzazioni estere.

Giova osservare che, già dal 1984, con la sentenza n. 3604, la Corte di Cassazione ha attribuito particolare rilevanza al luogo in cui si dispiegano concretamente le attività amministrativo-direzionali dell'ente e risultano operativi gli organi di gestione (G. Marzo-I. Barbieri, *La presunzione di esteroinvestizione societaria come rimedio al tax planning “abusivo”* – 24 Ore Avvocato – Il Sole 24 ore n. 11 – novembre 2017), valorizzando così “*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*”.

A. Selezione sentenze contrarie alle tesi dell'A.F. :

Tra le pronunce che declinano un atteggiamento particolarmente rigoroso e prudente contro l'abuso delle presunzioni di finte residenze, si accredita la sentenza della

S.C. n. 2869, del 7 febbraio 2013, la quale interveniva sulla decisione della CTR della Lombardia, che aveva ritenuta non verificata la esterovestizione reclamata dall'Ufficio sulla base di atti sporadici di collegamento con il territorio nazionale.

La Corte di Cassazione ha precisato, richiamando la sentenza della Corte di Giustizia del 28 giugno 2007, che l'individuazione della sede dell'attività economica di una società deve tenere conto di fattori quali *“la sede statutaria, il luogo dell'amministrazione centrale, il luogo di riunione dei dirigenti e quello, abitualmente identico, in cui si adotta la politica generale della società. Possono essere presi in considerazione anche altri elementi, quali il domicilio dei principali dirigenti, il luogo di riunione delle assemblee generali, di tenuta dei documenti amministrativi e contabili e di svolgimento della maggior parte delle attività finanziarie, in particolare bancarie”*.

Un altro importante arresto giurisprudenziale è dato dalla sentenza n. 43809/2015, con la quale la S.C. ha sottolineato tre concetti:

la costruzione di puro artificio;

la finalità prevalente di elusione;

la libertà di scelta fra carichi fiscali diversi.

Secondo i giudici di legittimità, nel caso di società con sede legale estera controllata ai sensi dell'art. 2359 c.c., per stabilire ove è posta la sede amministrativa si deve avere riguardo alla direzione e coordinamento, non potendo essi identificarsi con il luogo da cui partono gli impulsi gestionali o le direttive.

Secondo la sentenza *de qua*, il vantaggio fiscale è indebito non perché l'imprenditore utilizza le opportunità offerte da una legislazione fiscale più conveniente, ma in quanto sia ottenuto mediante costruzioni artificiali, non aderenti alla realtà.

Nella fattispecie dedotta in giudizio, gli Ermellini hanno ritenuto che il risultato ultimo dell'operazione fosse proprio l'internazionalizzazione dell'impresa all'interno dell'UE, non rilevando l'eventuale, ulteriore stimolo del beneficio di una legislazione fiscale maggiormente vantaggiosa.

Una sentenza della CTR della Campania – la n. 12049, del 18 novembre 2015 – ha confermato la residenza estera di una società costituita nel Regno Unito come *“immobiliare di pura gestione”*, valorizzando, nel caso specifico, la consolidata presenza della società nello Stato estero, quale indicatore di una genuina permanenza.

La CTR ha stabilito come sia *“senza dubbio carente e superficiale asserire che la sede ove vengono assunte le decisioni gestionali ed operative di un'impresa estera detenuta da soggetti residenti in Italia, sia sempre quella di residenza del socio o amministratore, confondendo, in tal modo, il potere di controllo e coordinamento con la sua gestione ed amministrazione”*.

Citando a conforto la decisione della CTP di Treviso, n. 91, del 16 ottobre 2012, la Regionale campana ha affermato come la individuazione della sede dell'amministrazione non sia condizionata dal luogo ove risiedono gli amministratori della controllata estera.

Un'altra decisione che, seppure riferita più specificamente alla residenza della persona fisica (che, nella fattispecie, aveva doppia residenza), assegna rilievo alla prova della stabilità della residenza all'estero, del contratto di locazione ivi stipulato, del rituale pagamento delle imposte nel Paese straniero, è la n. 520/16 della CTP di Pescara, in esito ad una controversia seguita dallo scrivente legale.

