

L'esterovestizione non rientra nell'alveo dell'abuso del diritto (Nota a Cass. n. 23150/2022)

“Esterovestizione” does not falls within the scope of abuse of rights (Notes to Court of Cassation no. 23150/2022)

(commento a Cass., sez. trib., ord. 25 luglio 2022, n. 23150)

di Gabriele Savoca – 27 ottobre 2022

Abstract

Con ordinanza del 25 luglio 2022, n. 23150, la Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi in materia di esterovestizione, fornendo rilevanti indicazioni interpretative circa la natura di tale istituto e chiarendone i confini rispetto all'abuso del diritto. A tal proposito, i giudici di legittimità hanno concluso che i criteri delineati dall'art. 73 TUIR hanno il principale obiettivo di individuare i soggetti residenti ai fini fiscali in Italia, prescindendo da qualsiasi valutazione circa l'elusività caratterizzante le condotte poste in essere dal contribuente.

Nel saggio si analizzano i principi di diritto di tale pronuncia, mettendoli a confronto con il precedente e contrario filone giurisprudenziale, risalente ai primi mesi del 2022, che tende a ricondurre l'esterovestizione nell'alveo dell'abuso del diritto. Infine, si pone in evidenza una ulteriore e decisa conferma della Suprema Corte rispetto all'interpretazione di uno dei criteri elencati dall'art. 73, comma 3, TUIR, la *sede dell'amministrazione*, che viene ritenuta coincidente con la nozione di sede effettiva, di matrice civilistica.

Parole chiave: esterovestizione, abuso del diritto, vantaggio fiscale, residenza fiscale, sede dell'amministrazione, sede effettiva

Abstract

The Italian Supreme Court, issuing Order no. 23150 of 25 July 2022, came back on the concept of “esterovestizione” (foreign dressed companies), providing relevant interpretative indications on its nature and clarifying the boundaries of the relationship that may be established with the abuse of rights. This article is aimed to analyse the principles outlined in this sentence, comparing them with the previous and opposite case-law, dating back to early 2022, which tended to bring “esterovestizione” within the scope of abuse of rights.

Lastly, it is highlighted the consolidation of the interpretation regarding one of the criteria for qualifying a company or entity as tax resident in Italy, i.e., the seat of the company's administration (sede dell'amministrazione).

Keywords: *esterovestizione, foreign dressed companies, abuse of rights, tax advantage, tax residence*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. - **2.** La fattispecie: accertamento per presupposta esterovestizione societaria. - **3.** La pronuncia e il principio di diritto: esterovestizione e abuso. - **4.** *Revirement* della Cassazione: i precedenti contrari del 2022. - **5.** La *sede dell'amministrazione* come sede effettiva. - **6.** Conclusioni.

1. Con ordinanza del 25 luglio 2022, n. 23150, la Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi in materia di esterovestizione, fornendo rilevanti indicazioni interpretative circa la natura di tale istituto e chiarendone i confini con l'abuso del diritto. A tal proposito, i giudici di legittimità hanno concluso che i criteri delineati dall'art. 73 TUIR hanno il principale obiettivo di individuare i soggetti residenti ai fini fiscali in Italia, prescindendo da qualsiasi valutazione circa l'elusività caratterizzante le condotte poste in essere dal contribuente (tra i più recenti contributi ZANOTTIN., *Gli incerti confini dell'esterovestizione nell'economia globalizzata*, Pisa, 2020).

La pronuncia, come si dirà *infra*, rappresenta un tassello importante nel *revirement* iniziato dalla Suprema Corte con le sentenze gemelle pubblicate nell'aprile del 2022 e aventi ad oggetto la stessa fattispecie, seppur con riferimento a periodi d'imposta differenti (cfr. Cass. n. 11709/2022; Cass. n. 11710/2022). Tale approdo interpretativo si pone contrasto con le precedenti pronunce della medesima Corte di Cassazione, ribadite nei primi mesi del 2022, che riconducono il fenomeno dell'esterovestizione nell'alveo dell'abuso del diritto (cfr. Cass. n. 4463/2022; Cass. n. 7454/2022; Cass. n. 8297/2022).

2. Il caso vagliato nell'ordinanza scaturiva da un avviso di accertamento notificato a una società avente sede legale in Cina e attiva nel segmento della fabbricazione di resistenze, condensatori e acceleratori: per l'Agenzia delle Entrate, tale società doveva considerarsi residente ai fini fiscali in Italia e, pertanto, soggetta a IRES per i redditi *worldwide*. E ciò perché, nel corso di una verifica fiscale operata nei confronti della società controllante residente in Italia, era stato rilevato che il consiglio di amministrazione della controllata cinese era composto da tre consiglieri, tutti residenti ai fini fiscali in Italia, che avevano ricoperto o ricoprivano ruoli apicali anche all'interno della controllante italiana. Tra i consiglieri italiani della controllata cinese solamente uno si era recato regolarmente in Cina, ma per questioni meramente logistiche e non per svolgere le proprie funzioni amministrative.

