

IL COMMERCIALISTA VENETO n. 236 - MARZO / APRILE 2017



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DELLE TRE VENEZIE

INSERTO

La residenza fiscale delle società

ALESSANDRO BAMPO
Ordine di Belluno

ALBERTO DE LUCA
Ordine di Treviso

La residenza fiscale delle società

ALESSANDRO BAMPO

Ordine di Belluno

ALBERTO DE LUCA

Ordine di Treviso

I. LA RESIDENZA FISCALE IN ITALIA

1. La residenza dei soggetti esteri

Come noto, l'attuale assetto normativo propone la distinzione tra soggetti residenti e non residenti.

La corretta definizione della residenza fiscale di un soggetto (sia persona fisica che giuridica) ricopre, peraltro, notevole importanza.

Più specificatamente, per quanto riguarda le società, è a tutti noto che per il principio della tassazione su base mondiale, i residenti sono assoggettati ad imposizione su tutti i redditi ovunque prodotti; al contrario, per le società e gli enti non residenti, in applicazione del principio di tassazione territoriale, questi sono assoggettati ad imposizione in Italia soltanto per i redditi prodotti sul territorio nazionale. L'articolo 151, comma 1, del D.P.R. n. 917/86 (d'ora innanzi TUIR) stabilisce infatti che "il reddito complessivo delle società e degli enti non residenti [...] è formato soltanto dai redditi prodotti nel territorio dello Stato, ad esclusione di quelli esenti dall'imposta e di quelli soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta o ad imposta sostitutiva".

Per cui, una società o un ente non residente sarà sempre tassato nel nostro Paese, ove consegua redditi in Italia, indipendentemente dal fatto che per la stessa ricchezza tale società od ente sia assoggettato ad imposizione anche nel proprio Paese di residenza (in virtù di un eventuale reciproco principio della tassazione mondiale previsto nell'ordinamento fiscale straniero)¹.

Qualora, invece, il reddito sia prodotto in un Paese estero, anche diverso da quello di residenza, la società non residente non potrà essere assoggettata a tassazione in Italia.

2. La residenza delle persone giuridiche in ambito fiscale

Con specifico riferimento ai soggetti passivi Ires, l'articolo 73, comma 3 del TUIR² stabilisce che si considerano fiscalmente residenti in Italia le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno:

- la sede legale;
- la sede amministrativa;
- l'oggetto principale della loro attività nel territorio dello Stato.

Detti criteri sono alternativi, dal momento che è sufficiente che operi uno soltanto di essi per ritenere la società soggetto residente fiscalmente in Italia.

3. Sede legale

La sede legale è un criterio di facile determinazione ed, in tale senso, è il criterio di natura formale che più si avvicina all'iscrizione all'anagrafe relativo alla residenza fiscale delle persone fisiche. Questo dato è facilmente desumibile in quanto, ad esempio, una società costituita in Italia presso un Notaio italiano è una società a tutti gli effetti residente in Italia. Pertanto, sempre esemplificando, una società che volesse trasferire la propria sede all'estero dovrebbe primariamente modificare il proprio statuto sociale.

4. Sede dell'Amministrazione

Con sede dell'amministrazione 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".

Per meglio comprendere tale nozione, si ipotizzi il seguente fenomeno (a volte riscontrabile nella prassi, soprattutto nel passato): società, a puro titolo d'esempio, costituita in Olanda con oggetto principale relativo alla gestione di partecipazioni, Consiglio di Amministrazione composto da soggetti residenti in Italia³. Chiaramente, il fatto che il Cda sia costituito da soggetti residenti in Italia non permette automaticamente di presumere che la società sia residente nel nostro Paese, ma fa scattare - in termini pratici - una sorta di presunzione (in ipotesi di verifica) che il luogo effettivo di riunione dell'organo amministrativo sia localizzato in Italia.

Sarà poi compito del contribuente dimostrare il contrario. Perciò, i componenti del Cda dovranno esibire, ad esempio, copia dei biglietti aerei con destinazione Olanda, elementi probatori che il Cda si è riunito presso la sede legale della società in Olanda e che da lì sono state impartite direttive precise al Direttore

[1] Cfr. *Manuale di Fiscalità Internazionale*, Dragonetti, Piacentini, Sfondrini, Ipsosa 2007, pag. 11 e ss.

[2] "1. Sono soggetti all'imposta sul reddito delle società:

a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, nonché le società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato; b) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali; c) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali; d) le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.

2. Tra gli enti diversi dalle società, di cui alle lettere b) e c) del comma 1, si comprendono, oltre alle persone giuridiche, le associazioni non riconosciute, i consorzi e le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo. Tra le società e gli enti di cui alla lettera d) del comma 1 sono comprese anche le società e le associazioni indicate nell'articolo 5. Nei casi in cui i beneficiari del trust siano individuati, i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali.

3. Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato diverso da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi.

4. L'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente 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.

5. In mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato; tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti.

5-bis. Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa: a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato; b) sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

5-ter. Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 5 bis, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato. Ai medesimi fini, per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5". [...]

[3] Ovviamente, tale fenomeno si può verificare tanto a livello di multinazionale che di piccola - media impresa dove l'imprenditore non vuole perdere il controllo diretto della società estera e tale situazione è facilmente riscontrabile in quanto, se la società olandese è una società controllata della società italiana, la società italiana dovrà allegare al proprio bilancio il bilancio della società figlia ove verranno esposti i nominativi di tutti i componenti del Consiglio di Amministrazione (vedi articolo 2429, terzo comma del Codice Civile).



Amministrativo che gestisce la contabilità della società stessa⁴.

Tale aspetto può portare a profili maggiormente critici nel caso in cui la società estera sia amministrata, ad esempio, da un amministratore unico e tale amministratore sia residente in Italia; in tale caso potrebbe mancare la prova che le riunioni si sono tenute all'estero e, quindi, che da lì promanano le volontà della società.

Analoga situazione si viene a creare se le riunioni del Consiglio di Amministrazione della società estera fossero svolte tramite audio o teleconferenza. Anche in questo caso non sarà di semplice esperibilità provare che l'Organo Amministrativo si sia riunito all'estero e non in Italia⁵.

Altra fattispecie critica riscontrabile nella prassi è la seguente: i Consiglieri d'Amministrazione della società estera sono a volte professionisti locali "prestati" da una società fiduciaria o da uno studio estero che però non assumono particolari responsabilità per l'attività che la società andrà a svolgere; perciò, chiederanno la stipula di un apposito contratto di indennizzo (c.d. "indemnity agreement") che comporterà l'assunzione della responsabilità ultima in capo agli amministratori della società italiana.

Anche tale esemplificazione potrebbe portare ad una presunzione di residenza in Italia della sede dell'amministrazione della società estera, in quanto il reale organo "volitivo" e che sopporta, in ultima istanza, le responsabilità della società, si potrebbe presumere localizzato in Italia⁶. In altre parole, per configurare una sede effettiva all'estero non è sufficiente nominare amministratori locali che agiscano solo in relazione alle precise istruzioni imposte dal soggetto residente italiano, ma è necessario che gli stessi operino concretamente, facendo uso del loro potere decisionale e svolgendo in loco effettiva attività di direzione.

