



Marzo 2008

STUDI COLLEGATI
LINKED LAW FIRMS

ARGENTINA
Buenos Aires
Cordoba
Mendoza
Rosario
Salta

AUSTRIA
Wien

BRAZIL
São Paulo
Rio de Janeiro

CHILE
Santiago de Chile

CHINA
Beijing
Shanghai

COLOMBIA
Bogotá

CZECH REPUBLIC
Prague

ECUADOR
Quito

GREECE
Athens

INDIA
Mumbai
New Delhi

IRELAND

MÉJICO
Ciudad de Méjico

PANAMA
Ciudad de Panama

PERÙ
Lima

POLAND
Warszawa

UNITED KINGDOM
London

SWITZERLAND
Bern
Zurich

UKRAINA

URUGUAY
Montevideo

VENEZUELA
Caracas

La “sentenza Leofin”

Il giudice italiano ostacola l'utilizzo di società con sede all'estero che sono effettivamente gestite in Italia.

Contesto normativo

L'art. 73 del Testo Unico sulle Imposte sui Redditi (TUIR) indica le persone soggette all'imposta sul reddito delle società in Italia.

Secondo l'art. 73, comma 3 del TUIR “ *ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che 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*”

La legge n. 248 del 4 agosto 2006 ha aggiunto un nuovo comma 5 – *bis* all'art. 73 del TUIR.

Secondo il nuovo paragrafo 5 – *bis*, un'azienda stabilita all'estero che controlli una società od altra entità residente in Italia, è ritenuta essere residente in Italia se, alternativamente:

- a) l'azienda straniera è controllata, direttamente o indirettamente, da persone residenti in Italia; o
- b) la maggior parte del consiglio d'amministrazione è costituita da persone residenti in Italia.

Il paragrafo 5 – *bis* dell' art 73 del TUIR ha quindi introdotto una presunzione relativa, dato che il contribuente può provare il contrario.

Lo scopo dell' art. 73, co. 5 – *bis*, è quello di impedire ancora di più l'utilizzo di società formalmente stabilite all'estero, quando il loro unico obiettivo è quello di approfittare della legislazione più favorevole dell'altro Paese, come partecipazioni ed esenzione dei dividendi.

Vale la pena dire ricordare che in passato l'imposta italiana ha contrastato tale pratica utilizzando il concetto della « sede di direzione effettiva », contenuto nell' art. 73, comma 3 del TUIR.

In altre parole, un' azienda stabilita all'estero può essere ritenuta residente in Italia se è comprovato che la sua « sede di direzione effettiva » è, in effetti, in Italia.



A questo riguardo, si può affermare che l' art. 73, comma 3 del TUIR è in linea con l'art. 4, co. 3 del Modello di convenzione fiscale OCSE.

Nel recente caso Luxottica, relativo agli anni di imposta 1997 e 1998, il giudice italiano ha fatto riferimento ad entrambi, l'art. 73 co. 3 del TUIR e l'art. 4 co. 3 del Modello di convenzione fiscale OCSE.

Le circostanze prese in esame dal Tribunale tributario di primo grado di Belluno

Nelle decisioni n. 173/01/2007 e 174/01/2007 risalenti al 14 gennaio 2008, il Tribunale tributario di primo grado di Belluno ha esaminato il caso di una società tedesca di esclusiva proprietà di un' azienda italiana.

I fatti rilevanti presi in considerazione dal giudice italiano, sono i seguenti:

- una lettera confidenziale inviata dalla società italiana alla filiale tedesca in cui veniva suggerito di tenere le riunioni degli azionisti in Germania, allo scopo di evitare che le autorità fiscali tedesche potessero considerare la filiale tedesca residente in Italia;
- i documenti e le altre informazioni relative al bilancio annuale dell'azienda tedesca erano conservati in Italia;
- tutti i contratti più importanti dell'azienda tedesca erano firmati da persone italiane;
- l'unico azionista dell'azienda tedesca era italiano;
- lo stesso azionista era anche dirigente di entrambe, la filiale tedesca e l'azienda madre italiana;
- le operazioni commerciali della società tedesca erano state fondate dall' azienda italiana in controllo.

Il giudice ha menzionato l'art. 1, co. 3 della convenzione della doppia imposizione Italia-Germania, che afferma che « *laddove...una persona di natura diversa da una persona fisica sia residente nei due Stati contraenti, questa dovrebbe essere ritenuta residente dello Stato in cui sia effettivamente situata la sua sede di direzione effettiva* ».



Di conseguenza, lo scopo del giudice era quello di determinare dove la « sede di direzione effettiva fosse collocata.

I criteri selezionati dal giudice italiano per identificare la « sede di direzione effettiva » dell'azienda tedesca.