Alla luce di tali circostanze, l'Agenzia delle Entrate riteneva che i tre amministratori avessero assunto tutte le decisioni relative al proprio ruolo direttamente dalla sede della controllante italiana, senza mai recarsi in Cina a tale fine. In altre parole, l'Ufficio riteneva che nessuna decisione venisse assunta presso la sede della società

controllata cinese, i cui manager risultavano subordinati all'organo di direzione italiano, e, dunque, che il potere decisionale relativo a alle attività della controllata era esercitato dai tre amministratori italiani nel nostro Paese, impartendo da qui le direttive circa l'attività amministrativa e operativa della società.

Nei primi due gradi di giudizio vi era stata soccombenza dell'Agenzia delle Entrate: alla luce del quadro fattuale e probatorio, i giudici di merito avevano ritenuto che la residenza fiscale della società controllata cinese dovesse individuarsi proprio in Cina, luogo in cui veniva svolta la gestione dell'ordinaria amministrazione societaria.

L'Agenzia delle Entrate ha proposto ricorso per cassazione, lamentando: (i) con il primo motivo, la violazione dell'art. 73, comma 3, TUIR, perché la CTR Toscana avrebbe erroneamente interpretato il criterio alternativo della “*sede dell'amministrazione*” come “*sede dell'ordinaria amministrazione*”, e in particolare nell'affermare l'irrelevanza del fatto che i consiglieri italiani della controllata cinese erano residenti in Italia e nell'individuare, conseguentemente, la residenza fiscale della società controllata in Cina, quale luogo eletto per l'ordinaria amministrazione della stessa; (ii) con il secondo motivo, la violazione degli artt. 2697, 2727 e 2729 c.c., con conseguente violazione dell'art. 73, comma 3, TUIR, dal momento che, a valle di una motivazione *per relationem* con la sentenza di primo grado, la CTR Toscana avrebbe omesso la doverosa e approfondita disamina degli elementi indiziari prodotti dall'Ufficio e utili a riqualificare la società controllata cinese come fiscalmente residente in Italia; (iii) con il terzo motivo, la violazione degli artt. 73, comma 2, e 162 TUIR, perché la CTR Toscana ha argomentato che «*L'esercizio entro i confini nazionali dell'attività di direzione e coordinamento implica per la struttura preposta a tale attività, ai sensi dell'articolo 162 del TUIR e, usualmente, dell'articolo 5 delle varie convenzioni stipulate dall'Italia, conformi al modello OCSE, la qualificazione, al più, di stabile organizzazione*»: per l'Agenzia ricorrente, in nessun caso sarebbe ipotizzabile che la società che esercita il potere di direzione e coordinamento sia una stabile organizzazione della società sulla quale tale potere viene esercitato.

3. Vista la stretta correlazione, i tre motivi di ricorso sono stati trattati congiuntamente dalla Suprema Corte

Muovendo dall'art. 73, comma 3, TUIR, che elenca i criteri alternativi utili ad individuare i soggetti fiscalmente residenti in Italia (sede legale, sede dell'amministrazione e oggetto principale nel territorio dello Stato, per la maggior parte del periodo di imposta: sul tema, per tutti, MELIS G., *La residenza fiscale delle società nell'Ires: giurisprudenza e normativa convenzionale*, in *Corr. trib.*, 2008, 45, 3648 ss.), la Cassazione ha chiarito che essi prescindono da qualsiasi valutazione circa le eventuali condotte poste in essere dai contribuenti e volte ad alterare la realtà oggettiva al fine di configurare una residenza diversa da quella effettiva per godere di un trattamento fiscale più favorevole.

Ciò è condivisibile se si considera che, a ben vedere, le contestazioni in materia di esterovestizione notificate alle società costituite e aventi sede legale al di fuori dello

Stato italiano dovrebbero limitarsi a valutare l'esistenza in concreto nel territorio dello Stato, per la maggior parte del periodo di imposta, di almeno uno dei criteri di collegamento che radicano la residenza ai fini fiscali in Italia, senza coinvolgere la diversa questione dell'abuso del diritto (già in questo senso, ASSONIME, *D.L.vo n. 128 del 2015 sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente: la disciplina sull'abuso del diritto*, in *Circolari*, n. 21/2016, 90).

