
Società estera in Italia: distinguere tra esterovestizione e stabile organizzazione | Parte 1

di [Redazione](#)

Pubblicato il 28 Ottobre 2006

Distinguiamo i casi di esterovestizione da quelli di stabile organizzazione soffermandoci anzitutto sui concetti di residenza di persone fisiche e giuridiche.

Premessa

Prima di addentrarci nell'esposizione concettualistica e pragmatica di S.O. (Stabile Organizzazione) e di Esterovestizione è opportuno avere ben chiari i concetti di **residenza**: la residenza è infatti uno dei principii per l'applicazione della potestà impositiva da parte di uno Stato. E' importante comprendere il significato di tale concetto secondo le leggi e la prassi adottate dai singoli Stati.

Residenza delle Persone fisiche – definizione di residenza nel diritto interno

Nel caso delle persone fisiche, le regole variano in maniera rilevante di Stato in Stato.

Uno degli elementi che si prende in considerazione è il numero dei giorni in cui una persona fisica è effettivamente presente nello Stato nel corso di un anno fiscale. Per esempio, una persona può essere considerata residente per un anno fiscale se è stato presente in uno Stato per almeno sei mesi durante quello stesso anno.

La residenza non deve essere poi confusa con il domicilio; infatti in base alla giurisdizione, tali termini possono essere più o meno sinonimi. Domicilio nella terminologia dei paesi "common law", generalmente individua l'unica casa permanente di abitazione di una persona fisica.

In genere, il concetto di domicilio si riferisce ad un tipo di collegamento con lo stato di natura maggiormente permanente rispetto a quello di residenza. La residenza è il luogo in cui la persona vive per un certo periodo di tempo, ma non necessariamente in via permanente.

Nell'ordinamento tributario italiano, il concetto di residenza fiscale delle persone fisiche è specificato nell'art. 2 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, che recita “

””Soggetti passivi dell'Imposta sono le persone fisiche, residenti e non residenti nel territorio dello Stato.

Ai fini delle imposte sul reddito si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del Codice Civile.

L'attuale formulazione dell'articolo individua **tre criteri** per la **determinazione della residenza fiscale dei contribuenti persone fisiche**:

- iscrizione all'anagrafe dei residenti;
- domicilio;
- residenza.

Il **primo** è un requisito meramente **formale**, mentre il domicilio e la residenza sono elementi **di natura sostanziale**.

Infatti in presenza di iscrizione all'anagrafe è preclusa ogni ulteriore indagine finalizzata all'accertamento della residenza dell'individuo: tale condizione infatti è un dato oggettivo che dà luogo ad una presunzione assoluta ed incontrovertibile.

La circolare Ministeriale 304/1997, in materia di accertamento dei requisiti per la qualificazione dei soggetti fiscalmente residenti in Italia, dopo aver precisato il carattere alternativo dei tre criteri dettati dalla disposizione fiscale, afferma la prevalenza dell'iscrizione anagrafica rispetto al domicilio e alla residenza.

Concorde a con tale impostazione è la giurisprudenza prevalente, che ha ribadito la superiorità del criterio formale sul dato sostanziale nella fattispecie in cui la residenza venga collegata al presupposto anagrafico.

In conseguenza di siffatta impostazione, il soggetto che trasferisce la propria dimora abituale all'estero ma non provvede alla cancellazione dall'anagrafe dei residenti viene considerato per presunzione

assoluta residente in Italia, per contro, il soggetto che, pur avendo provveduto alla cancellazione dalla suddetta anagrafe e alla successiva iscrizione nell'Anagrafe dei residenti all'estero, mantiene in Italia la propria dimora abituale o il proprio centro degli affari e degli interessi, continua ad essere considerato residente in Italia.

Residenza Persone Giuridiche – Concetto di residenza ai fini fiscali

Il termine **residenza fiscale** viene generalmente inteso quale luogo ove una società è assoggettata illimitatamente ad imposizione fiscale. I concetti di nazionalità, domicilio e residenza assumono valenza particolare quando applicati nell'ambito societario.

La maggior parte degli Stati effettua una distinzione tra società straniere e società di diritto interno ma non tutti applicano lo stesso criterio in base al quale determinare la nazionalità di una società.