Per contro, la designazione, quali amministratori, di professionisti locali può talora essere giustificata dalle loro conoscenze ed esperienze in ordine alla realtà specifica del Paese in cui il soggetto si trova ad operare, con la conseguenza di dover valutare, sulla base di altri fattori, se la loro attività di direzione sia effettiva e idonea a radicare la sede dell'amministrazione, rilevando, a tal fine, ad esempio, l'indipendenza degli amministratori locali ovvero la conformità del loro operato all'interesse obiettivo della società che amministrano.

La nozione di sede dell'amministrazione qui in esame assume, peraltro, ancora maggiore significato in quanto costituisce il criterio recepito dalla

Convenzione OCSE per dirimere questioni di doppia residenza fiscale. Perciò, tornando all'esempio di cui sopra, lo Stato Olandese considererà la società residente in Olanda perché in Olanda la società stessa possiede la propria sede legale e lo Stato Italiano potrebbe considerarla residente in Italia perché ivi è localizzata la sede dell'amministrazione: a questo punto dovrà soccorrere la Convenzione contro le doppie imposizioni per decidere in quale dei due Paesi la società effettivamente risieda⁷.

Da ultimo, sul tema, anche la giurisprudenza, recependo le indicazioni formulate dall'OCSE, ha mostrato di attribuire rilevanza al "luogo in cui hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e dove operano i suoi organi rappresentativi o i suoi dipendenti con poteri direttivi, ossia il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accettamento, nei rapporti interni e con i terzi, degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente"⁸.

5. Oggetto principale dell'attività

Il terzo criterio è quello in base al quale per stabilire la residenza fiscale della società e degli altri si fa riferimento alla localizzazione dell'oggetto principale, richiamato dall'art. 5 e dall'art. 73 del TUIR.

In termini operativi, la valutazione della presenza o meno dell'oggetto principale dell'attività in Italia non è sempre facile e va ponderata caso per caso. Ai fini della localizzazione dell'oggetto principale, si deve, infatti, tenere in considerazione non tanto l'attività statutaria, quanto l'attività effettivamente esercitata dalla società o ente (così l'art. 73, comma 5 del TUIR; la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 12/E del 21 febbraio 2003 e, più recentemente, la circolare n. 28/E del 4 agosto 2006). Nello stabilire, poi, se l'oggetto principale della attività intesa, dunque, come attività di fatto esercitata si trovi in Italia o all'estero, occorre tener conto del luogo in cui l'attività stessa viene svolta.

In proposito, è stato correttamente osservato da Assonime (circolare 46/2007) come tale luogo non sia necessariamente coincidente con quello in cui si trovano i beni principali posseduti dalla persona giuridica, dovendosi avere riguardo alle caratteristiche dell'attività svolta e alla natura dei beni posseduti, al fine di verificare se il loro utilizzo, ai fini dello svolgimento dell'attività dell'ente, richieda o meno una presenza *in loco*: la distinzione assume particolare rilevanza per le *holding di gestione* delle partecipazioni, per le quali non bisogna confondere, ai fini della localizzazione, l'oggetto principale dell'attività di impresa propria del soggetto controllante con quello delle società partecipate, né tantomeno con la collocazione dei beni da queste posseduti. La *holding*, infatti, viene a svolgere una propria attività economica autonoma e diversa da quella delle partecipate, consistente nell'esercizio della direzione e coordinamento delle partecipate (*holding di gestione* c.d. "pura"), e talora, in attività ausiliarie (di finanziamento, gestione della tesoreria, ecc.) a favore delle partecipate stesse (*holding di gestione* c.d. "operativa")⁹. L'oggetto principale della *holding* si trova dunque nel luogo in cui tali attività vengono poste in essere, a prescindere dalla collocazione della sede delle partecipate.

E' importante notare, peraltro, per quanto detto i precedenza (in chiusura del par. 4), che sebbene l'oggetto principale dell'attività possa essere considerato in Italia, tale requisito potrebbe non essere, ai fini convenzionali,

[4] Infatti, l'Agenzia delle Entrate, con la nota prot. n. 2010/39678 del 19 marzo 2010, ha affermato che una prova idonea a dimostrare un concreto radicamento della sede di direzione effettiva nel territorio dello Stato estero:

"può attestare, ad esempio, al regolare, periodico svolgimento delle riunioni del consiglio di amministrazione, di cui può essere agevolmente fornita la documentazione unitamente all'evidenza che le riunioni sono tenute presso la sede sociale con la partecipazione dei diversi consiglieri (ad esempio, delibere del consiglio di amministrazione formalmente prese all'estero, biglietti aerei/ ricevute di alberghi che attestano gli spostamenti dei consiglieri residenti in Italia)".

[5] Quanto esemplificativamente evidenziato nel testo è chiaramente un problema di prova. Sempre perciò in tema di prova, sarà consigliabile ad esempio, anche se la normativa del paese estero non lo prevede, che venga istituito un libro dei verbali del Consiglio di Amministrazione da cui risultino le date e soprattutto i luoghi di riunione del Consiglio di Amministrazione. Parimenti, sarà buona regola che laddove esista un Amministratore Delegato della società estera residente in Italia esso abbia deleghe in qualche modo limitate e, che per gli atti più importanti, debba comunque richiedere la riunione del Consiglio di Amministrazione che, per l'appunto, si riunirà all'estero.

[6] L'argomento è stato oggetto di approfondimenti anche da parte di Assonime, che nella sua circolare n.46 del 2007 spiega come è necessario che la sede dell'amministrazione sia intesa non in senso "formale", ma "sostanziale". Per cui non può configurare sede dell'amministrazione la semplice presenza di un ufficio presso studi professionali o società di servizi: e ciò non soltanto quando essi siano utilizzati per la mera domiciliazione della sede, ma anche quando siano designati quali amministratori del soggetto estero. Assonime spiega che, dal momento che tali studi e società di servizi operano per una pluralità di clienti e si limitano a svolgere un'attività di replica di decisioni assunte altrove, dovrebbe più correttamente aversi riguardo al luogo in cui l'attività direzionale è realmente svolta. Sulla stessa linea interpretativa, con varie sentenze, si sono collocate anche le pronunce di merito delle commissioni tributarie, le quali hanno stabilito che si deve avere riguardo al ruolo degli amministratori che operano in concreto e non soltanto a quelli preposti all'amministrazione in via meramente formale, e cioè che tali soggetti devono svolgere effettivamente i compiti ed essere investiti dei poteri tipici degli amministratori, non essendo sufficiente che ad essi siano attribuiti i poteri propri dei semplici rappresentanti. Cfr. ad esempio Commissione Tributaria Provinciale di Firenze n. 108 del 18 aprile 2007, la quale, nel confermare la violazione di esteroestensione in capo alla società ricorrente, affermava che gli amministratori esteri formalmente nominati di una società sammarinese erano, in realtà, meri esecutori di volontà altrui, mentre il luogo in cui si prendevano le decisioni (dove cioè si riunivano gli amministratori di fatto) era situato in Italia.

[7] Il modello di convenzione OCSE all'articolo 4 dispone che, per risolvere problemi di doppia residenza, bisogna indagare ove sia localizzata la sede dell'amministrazione della società e, perciò, nell'esempio fatto nel testo la società potrebbe essere considerata residente fiscalmente in Italia anche ai fini convenzionali. Tuttavia, è valida anche l'ipotesi contraria; per cui una società italiana con sede legale in Italia, oggetto principale dell'attività anch'esso in Italia (si veda peraltro il successivo par. 5), e sede dell'amministrazione in Olanda, venga considerata ai fini convenzionali residente in Olanda e non residente fiscalmente in Italia.