B. Selezione pronunce a favore del sospetto di esterovestizione

La sentenza della Cassazione Penale, sez. III, **n. 32091, del 24 luglio 2013**, assume un significato molto importante, perché regola un caso in cui è stato confermato il sequestro preventivo disposto dal Tribunale di Arezzo nei confronti del legale rappresentante di una società italiana controllante di una società estera.

Sebbene la società controllata disponesse delle caratteristiche della stabile organizzazione produttiva all'estero, i Giudici di legittimità hanno ritenuto che fosse stata idoneamente accertata la totale eteronomia della gestione estera dal centro decisionale italiano.

Secondo tale pronuncia, non conta che la società estera abbia un'effettiva attività produttiva o commerciale, impianti, dotazione di personale, rapporti con clienti e fornitori locali, assumendo invece prevalenza che le persone che operano all'estero rivestano ruoli meramente esecutivi, anche nella gestione quotidiana, dipendendo integralmente dalle decisioni adottate da un ristretto gruppo di persone italiane, a base familiare.

Il soggetto destinato a subire la confisca per equivalente è identificato nell'amministratore di fatto italiano della società estera, che spesso coincide con il legale rappresentante della controllante italiana (Cass. n. 7080 del 2012; Cass.Pen. n. 20678 del 29.5.2012).

Qualificati Autori (M. Piazza, *Esterovestizione: società a base familiare e rischio di stabile organizzazione*) obiettano che detta impostazione presenta varie insidie di eccessiva generalizzazione, ed osserva che la società estera può uscire dall'angolo se dimostra che le decisioni strategiche sono prese nel corso di riunioni tenute in loco e che

l'amministrazione del posto gode di autonomia di budget e di standard professionali elevati.

Con la sentenza n. 16001, dell'8 aprile 2013, la S.C. ha confermato il decreto di sequestro preventivo per equivalente a carico dell'amministratore di una società formalmente tedesca, che non aveva presentato la dichiarazione dei redditi in Italia, sebbene qui:

- erano stati accesi i rapporti di conto corrente intestati alla società;
- si realizzava il fatturato maggiore per i servizi resi dall'impresa;
- venivano stipulati i contratti ed era ubicato il centro direzionale dell'attività.

Richiamando Suoi precedenti (Cass. sez. III, n. 7080/2010; n. 29724/20109, la Corte Suprema ha ribadito che la residenza va ricondotta al territorio nazionale se vi si svolgono la gestione amministrativa e la programmazione di tutti gli atti necessari affinché venga raggiunto il fine sociale.

Molto articolata e puntuale si rivela la sentenza della CTP di Belluno, 14 gennaio 2008, n. 174, con la quale si afferma che, al fine di verificare l'effettiva sede di una società costituita all'estero, si deve fare riferimento:

- alla consistenza della struttura organizzativa;
- al grado di autonomia decisionale;
- all'adempimento degli obblighi contabili e fiscali propri della società estera;
- alla natura ed alla rilevanza del contributo fornito dalla controllante italiana.

Ha aggiunto che sono sintomatici di esterovestizione il fatto che il capitale sia riconducibile ad una società con unico socio o soci a base familiare, e che l'amministrazione sia affidata a persone strette da legami familiari e residenti in Italia, con altri componenti del Cda estero in possesso di ruoli puramente simbolici.

10. Responsabilità dell'amministratore delle società esterovestite – La problematica dell'*amministratore di fatto*.

Strettamente connessa alla *discovery* sull'esistenza o meno, in Italia, della sede dell'amministrazione del soggetto estero, è la individuazione, da parte delle autorità fiscali, dei soggetti che, occultamente, abbiano di fatto assunto le decisioni per la società estera.

Il ché riconduce, sostanzialmente, alla figura del *dominus*, ovvero alla persona fisica che, di volta in volta, mediante una gestione costante, sistematica e puntuale dall'Italia, fornisca indicazioni sulle modalità da seguire per il pagamento dei dividendi, sugli investimenti o i disinvestimenti, impartisca direttive di vario genere.