A seguito i criteri utilizzati dal giudice italiano nel determinare dove l'azienda tedesca fosse effettivamente gestita:

- La sostanza dell'organizzazione dell'azienda tedesca nella realizzazione delle proprie attività commerciali;
- Il grado d'indipendenza dell' azienda tedesca nella scelta delle strategie;
- la natura e la pertinenza della partecipazione da parte della società madre italiana;
- L' adempimento della contabilità e degli obblighi fiscali da parte dell' azienda tedesca.

Inoltre, il giudice ha tenuto in considerazione altre circostanze di rilievo, ovvero:

- Il fatto che il capitale dell' azienda tedesca fosse di proprietà di un'azienda i cui azionisti erano tutti membri della stessa famiglia;
- Il fatto che anche i dirigenti dell' azienda tedesca fossero persone fisiche residenti in Italia e che avessero legami familiari con gli azionisti della società madre italiana (anche se alcuni di loro non risiedevano in Italia o non avevano un ruolo rilevante all'interno dell'azienda tedesca).

Conclusioni del giudice italiano

Alla luce dei fatti sopra elencati, il giudice italiano ha confermato l' opinione delle autorità fiscali italiane, che avevano stabilito che l' azienda tedesca avesse residenza in Italia.

Questa conclusione, in particolare, fu supportata dai seguenti elementi:

a) La detenzione di azioni:



« *L'azienda tedesca – ha dichiarato il giudice – è stata istituita allo scopo di acquisire un numero di azioni del gruppo di aziende, di vendere queste azioni ad altre aziende dello stesso gruppo e di approfittare della partecipazione tedesca al regime d'esenzione* ».

b) La residenza del direttore generale dell'azienda tedesca:

Il giudice ha osservato che il direttore generale dell'azienda tedesca « *era residente in Italia negli anni d'imposta considerati, ed era anche dirigente dell'azienda madre italiana* ».

c) Le attività dell'altro dirigente:

Il giudice ha fatto notare che « *l'altro dirigente dell'azienda tedesca non aveva un ruolo di effettiva gestione, perché gli azionisti lo avevano espressamente congedato da ogni responsabilità. Infatti, tutti gli atti pertinenti dell'azienda tedesca erano firmati dal direttore generale italiano o da altre persone* ».

d) L'indipendenza finanziaria e capitale dell'azienda:

Il giudice italiano ha preso in considerazione l'indipendenza finanziaria dell'azienda tedesca, affermando che «*Essa non aveva indipendenza finanziaria e capitale ed era completamente gestita dall'azienda italiana e dal direttore generale italiano, entrambi residenti in Italia* ».

e) Luogo delle riunioni dei dirigenti:

Il giudice ha altresì esaminato il luogo dove le riunioni dei dirigenti avvenivano. Egli ha affermato che era « *irrelevante il fatto che le riunioni avessero luogo in Germania, poiché le decisioni venivano realmente prese in Italia e registrate negli atti di impresa attraverso persone che agivano in nome del direttore italiano* ».

f) Altro documento confidenziale:



Il giudice ha esaminato il documento confidenziale trovato dall' amministrazione fiscale, in cui l' azienda madre italiana aveva proposto alla filiale tedesca di tenere le riunioni degli azionisti in Germania « *allo scopo di ridurre il rischio che l' amministrazione fiscale tedesca potesse considerare l' azienda tedesca residente in Italia ai fini fiscali* ».

* * *

Noi riteniamo che la conclusione del tribunale tributario italiano sia equa poichè, dopotutto, la creazione dell' azienda tedesca sembrava davvero essere una mistificazione ai fini fiscali. Infatti, l'azienda tedesca era stata creata per approfittare della partecipazione tedesca alle disposizioni di esonerazione (al momento dei fatti, p. e. 1997 e 1998, il sistema fiscale italiano non aveva un regime di partecipazione alle disposizioni di esonerazione).

Dato che tutte le decisioni rilevanti dell' azienda tedesca venivano prese in Italia, e che in Italia era anche la residenza del direttore generale dell' azienda, era corretto – a nostro avviso – affermare che l' azienda tedesca era residente in Italia ai sensi dell' art. 73 co. 3 del TUIR.

Crediamo che la decisione sia stata presa in conformità con i nuovi presupposti di cui all'art. 73 co. 5 – *bis* per cui, alle specifiche circostanze descritte all'inizio, il fardello di fornire la prova riguardante la residenza effettiva di un' azienda estera passa dalle autorità fiscali al contribuente.

Giovanni Moschetti, g.moschetti@studiosmoschetti.com

Alessandro Vigna, a.vigna@studiosmoschetti.com