[8] Si vedano le sentenze della Corte di Cassazione n. 3604 del 16 giugno 1984, n. 10243 del 4 agosto 2000; del Tribunale di Genova, 2 maggio 2007, in composizione monocratica, nella causa n. 14554/2004; del Tribunale di Bari, 3 ottobre 2006, Sez. I, nella causa civile n. 151/1997.

[9] Su tale aspetto si veda anche infra, par. 7.

il criterio prevalente. Infatti, in presenza di convenzioni contro le doppie imposizioni, come già anticipato, la sede dell'amministrazione costituisce, in termini generali, criterio dirimente e, pertanto, prevalente sul criterio del luogo di localizzazione dell'oggetto principale dell'attività.

Tuttavia, va attentamente rimarcato come l'Italia abbia fatto inserire in sede di Commentario OCSE all'art. 4 una propria osservazione volta ad interpretare la nozione di sede di direzione effettiva (*place of effective management*) utile, appunto, per dirimere i conflitti di attribuzione della residenza delle persone giuridiche ai fini dell'applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni (cd. "*tiebreak rule*") non solo avendo riguardo al luogo in cui gli amministratori si riuniscono ed assumono le decisioni, ma anche in funzione di quello ove venga esercitata l'attività principale dell'ente. Ed, infatti, anche l'Agenzia delle entrate, nella circolare n. 28/E del 4 agosto 2006, ha ricordato che, "*in sede internazionale, ed in particolare nelle "osservazioni" contenute nel Commentario all'art. 4 del Modello OCSE, l'Amministrazione finanziaria italiana si è da sempre preoccupata di salvaguardare i principi di effettività, richiamati nell'ordinamento domestico, ritenendo che la sede della "direzione effettiva" di un ente debba definirsi non soltanto come il luogo di svolgimento della sua prevalente attività direttiva e amministrativa, ma anche come il luogo ove è esercitata l'attività principale*".

6. La residenza ed il modello Ocse

Abbiamo accennato al fatto che un soggetto potrebbe essere considerato contemporaneamente residente in due Stati differenti. La norma convenzionale è necessaria al fine di dirimere tali problematiche.

Da un punto di vista giuridico, infatti, i trattati bilaterali contro le doppie imposizioni si collocano in una posizione preminente rispetto alla normativa interna. Siffatta prevalenza discende dai principi generali di diritto internazionale peraltro riconosciuti dalla Costituzione Italiana.

Ogni convenzione chiaramente possiede delle peculiari peculiarità; tuttavia esiste un modello uniforme che è utilizzato dalla gran parte dei Paesi industrializzati. Tale modello definito "modello O.C.S.E.", in particolare, all'art. 4 disciplina i casi di doppia residenza nei termini che seguono:

Art. 4 - Residenza

1. Ai fini della presente convenzione, l'espressione "residente di uno Stato contraente" designa ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione, o di ogni altro criterio di natura analoga. Tuttavia, tale espressione non comprende le persone che sono imponibili in questo Stato soltanto per il reddito derivante da fonti situate in detto Stato, o per il patrimonio ivi situato.

2. Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, la sua situazione è determinata nel seguente modo:

- detta persona è considerata residente dello Stato contraente nel quale dispone di un'abitazione permanente; se essa dispone di un'abitazione permanente in ciascuno degli Stati contraenti, è considerata residente dello Stato contraente nel quale le sue relazioni personali ed economiche sono più strette (centro degli interessi vitali);
- se non si può determinare lo Stato contraente nel quale detta persona ha il

centro dei suoi interessi vitali, o se la medesima non dispone di un'abitazione permanente in alcuno degli Stati contraenti, essa è considerata residente dello Stato contraente in cui soggiorna abitualmente;

c) se detta persona soggiorna abitualmente in entrambi gli Stati contraenti, ovvero non soggiorna abitualmente in alcuno di essi, essa è considerata residente dello Stato contraente del quale ha la nazionalità;

d) se detta persona ha la nazionalità di entrambi gli Stati contraenti, ovvero se non ha la nazionalità di alcuno di essi, le autorità competenti degli Stati contraenti risolvono la questione di comune accordo.

3. Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti, essa è considerata residente dello Stato contraente in cui si trova la sede della sua direzione effettiva.

In particolare, nella definizione della residenza, ai sensi della disposizione dell'OCSE, devono distinguersi, da un lato, un principio di carattere generale applicabile sia nei confronti delle persone fisiche sia nei confronti di quelle giuridiche e, dall'altro, uno o più principi di carattere sussidiario (diversi per le persone fisiche e per quelle giuridiche), i quali operano solo se il primo non è sufficiente per superare i conflitti normativi.

Il criterio di carattere generale è costituito semplicemente dall'applicazione, in sede convenzionale, delle medesime definizioni di residenza fiscale adottate dalle legislazioni interne dei singoli Stati. Si tratta, cioè, di estendere, anche in sede pattizia, e come mezzo di risoluzione delle sovrapposizioni di ordinamenti giuridici, le nozioni definitorie adottate internamente dagli Stati contraenti. Laddove, pur facendo ricorso alle disposizioni interne non sia possibile attribuire, in modo univoco, la residenza fiscale ad una società, il paragrafo 3 dell'articolo 4 del Modello di convenzione risolve i conflitti tra ordinamenti considerando preminente la sede della direzione effettiva della società stessa o dell'ente collettivo. Tale criterio della direzione effettiva, volutamente semplice, vuole evitare fenomeni elusivi del tipo: stabilire che nell'atto costitutivo di una società la sede sia in un determinato Stato allorché, da un punto di vista effettivo, sia da considerarsi residente in un altro Stato.

7. Residenza fiscale e direzione effettiva aspetti critici

Come anticipato, la giurisprudenza di legittimità - del tutto in linea con l'attuale Modello OCSE - ai fini dell'individuazione della sede amministrativa, ha confermato in più pronunce la prevalenza della situazione sostanziale ed effettiva, piuttosto che gli aspetti formali e meramente apparenti¹⁰.

Vi sono evidenti criticità e rischi in un'impostazione di questo tipo ben messi in evidenza da Assonime nel recente studio 17 del 2016 intitolato "*Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali*".

Infatti, a maggior ragione presso i piccoli gruppi, in cui la struttura localizzata all'estero è meno radicata e l'attività risulta fortemente influenzata dalla casa madre italiana, vi può essere il forte rischio che l'Amministrazione contesti la residenza fiscale della partecipata sulla base dell'attività di direzione e coordinamento svolta dalla capogruppo italiana.