Secondo consolidati indirizzi della Suprema Corte (*ex plurimis*, Quinta Sezione Tributaria, sentenza n. 13177, del 13 novembre 2013), la corretta individuazione dell'amministratore di fatto è subordinata all'”*accertamento dell'avvenuto inserimento nella gestione dell'impresa, desumibile dalle direttive impartite e dal condizionamento delle scelte operative della società (cfr. Cass. n. 28819/2008; id. 6719/2008; n. 99/9795, n. 99/1925)*”.

Sempre attingendosi all'insegnamento dei Supremi Giudici e di qualificata dottrina

(Piccioni, in *Riv. Gdf*, 2006, 610; Sidoli, in *Cass. pen.*, 2005, 945; Soana, *I reati tributari*, pag. 38), la nozione di amministratore di fatto, se pure non implica l'esercizio di tutti i poteri dell'organo gestorio, richiede comunque l'espletamento di un'**apprezzabile attività gestionale, svolta in modo non episodico od occasionale**.

E' consolidata la tesi che il responsabile dei reati tributari sia chi assume di fatto la veste di amministratore, a prescindere dall'investitura formale, in quanto solo colui il quale gestisce la società è in condizione di compiere l'azione dovuta, mentre l'estraneo è il prestanome (Cass. 28.4.2011, n. 23425; conforme n. 28678, del 26.3.2004; n. 35307, del 7.6.2011).

La novella dell'art. 2639 c.c. (come sostituito dall'art. 1 del D.lgs n. 61/2002) ha previsto l'estensione della responsabilità penale anche a chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o funzione (Cass. n. 20678/2012; n. 24811/2011).

E' richiesto, pertanto, come annota autorevole dottrina (A.Traversi, *La difesa del contribuente nel processo penale tributario*, ed. Giuffrè, Milano, 2014, pag. 24), che il concreto esercizio dei poteri di gestione abbia, da un lato, una durata congrua, e che, dall'altro, sia rilevante rispetto alla gestione complessiva della società, involgendo il compimento di scelte di strategia aziendale o atti di gestione patrimoniale.

L'attività di *intelligence* sulla reale portata dei poteri esercitati dal presunto amministratore italiano della società estera è quanto mai delicata e scivolosa, essendo fortemente esposta al rischio di semplificazioni probatorie o di interpolazioni interpretative, specie in assenza di una puntuale definizione normativa dell'amministratore di fatto.

Come si è detto al paragrafo precedente, l'attribuzione della qualifica di amministratore di fatto di società esterovestite espone a conseguenze estremamente delicate, come il sequestro preventivo (Cass. n. 7080 del 2012; Cass.Pen. n. 20678 del 29.5.2012; n. 16001, dell'8 aprile 2013).

In particolare, occorre evitare, nella dialettica processuale, che la qualifica di un soggetto come "amministratore di fatto", da oggetto della controversia, ovvero da elemento *sub judice*, sia attinto, come spesso accade, come un dato acquisito e storicizzato sulla base delle sole ipotesi investigative.

La questione più spinosa – a modesto parere di questo relatore – riguarda l'iter istruttorio, le procedure notificatorie e le garanzie difensive.

Nell'ambito dell'attività di controllo, è consuetudine che i verificatori eleggano ad interlocutore direttamente il soggetto che, sull'abbrivio delle informazioni raccolte, sia a loro avviso l'amministratore di fatto della società esterovestita.

Questa prassi è contestata da autorevole dottrina, che suggerisce che gli organi ispettivi, almeno per ragioni di prudenza ed opportunità, invitino al contraddittorio entrambi i rappresentanti delle società (nazionale ed estera).

Partendo dall'assunto che un soggetto sia l'effettivo *dominus* di una società, gli uffici finanziari tendono a notificare, direttamente a costui, gli atti di accertamento e contestazione.

