

La nuova residenza fiscale delle società

Prof. Giuseppe Corasaniti

Milano, 6 giugno 2024

Le novità introdotte dal d.lgs. n. 209/2023

L'art. 2 co. 1 lett. a) del D.lgs. n. 209 del 2023 è intervenuto sull'art. 73 co. 3 del TUIR, modificando i criteri secondo i quali è determinata la residenza fiscale dei soggetti IRES.

Il medesimo intervento è stato effettuato dall'art. 2 co. 2 del D.lgs. n. 209 del 2023 sull'art. 5 co. 3 del TUIR per le società di persone e soggetti assimilati.

Nella disciplina previgente, la residenza di società ed enti era determinata sulla base dell'esistenza in Italia per la maggior parte del periodo d'imposta della sede legale, della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale.

Ora, restando invariati il requisito temporale e quello della localizzazione della sede legale, alla sede dell'amministrazione ed all'oggetto principale sono subentrati la “sede di direzione effettiva” e la “gestione ordinaria in via principale”.

segue

Come evidenziato nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 209 del 2023, i tre criteri sono alternativi e, quindi, ciascuno di essi è di per sé in grado di fondare il collegamento personale all'imposizione delle persone giuridiche.

Inoltre, è stato chiarito che, mentre il criterio della “sede legale” ha carattere formale e rappresenta un elemento di necessaria continuità con la normativa in vigore anteriormente alla riforma, quelli della “sede di direzione effettiva” e della “gestione ordinaria in via principale” presentano aspetti innovativi e hanno natura sostanziale, riguardando rispettivamente il luogo in cui sono assunte le decisioni strategiche e si svolgono concretamente le attività di gestione della società o ente.

segue

I criteri della “sede di direzione effettiva” e della “gestione ordinaria in via principale” esprimono la ratio della novella legislativa, sottolineando la rilevanza degli aspetti di natura fattuale in relazione al collegamento personale all'imposizione del reddito e realizzando un approccio che lo amplia e rafforza la certezza del diritto.

La loro lettura combinata segna inoltre il superamento del riferimento alla sede dell'amministrazione, che ha determinato significative difficoltà interpretative e applicative.

Per quanto i due criteri sostanziali operino disgiuntamente, la duplice inclusione persegue anche l'obiettivo di escludere alla radice indebiti ampliamenti ad ulteriori criteri di natura sostanziale. Le attività di supervisione e l'eventuale attività di monitoraggio della gestione da parte dei soci sono da considerarsi diverse dalla direzione effettiva e dalla gestione amministrativa corrente.

segue

Le nuove formulazioni dell'art. 73 co. 3 e dell'art. 5 co. 3 del TUIR si applicano dal periodo di imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del D.lgs. n. 209 del 2023.

Per i soggetti con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare si tratta del 2024.

Sede di direzione effettiva e gestione ordinaria

Rispetto alla formulazione previgente dell'art. 73, co. 3, Tuir, risulta adesso più evidente la separazione tra sede di direzione effettiva e gestione ordinaria, rispetto a quanto non fosse la distinzione tra sede amministrativa ed oggetto principale.

Con la previgente disciplina, infatti, si tendeva spesso a sovrapporre i due criteri, forse anche a causa delle osservazioni dell'Italia all'art. 4 del Commentario al modello OCSE (nella versione antecedente alle modifiche del 2017), con le quali si chiedeva di attribuire rilevanza, nella determinazione della sede di direzione effettiva di una società, anche al luogo in cui si svolge l'attività "principale e sostanziale".

segue

Esempi di sovrapposizione tra questi due criteri («sede dell'amministrazione» e «oggetto principale») si trovano sia nella prassi che nella giurisprudenza.