Ciò si verifica, soprattutto, per le sub-holding estere; nei confronti di tali società, gli uffici accertatori partono dal presupposto che tutta l'attività di direzione e coordinamento si incentri nella holding italiana e che la subhol-

[10] In tal senso, una pronuncia storica della Corte di Cassazione ha per anni ispirato il concetto di residenza delle società, stabilendo che per collocare la sede effettiva di una società occorre individuare "il luogo in cui la società svolge la sua prevalente attività direttiva ed amministrativa per l'esercizio dell'impresa, cioè il centro effettivo dei suoi interessi, dove la società vive ed opera, dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per l'esplicazione ed il raggiungimento dei fini sociali", cfr. Sent. n. 136 del 22 gennaio 1958. La Corte ha inoltre nel tempo stabilito che: a) la sede effettiva di una società non debba essere individuata nel luogo in cui si trovano i beni o gli uffici della medesima bensì in quello in cui abbia effettivo svolgimento la sua attività direzionale ed amministrativa (Sent. n. 3028 del 13 ottobre 1972); b) che costituisce sede effettiva di una società "il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione" della società, "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 della propulsione dell'attività dell'ente" (Sent. n. 3604 del 16 giugno 1984); ancora che c) la sede effettiva di una società "non coincide con il luogo in cui si trova un recapito della medesima, oppure una persona che genericamente ne cura gli interessi o sia preposta ad uffici di rappresentanza, dipendenze o stabilimenti, ma si identifica con il luogo dove si svolge la preminente attività direttiva ed amministrativa dell'impresa" (Sent. n. 3910 del 9 giugno 1988); infine d) che si deve attribuire rilevanza "al luogo in cui hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e dove operano i suoi organi rappresentativi o i suoi dipendenti con poteri direttivi" (Sent. n. 10243 del 4 agosto 2000).

Tra le varie sentenze di merito, vale la pena ricordare gli indizi e gli elementi valutativi forniti dalla Commissione Tributaria Provinciale di Belluno nella sent. n. 174 del 14 gennaio 2008 (avente ad oggetto la residenza fiscale di una holding di un noto gruppo dell'occhialeria) ai fini dell'individuazione della residenza quali: i) il luogo in cui si trova l'attività di negoziazione e sottoscrizione dei contratti, fax, e-mail, lettere di convocazione ecc., ii) la residenza degli amministratori ed il luogo in cui si riuniscono, iii) significatività del luogo in cui vengono svolte le funzioni direttive assegnate all'amministratore delegato o al direttore generale della società, iv) esistenza di clausole di esonero dalla responsabilità in capo ad amministratori esteri.

[11] Peraltro, ciò costituisce una caratteristica assolutamente "comune" e "normale" di tale tipologia societaria; sul punto, Assoholding ha eloquentemente sottolineato che: "Nell'ambito della presenza delle holding miste, e con riferimento alla modalità operativa con la quale tali società prestano servizi aggiuntivi, è riscontrabile, sulla base dei dati informativi in dotazione a tale Associazione (Assoholding) che la maggior parte di esse (circa l'80%) fornisce i servizi suddetti attraverso risorse umane in outsourcing e senza avere dipendenti propri. Si verificano inoltre casi di distacco di personale a libro paga nelle società operative partecipate. In molti casi è emerso che le prestazioni di servizi infragruppo sono gestite mediante il ricorso all'operato dell'amministratore e/o di collaboratori esterni. Tale caratteristica operativa appare piuttosto comune alle holding sia perché l'attività di prestazioni infragruppo non presenta caratteri di sistematicità che rende opportuno il dotarsi di risorse umane interne sia perché, in diversi casi, trattasi di un'attività di direzione strategica del gruppo che è frequentemente gestita dal top-management e non può essere fornita dal personale dipendente della società". Tale interpretazione risulta, peraltro, ormai riconosciuta e condivisa anche dalla stessa Corte di Cassazione (ad esempio, Cassazione, n. 1156/2000), che ha avuto modo di rilevare che la sede dell'amministrazione non può essere disconosciuta in ragione della totale mancanza di dipendenti e/o di utenze, in quanto le stesse possono essere ritenute come non necessarie in relazione alle specificità del tipo di attività sociale svolta.

ding, priva solitamente di una congrua struttura economica e commerciale¹¹, si limiti a recepire le indicazioni della capogruppo italiana, gestendo in modo del tutto passivo la sua posizione di soggetto titolare delle partecipazioni sottostanti.

Non solo, come correttamente rileva Assonime, talora viene contestata l'esterovestizione nei confronti anche di società operative, sempre in ragione del fatto che esse sarebbero soggette all'attività di direzione della controllante italiana e prive di un'effettiva autonomia anche rispetto alla gestione operativa del loro business.

Ora, i verificatori dovrebbero tenere opportunamente in considerazione la distinzione che intercorre tra il luogo di effettivo esercizio della direzione amministrativa (c.d. sede di direzione effettiva) della società e il luogo in cui si radica, invece, l'esercizio delle attività di mera direzione e coordinamento delle società del gruppo condotta dalle posizioni apicali¹².

Il luogo in cui si svolge l'attività di indirizzo e di coordinamento di un gruppo societario deve essere, quindi, tenuto distinto da quello in cui vengono invece condotti gli atti di gestione della società partecipata¹³. Nell'ambito dei gruppi societari, infatti, l'analisi sulla localizzazione della c.d. "direzione effettiva" non può prescindere anche da una valutazione complessiva del ruolo funzionale che assume la partecipata estera in seno al gruppo¹⁴.

Il rischio, come correttamente sottolineato da Assonime, è che si crei una sorta di circolo "vizioso" che, alla luce del tradizionale concetto di "sede di direzione effettiva" come criterio di fissazione della residenza, potrebbe portare a ritenere estremizzando che pressoché tutte le consociate di una multinazionale siano residenti nello Stato di stabilimento della capogruppo "e ciò, in un contesto in cui con l'affermarsi, in particolare, dell'economia digitale vengono, al contrario, ad assumere crescente rilievo per la ripartizione dei diritti impositivi gli Stati c.d. della "fonte", in cui si svolgono effettivamente le attività economiche o che rappresentano i mercati di destinazione di beni e servizi; e, cioè, gli elementi di collegamento "oggettivo" dell'impresa con un determinato territorio." (cfr. sempre Assonime studio 17 del 2016).

Non a caso, nell'ambito del progetto BEPS è stato proposto¹⁵ di eliminare dall'art. 4 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni il criterio della "sede di direzione effettiva" che tuttora funge come è noto da "tie breaker rule" per l'attribuzione della residenza di una società all'uno o all'altro ordinamento: e ciò nel presupposto, appunto, che la sempre più spinta complessità dei modelli organizzativi dei gruppi con funzioni integrate abbia notevolmente ampliato il potere della capogruppo di dettare le indicazioni di *policy* e richieda, di conseguenza, di dirimere gli eventuali conflitti di residenza sulla base di una valutazione *caso per caso*, in contraddittorio

tra i due Stati contraenti.

Infine, si è dell'idea¹⁶ che, in linea con l'insegnamento della Corte di Cassazione¹⁷, prima di procedere con l'emissione di un atto impositivo finalizzato ad accertare una fattispecie di estero-vestizione fiscale, l'Amministrazione finanziaria dovrebbe verificare per lo meno la sussistenza della *natura fittizia* della localizzazione estera nonché l'obiettivo di perseguire un *indebito risparmio d'imposta*: il rischio altrimenti è quello di tassare in Italia società aventi sede legale e residenza fiscale "dichiarata" in ordinamenti stranieri caratterizzati da un prelievo in linea o superiore rispetto a quello italiano ove altresì, viene esercitata un'attività economica reale ed effettiva¹⁸ con l'aggravante che, nella prassi accertativa, l'Amministrazione finanziaria è solita negare la possibilità di scomputare le imposte assolute all'estero dalla società considerata estero-vestita in assenza di una dichiarazione dei redditi presentata in Italia¹⁹.