In questa direzione i giudici di legittimità distinguono tra (i) accertamento della residenza in Italia di una società ai sensi dell'art. 73, comma 3, TUIR e (ii) accertamento della - così definita - *esterovestizione elusiva*, caratterizzata da manovre poste in essere dal contribuente al fine di sottrarre, in maniera artificiosa e apparente, la società o l'ente alla residenza fiscale in Italia a favore di uno Stato che garantisca un vantaggio fiscale (indebito). In tale prospettiva, i due concetti possono ma non debbono necessariamente coesistere.

Per chiarezza espositiva e, probabilmente, tentando di risolvere il contrasto con i precedenti di legittimità contrari, la Suprema Corte ha aggiunto un elemento ulteriore rispetto quanto argomentato nell'aprile del 2022 (cfr. Cass. n. 11709/2022; Cass. n. 11710/2022), formulando il seguente principio di diritto: «*In materia di imposte sui redditi delle società, l'art. 73, comma 3, d.P.R. n. 917 del 1986 individua i criteri di collegamento (la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale), paritetici ed alternativi, delle società e degli enti con il territorio dello Stato, la cui ricorrenza, per la maggior parte del periodo d'imposta, determina la residenza in Italia e l'assoggettamento alla potestà impositiva del fisco italiano, a prescindere dall'accertamento di un'eventuale finalità elusiva della contribuente, che sia volta a perseguire uno specifico vantaggio fiscale che altrimenti non le spetterebbe*» (*idem*, con evidenziazione in grassetto, nella sentenza gemella Cass. n. 23225/2022).

4. Con tale principio di diritto, l'ordinanza in commento sembra consolidare il *revirement* avviato con le sentenze dell'aprile 2022, aventi ad oggetto la medesima fattispecie, rispetto all'orientamento pregresso della medesima Suprema Corte, ribadito, nei primi mesi del 2022, che è postulata un'interpretazione in chiave antiabusiva della disciplina (cfr. Cass. n. 4463/2022; Cass. n. 7454/2022; Cass. n. 8297/2022).

In queste pronunce l'Agenzia delle Entrate aveva interposto ricorso in cassazione per avere il giudice d'appello ritenuto necessaria la prova del carattere elusivo dell'esterovestizione, in assenza della dimostrazione del vantaggio fiscale conseguito dalla società. Ma i giudici di legittimità avevano rigettato il motivo di ricorso, richiamando il pregresso filone giurisprudenziale secondo cui «*ricorre l'ipotesi di esterovestizione allorché una società, la quale ha nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione, da intendersi come luogo in cui si svolge in concreto la direzione e gestione dell'attività di impresa e dal quale promanano le relative decisioni, localizzi la propria residenza fiscale all'estero al solo fine di fruire di una legislazione tributaria più vantaggiosa*» (cfr. Cass. n. 16697/2019) e, ancora, «*per esterovestizione s'intende la fittizia localizzazione della residenza fiscale di una*

società all'estero, in particolare in un Paese con un trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale, allo scopo, ovviamente, di sottrarsi al più gravoso regime nazionale» (cfr. Cass. n. 2869/2013).

Quest'orientamento della giurisprudenza di legittimità non solo qualifica l'esterovestizione come fenomeno avente tipica finalità elusiva, ma ritiene essenziale che l'Amministrazione finanziaria provi il vantaggio fiscale indebito ottenuto dal contribuente attraverso la propria condotta. Senza alcuna base normativa, dunque, i giudici di legittimità elevano un elemento costitutivo dell'abuso del diritto ad elemento costitutivo dell'esterovestizione, rischiando di trasformare quest'ultima in una *species* dell'abuso, nonostante vi sia una netta differenza sotto il profilo delle caratteristiche sia oggettive sia soggettive.

Come rilevato in sede di commento delle pronunce della Corte da ultimo richiamate (cfr. CORDEIRO GUERRA R. - BONAZZA C., *Esterovestizione di una holding: occorre dimostrare il vantaggio fiscale*, in *Corr. trib.*, 2022, 5, 468 ss.), tale interpretazione potrebbe aprire la strada ad avvisi di accertamento fondati sulla *General Anti Avoidance Rule* di stampo nazionale, con conseguenze paradossali.

