

# Per l'esterovestizione rileva il luogo d'esercizio dell'attività sostanziale

Per la Cassazione non si deve considerare solo il criterio della localizzazione delle persone che esercitano le funzioni più elevate

/ Stefano COMELLINI

La delicata distinzione tra la legittima delocalizzazione societaria e la mera esterovestizione costituisce, in un contesto sempre più esteso di commerci internazionali ed economia digitale, questione delicata sia per l'elaborazione normativa, interna e sovranazionale, che per la risposta sanzionatoria. Sancire giudizialmente la **residenza fiscale** italiana di una società o di un ente che abbiano legittimamente esercitato la propria libertà di stabilimento in un altro Stato membro significa, infatti, comprimere tale libertà, negando un legittimo vantaggio fiscale, e colpire penalmente la gestione.

L'argomento si ritrova sempre più di frequente nella giurisprudenza tributaria ed anche in quella penale, spesso riconducibile alla fattispecie dell'omessa dichiarazione (art. 5 del DLgs. n. 74/2000). Un'ampia disamina dei criteri di individuazione dell'**esterovestizione** è contenuta nella sentenza n. [39678](#) depositata ieri dalla Cassazione.

Nel caso di specie, i giudici di merito avevano ritenuto in capo al ricorrente, appunto, la sussistenza del reato di cui all'art. 5 del DLgs. n. 74/2000 per avere egli fittiziamente localizzato la residenza fiscale della società all'estero, in particolare in un Paese (Lussemburgo) con un trattamento fiscale più vantaggioso allo scopo, secondo l'ipotesi di accusa, di sottrarsi al più gravoso regime nazionale.

Ne era conseguita la conclusione che si versasse in una ipotesi di esterovestizione in quanto – secondo un principio di diritto già espresso dalla Corte – l'inosservanza dell'obbligo di presentazione della dichiarazione annuale dei redditi da parte di società avente residenza fiscale all'estero integra il reato previsto dall'art. 5 qualora detta società abbia, in realtà, **stabile organizzazione** in Italia. Il che si riscontra quando si svolgono sul territorio nazionale la gestione amministrativa e la programmazione di tutti gli atti necessari affinché sia raggiunto lo scopo sociale, non rilevando il luogo di adempimento degli obblighi contrattuali e dell'espletamento dei servizi (Cass. n. [7080/2012](#)).

Più in particolare, per determinare la residenza fiscale delle persone giuridiche **sogetti passivi IRES**, ai fini delle imposte sui redditi, si considerano residenti in Italia – ex art. 73 del TUIR – le società e gli enti che, per la maggior parte del periodo di imposta, hanno la sede legale o la sede amministrativa o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. La Corte rileva come i criteri dell'art. 73 siano collegati da una "o" disgiuntiva, così che anche la sussistenza di uno solo di essi può

permettere di individuare la residenza fiscale in Italia. Per "**sede legale**" – che può essere fittizia e non coincidere con quella effettiva – deve intendersi il luogo in cui opera il centro direttivo e amministrativo della società, ove avviene il compimento di atti giuridici in nome di essa, connotata dall'abituale presenza degli amministratori con poteri di rappresentanza. La "sede dell'amministrazione" in Italia comporta una tassazione *world-wide* (su base mondiale) anche se la sede legale o l'oggetto sociale siano fissati all'estero. In ogni caso, il presupposto essenziale è l'individuazione del luogo da cui provengono gli impulsi volitivi dell'attività societaria, vale a dire ove si esplicano la direzione e il controllo di detta attività; in particolare, qualora gli amministratori risiedano all'estero ma svolgano le proprie funzioni a mezzo di procuratori operanti in Italia, qui sarà la residenza fiscale societaria.

La Corte conferma così di condividere (come già Cass n. 7080/2012) la riserva espressa dal nostro Paese in sede di approvazione del modello di convenzione OCSE contro le doppie imposizioni (par. 25 sotto la rubrica Osservazioni al Commentario), ritenendo necessario, per individuare la direzione effettiva di un ente, considerare, non solo il criterio della localizzazione della persona o del gruppo di persone che esercitano le funzioni più elevate, ma anche il luogo ove l'attività principale e sostanziale è esercitata.

L'ultimo criterio – l'"**oggetto sociale**" – ha natura residuale rispetto a quello della sede e si applica solo se questa, legale o amministrativa, non sia in Italia per la maggior parte del periodo di imposta. L'art. 73 comma 4 del TUIR dispone che l'oggetto, esclusivo o principale, dell'ente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per "oggetto principale" si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto. Quindi tutti gli atti produttivi e negoziali, oltre ai rapporti economici che l'ente pone in essere con i terzi.

Nel caso di specie, la Corte ha confermato le argomentazioni dei giudici di merito che avevano ravvisato nei fatti di causa la prova della esterovestizione della società amministrata dal ricorrente.

In particolare, si era verificato che pur avendo la società un oggetto sociale - compravendita di quote societarie - esente da particolari mezzi e strumenti anche fisici, non vi era in atti traccia dell'esistenza di alcuna, seppur minima, **struttura estera** relativa al raggiungi-

mento dello stesso. Tutti i contratti erano stati stipulati in Italia, all'esito di **trattative** condotte in Italia, attraverso società italiane. Il ricorrente aveva gestito la società trovandosi in Italia. L'intervento di una persona giuridica estera non risultava avere alcuna giustificazione funzionale o strategica.

Pur confermando quindi la sussistenza del reato tributario contestato, la Corte ha dovuto, tuttavia, riconoscere, in accoglimento parziale del ricorso, che le fattispecie penali tributarie riguardano **alternativamente**, al superamento delle soglie previste, le imposte sui

redditi o l'IVA (art. 1, lett. f del DLgs. n. 74/2000), con la conseguenza che sono estranei all'**ambito oggettivo** delle fattispecie le imposte non riconducibili a tali categorie (es. l'IRAP o l'imposta di registro).

Inoltre, occorre che l'imposta sia "dovuta" (sempre art. 1, lett. f) il che esclude – secondo prassi (C.M. n. [154/2000](#)) e giurisprudenza costante (da ultimo, Cass. n. [12810/2016](#)) – l'IRAP che, avendo natura reale, si considera non incidente sul reddito e, quindi, non riconducibile al reato di cui all'art. 5 del DLgs. n. 74/2000 e neppure computabile nel **profitto confiscabile**.