

La sede di direzione effettiva, la residenza degli amministratori e la residenza fiscale delle società nell'era «digitale»: spunti e riflessioni

Dott. Federico Venturi
Pirola Pennuto Zei & Associati

La residenza ai sensi dell'art. 73 T.U.I.R.

Art. 73, comma 3, T.U.I.R

« 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. »

Art. 73, comma 5-bis, T.U.I.R

« Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti che detengono partecipazioni di controllo in società residenti, se, in alternativa:

a) sono *controllati*, anche indirettamente, 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*. »



Circ. Agenzia Entrate 28/2006: gli elementi del comma 5-bis in parte si ispirano ai criteri di individuazione dell'*effective place of management* elaborati dall'OCSE.

La residenza secondo il Modello OCSE 2017

L'art. 4, par. 3. del Modello OCSE 2017 stabilisce che se un soggetto diverso da una persona fisica risulta residente in due Stati Contraenti, questi ultimi si dovranno consultare per determinare di comune accordo in quale Stato il soggetto debba essere considerato residente, tenendo conto della **sede di direzione effettiva**, del luogo in cui il soggetto è costituito **e di ogni altro fattore rilevante**.

Il Commentario OCSE 2017, paragrafo 3.24.1, precisa alcuni esempi di fattori che le Amministrazioni Finanziarie devono tenere in considerazione nel determinare la residenza:

- il luogo ove si riunisce il Consiglio di Amministrazione;
- il luogo ove il management svolge le proprie funzioni;
- il luogo ove le attività di ordinaria amministrazione sono svolte;
- Il luogo ove è localizzata la sede centrale della società;
- la legislazione nazionale applicabile la società;
- il luogo ove è conservata la documentazione contabile.

Quindi, anche se viene precisato che la sede di direzione effettiva non è più l'unico fattore determinante, di fatto, lo rimane.

La residenza secondo la Guardia di Finanza

La **Circolare n. 1/2018** del Comando generale della **Guardia di Finanza** privilegia l'effettività della vita societaria rispetto alla sede legale, e prevede che, in sede di ispezione, per identificare **la sede dell'amministrazione** si acquisiscano notizie ad esempio in merito a:

- la residenza degli amministratori ed il luogo di recapito delle lettere di convocazione del CdA;
- il luogo in cui si svolgono le riunioni del CdA e sono compiuti gli atti di amministrazione;
- il luogo ove sono stipulati i contratti relativi ad attività poste in essere dalla società;
- la disponibilità sul territorio nazionale di conti correnti da cui la società trae le provviste finanziarie

Inoltre, in termini di **documentazione idonea a sostenere la residenza fiscale in Italia** identifica, a titolo esemplificativo:

- le notizie in merito al luogo di residenza degli amministratori, verificando se vi sia prevalenza di consiglieri residenti in Italia;
- la disponibilità di personale con competenze adeguate a gestire i diversi profili dell'attività esercitata.

Le stesse conclusioni sono rinvenibili nelle Circolari e Risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate.

Residenza delle società e « mondo digitale »

Nell'era digitale dove gli amministratori ed i manager delle multinazionali più strutturate (e non solo) – *in particolare dopo il Covid* – di norma si riuniscono in videoconferenza, **ha ancora senso basarsi sulle sedi « fisiche » delle riunioni?**

In un mondo digitale dove sempre più le multinazionali anche « nostrane » hanno la « testa » in un Paese e le « braccia » in un altro (es. Product Manufacturer – organigrammi condivisi), **ha senso riqualificare la residenza fiscale nel Paese dove c'è la « testa » ?**

In un mondo digitale dove sempre più le multinazionali accentrano la gestione della contabilità di gruppo in alcuni Paesi in relazione ai costi (o all'efficacia), **ha ancora senso determinare la residenza fiscale della società estera dove vengono tenute le scritture contabili?**

Con l'avvento dell'economia digitale si sta dando maggiore rilievo agli **Stati «della fonte»** in cui si svolgono effettivamente le attività economiche o che rappresentano il mercato di destinazione dei beni e dei servizi, dando dunque rilevanza al collegamento oggettivo dell'impresa con un dato territorio (Cfr. Note e Studi Assonime n. 17/2016 pag. 54) più che alla sede di direzione effettiva.