II. IL FENOMENO DELLA "ESTEROVESTIZIONE" E LA PRESUNZIONE LEGALE RELATIVA DI RESIDENZA FISCALE IN ITALIA

1. Definizione di esterovestizione

Come abbiamo avuto modo di evidenziare, il termine "esterovestizione", dovrebbe essere inteso nel senso di costituzione di società residenti in Paesi con un regime fiscale più vantaggioso rispetto a quello nazionale, al fine di imputare in detti Stati esteri i redditi che altrimenti sarebbero tassati in Italia. Il D.L. n. 223 del 4 luglio 2006 ha introdotto una specifica disposizione normativa atta ad arginare detto fenomeno elusivo. L'articolo 35, comma 13, del suddetto decreto legge n. 223, ha inserito infatti nell'art. 73 del TUIR due nuovi commi: il 5 bis e il 5 ter. Il primo prevede che: "Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa: a) sono controllati anche indirettamente ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato; b) sono amministrate da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato". Segue il comma 5-ter che sancisce: "Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 5-bis, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato.

[12] Così anche la Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 43809/2015, ha evidenziato:

"16.28. Il criterio della "direzione effettiva" quale luogo di individuazione del domicilio fiscale può non essere sufficiente e comunque comportare evidenti storture applicative nel caso di società controllate ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, cod. civ., soprattutto nei casi in cui il capitale sociale della controllata è interamente di proprietà della controllante.

16.29. 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 in questi casi comportare conseguenze aberranti ove esso dovesse identificarsi con la sede della società controllante, in evidente contrasto con le ragioni stesse della politica del gruppo e le esigenze sottese al suo controllo.

16.30. Tale approccio ermeneutico si pone addirittura in contrasto con la presunzione di "eterodirezione" della società controllata che costituisce la "ratio" della disciplina di cui all'articolo 2497, e ss., cod. civ., di cui al capo 9° del titolo 5° del libro 5°, come sostituito dal D.Lgs. 6/2003, articolo 5, e in particolare con quanto espressamente prevede l'articolo 2497-sexies, cod. civ., secondo il quale "si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359".

Sulla base di tale orientamento della Suprema Corte, l'Amministrazione finanziaria dovrebbe, quindi, evitare di confondere le decisioni prese in Italia dal management della capogruppo, al solo ed esclusivo fine di "indirizzare" e "coordinare" con il resto del gruppo la conduzione del business nello Stato estero, con le indebite ingerenze negli "atti di amministrazione" della singola società controllata, sottraendosi così al rischio di riqualificare – erroneamente – legittime, fisiologiche e doverose attività di direzione e coordinamento della capogruppo in "atti di amministrazione" delle società controllate

[13] Così. G. Cristofori – A. Caboni, *Esterovestizione fiscale societaria: prassi accertativa e recenti orientamenti giurisprudenziali – Parte II*, in Accertamento e contenzioso n. 22/2016, p. 49 e ss.

[14] Cfr. ad esempio, la CTR della Lombardia, sentenza n. 59/2013: "... Il fatto che alcuni servizi amministrativi venissero svolti in Italia è consuetudine amministrativo-commerciale giustificata dal rapporto tra la holding e la controllata, né è elemento sufficiente a dimostrare l'effettivo svolgimento dell'attività nel territorio Il ritrovamento di documentazione di natura amministrativa da riferirsi alla capogruppo, oltre che sporadica e discontinua, in assenza di un palese vantaggio fiscale, appare insufficiente a dimostrare la esterovestizione".

[15] L'implementazione di questa novità, che richiede la modifica delle convenzioni contro le doppie imposizioni, dovrà attendere che sia negoziato e completato lo Strumento Multilaterale previsto dall'Action n. 13 BEPS.

[16] Così anche G. Cristofori – A. Caboni, *Esterovestizione fiscale societaria: prassi accertativa e recenti orientamenti giurisprudenziali – Parte II*, op. cit.

[17] "Per esterovestizione, com'è noto, si 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. Cassazione, n. 43809/2015. Tale indirizzo risulta conforme a quanto espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che con la sentenza C-196/04 del 12 settembre 2006 (c.d. "Cadbury Schweppes"), in tema di libertà di stabilimento e con particolare riferimento al fenomeno della localizzazione all'estero della residenza fiscale di una società, ha affermato che: "... la circostanza che una società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per se stessa un abuso di tale libertà; tuttavia, una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate a eludere la normativa dello Stato membro interessato ...".

[18] Nello stesso senso sostanzialmente anche lo studio n. 3 a cura della Commissione Fiscalità Internazionale e Diritto Comunitario dell'Ordine dei Dottori Commercialisti di Roma, "L'Esterovestizione – i profili fiscali domestici ed internazionali e profili penali", Giuffrè Ed., 2016, pagg. 107-108.

[19] Peraltro, tale procedura non sembra condivisibile, in quanto si verrebbe ad attribuire una primaria rilevanza a delle disposizioni procedurali della normativa interna stabilite dall'articolo 165, del Tuir rispetto alla rilevanza (preminente) della normativa convenzionale, che prevede, generalmente, il riconoscimento del credito relativo alle imposte pagate all'estero alla sola condizione che l'imposta assolta sia fra quelle disciplinate nella specifica Convenzione e sia stata assolta in conformità alla Convenzione stessa. Per completezza, si rileva che l'articolo 15, comma 2, D.Lgs. 147/201518, norma di natura interpretativa, ha precisato che l'articolo 165, comma 1, Tuir va interpretato in linea con il disposto convenzionale nei termini che seguono: "si interpreta nel senso che sono ammesse in detrazione sia le imposte estere oggetto di una convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra l'Italia e lo Stato estero in cui il reddito che concorre alla formazione dell'imponibile è prodotto sia le altre imposte o gli altri tributi esteri sul reddito [...].". Così anche G. Cristofori – A. Caboni, *Esterovestizione fiscale societaria: prassi accertativa e recenti orientamenti giurisprudenziali – Parte II*, op. cit.

Ai medesimi fini, per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'art. 5, comma 5."

La norma introduce, in definitiva, l'inversione a carico del contribuente dell'onere della prova, dotando l'ordinamento di uno strumento che solleva in qualche modo l'Amministrazione finanziaria dalla necessità di provare l'effettiva sede della amministrazione di entità che presentano molteplici e significativi elementi di collegamento con il territorio dello Stato.

Per cui oggi, in sintesi, secondo le disposizioni sulle esteroinvestizioni, si presumono residenti in Italia quelle società o quegli enti che:

- a) hanno sede legale o amministrativa all'estero e
- b) detengono direttamente partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, del codice civile, in una società di capitali ed enti commerciali residenti in Italia [ovvero soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lettere a) e b), del TUIR], se, contemporaneamente ed in alternativa:
 - a) sono assoggettati al controllo, anche indiretto, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, del codice civile, da parte di soggetti residenti nel territorio dello Stato italiano; oppure

Sono considerate fiscalmente residenti in Italia le società estere che controllano (art. 2359, comma 1) società italiane e, in alternativa:

- ↳ Sono controllate, anche indirettamente, (art. 2359, comma 1) da soggetti residenti in Italia
- ↳ Sono amministrate da un consiglio di amministrazione (o altro organo equivalente di gestione) composto in prevalenza da consiglieri residenti in Italia

2. Presupposto oggettivo

Il presupposto oggettivo di applicazione della norma in questione prevede che la società non residente debba detenere partecipazioni di controllo, ai sensi del primo comma dell'art. 2359, nei soggetti di cui alle lett. a) e b) dell'art. 73 del TUIR. I soggetti di cui alle lett. a) e b) sono le società di capitali, le società cooperative, le società di mutua assicurazione, gli enti pubblici e privati diversi dalle società che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali.