In primo luogo, verrebbe violato l'art. 10-*bis*, comma 12 dello Statuto dei contribuenti (su cui, per tutti, CONTRINO A. - MARCHESELLI A., *Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*, in GLENDI C. - CONSOLO C. - CONTRINO A., a cura di, *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Milano, 2016, 1 ss.), il quale, cristallizzando la natura residuale di tale istituto, esclude che possa configurarsi un'ipotesi di abuso del diritto in presenza di una specifica disposizione tributaria utile a contestare la condotta del contribuente (nel caso di specie l'articolo 73 TUIR). Invero, l'esterovestizione non è riconducibile all'interno della sfera dei fenomeni elusivi perché non si concretizza in una condotta caratterizzata dal "rispetto formale delle norme fiscali" (cfr. ARGINELLI P., *Contributo all'inquadramento dogmatico del fenomeno della esterovestizione societaria in ambito tributario*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2021, 2, 699 ss.; in tale senso già CONTRINO A., *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, 4, I, 1407 ss.). In secondo luogo, l'attività di accertamento risulterebbe molto meno snella ed efficace, dal momento che il contribuente potrebbe invocare a proprio favore tutte le garanzie sostanziali e procedurali previste dall'art. 10-*bis*. Infine, l'inquadramento prospettato escluderebbe la punibilità sotto il profilo penale alla luce di quanto disposto dal comma 13 del citato art. 10-*bis*, secondo cui «*Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie*» (sul tema, CONSOLO G., *Il problema della rilevanza penale delle condotte elusive/abusive e la codificazione della soluzione della non punibilità*, in GLENDI C. - CONSOLO C. - CONTRINO A., a cura di, *op. cit.*, 64 ss.): ferma la sanzionabilità sul piano amministrativo, in ipotesi di esterovestizione verrebbe dunque esclusa la possibilità di contestare l'eventuale reato di omessa dichiarazione ex art. 5 D.Lgs n. 74/2000, che ha l'obiettivo di punire il fine evasivo perseguito dal contribuente attraverso la costituzione dell'ente e la fissazione della residenza fiscale all'estero e la consequenziale omessa dichiarazione in Italia.

5. Un ulteriore ed essenziale chiarimento fornito dalla pronuncia in commento riguarda la corretta interpretazione di uno dei criteri, paritetici e alternativi, elencati dall'art. 73, comma 3, TUIR, *i.e.*, la *sede dell'amministrazione*.

I giudici di legittimità, richiamando la ormai consolidata giurisprudenza della Corte, chiariscono che il criterio della sede dell'amministrazione deve ritenersi coincidente con la nozione di *sede effettiva* di matrice civilistica, «*intesa come il luogo dove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e 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 dell'impulso dell'attività dell'ente* (cfr. Cass. n. 3604/1984; Cass. n. 5359/1988; Cass. n. 497/1997; Cass. n. 7037/2004; Cass. n. 6021/2009; Cass. n. 2813/2014)» (cfr. Cass. n. 16697/2019; Cass. n. 15424/2021).

Tale interpretazione trova conforto (i) nelle sentenze di matrice europea, che identificano la sede dell'attività economica nel luogo in cui vengono adottate le decisioni essenziali concernenti la direzione generale della società e in cui sono svolte le funzioni di amministrazione centrale (cfr. CGUE, 28 giugno 2007, *Planzer Luxembourg Sàrl*); (ii) nel diritto pattizio, in quanto l'art. 4, paragrafo 3, del Modello OCSE, nella versione aggiornata al 2017, identifica la residenza nel luogo in cui le Autorità fiscali, di comune accordo, lo collocano, tenendo in considerazione non solo il *place of effective management* (cd. POEM) ma anche *any other relevant factor* (sul tema, v., fra gli altri, SHALHAV S., *The Evolution of Article 4(3) and Its Impact on the Place of Effective Management Tie Breaker Rule*, in *Intertax*, 2004, 32, 460; ROMANO C., *The Evolving Concept of "Place of Effective Management" as a Tie-Breaker Rule under the OECD Model Convention and Italian Law*, in *European Taxation*, 2001, 339; MOSCHETTI G., *Origine storica, significato e limiti di utilizzo del place of effective management, quale criterio risolutivo dei casi di doppia residenza delle persone giuridiche*, in *Dir. prat. trib.*, 2010, 2, I, 245)

Si consideri, peraltro, che il Commentario all'articolo 4 del Modello OCSE (par. 24.1), aggiornato al 2017, tende a incentivare l'individuazione della sede effettiva, specificando che le Autorità fiscali, nel giungere ad un comune accordo utile ad individuare la residenza fiscale, possono tenere in considerazione vari fattori, tra i quali «*where the meetings of its board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person's headquarters are located, which country's laws govern the legal status of the person, where its accounting records are kept*» (cfr. CARINCI A., *I criteri di residenza non costituiscono più strumenti di contrasto all'esterovestizione*, in *QuotidianoPiù*, 28 luglio 2022).