Le misure straordinarie per il Covid 1/2

Il 21 gennaio 2021 l'OCSE ha pubblicato il documento «*Update guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic*» contenente le nuove raccomandazioni – a revisione della versione di aprile 2020 – tese a fornire indicazioni riguardo l'impatto del virus e delle restrizioni imposte dagli Stati sull'applicazione dei trattati contro le doppie imposizioni.

Le principali novità del documento si riferiscono, tra l'altro, alla residenza fiscale delle persone giuridiche.

Con riferimento alla **residenza fiscale delle persone giuridiche** il punto 28 del documento OCSE affronta la questione delle possibili problematiche in termini di individuazione della sede di direzione effettiva, come conseguenza della diversa localizzazione dei componenti dell'organo amministrativo a causa della pandemia.

Le misure straordinarie per il Covid 2/2

Al successivo punto 36, il documento OCSE specifica che ai fini dell'applicazione dei trattati contro le doppie imposizioni **non dovrebbe essere determinante il luogo ove è stabilito il management** se sono in vigore misure che limitano la possibilità di viaggiare, o raccomandano di evitare spostamenti tra due o più Stati.

Il fatto, però, che il documento specifichi che queste eccezioni sono riferite al periodo pandemico conferma che al fuori di quest'ultimo la sede di direzione effettiva conta.

La rivoluzione del caso « Dolce & Gabbana »

Sentenze Cass. n. 33234/2018 e 33235/2018 del 21.12.2018

a) Sostanza economica della controllata estera

Se la società è soggetta a direzione e coordinamento non è possibile considerare solo la sede di direzione effettiva italiana, ma è anche necessario verificare che la controllata non sia una costruzione di «puro artificio».

b) Anche una struttura minima può essere sostanza

Anche se nella controllata estera i compiti erano puramente esecutivi, ciò non la rende una costruzione di «puro artificio».

c) Il principio di direzione effettiva è diverso da quello di direzione e coordinamento

Le videoconferenze – in linea con «Dolce & Gabbana»

Sentenza Cass. Penale 16.03.2020 n. 10098

Questa sentenza è interessante perché affronta sia il tema della videoconferenza, che della società esterovestita con struttura non di puro artificio.

La sentenza recita: *«a fronte di un consiglio di amministrazione della società composto da soggetti residenti in luoghi diversi, con decisioni pertanto assunte in videoconferenza, il tribunale, nell'impossibilità di stabilire un luogo preciso di riunione e deliberazione del predetto consiglio, ha congruamente **valorizzato**, ai fini della verifica indicata in premessa, l'individuazione del **luogo in cui risieda e lavori il consigliere che abbia impartito le direttive dell'operazione rispondente allo scopo costitutivo della società.**»*

La sentenza conclude per la residenza fiscale in Italia in quanto il Consigliere che ha avuto la gestione economica della società operava in Italia, ma fa anche una interessante correlazione e confronto tra le società esterovestite con una struttura di puro artificio (che sono schermi di una società residente in Italia) e le società con struttura non di artificio, che però, se hanno svolto i loro affari in Italia, avranno in Italia una Stabile Organizzazione, pur mantenendo all'estero la residenza fiscale.