La norma fiscale rinvia al concetto di controllo previsto dall'art. 2359, secondo cui sono considerate controllate:

- * le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- * le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- * le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali.

Dunque, per realizzare il presupposto oggettivo è sufficiente che la società estera detenga il controllo di una società residente nel territorio del nostro Stato. Si noti però come, per la realizzazione del presupposto oggettivo è sempre necessario che vi sia la detenzione di partecipazioni. Presupposto invece non necessario per il rispetto del requisito soggettivo, per il quale non si parla di "detenzione di partecipazioni di controllo", ma più semplicemente di "controllo" o "amministrazione".

3. Presupposto soggettivo

Il presupposto soggettivo si realizza invece se la società estera è alternativamente:

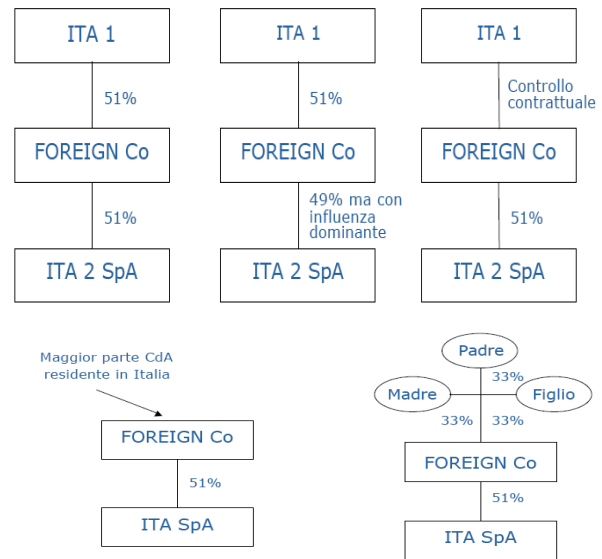
- a) controllata, anche indirettamente, da soggetti residenti in Italia²⁰;
- b) amministrata da un organo amministrativo composto in prevalenza da consiglieri residenti in Italia.

Anche con riferimento al punto a) quindi, per la definizione di controllo la norma richiama espressamente l'art. 2359 comma 1 del codice civile ma, come detto, senza fare alcun riferimento alla detenzione di partecipazioni. Desta invece perplessità la disposizione per cui, ai fini della verifica del controllo dei suddetti presupposti, rileva sempre la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio del soggetto estero controllato. Tale disposizione appare insolita, dal momento che generalmente le norme internazionali come quelle italiane, nel stabilire la residenza fiscale di un soggetto, prendono un arco temporale ampio riferito "alla maggior parte del periodo d'imposta".

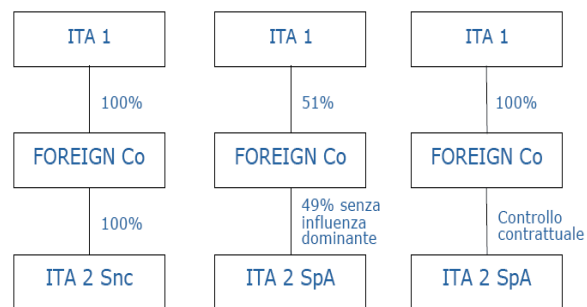
[20] Con riferimento al controllo della holding straniera da parte di persone fisiche, la norma precisa anche che si deve tenere conto dei voti spettanti ai familiari (coniuge, parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo grado).

[21] Cfr sul punto *Esteroinvestizione e controllo congiunto*, di Giuseppe Bernoni e Alessandro Dragonetti, in "il Fisco" n. 19 del 14 maggio 2007, pag. 1-2766. Sul punto anche *La presunzione di residenza delle società estero vestite*, di Dario Stevanato, in "Corriere Tributario" n. 37/2006; *Spunti critici sull'esteroinvestizione delle società* di Guerrino Sozza, in "il Fisco" n. 41 del 6 novembre 2006, pag. 1-6343; *Il nuovo regime presuntivo di localizzazione per le società estero vestite*, Dario Leone, in "il Fisco" n. 38 del 16 ottobre 2006, pag. 1-5977.

CASI IN CUI SI APPLICA LA NORMA



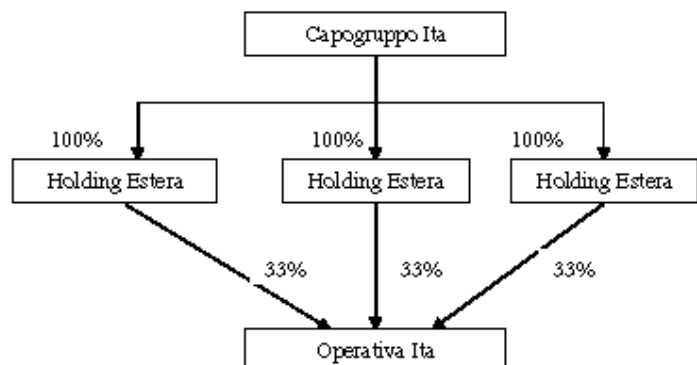
CASI IN CUI NON SI APPLICA LA NORMA



4. Il controllo congiunto

Oltre alle ipotesi di controllo appena viste in dottrina si discute molto su di una possibile ulteriore fattispecie che difficilmente trova allocazione fra le ipotesi disciplinate dall'art. 2359, comma 1 codice civile: il controllo congiunto²¹.

Tale forma di controllo si realizza nei casi in cui due o più società, partecipanti congiuntamente, governano la società partecipata, ma da sole non sarebbero in grado di raggiungere una posizione di dominio tale da condizionare la volontà dell'altro o dei rimanenti soci. In dottrina ci si domanda, dunque,



se in tale situazione sia prefigurabile una ipotesi di controllo ex art. 2359, comma 1, del codice civile, tale da rendere applicabile, *ceteris paribus*, quanto stabilito dall'art. 73, comma 5 bis, del TUIR.

Il concetto di "controllo congiunto" è sempre stato oggetto di animate discussioni, soprattutto se si considera come la dottrina maggioritaria ritenga che non si possa neanche parlare di controllo congiunto, poiché nel momento in cui si parla di controllo, questo non può che essere "solitario"²².

Come sempre, in questi casi, si renderebbe necessario un intervento del legislatore, che chiarisca una volta per tutte le situazioni potenzialmente poco chiare e che consenta di definire in maniera univoca la questione. Intervento che, ad oggi, manca completamente.

5. Effetti

La circolare n. 28/E chiarisce che in applicazione della norma, il soggetto estero si considera, ad ogni effetto, residente nel territorio dello Stato e sarà quindi soggetto a tutti gli obblighi strumentali e sostanziali che l'ordinamento prevede per le società e gli enti residenti.

Considerare fiscalmente residente in Italia un soggetto estero significa attribuire a questo tutti gli obblighi che hanno i soggetti italiani a livello dichiarativo e di versamento delle imposte.

Il reddito attribuito alla società estero-vestita, essendo questa considerata fiscalmente residente in Italia, sarà l'intero reddito prodotto in base al criterio della tassazione mondiale.