Tale *modus operandi* confligge con gli artt. 145 e 142 c.p.c. e 60 del D.P.R. 600/73, che prevedono che la notifica vada fatta presso l'amministratore di diritto, "*essendo irrilevante una qualifica quale "amministratore di fatto", sia per ragioni di certezza del diritto sia perché nel caso delle società di capitali "l'amministratore di fatto" non rappresenta la società, ancorché (eventualmente) la gestisca, poiché la rappresentanza legale è di spettanza degli amministratori nominati*

a norma di legge” (*ex multis*, Cass. n. 15742, del 9 luglio 2014; conforme, CTP Pesaro, n. 1027/2017).

La Suprema Corte, V Sez. Trib., con la sentenza n. 13177, del 13 novembre 2013, ha precisato che gli avvisi di accertamento devono essere notificati al legale rappresentante e non all'amministratore di fatto, ed ha ribadito che la corretta individuazione dell'amministratore di fatto è subordinata all'”***accertamento dell'avvenuto inserimento nella gestione dell'impresa, desumibile dalle direttive impartite e dal condizionamento delle scelte operative della società (cfr. Cass. n. 28819/2008; id. 6719/2008; n. 99/9795, n. 99/1925)***”.

In una delle poche pronunce apparentemente contrastanti con tale principio, la Corte di Cassazione (n. 2586, del 5.2.2014) ha giustificato la notifica all'amministratore di fatto solo perché quello di diritto era defunto e, pertanto, non si rischiava una duplicazione di soggetti legittimati.

La Commissione Europea aveva aperto una procedura di infrazione in riferimento all'art. 60 del D.P.R. 600/73, per il fatto che sembrerebbe prevedere una facoltà e non un obbligo di notifica alla sede estera.

E' dunque pacifico (Valente, op. cit. pag. 336) che la notificazione degli atti tributari debba avvenire presso la residenza estera dichiarata del soggetto: “*la notifica presso la sede legale conosciuta all'estero, anche a mezzo posta, costituisce quasi un atto dovuto da parte dell'Amministrazione Finanziaria, anche perché una notifica (esclusivamente) presso l'asserita sede dell'amministrazione in Italia esporrebbe la normativa a fondate censure di violazione di principi costituzionali (art. 3 e 24 Cost.)*”.

Di particolare interesse e condivisibilità, in proposito, la sentenza della CTR Toscana, n. 61, del 18 gennaio 2008, sopra richiamata, ove si afferma che “*l'ufficio non ha*

*eseguito l'unica operazione di notifica che comunque sarebbe stato ragionevole compiere, posto che l'individuazione del domicilio fiscale per il tramite della ritenuta collocazione della sede amministrativa della società in Italia **non era presupposto di fatto su cui non vi fosse controversia, ma era invece uno dei punti fondamentali della controversia**, per cui l'ufficio non poteva dare per scontato quanto era oggetto di verifica e, ovviamente, di contenzioso*".

Resta comunque aperta, e non può essere questa la sede per risolverla, l'imponente criticità che si determina in ordine al rispetto del diritto alla difesa, laddove l'Ufficio, notificando validamente alla sede estera della società, persegua poi, come autore delle violazioni, il presunto amministratore di fatto residente in Italia, senza che questi, essendo privo, per quanto sopra esposto, della legittimazione attiva a difendere la società estera, possa congruamente contrastare addebiti fiscali che finiscono per ricadere integralmente sul suo capo.

Il tema è di più che scottante attualità, in quanto, da un lato, non si possono paralizzare i poteri investigativi delle autorità fiscali, dall'altro non si può rischiare che, sulla scorta di semplici teoremi o di labili indizi, un soggetto, qualificato come amministratore di fatto, venga travolto da devastanti rettifiche reddituali senza potere esercitare compiutamente le prerogative difensive.

Ciò perché, per un verso, non avrebbe legittimazione processuale a difendere l'operato della società della quale non ha rappresentanza legale, per altro verso sarebbe costretto a subire le conseguenze di accertamenti che muovono dal presupposto che sia lui l'effettivo *dominus* dell'azienda.

Una soluzione costituzionalmente orientata si può mutuare dalla sentenza della Terza Sezione Penale della Corte di Cassazione, n. 28775/2015, che, in aderenza alla Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 43/E del 2009, ha statuito che gli effetti dello

“scudo fiscale” possono riguardare, con riferimento alle società di persone e capitali, anche i casi di ricorso a tale istituto da parte di soggetto ritenuto dominus dell’ente.