Alcune sentenze successive – non in linea con «Dolce & Gabbana»

Sentenza Cass. Civile 09.03.2021 n. 6476

In questa sentenza la Cassazione accoglie il motivo di ricorso dell'Agenzia delle Entrate per non aver la CTR attribuito rilevanza, nel valutare l'esterovestizione di una società residente all'estero, al fatto che **le decisioni fondamentali necessarie alla gestione venissero assunte in Italia**. La Cassazione, infatti, ricorda che al fine di individuare la residenza in Italia di una società estera è fondamentale il fatto che le decisioni riguardanti la direzione e la gestione dell'attività d'impresa avvenga nel territorio dello Stato, in quanto ciò rappresenta la «sede dell'amministrazione della società». Ciò è in linea anche con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia (sentenze «Planzer Luxembourg» e «Cadbury Schweppes») nel definire la sede dell'attività economica come «*il luogo un cui vengono adottate le decisioni essenziali ...*». La Cassazione, cassando la sentenza impugnata, conferma indirettamente che la CTR aveva correttamente individuato in Italia la «sede di amministrazione» della società, concetto fondamentale per stabilirne la residenza. Quindi, ancorché venga citata la «sentenza Dolce & Gabbana» e quelle della Corte di Giustizia di cui sopra, nulla si dice della costruzione di puro artificio e si fonda la decisione sulla direzione effettiva.

Alcune sentenze successive – in linea con «Dolce & Gabbana»

Sentenza Cass. Penale 11.02.2022 n. 4463

In questa sentenza si richiamano sia i principi dell'esterovestizione legati alla sede di direzione effettiva, sia quelli connessi alla necessità di provare una «struttura di puro artificio» volta al conseguimento di un mero vantaggio fiscale da parte del contribuente. La Cassazione **rigetta il ricorso dell'Amministrazione Finanziaria** avverso alla sentenza della CTR Lombardia con la quale il giudice aveva ritenuto **non dimostrata l'esterovestizione**. La Corte sottolinea e convalida le ragioni della CTR nel ritenere che l'Agenzia non avesse fornito sufficiente documentazione per dimostrare che la direzione della società fosse in Italia e che altri elementi – quali la residenza estera dei consiglieri – provano lo svolgimento all'estero dell'oggetto sociale.

Infine, richiamando le «sentenze Dolce & Gabbana», ed in particolare il tema della libertà di stabilimento, evidenzia come l'Agenzia non abbia dimostrato che la localizzazione all'estero della società fosse una costruzione di puro artificio con il solo fine di conseguire un vantaggio fiscale, elemento che, afferma la sentenza, è sostanziale per rilevare l'esterovestizione facendo un parallelo con il nostro abuso del diritto.

Alcune sentenze successive – in linea con «Dolce & Gabbana»

Sentenza Cass. Civile 11.04.2022 n. 11709

Questa sentenza, al di là che cassa la sentenza della CTR che dava ragione al contribuente per questioni «di diritto», è interessante perché in un caso dove dalla documentazione viene confermato che le decisioni strategiche e commerciali vengono prese in Italia, ed il consigliere cinese è «solo un plant manager», viene sancito come principio rilevante quello del luogo dove viene esercitato l'oggetto principale come criterio di integrazione della sede effettiva (i.e. dove si svolge l'oggetto principale, lì c'è il *place of effective management*) e richiama, in caso di direzione e coordinamento, i principi delle «sentenze Dolce & Gabbana» in relazione alla libertà di stabilimento se non vi è all'estero una costruzione di puro artificio, confermando quindi indirettamente che «nel merito» le commissioni tributarie avevano correttamente individuato in Cina la residenza fiscale.

Conclusioni 1/3

- Ancorché le strutture multinazionali abbiano creato strutture sempre più suddivise tra attività diverse in diversi Paesi e con centri decisionali (o di direzione e coordinamento) presso la capogruppo da cui dipendono funzionalmente le attività nelle controllate, le norme interne, l'OCSE e la prassi dell'Agenzia e della Guardia di Finanza non si sono di fatto spostate dal «classico» concetto di sede di direzione effettiva;
- Ciò malgrado le grandi innovazioni inerenti alle modalità lavorative da remoto già presenti e, poi, «cristallizzate» dal Covid;
- La giurisprudenza italiana ha vissuto una forte discontinuità con la sentenza «Dolce & Gabbana», ma poi alcune ulteriori sentenze sono tornate, almeno in parte, sul concetto classico di sede di direzione effettiva, mentre talune hanno «sposato» la tesi di «Dolce & Gabbana»;