Nel caso in esame, alla luce di tale ricostruzione, la Corte ritiene che i giudici di merito non abbiano fatto buon governo dei predetti principi, dal momento che gli stessi, senza chiarire quale dei tre criteri dell'art. 73 stessero valutando e omettendo valide argomentazioni, hanno escluso che possa avere rilevanza il luogo dove sono

determinati gli indirizzi generali dell'attività societaria, privilegiando il luogo in cui viene gestita l'ordinaria amministrazione della società (*i.e.*, contrattazioni, direttive al personale e cura del processo produttivo). Da ciò la cassazione con rinvio della sentenza di secondo grado.

6. L'ordinanza in commento e le pronunce gemelle (cfr. Cass. n. 11709/2022; Cass. n. 11710/2022; Cass. n. 23225/2022) si collocano nel senso di un nuovo e più preciso filone giurisprudenziale secondo il quale non vi è necessaria coincidenza tra l'accertamento dell'esterovestizione, con successiva ed eventuale ridefinizione della residenza in Italia, ed accertamento della così definita *esterovestizione elusiva*, caratterizzata da manovre poste in essere dal contribuente al fine di sottrarre in maniera artificiosa e apparente la società o l'ente alla potestà impositiva del Fisco italiano. Tali concetti, infatti, possono sovrapporsi ma non devono essere considerati come un *unicum*.

Alla luce di questo nuovo orientamento si può affermare che gli accertamenti in tema di esterovestizione non coinvolgono, in linea di principio, l'abuso del diritto e la GAAR di stampo nazionale.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

ANTONINI M. - D'ALESSANDRO F., *Gli incerti confini tra evasione e abuso: profili fiscali e penali*, in *Corr. trib.*, 2022, 1, 68 ss.

ARGINELLI P., *Contributo all'inquadramento dogmatico del fenomeno della esterovestizione societaria in ambito tributario*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2021, 2, 699 ss.

ASSONIME, *D.L.vo n. 128 del 2015 sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente: la disciplina sull'abuso del diritto*, in *Circolari*, n. 21/2016, 90

AVOLIO D., *Sulla residenza delle società incerta la posizione della Cassazione per i rapporti con l'abuso del diritto*, in *il fisco*, 2022, 20, 1949 ss.

CARINCI A., *I criteri di residenza non costituiscono più strumenti di contrasto all'esterovestizione*, in *QuotidianoPiù*, 28 luglio 2022

CONSOLO G., *Il problema della rilevanza penale delle condotte elusive/abusive e la codificazione della soluzione della non punibilità*, in GLENDI C. - CONSOLO C. - CONTRINO A. (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Milano, 2016, 64 ss.

CONTRINO A., *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, 4, I, 1407 ss.

CONTRINO A., *Note in tema di dividendi "intraeuropei" e "beneficiario effettivo", tra commistioni improprie della prassi interna e nuovi approdi della giurisprudenza europea*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 3 febbraio 2020

CONTRINO A. - MARCHESELLI A., *Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*, in GLENDI C. - CONSOLO C. - CONTRINO A. (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Milano, 2016, 1 ss.

- CORDEIRO GUERRA R. - C. BONAZZA C., *Esterovestizione di una holding: occorre dimostrare il vantaggio fiscale*, in *Corr. trib.*, 2022, 5, 468 ss.
- DORIGO S. - CORDEIRO GUERRA R., *Residenza fiscale delle società ed esterovestizione: note a margine della sentenza 'Dolce & Gabbana' della Cassazione penale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2017, 1, 210 ss.
- MELIS G., *La residenza fiscale delle società nell'Ires: giurisprudenza e normativa convenzionale*, in *Corr. trib.*, 2008, 45, 3648 ss.
- MORRIS. - NICOLOSI F., *Esterovestizione societaria: dalla nozione di abuso del diritto a quella di costruzione artificiosa*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 5 luglio 2022
- MOSCHETTI G., *Origine storica, significato e limiti di utilizzo del place of effective management, quale criterio risolutivo dei casi di doppia residenza delle persone giuridiche*, in *Dir. prat. trib.*, 2010, 2, 245 ss.
- ROMANO C., *The Evolving Concept of "Place of Effective Management" as a Tie-Breaker Rule under the OECD Model Convention and Italian Law*, in *European Taxation*, 2001, 339
- SHALHAV S., *The Evolution of Article 4(3) and Its Impact on the Place of Effective Management Tie Breaker Rule*, in *Intertax*, 2004, 32, 460 ss.
- ZANOTTIN., *Gli incerti confini dell'esterovestizione nell'economia globalizzata*, Pisa, 2020