

Costruzione “genuina” e “sostanza economica” nei principi comunitari

di Piergiorgio Valente (*)

Le norme generali antiabuso contenute nell'ordinamento comunitario mirano a contrastare le costruzioni artificiali poste in essere essenzialmente al fine di eludere l'imposizione fiscale o di ottenere un vantaggio fiscale indebito. Una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non “genuina” (*i.e.*, costruzione artificiosa) nella misura in cui non sia stata posta in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica. Contestare l'assenza di “sostanza economica” significa opporre al contribuente la scelta di una “concatenazione” di operazioni non coerenti rispetto al risultato economico da raggiungere, in assenza di ragioni economiche che abbiano indotto ad una determinata scelta. La natura abusiva della condotta dovrebbe essere esclusa se la forma giuridica adottata si manifesta coerente con l'obiettivo economico da raggiungere.

1. Premessa

La necessità di contrastare gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva ha indotto le istituzioni comunitarie, *in primis* la Commissione europea, a prevedere norme generali antiabuso, con lo scopo di combattere le **pratiche fiscali abusive** che non sono ancora state oggetto di disposizioni specifiche (1). Tali norme sono destinate a colmare eventuali lacune e non dovrebbero pregiudicare l'applicabilità di norme antiabuso specifiche.

In linea di prima approssimazione, si rileva come nell'ordinamento comunitario le norme generali antiabuso dovrebbero essere applicate alle costruzioni che non sono “genuine”; in caso contrario, il contribuente dovrebbe poter avere il diritto di scegliere la struttura più vantaggiosa dal punto di vista fiscale per la propria attività di *business*. Nel valutare se una costruzione

debba essere considerata non “genuina”, le indicazioni fornite agli Stati membri prevedono la possibilità di prendere in esame/valutare la sussistenza o meno di “valide ragioni economiche” (*i.e.*, ragioni *extra-fiscali*).

È inoltre importante garantire che le norme generali antiabuso comunitarie si applichino in modo uniforme sia all'interno dell'UE che nei confronti di Paesi terzi.

I principi comunitari riguardanti l'individuazione delle costruzioni “genuine” rappresentano un punto di riferimento essenziale per i giudici italiani chiamati a pronunciarsi su fattispecie riguardanti la residenza fiscale delle persone giuridiche.

2. Raccomandazione sulla pianificazione fiscale aggressiva

Nella clausola antiabuso proposta dalla Commissione europea con la Raccomandazione del

(*) Presidente della Confédération Fiscale Européenne (CFE). Centro Studi Internazionali GEB Partners.

(1) Per approfondimenti sugli schemi di pianificazione fiscale

aggressiva cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 49 ss.

6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva [C (2012) 8806 *final*]] (2), la **costruzione abusiva** si caratterizza per la presenza di **“artificiosità”**, la **finalità fiscale (elusiva)** e l'**assenza di “sostanza commerciale”** (*commercial substance*).

Infatti, si prevede che debba essere ignorata una “costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale”. Le autorità nazionali devono trattare siffatta costruzione, dal punto di vista fiscale, facendo riferimento alla c.d. sostanza economica (*economic substance*).

Il **concetto di *economic substance*** non è ulteriormente definito e sembrerebbe non del tutto identico a quello di *commercial substance*, rilevante, secondo la Raccomandazione in commento, per la qualificazione di una costruzione come “artificiosa”. Tuttavia, nella definizione di “costruzione artificiosa” fornita dalla Raccomandazione, il riferimento alla c.d. sostanza economica porterebbe a concludere che questa è presupposta dalla sussistenza di **ragioni extra-fiscali** (i.e., “valide ragioni economiche”).

Secondo quanto previsto dall'art. 4.4 della Raccomandazione, “una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale”. Gli elementi identificativi di una **“costruzione artificiosa”** sono i seguenti:

- la qualificazione giuridica delle singole misure (i.e., *step*) di cui è composta la costruzione non è coerente con il fondamento giuridico della costruzione nel suo insieme (**principio di incoerenza**);

- la costruzione o la serie di costruzioni è posta in essere in un modo che non sarebbe normalmente impiegato in quello che dovrebbe essere un comportamento ragionevole in ambito commerciale (**principio di ragionevolezza**). In tal caso, l'Amministrazione finanziaria risulterebbe

autorizzata a sostituire gli effetti fiscali di uno schema elusivo con quelli che si sarebbero prodotti ove detto schema non fosse stato realizzato oppure se fosse stata realizzata una diversa operazione reputata una “ragionevole alternativa” a quella posta in essere;