I criteri in base ai quali definire straniera una società includono il riconoscimento dello "status" di persona giuridica nello Stato ove viene effettivamente svolta l'attività imprenditoriale ed economica.

Ai fini fiscali lo status viene determinato sulla base delle leggi dello Stato dove la società svolge la propria attività, sia come residente che come non residente. Poiché la maggior parte degli Stati applica il principio della tassazione su base mondiale (tranne nel caso della Francia, Hong Kong, Malesia), è cruciale poter definire la residenza delle società in maniera molto accurata, in quanto lo Stato di residenza ha pieno diritto impositivo.

Il concetto di residenza per gli enti diversi dalle persone fisiche è esplicitato negli artt. 5 e 73 del TUIR: in particolare, l'art. 5 disciplina la residenza delle società di persone, mentre l'art. 73 precisa la nozione per le società di capitali e gli altri enti.

Sia per le società di persone che per quelle di capitale, si considerano residenti ai fini delle imposte sui redditi quando per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato.

L'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per

oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.

Il legislatore fiscale, dunque, ha individuato tre criteri di collegamento fra i soggetti diversi dalle persone fisiche e il territorio, ai fini della determinazione della residenza fiscale: la sede legale, la sede dell'amministrazione, l'oggetto principale.

Si tratta di principi alternativi, pertanto è sufficiente che uno solo di essi sia verificato perché la società o l'ente possano essere considerati fiscalmente residenti in Italia e, conseguentemente, soggetti ad imposizione diretta per i redditi prodotti nel mondo.

Sede legale

La sede legale è il primo dei tre criteri dettati dalla norma per l'attribuzione della residenza fiscale italiana, la sede legale è identica sia per le società di persone che per le società di capitali. La sede legale è quella risultante dallo statuto della società o dall'atto costitutivo.

Secondo giurisprudenza prevalente, la "sede effettiva" di una società è il luogo in cui si svolgono le attività di amministrazione e direzione, l'edificio che ospita l'organo amministrativo, nel quale si tengono le assemblee e si dà impulso alla volontà dei soci. Infine una ulteriore corrente giurisprudenziale che, nell'individuazione della sede effettiva della società, attribuisce peso alla residenza degli amministratori e al luogo in cui si manifestano i rapporti tra soci.



Sede dell'amministrazione

La sede dell'amministrazione: in sede tributaria, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno mutato la definizione di sede dell'amministrazione della società elaborata in ambito civilistico.

Pertanto per la sede dell'amministrazione della società o di altro ente si intende sia il luogo dove trova concreta esecuzione l'oggetto sociale sia la sede dove abitualmente si incontrano gli amministratori per svolgere l'attività amministrativa, per organizzare e dirigere la gestione sociale dell'ente.

In altri termini, riproponendo una delle espressioni utilizzate dalla giurisprudenza: "la sede dell'amministrazione è il luogo dal quale provengono gli impulsi volitivi inerenti all'attività amministrativa delle società ed enti".

Pertanto in base a questa definizione teorica, in sede di individuazione concreta della sede dell'amministrazione, occorre fare una precisazione: per stabilire se una società costituita all'estero abbia la sede dell'amministrazione in Italia occorre aver riguardo alla situazione sostanziale ed effettiva, senza limitarsi a quella formale o apparente. In altri termini, si deve considerare non solo la posizione degli amministratori "sulla carta", ossia i soggetti ai quali l'atto costitutivo o lo statuto attribuiscono il potere di amministrare la società o l'ente, ma anche il ruolo dei soggetti che, nell'inerzia degli altri, effettivamente impartiscono gli impulsi volitivi.

Localizzazione dell'oggetto principale

L'oggetto principale: il terzo criterio in base al quale stabilire la residenza fiscale della società e degli altri è la **localizzazione dell'oggetto principale**, richiamato dall'art. 5 e dall'art. 73 del TUIR.

In via preliminare dall'analisi del principio, occorre sottolineare la mancanza di adeguata giurisprudenza e la scarsa attenzione della dottrina sul tema.

D'altro canto è doveroso segnalare che numerose sono le perplessità e i dubbi che sorgono in sede applicativa circa l'identificazione dell'oggetto principale dell'attività e la sua valenza quale criterio distintivo ai fini della determinazione della base imponibile.