Ha pertanto stabilito che il collegio di merito accertasse se al soggetto *“possa essere effettivamente riconosciuta la veste di dominus della società e, di seguito, se ricorrano le condizioni per ritenere perfezionata la procedura di rimpatrio/regularizzazione dei capitali”*.

Detto per inciso di questo corto-circuito, resta da osservare che, una volta affermata la residenza italiana della società estera, i verificatori dovranno affrontare il nodo della ricostruzione del reddito sottratto ad imposizione nel territorio nazionale.

Come annota acutamente il Valente, la questione non è di agevole risoluzione, poiché l’intera attività ispettiva e di accertamento risente di un *“peccato originale”*: l’A.F. interviene su un contribuente che si considera non residente e che, quindi, potrebbe rifiutarsi di fornire la documentazione contabile, non essendone in possesso o facendogli comodo dire così.

Forte è in questi casi la tentazione degli uffici di disconoscere tutti i costi della società, stante l’assenza di una dichiarazione presentata in Italia e di scritture contabili esibite.

Anche in queste evenienze, la bussola è quella di un approccio equilibrato, riguardoso dei principi comunitari e costituzionali, che permetta di ricostruire, senza schemi precostituiti o semplificazioni probatorie e, quindi, con ricchezza di riscontri e di prove bilaterali, la realtà sostanziale e le basi di un’equa imposizione fiscale.

Sotto il profilo penale, le responsabilità dell’amministratore della società esterovestita vanno ricercate nel D.lgs. n. 74/2000 e possono variare dalla fattispecie di cui all’art. 5, per omessa presentazione della dichiarazione dei redditi in Italia, a quella di cui all’art. 4 per infedele dichiarazione, senza trascurare che possono essere individuati i

presupposti dell'emissione di fatture per operazioni inesistenti, ex art. 8, come nel caso indicato al paragr.8 della presente relazione e, perfino, della sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, ai sensi dell'art. 11.

Va doverosamente segnalato che non sempre le presunzioni valide nel versante tributarie operano automaticamente nell'ottica penale, in attuazione del principio del c.d. ***doppio binario***.

I diversi canoni probatori che informano i due processi possono indurre il giudice penale, nell'ambito del suo libero convincimento, a non sposare le ipotesi investigative e a ritenere non sufficientemente dimostrata l'asserita esterovestizione, mancandone gli indizi gravi, precisi e concordanti di cui all'art. 192 c.p.p.

(Pisani M., *Le implicazioni penali dell'esterovestizione*, in *Corr. Trib.* n. 31/2008, pag. 2495 ss); I. Caraccioli, *L'esterovestizione non porta dal PM*, in *Il Sole 24 Ore*, 7.8.2006).

In definitiva, come e più che in altre forme di abuso del diritto, l'istituto dell'esterovestizione va maneggiato con cura (F. Mancini, *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *Rivista giuridica del Sannio*, n. 2/2011, pag. 143), onde evitare approssimazioni probatorie lesive della libertà di stabilimento e dei processi di reale, opportuna internazionalizzazione delle imprese, da un canto, e pregiudizievoli della personalità della responsabilità penale, dall'altro.

In questo contesto, è consigliabile che gruppi di imprese che perseguano effettivamente obiettivi di radicamento nei mercati esteri, allo scopo di codificare al meglio processi decisionali e distinzioni di responsabilità tra società nazionale ed estera, adottino con efficacia i Modelli Organizzativi di cui al D.lgs. n. 231, dell'8 giugno 2001.

Infatti, un'adeguata architettura dei modelli di *governance* e dei sistemi di controlli interni (cfr. Paolo Bastia, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, ed.

Giuffré, pag.203 ss) potrà scongiurare la commissione di illeciti transazionali e, nel contempo, offrire agli occhi dei verificatori una idonea mappatura dei criteri e delle procedure di differenziazione, tra la gestione della controllante italiana e quella della controllata estera, e l'identificazione dei singoli responsabili.

Avv. FRANCESCO MANCINI