- la costruzione o la serie di costruzioni comprende elementi che hanno l'effetto di compensarsi o di annullarsi reciprocamente (**principio di autoannullamento**);

- le operazioni concluse sono di natura circolare (**principio di circolarità**);

- la costruzione o la serie di costruzioni comporta un **significativo vantaggio fiscale**, di cui tuttavia non si tiene conto nei rischi commerciali assunti dal contribuente o nei suoi flussi di cassa. La sussistenza di un significativo vantaggio fiscale è uno degli indizi che possono far concludere per la presenza di una “costruzione artificiosa”;

- le previsioni di utili al lordo delle imposte sono insignificanti rispetto all'importo dei previsti vantaggi fiscali.

Quanto alla finalità fiscale (elusiva), si rileva che una costruzione o una serie di costruzioni artificiose persegue lo scopo di eludere l'imposizione quando, “a prescindere da eventuali intenzioni personali del contribuente, contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili”.

3. Normativa comunitaria

La **costruzione “non genuina”** è quella posta in essere con l'obiettivo di conseguire un **“vantaggio fiscale indebito”** secondo la Direttiva 2015/121 del 27 gennaio 2015, che introduce un'apposita clausola generale antiabuso nella Direttiva c.d. madre-figlia (3).

L'art. 1 della Direttiva 2015/121 fa riferimento alla pratica elusiva, intendendo a tal fine quella

(2) La Raccomandazione sulla pianificazione fiscale aggressiva, pubblicata dalla Commissione europea il 6 dicembre 2012, afferma che l'*aggressive tax planning* “(...) consiste nello sfruttare a proprio vantaggio gli aspetti tecnici di un sistema fiscale o la disparità esistenti fra due o più sistemi fiscali al fine di ridurre l'ammontare delle imposte dovute”. Tra le possibili conseguenze della pianificazione fiscale aggressiva, la Raccomandazione cita:

- le doppie deduzioni, come ad esempio, i casi in cui la medesima perdita è detratta sia nello Stato della fonte che nello Stato della residenza;

- la doppia non-imposizione, come ad esempio, nel caso di redditi non tassati nello Stato della fonte ed esenti nello Stato della residenza.

La Raccomandazione si concentra in particolar modo su due punti:

- limitazione dell'applicazione di norme finalizzate a evitare la doppia imposizione;
- norme generali antiabuso.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, cit., pag. 652 ss.

(3) La Direttiva c.d. madre-figlia (Direttiva 2011/96/UE) ha lo scopo di impedire che le imprese appartenenti allo stesso gruppo siano assoggettate a tassazione due volte con riferimento allo stesso reddito (c.d. doppia imposizione). Rileva la Commissione che alcune imprese, tuttavia, hanno “sfruttato” le sue disposizioni e i c.d. *mismatches* tra le singole legislazioni nazionali al fine di sottrarsi ad imposizione in ciascuno degli Sta-

“costruzione o serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l’oggetto o la finalità della presente Direttiva, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti”.

Un ulteriore elemento che caratterizza la “genuinità” della costruzione è, secondo la Direttiva in commento, il fatto che la costruzione medesima sia “stata posta in essere per **valide ragioni commerciali** che riflettono la realtà economica”. La rilevanza, ai fini della verifica della “genuinità” della costruzione, di un’effettiva realtà economica è stata sancita dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza Cadbury Schweppes, causa C-196/04:

“la tassazione da essa [*i.e.*, normativa sulle CFC] prevista non deve trovare applicazione se, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la costituzione di una società estera controllata corrisponde a una realtà economica” (4).

Le “valide ragioni commerciali” (*i.e.*, *extra-fiscali*) - la cui assenza fonda la “non genuinità” della costruzione - non trovano una compiuta definizione nella Direttiva in commento, ma si pre-

sentano quale **concetto distinto** sia da quello di “**sostanza economica**” che da quello di “**sostanza commerciale**” di cui alla Raccomandazione 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva.

La medesima definizione di “costruzione non genuina” si rinviene nella Direttiva 2016/1164 del 12 luglio 2016 (c.d. ATAD), la quale, all’art. 6, richiede agli Stati membri di ignorare “una costruzione o una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l’oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti” (5).

Anche secondo la Direttiva c.d. ATAD “una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui non sia stata posta in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica”.