Sul fronte IVA, l'Agenzia delle Entrate potrà riconsiderare tutte le operazioni che la società ha posto in essere all'interno del territorio nazionale come cessioni o prestazioni nazionali soggette ad IVA, anziché come operazioni intracomunitarie oppure operazioni territorialmente non rilevanti, con la conseguente applicazione delle sanzioni amministrative e penali. A tale ultimo riguardo, come noto, è sufficiente una notizia di reato, anche senza alcun avviso di accertamento definitivo, per innescare il procedimento penale. Questo può proseguire su un proprio binario anche dopo la chiusura del contenzioso tributario: e ciò anche nel caso in cui lo stesso si fosse concluso a favore del contribuente.

I reati sono normalmente contestati agli amministratori e a tutti i soggetti che rivestono posizioni apicali e assumono decisioni strategiche per la società. Peraltro, nel caso in cui trovasse applicazione la norma sulla estero-vestizione, per evitare che la società mantenga una doppia residenza (in Italia e all'estero) con duplicazione degli adempimenti, si renderebbe necessario il trasferimento in Italia della sede legale: trasferimento che è possibile solo se entrambi i Paesi (di provenienza e di destinazione) prevedono, nei loro rispettivi ordinamenti giuridici, il trasferimento della sede legale all'estero. Considerato che l'ordinamento italiano prevede il trasferimento della sede legale, andrà verificato che anche il Paese di origine disciplini l'operazione di emigrazione oltre a valutare nel Paese di origine e di destinazione (Italia) i relativi riflessi tributari conseguenti a tale trasferimento.

6. Come superare la presunzione di residenza

In primo luogo, va segnalato che né la norma né la circolare n. 28/E offrono la possibilità al contribuente di interpellare preventivamente l'Amministrazione Finanziaria, fornendo già da subito la dimostrazione della effettiva residenza della società²³.

Questa mancanza di contraddittorio con le autorità, se non nel momento della verifica fiscale, rischia di lasciare le imprese nella più assoluta incertezza su quali prove debbano essere fornite per superare la presunzione relativa. Si auspicano quindi degli ulteriori chiarimenti che possano, anche a titolo esemplificativo, indicare quali siano le prove atte a dimostrare il radicamento, tenendo presente che il collegamento con il territorio di una Holding "statica" non può essere paragonato a quello che può avere una impresa manifatturiera. Pertanto in assenza di trasparenti interpretazioni ufficiali, sul contribuente

incombe il rischio di pesanti contestazioni come, ad esempio, l'omessa presentazione della dichiarazione dei redditi con i conseguenti rilievi penali. In ogni caso, ad oggi, in assenza appunto di previsione normativa, si ritiene che la prova circa l'esistenza all'estero della sede dell'amministrazione debba essere fornita solo in sede di accertamento. E come osservato dalla circolare dell'Agenzia Entrate n. 28/2006, il contribuente dovrà dimostrare "con argomenti adeguati e convincenti" l'esistenza di elementi di fatti, situazioni od atti, idonei a dimostrare un concreto radicamento della direzione effettiva nello Stato estero.

Tra gli elementi costitutivi del concetto di sostanza si richiamano, tra gli altri:

- segni distintivi all'entrata della sede sociale;
- oggetto sociale suscettibile di dare luogo ad un'attività imprenditoriale reale compatibile con la struttura societaria;
- regolarità delle attività relative alla vita sociale (consiglio di amministrazione e assemblee dei soci);
- maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione residenti;
- attività amministrativa centralizzata nel luogo della sede sociale.

E ancora:

- gestione operativa effettuata sul posto;
- possesso delle idonee autorizzazioni amministrative per l'esercizio dell'attività concesse dalle autorità locali;
- assunzione di personale e relative mansioni svolte;
- disponibilità di locali ad uso civile o industriale e relativi contratti di locazione;
- conti correnti bancari presso istituti locali;
- altri contratti e utenze²⁴.

Pare superfluo sottolineare come la lista debba essere considerata una mera elencazione esemplificativa della documentazione necessaria. Di volta in volta sarà necessario valutare quale documentazione si è in grado di produrre al fine di dimostrare l'operatività della società estera. Si consideri però che, in questo caso, a meno che la società non sia residente in Paesi "esotici" o con una disciplina civilistica e fiscale molto blande, dimostrare l'operatività (laddove effettiva) non dovrebbe risultare particolarmente complesso.

7. La rilevanza probatoria del certificato di residenza fiscale

A seguito di formale denuncia presentata dall'Associazione Italiana Dottori Commercialisti (Aidc), concernente i profili di illegittimità comunitaria della presunzione legale di residenza fiscale prevista dall'articolo 73, comma 5 bis, Tuir, per presunta violazione dei generali principi comunitari di proporzionalità, libero stabilimento e non discriminazione, la Commissione Europea ha avviato il procedimento EU Pilot/2010/777.TAXU. Nell'ambito di tale procedimento, l'Agenzia delle Entrate²⁵ ha fornito opportuni chiarimenti e linee guida di comportamento da adottare in caso di accertamento in materia di estero-vestizione, soffermandosi, in particolar modo, sulla "prova contraria" finalizzata a dimostrare l'effettiva residenza all'estero di una società e fornendo talune precisazioni anche sulla valenza probatoria dei certificati fiscali esteri. In particolare, ha precisato che: "*il certificato di residenza fiscale o altra certificazione (rilasciata dalle autorità dello Stato Membro) attestante l'assoggettabilità a imposizione nello Stato membro di stabilimento della società rilevano significativamente ai fini della prova dell'insussistenza di un attendibile collegamento con l'Italia. Tuttavia, si tratta di prova necessaria e valida, ma non sufficiente per rigettare la presunzione in questione. ... Ciò comporta che il certificato di residenza fiscale rilasciato dall'autorità fiscale dei predetti Stati certamente configura un elemento rilevante ai fini della prova della non-residenza in Italia del contribuente, ma necessita di ulteriori elementi di prova, di natura fattuale, che dimostrino che il soggetto è effettivamente amministrato al di fuori del territorio italiano*".

A questo proposito, attenti commentatori hanno avuto occasione di osservare come, quantomeno in ambito comunitario, il considerare un elemento probatorio insufficiente (o, addirittura, del tutto irrilevante, come in concreto

[22] Cfr. *Società controllate e collegate*, Sbisà, in "Contr. Impr.", 1997, pag. 352; *I confini del controllo congiunto*, Donativi, in "Giurisprudenza Commerciale", 1996, pag. 564; *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, Costi, in "Giurisprudenza Commerciale", 1992, I, 25, pag. 32.

Così anche F. Galgano, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Cedam, Padova, 2004, pag. 146, secondo cui non è controllo il cosiddetto controllo congiunto: "più soci, nessuno dei quali raggiunge la maggioranza dei voti, la conseguono in forza degli accordi parasociali che regolano l'esercizio, da parte loro, del diritto di voto. Il patto parasociale è rilevante, agli effetti del controllo, solo se vale ad attribuire, ad un socio, la maggioranza dei voti in assemblea".

Similmente Marchetti (in *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in "Rivista delle Società", Giuffrè, Milano, 1992, Vol. 1, pag. 15) sul punto precisa che "il socio il cui consenso rilevi in senso solo impeditivo, perché senza di lui non si può deliberare, non ha influenza dominante [e quindi controllo], non concorre in un dominio, ma è solo in grado di impedire che altri dominino".