L'art. 5 del TUIR, che disciplina i redditi delle società di persone, stabilisce al comma 3, let. d), che si considerano residenti in Italia le società e le associazioni che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno l'oggetto principale nel territorio dello Stato.

Il legislatore, sempre nella stessa norma, precisa che l'oggetto principale deve essere rintracciato nell'atto costitutivo, se redatto in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata. In assenza di un

documento rispondente a queste caratteristiche, l'oggetto principale va desunto dall'osservazione dell'attività effettivamente esercitata dalla società. Individuato l'oggetto principale, il luogo in cui la relativa attività viene svolta determinerà la sede della società.

Un problema di notevole rilievo pratico, infatti, si pone nel caso in cui debba determinare la residenza di società estere che hanno un atto costitutivo rispondente ai requisiti del nostro legislatore, dal quale si deduce che l'oggetto principale è localizzato all'estero, ma di fatto la reale attività viene svolta in Italia.

L'applicazione pedissequa della norma, porterebbe a concludere che il contenuto dell'atto costitutivo debba prevalere sulla situazione effettiva. Ma la giurisprudenza non concorda con questa interpretazione letterale della norma e in ben due statuizioni ha riconosciuto la prevalenza del criterio sostanziale (cioè il luogo dove è svolta l'attività reale) su quello formale (cioè il luogo ove ha sede l'attività relativa all'oggetto principale indicato nell'atto costitutivo).

Per completare la disciplina, il comma 5 dell'art. 73 regola l'ipotesi di assenza di un atto costitutivo o di uno statuto conforme alla norma; in tali circostanze, l'oggetto principale è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato.

Questa disposizione, si applica in ogni caso alla determinazione dell'oggetto principale degli enti non residenti. Il tenore letterale della norma sembra escludere che le disposizioni dei commi 4 e 5 dell'art. 73 possano applicarsi alle società; il legislatore, infatti, dice espressamente che la norma è diretta agli "enti" e non anche alle società. Ancora una volta, come autorevole dottrina ha affermato, il legislatore ha perso l'occasione per fare chiarezza su un argomento foriero di molte perplessità.

Concetto di Esterovestizione

L'esterovestizione della residenza fiscale consiste, in estrema sintesi, nella fittizia localizzazione della residenza fiscale, in Paesi (anche U.E.) o territori diversi dall'Italia, dove invece, il soggetto effettivamente risiede, per sottrarsi agli adempimenti tributari previsti dall'ordinamento di reale appartenenza e beneficiare, al contrario, del regime impositivo più favorevole vigente altrove.

L'Esterovestizione è correlabile al principio del worldwide taxation – secondo il quale per i residenti in Italia sono ivi assoggettati ad imposizione tutti i loro redditi ovunque prodotti - nel senso che, per

sfuggire alla sua applicazione, che comporterebbe un maggiore onere tributario, viene fatta figurare una fittizia residenza nel Stato (o territorio) estero dove è prevista una più bassa (o inesistente) pressione fiscale e/o l'applicazione di speciali agevolazioni (es. intassabilità delle plusvalenze da partecipazione o dei dividendi).

L'Esterovestizione è anche causa di disarmonie fra vari ordinamenti fiscali tributari, che talvolta dà luogo al fenomeno della c.d. concorrenza fiscale.

L'Esterovestizione riguarda sotto il profilo soggettivo tutti i potenziali contribuenti, ed in modo particolare le società (soprattutto di capitale) e le persone fisiche, in quest'ultimo caso, in special modo, esercenti l'attività di lavoro autonomo.

L'Esterovestizione, in ultimo, ma non di minore valenza, costituisce rilevanza penale, ricorrendone le relative condizioni, per le fattispecie di cui:

- art. 5 del D.Lgs. n. 74/2000 – omessa presentazione della dichiarazione di fini dell'I.v.a. e delle II.DD.;
- art. 4 del medesimo D.Lgs. – infedele dichiarazione.

Un caso pratico

Si faccia il seguente esempio modulato sulla scorta di fattispecie reali sulle quali l'Agenzia delle Entrate è stata chiamata a pronunciarsi.

Esiste una società residente in un Paese (non necessariamente ricompreso nella black list) laddove si può godere di una fiscalità ridotta.