Più di recente, la suindicata definizione di “costruzione non genuina” si rinviene nella proposta di Direttiva - COM (2016)685 *final* - del 25 ottobre 2016 (CCTB) (6). Secondo l’art. 58 della citata proposta, “ (...) a Member State shall disre-

ti in cui l’attività di *business* è esercitata (c.d. doppia non-imposizione). Con l’obiettivo di eliminare i suindicati *loopholes*, la Commissione europea ha proposto, nel novembre 2013, di procedere alle seguenti modifiche della Direttiva 2011/96/UE:

- aggiornamento delle disposizioni antiabuso: in linea con quanto previsto nella Raccomandazione sulla pianificazione fiscale aggressiva del 6 dicembre 2012, è stato richiesto agli Stati membri di adottare una disposizione antiabuso generale e condivisa, diretta ad assicurare che l’imposizione trovi applicazione sulla base dell’“*effettiva sostanza economica*” dell’operazione;

- esclusione dall’esenzione degli *hybrid loan arrangements*: le disposizioni *ante-modifica* della Direttiva c.d. madre-figlia richiedono agli Stati membri di riconoscere, a favore delle società-madri, l’esenzione da imposta sui dividendi corrisposti dalle società-figlie residenti in uno Stato membro diverso. In alcuni casi, gli Stati di residenza delle *subsidiaries* considerano tali pagamenti quali *tax deductible debt repayment*, con la conseguenza che gli stessi non sono assoggettati a tassazione nello Stato della *subsidiary*, né in quello della casa-madre. Al fine di evitare siffatta situazione di “doppia non-imposizione”, le disposizioni proposte dalla Commissione europea (e successivamente approvate) prevedono che, se un *hybrid loan payment* è considerato fiscalmente deducibile nello Stato della controllata, esso deve necessariamente essere assoggettato a tassazione nello Stato in cui risiede la casa-madre.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2016, Commento all’art. 10; P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, cit., pag. 670 ss.

(4) Per approfondimenti sulla sentenza Cadbury Schweppes cfr. P. Valente - D.M. Cardone, *Esterovestizione. Profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, IPSOA, 2015, pag. 180 ss.

(5) La Direttiva 2016/1164, recante norme contro le pratiche

di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno (c.d. ATAD), è stata approvata dal Consiglio dell’UE sulla base della proposta presentata dalla Commissione europea nell’ambito del “pacchetto antielusione” [COM(2016)26]. Obiettivo delle nuove disposizioni è quello di contrastare i sistemi più diffusi di elusione fiscale, allo scopo di rendere effettivo il principio per cui ogni società paga le imposte dove realizza i profitti. In conformità ai principi OCSE in materia di BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), la Direttiva ATAD contiene disposizioni con riferimento alla deducibilità degli interessi, all’*exit tax*, alla norma generale antiabuso, alla disciplina CFC e agli strumenti ibridi.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, “Misure UE di Contrasto all’Elusione: Prospettive Future e Impatto per il Regime Tributario Italiano”, in *il fisco*, n. 12/2016.

(6) In data 25 ottobre 2016, con la comunicazione n. 682 [COM(2016)682], la Commissione europea ha annunciato l’adozione di un pacchetto di misure il cui obiettivo è quello, da un lato, di rivedere il modo in cui le società sono tassate nel mercato unico a vantaggio di un sistema equo e favorevole alla crescita, dall’altro, di contrastare l’elusione fiscale internazionale. Il pacchetto comprende, tra gli altri, la nuova proposta di Direttiva per la determinazione della base imponibile comunitaria. Essa sostituisce quella presentata il 16 marzo 2011 - COM(2011)121 - la quale, in considerazione della portata innovativa, aveva sollevato critiche, dubbi ed opinioni divergenti tra gli studiosi della materia, gli Stati membri e le organizzazioni che rappresentano gli interessi del *business*. Con l’obiettivo di superare le citate divergenze, nonché di addivenire ad una rapida approvazione del progetto, con la proposta del 25 ottobre 2016, la Commissione europea ha dato attuazione a quanto anticipato nel corso dei lavori preparatori, in merito all’opportunità di procedere secondo due distinte fasi:

- in una prima fase, l’accordo tra gli Stati membri dovrebbe

gard an arrangement or a series of arrangements which, having been put in place for the essential purpose of obtaining a tax advantage that defeats the object or purpose of this Directive, are not genuine, having regard to all relevant facts and circumstances”.