Tale tipo di controllo (congiunto) - aggiunge Donativi - potrebbe essere ricondotto ad una forma particolare di controllo concorrente che deriverebbe dalla conclusione di patti parasociali che sono finalizzati al coordinamento dell'esercizio del potere di controllo e congegnati in modo tale da fare sì che due o più soci risultino, di diritto o di fatto, titolari di un potere di veto sulle decisioni più importanti attinenti alla politica aziendale.

[23] Questo aspetto critico è stato segnalato anche da Assonime nello studio 17 del 2016.

[24] Cfr.: *La presunzione di residenza fiscale in Italia delle holding estere controllate o amministrate da soggetti italiani*, di Odetto Gianluca, Valente Gianpaolo Gruppo di Studio - Eutekne, in *Pratica fiscale e professionale* n. 34/2006, pag. 18.

[25] Note dell'Agenzia delle entrate prot. n. 2010/39678 del 19 marzo 2010 e prot. 2010/157346 del 20 dicembre 2010.

avviene nella generalità dei casi) il contenuto di una certificazione di residenza fiscale rilasciata da una P.A. di altro Stato membro dell'Unione Europea, costituisca una condotta dell'Amministrazione finanziaria italiana poco in linea con lo spirito del Trattato UE²⁶.

Invero, la stessa Corte di Giustizia, nella causa C-73/06 del 28 giugno 2007, ha precisato che le attestazioni di residenza rilasciate da un'autorità fiscale comunitaria permettono di presumere che l'interessato vi risieda effettivamente, così che l'Amministrazione tributaria dell'altro Stato membro dovrà essere, in linea di principio, vincolata - di fatto e di diritto - alle indicazioni riportate in tale attestazione.

I principi sopraesposti sono stati peraltro fatti propri anche da parte della giurisprudenza nazionale. In particolare, si evidenzia che anche la Corte di Cassazione, n. 1553/2012 ha precisato che: "... era provata la residenza olandese con la dichiarazione rilasciata dall'Autorità (*Balastingdienst/Grote ondernemingen Rotterdam*) di quel Paese, nella quale "si attesta che ... è residente in Olanda ai sensi dell'articolo 4 della convenzione bilaterale sulle doppie imposizioni tra l'Italia e i Paesi Bassi"; ... L'assoggettamento a imposte era documentato con una unofficial translation attestante la corresponsione in Olanda, per il 2000, corrispondente al periodo d'imposta in relazione al quale si controverte, della *vennochtschapsabelastin*, che è l'imposta sulle società ...".

8. Il rapporto con la disciplina CFC

Da ultimo va evidenziato che in caso di soggetti esteri localizzati in paradisi fiscali, la circolare n. 28/2006 chiarisce che la presunzione di residenza introdotta all'art. 73 del TUIR "rende - in punto di principio - inoperante la disposizione dell'art. 167"²⁷. Di conseguenza:

- qualora operi la presunzione, la controllata sarà considerata residente e dovrà, pertanto, dichiarare il reddito in Italia (tale reddito non sarà imputato al soggetto controllante residente);
- nel caso in cui sia fornita la prova contraria, la controllata non residente resterà assoggettata alla disciplina CFC, con imputazione del reddito per

trasparenza al soggetto controllante residente.

9. Alcune considerazioni critiche

Concludiamo il nostro intervento riportando alcune considerazioni critiche sulla norma, peraltro già in parte evidenziate dalla più autorevole dottrina²⁸. In primo luogo va rilevato come in realtà, la disposizione in esame non abbia istituito alcun nuovo criterio di collegamento con il territorio dello Stato, in aggiunta a quelli già previsti dall'art. 73 del T.U.I.R. (sede legale, sede dell'amministrazione, oggetto principale dell'attività). Ha invece individuato degli "elementi sintomatici" in chiave di accertamento della sede dell'amministrazione, ossia particolari situazioni rivelatrici di una localizzazione in Italia della "direzione effettiva" dell'ente. Si tratta insomma di un expediente normativo, che solleva l'amministrazione dall'onere di provare l'effettiva residenza della società, surrogandola con la residenza del socio di riferimento o con quella della maggioranza degli amministratori.

Va poi rilevato che la norma giunge un po' in ritardo, rispetto a quella che è stata l'evoluzione della normativa fiscale italiana²⁹.

Come noto infatti, prima della riforma fiscale del 2004, i redditi così detti "esterovestiti" erano per lo più costituiti dalle plusvalenze da cessione di partecipazioni: la holding capogruppo, detentrica di tutte le partecipazioni delle società del gruppo, veniva generalmente collocata in Paesi quali il Lussemburgo o l'Olanda, che da sempre conoscono il regime della *participation exemption*, consentendo al contribuente un notevole risparmio di imposta sulle plusvalenze realizzate dalla eventuale cessione di partecipazioni.

La norma avrebbe trovato ragion d'essere in quegli anni, in cui si trattava di fronteggiare un fenomeno molto in voga. E' curioso quindi che una norma come quella prevista dal D.L. n. 223/2006, contenente una "presunzione di residenza" in contesti connotati, tra l'altro, dal possesso di partecipazioni di controllo in società italiane, sia stata inserita proprio a seguito di una riforma che, dal 1° gennaio 2004, ha introdotto anche nel nostro ordinamento il regime di esenzione sulle plusvalenze e sui dividendi intra-societari³⁰.

[26] M. Piazza, D. Del Frate, *Quando il Fisco presume che una società estera risieda fiscalmente in uno Stato terzo*, in "Fiscalità & Commercio Internazionale", n.1/2013.

[27] Sul punto la circolare 28/2006: "Merita, infine, precisare in quali termini la disposizione del nuovo comma 5-bis dell'art. 73 del TUIR può interferire sull'applicabilità del successivo art. 167, nell'ipotesi in cui un soggetto residente controlli una società o un ente residente o localizzato in Stati o territori a fiscalità privilegiata che, a sua volta, detenga partecipazioni di controllo in società di capitali o enti commerciali residenti in Italia.

È evidente che la presunzione di residenza nel territorio dello Stato dell'entità estera rende - in punto di principio - inoperante la disposizione dell'art. 167. Non sarà imputabile al soggetto controllante il reddito che la controllata stessa, in quanto residente, è tenuta a dichiarare in Italia. Qualora, tuttavia, sia fornita la prova contraria, atta a vincere la presunzione di residenza in Italia, la controllata non residente rimane attratta - ricorrendone le condizioni - alla disciplina dell'art. 167. In altri termini, il reddito della controllata estera non assoggettato a tassazione in Italia in dipendenza del suo - comprovato - status di società non residente resta imputabile per trasparenza al soggetto controllante ai sensi del citato art. 167. L'effettiva localizzazione della sede della amministrazione della controllata estera fuori del territorio dello Stato, e quindi la sua autonomia decisionale e di gestione, non escludono, infatti, che il suo reddito sia da considerare nella disponibilità economica del controllante residente".

[28] Cfr. D. Stevanato, *La presunzione di residenza delle società estero-vestite*, op. cit..

[29] M. Andriola, *Prove di residenza*, in "FISCO oggi" del 19 luglio 2006.

[30] Cfr. A. De Luca, E. Bressan, *Società all'estero, presunzioni ad alto rischio*, in "Il Sole-24 Ore" del 7 settembre 2006, pag. 25.