Conclusioni 2/3

Quindi è necessario o almeno opportuno, **per evitare accertamenti** su questi aspetti:

- a) Far sì che le società estere abbiano sempre «sostanza» (dipendenti con competenze adeguate alla gestione dell'oggetto sociale) e non si sia quindi in presenza di «costruzioni di puro artificio»;
- b) Far sì che vi sia sempre almeno un consigliere (o procuratore) in loco con competenze specifiche nel settore e che abbia poteri non irrilevanti di gestione dell'ordinario;
- c) Far sì che la società locale abbia delle funzionalità proprie (gestione conti correnti, gestione del personale, ecc...).

Conclusioni 3/3

- d) Quando vi sono decisioni o firma di atti importanti far sì che il CdA si riunisca presso la sede estera;

- e) Ragionare «*case by case*» sulla differenza tra il concetto di direzione e coordinamento e direzione effettiva;

- f) Ragionare «*case by case*» come gli organigrammi della partecipante e delle partecipate che pure si intrecciano e correlano tra loro, ma che permettono comunque che la controllata svolga il proprio oggetto sociale con indipendenza funzionale, ancorché diretta e coordinata dalla controllante;

Case study 1/3

Accesso e verifica a inizio 2020: successivo alle sentenze «Dolce & Gabbana»

A seguito di un accesso volto a verificare i rapporti infragruppo e comprovare la residenza all'estero di una società svizzera facente parte del sottogruppo italiano di una multinazionale, l'Agenzia ha richiesto la seguente documentazione:

- Illustrazione delle funzioni della società estera;
- Composizione del CdA della società estera, dettagliando la residenza di ogni consigliere e le attività svolte da ciascuno di essi;
- Organigramma della società estera con dettaglio delle funzioni svolte dai dipendenti e documentazione a supporto;
- Dimostrazione dell'esistenza della sede commerciale fisica all'estero;
- Chiarimento della struttura dei costi della società estera;
- Illustrazione delle funzioni svolte dalla società italiana nei confronti della società estera.

Case study 2/3

La società ha prodotto plurime memorie nel corso della verifica con le quali ha consegnato all'Amministrazione Finanziaria **sufficiente documentazione atta a dimostrare che la società estera non fosse una «costruzione di puro artificio»**. In particolare:

- Ha illustrato i vantaggi competitivi rivenienti dall'esistenza della sede all'estero (es. rapporti con i clienti, identità di prodotto), nonché le ragioni economiche del Gruppo (efficienza, flessibilità di gestione dei dipendenti commerciali);
- La metà dei membri del CdA era residente in Italia, e la restante metà all'estero (tra questi ultimi, il Presidente, mentre il direttore commerciale era residente in Italia);
- Con l'organigramma ha dimostrato la presenza nella società estera di funzioni, ancorché non apicali, necessarie alla gestione, quali il responsabile amministrativo ed i commerciali (sei) dei mercati esteri seguiti;

Case study 3/3

- Ha dimostrato l'esistenza della sede commerciale estera comprovata dal contratto di locazione, da fotografie, dall'evidenza dello svolgimento delle assemblee e del CdA presso la sede estera, da fatture varie per la gestione della sede (cancelleria, servizi IT, utenze, ecc.).

L'Agenzia delle Entrate ha concluso la verifica **confermando la residenza fiscale all'estero della società**, ma rilevando che la società estera fosse una società commerciale «*light*» (*Light Distributor*) in virtù delle funzioni apicali (direttore commerciale) operanti in Italia, **abbassando la redditività della stessa ai fini del transfer pricing** (calcolato con il TNMM), e riprendendo quindi del reddito imponibile in Italia (con la *penalty protection*): rilievo molto più leggero che l'esterovestizione.

Grazie per l'attenzione.

Dott. Federico Venturi

Pirola Pennuto Zei & Associati – Brescia – Via Cefalonia n. 70

Ufficio: +39 030 2219611 – Cellulare: +39 348 5910432

E-mail: federico.venturi@studiopirola.com