La medesima disposizione precisa che “*an arrangement or a series thereof shall be regarded as non-genuine to the extent that they are not put in place for valid commercial reasons that reflect economic reality*”.

La peculiarità della clausola antiabuso di cui alla proposta di Direttiva del 25 ottobre 2016 - rispetto alla definizione di cui alla Direttiva 2015/121 e alla Direttiva 2016/1164 - è rappresentata dal riferimento alla c.d. sostanza economica (presente nella Raccomandazione del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva):

“3. Arrangements or a series thereof that are disregarded in accordance with paragraph 1 shall be treated, for the purpose of calculating the tax base, by reference to their economic substance”.

Anche la proposta di Direttiva del 25 ottobre 2016 omette, però, al pari della Raccomandazione del 6 dicembre 2012, di prevedere una definizione certa di *economic substance*.

4. “Sostanza economica” e “valide ragioni economiche”: distinzioni

Nonostante sia possibile rinvenire qualche connessione tra la sussistenza di “sostanza economica” e la presenza di “valide ragioni economiche”, i **due concetti non vanno confusi o sovrapposti**.

La “**sostanza economica**” trova esplicitazione sul *piano oggettivo* e risponde all’esigenza di verificare la coerenza tra forme impiegate dal contribuente e obiettivi da raggiungere. Essa inoltre presuppone una valutazione dei vantaggi scaturiti dall’operazione, del loro carattere fiscale o *extra-fiscale* e della loro consistenza. Contestare l’assenza di “sostanza economica” significa opporre al contribuente la scelta di una “concatenazione” di operazioni non coerente ri-

spetto al risultato (economico) da raggiungere, in assenza di ragioni (economiche) che abbiano indotto ad una determinata scelta.

Il criterio della “sostanza economica” comporta che:

- allorché una data modifica nella sfera economico-giuridica del soggetto sia realizzata in modo immediato ed efficiente; oppure

- allorché una data modifica nella sfera economico-giuridica del soggetto sia realizzabile mediante diversi strumenti giuridici o combinazioni di strumenti giuridici;

se la forma giuridica adottata si manifesta “coerente” con l’obiettivo economico da raggiungere, la natura abusiva della condotta dovrebbe essere esclusa.

I criteri per l’identificazione della “sostanza economica” dovrebbero far riferimento a quelli delineati dalla Raccomandazione del 6 dicembre 2012, al paragrafo 4.4, con riguardo alla “costruzione artificiosa”.

Le “**valide ragioni economiche**” concernono invece il **piano soggettivo** e rispondono all’esigenza di identificare i motivi per i quali l’operazione (asseritamente abusiva) è stata posta in essere.

Il requisito della “sostanza economica” risponde a domande quali l’adeguatezza degli strumenti giuridici impiegati rispetto all’obiettivo economico che si intende conseguire; gli effetti significativi prodotti dall’operazione; la natura fiscale o *extra-fiscale* di siffatti effetti.

Al contrario, ai fini della valutazione della sussistenza delle “valide ragioni economiche” rileva il motivo per il quale una determinata operazione è stata effettuata.

5. Pronunce giurisprudenziali italiane

I principi sopra espressi in tema di costruzione “genuina” e “non artificiosa” si rinvencono in due recenti pronunce della Commissione tributaria provinciale di Udine (7), in tema di **esterovestizione di società** (8).

Nel caso oggetto della prima delle due pronunce, una società con sede legale in Lussemburgo,

essere raggiunto sulla base imponibile comune, allo scopo di far conoscere alle imprese e agli Stati membri stessi i vantaggi connessi al nuovo regime;

- nella seconda fase, dovrebbero essere introdotte norme sul consolidamento della base imponibile comune.

A tal fine, la Commissione europea ha approvato una proposta di Direttiva “*on a Common Corporate Tax Base (CCTB)*” - COM(2016)685 *final* - e una proposta di Direttiva “*on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*” - COM(2016)683 *final*.

Per approfondimenti sulla proposta di Direttiva del 2011 cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, cit., pag. 2258 ss.

(7) Comm. trib. prov. di Udine, sent. n. 91/2/2016 e sent. n. 208/2/2016.

(8) Per approfondimenti sul concetto di esterovestizione delle persone giuridiche cfr. P. Valente - D. M. Cardone, *Esterovestizione. Profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, cit., pag. 7 ss.

interamente controllata dalla capogruppo avente sede in Italia, ha impugnato gli avvisi di accertamento emessi dall'Agenzia delle entrate, in relazione alle imposte IRES contestandone l'illegittimità e l'infondatezza. In particolare, l'Agenzia delle entrate ha ravvisato a carico della controllata un fenomeno di esterovestizione in quanto, nonostante essa avesse la propria sede legale in Lussemburgo, la **sede di direzione effettiva** (9) era da localizzarsi presso quella italiana della capogruppo.