Tale società, avendo sede legale ed amministrativa ubicate nel proprio paese, assoggetta il proprio reddito, secondo il regime impositivo del paese estero di appartenenza.



Nel contempo tale società, realizzando transazioni commerciali nello Stato italiano, elegge il rappresentante fiscale in Italia. Orbene, la guardia di finanza, apre una verifica fiscale nei confronti di detta società e, non potendo recarsi presso la sede dello Stato estero, per ovvi motivi di competenza territoriale, effettua l'accesso presso il rappresentante fiscale italiano, acquisendo quale unica documentazione ufficiale, le dichiarazioni dell'I.v.a. nonché le relative liquidazioni mensili.

Nel corso dell'attività di verifica, i finanziari comparando il volume d'affari dichiarato ai fini Iva dalla società estera in Italia con il volume degli scambi commerciali risultante dalle banche dati in uso alla guardia di finanza, constatavano che la società di diritto estero aveva realizzato nel territorio dello Stato italiano il 90% del suo fatturato.

Pertanto, i finanziari, sulla base della legislazione nazionale disciplinata dall'art. 73 – 3° comma del Tuir, hanno considerato la società di diritto estero, di fatto residente in Italia, in quanto ritenuta avere per il maggior periodo di imposta, l'oggetto principale nel territorio dello Stato italiano e, quindi realizzandosi in Italia il luogo in cui la società eserciterebbe la relativa attività.

Pertanto, la società straniera, veniva considerata “esterovestita” in quanto avrebbe fittiziamente localizzato la residenza all'estero per sottrarsi al regime impositivo italiano, sicuramente meno favorevole.

Tale situazione, si riverberava anche sul piano penal-tributario, in quanto, attraverso il superamento degli sbarramenti quantitativi imposti dalla normativa (d.lgs. 74/2000), veniva a configurarsi il reato di omessa dichiarazione ai fini delle imposte dirette previsto dall'art. 5 del D.Lgs. n. 74/2000.

La metodologia adottata dai finanziari, non veniva condivisa però dall'Agenzia delle Entrate, in quanto la stessa sosteneva che il rilievo mosso dai militari era basato su una semplicistica equazione e, cioè:

- 90 % del volume d'affari realizzato in Italia = individuazione della sede in Italia in quanto Stato ove l'oggetto principale viene realizzato.

Infatti, per sostenere il verbale in 1° grado, bisognava avere elementi più validi a sostegno dell'oggetto principale. Sarebbe stato opportuno esporre le modalità con le quali si estrinseca l'oggetto principale.

In particolare, i finanziari avrebbero dovuto comprovare le modalità pratiche con cui l'attività veniva svolta dalla società estera in Italia; infatti l'oggetto principale della società si estrinsecava attraverso una rete agenti, mediante la quale, come meglio vedremo nel paragrafo dedicato alla "Stabile Organizzazione", la società estera esercitava in Italia la propria attività commerciale, servendosi di una rete vendita costituita da propri agenti monomandatari, la cui opera assumeva una rilevanza vitale per l'azienda stessa essendo l'unico o comunque il principale strumento utilizzato per contattare direttamente il cliente finale realizzando in tal modo il proprio oggetto sociale.

Postulando sull'argomento, secondo la definizione del paragrafo 5 dell'art. 5 del commentario OCSE, l'impresa straniera che opera in uno Stato diverso da quello della propria residenza, configura una "Stabile organizzazione personale" e, pertanto, si delinea in maniera molto più forte la presenza dello svolgimento dell'attività da parte della società considerata esterovestita e, quindi, l'estrinsecazione dell'oggetto principale nel territorio dello Stato Italiano.

In definitiva, secondo l'Agenzia delle Entrate sarebbe stato molto più sostenibile il verbale redatto dalla guardia di finanza se la stessa avesse concentrato la sua attenzione sulle modalità con le quali la rete agenti costituivano di fatto una "stabile organizzazione personale" realizzando nel contempo l'oggetto principale della società estera nello Stato italiano.

Continua nella 2a parte: [Società estera in Italia: distinguere tra esterovestizione e stabile organizzazione](#)
[| Parte 2](#)

Paolo Giovannetti