A sostegno del proprio convincimento, l'Ufficio ha evidenziato come tutte le **direttive gestionale-amministrative** e le istruzioni venissero impartite alla controllata dalla capogruppo con la conseguenza che il *management* e la sede di direzione effettiva della ricorrente fosse da identificarsi in Italia.

Inoltre, l'Ufficio non ha inteso attribuire alcuna rilevanza ai certificati di residenza rilasciati alla controllata dall'Autorità fiscale lussemburghese che, invece, secondo la ricorrente, sarebbero stati idonei a dimostrare l'insussistenza di un suo collegamento con l'Italia e, dunque, l'esclusione dell'esterovestizione (10).

La parte ricorrente, invece, ha sottolineato come l'Ufficio non avesse mai espressamente e dichiaratamente contestato la sua concreta e reale operatività in Lussemburgo, ma si fosse limitato a fondare una contestazione di esterovestizione sulla base dell'attività di direzione e coordinamento svolta dalla controllante (11). Invero, l'Agenzia delle entrate avrebbe dovuto provare che la società lussemburghese costituiva una "costruzione di puro artificio" e che non svolgeva all'estero alcuna effettiva e concreta attività.

Secondo la Commissione tributaria provinciale di Udine, "l'espressa non contestazione dell'Ufficio sulla effettiva e concreta operatività in Lussemburgo è già sufficiente ad escludere la configurabilità di un fenomeno di esterovestizione, escludendo, per l'appunto, che in Lussemburgo vi fosse una costruzione di puro artificio". Del resto, "la parte ricorrente ha esplicitato le ragioni economiche della localizzazione in tale Stato della società del gruppo che ne gestisce la liquidità: ragioni di carattere organizzativo che risiedono, per una società finanziaria, nei vantaggi

di operare direttamente, attraverso una società locale, su una delle più dinamiche piazze finanziarie".

A parere della Commissione tributaria provinciale di Udine, è un "**errore metodologico**" il volere identificare la sede di direzione effettiva della controllata con la sede della capogruppo in quanto rientra negli ordinari e fisiologici poteri della capogruppo determinare gli indirizzi strategici e gestionali delle società del gruppo. Ciò che assume rilevanza è la sussistenza o meno all'estero di una **struttura economica effettiva**, concreta e non apparente, avuto riguardo alla natura dell'attività imprenditoriale svolta.

Gli importanti principi enunciati dalla Commissione tributaria provinciale di Udine nella sentenza n. 91/2/2016 si ritrovano nella successiva pronuncia n. 208/2/2016, sempre in tema di esterovestizione delle società.

Nel caso di specie, l'Agenzia delle entrate ancora una volta ha ritenuto che, nonostante la sede legale della controllata si trovasse in Lussemburgo, la sua sede effettiva fosse in Italia, presso la sede della propria controllante. Ciò, in quanto dalla controllante italiana provenivano **direttive gestionali ed amministrative** nei confronti della controllata lussemburghese.

Secondo la società ricorrente, gli elementi evidenziati dall'Ufficio a sostegno del proprio convincimento sono insignificanti in quanto essi si inquadrano nell'ordinario e fisiologico svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c. svolta dalla capogruppo.

Al fine di ricondurre la sede effettiva della controllata in Italia anziché in Lussemburgo, l'Agenzia delle entrate avrebbe dovuto provare che essa era una "costruzione di puro artificio", costituita all'estero al solo scopo di eludere il regime fiscale nazionale e, dunque, non operativa in Lussemburgo.

La CTP di Udine ha condiviso, innanzitutto, il costante orientamento seguito dalla giurisprudenza sia nazionale che comunitaria secondo cui il fenomeno dell'esterovestizione va sempre analizzato tenendo presente il principio comunitario della **libertà di stabilimento** e quello, costituzionalmente tutelato, della **libertà di ini-**

(9) Per approfondimenti sul concetto di sede di direzione effettiva cfr. P. Valente - D. M. Cardone, *Esterovestizione. Profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, cit., pag. 93 ss.; P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., Commento all'art. 4.

(10) Con riguardo ai certificati di residenza rilasciati dall'Autorità fiscale lussemburghese, la Comm. trib. prov. di Udine ha

ritenuto corretto l'orientamento seguito dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. la sentenza della Suprema Corte, n. 1553/2012), che considera tali certificati una valida prova idonea ad escludere l'esterovestizione.

(11) Per approfondimenti sull'attività di direzione e coordinamento cfr. P. Valente - D.M. Cardone, *Esterovestizione. Profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, cit., pag. 59 ss.

ziativa economica privata di cui all'art. 42 Cost. (12).

In particolare, i giudici hanno richiamato la sentenza Cadbury Schweppes del 2006 (C-196/04) nella quale la Corte di Giustizia UE, in riferimento alla libertà di stabilimento, afferma che "la circostanza che una società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per sé stessa un abuso di tale libertà". Sono stati presi in considerazione anche i principi espressi dalla Suprema Corte nella sentenza n. 43809/2015, secondo cui "identificare *tout court* la sede amministrativa della società controllata con il luogo nel quale si assumono le decisioni strategiche o dal quale partono gli impulsi decisionali può comportare conseguenze aberranti ove esso dovesse identificarsi con la sede della società controllante, in evidente contrasto con le esigenze sottese al suo controllo". Pertanto, secondo la CTP di Udine è errato il presupposto secondo cui la prova di esterovestizione della controllata si fonda sulla prova dell'**attività di etero-direzione** della controllante che tipicamente si caratterizza per il flusso di informazioni funzionali ad una corretta gestione della controllata da parte della sua capogruppo. Tale prova, quindi, non è di per sé sufficiente se non accompagnata dalla dimostrazione che la società controllata estera costituisce una "costruzione di puro artificio" che non svolge alcuna concreta attività ovvero non è operativa all'estero (13).

6. Considerazioni conclusive

L'esame sopra riportato delle più recenti disposizioni antiabuso introdotte a livello comunitario consente di delineare gli elementi essenziali per l'individuazione di una costruzione "non genuina" (o "artificiosa"). Questa, in particolare, si caratterizza per:

- lo scopo di ottenere un **vantaggio fiscale** che è **in contrasto** con l'oggetto o la finalità delle **disposizioni applicabili**;

- l'**assenza di "valide ragioni economiche"**, *i.e.*, l'assenza di valide ragioni *extra*-fiscali, in grado di riflettere la realtà economica (in conformità con i consolidati principi espressi dalla Corte di Giustizia dell'UE);

- la **mancanza di "sostanza economica"**, la quale dovrebbe essere presupposta dall'assenza di valide ragioni *extra*-fiscali, sebbene non vada confusa con essa (rilevando, la prima, sul piano oggettivo; le seconde, sul piano soggettivo).

Possono ritenersi elementi significativi della mancanza di "sostanza economica" i seguenti (cfr. Raccomandazione del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva):

- la qualificazione giuridica delle misure (*i.e.*, *step*) di cui è composta la costruzione non è coerente con il fondamento giuridico della costruzione nel suo insieme (principio di incoerenza);

- la costruzione o la serie di costruzioni è posta in essere in un modo che non sarebbe normalmente impiegato nel contesto di un comportamento ragionevole in ambito commerciale (principio di ragionevolezza);

- la costruzione o la serie di costruzioni comprende elementi che hanno l'effetto di compensarsi o di annullarsi reciprocamente (principio di autoannullamento);

- le operazioni concluse sono di natura circolare (principio di circolarità);

- la costruzione o la serie di costruzioni comporta un significativo vantaggio fiscale, di cui "tuttavia non si tiene conto nei rischi commerciali assunti dal contribuente o nei suoi flussi di cassa";

- le previsioni di utili al lordo delle imposte sono insignificanti rispetto all'importo dei previsti vantaggi fiscali.

(12) Alla luce di questi principi, ciascun imprenditore deve poter essere libero di trasferire la sede della propria società all'estero, anche qualora da ciò possa derivare l'applicazione di un regime fiscale più favorevole rispetto a quello nazionale, purché ciò risponda ad una concreta esigenza di natura tecnico-organizzativa della struttura imprenditoriale.

(13) Nel caso di specie, l'Ufficio si era invece limitato a desu-

mere l'esterovestizione della controllata esclusivamente sulla base della provenienza dalla controllante italiana di direttive gestionali ed amministrative senza che sia mai stata dichiaratamente contestata la non effettiva operatività della controllata in Lussemburgo o lo svolgimento dell'attività economica presso lo Stato estero.