Quanto alla prassi, nella circ. 4.8.2006 n. 28, § 8, si affermava 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”, e nella ris. 5.11.2007 n. 312, si diceva che “per determinare la sede della direzione effettiva di un ente non si deve fare esclusivo riferimento al luogo di svolgimento della prevalente attività direttiva e amministrativa, ma occorre prendere in considerazione anche il luogo ove è esercitata l'attività principale”.

segue

Quanto alla giurisprudenza di legittimità, invece, il riferimento è rappresentato dalle recenti sentenze Cass. 19.1.2023 n. 1544 e Cass. 20.1.2023 n. 1753, che riprendono Cass. 11.4.2022 n. 11709 e 11710, nelle quali è spiegato che la ricerca della sede effettiva (da identificarsi nella sede dell'amministrazione) “non può non tenere conto anche di quei rilevanti fattori sostanziali (tra i quali, in ipotesi, lo svolgimento dell'attività principale) che, a fronte di dati formali relativi alla collocazione geografica del luogo ove si svolga l'attività amministrativa e di direzione, depongano invece per l'effettiva riconduzione di quest'ultima ad un diverso contesto territoriale”.

segue

Alla luce della nuova formulazione della norma, non par sostenibile che l'oggetto sociale (o gestione ordinaria) debba concorrere, insieme alla direzione amministrativa, a definire la sede di direzione effettiva, perché quest'ultima è puntualmente definita in modo autonomo e distinto rispetto all'oggetto sociale (o gestione ordinaria).

La sede di direzione effettiva

Prescindendo dal requisito della «sede legale» che «ha carattere formale e rappresenta un elemento di necessaria continuità con la normativa in vigore anteriormente alla riforma» (Rel. ill. al d.lgs. 209/2023), la sede di direzione effettiva si identifica, secondo il nuovo art. 73 co. 3 del TUIR (e il nuovo art. 5 co. 3 lett. d) del TUIR), nella “continua e coordinata assunzione delle decisioni strategiche riguardanti la società o l’ente (l’associazione) nel suo complesso”.

segue

La nuova norma chiarisce che, per individuare la sede di direzione effettiva occorre risalire al luogo dal quale provengono gli impulsi apicali che indirizzano l'attività dell'ente unitariamente considerato ("nel suo complesso") e ne definiscono le strategie.

Questa indicazione non rappresenta invero una novità perché anche la "sede dell'amministrazione" era intesa come una nozione «coincidente con quella di sede effettiva (di matrice civilistica), intesa come il luogo dove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e 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 dell'impulso dell'attività dell'ente" (ex multis, Cass. 3.6.2021 n. 15424, Cass. 11.4.2022 n. 11709 e 11710).

Tuttavia, si condivide l'osservazione di chi ha precisato che l'attuale formulazione della norma permette di individuare il concetto in modo più immediato e di evitare che si possano confondere gli "atti di amministrazione" con gli "atti amministrativi", laddove i primi riguardano le decisioni gestionali e strategiche per il governo della società, mentre i secondi hanno carattere routinario ed esecutivo, costituendo quello che viene chiamato anche day-to-day management (e che finisce con l'identificarsi con la gestione ordinaria dell'impresa).

segue

Peraltro, come anche chiarito nella Relazione illustrativa, la scelta di riferirsi alla sede di direzione effettiva rimanda in modo diretto al «*place of effective management*» presente in quasi tutte le Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia come criterio dirimente in caso di doppia residenza, il che costituisce certamente un miglioramento della norma interna in termini di coordinamento con la disciplina convenzionale.

Distinzione con l'attività di supervisione e monitoraggio della gestione

Obiettivo della Riforma, come si rileva dalla Relazione illustrativa, è quello di evitare, nella ricerca della sede della direzione effettiva, che si dia troppo rilievo al ruolo dei soci che si limitino ad attività di supervisione e monitoraggio dell'attività della controllata.

Questo può valere tanto per i soci persone fisiche quanto per le società controllanti che svolgano un'attività di direzione e coordinamento che non sconfini nell'eterodirezione (solo in quest'ultimo caso si giustificherebbe l'attribuzione della residenza alla controllata).

segue

Si vuole, quindi, che assuma rilevanza esclusivamente il ruolo degli amministratori (purché, ovviamente, siano dotati di un effettivo potere decisionale) e non si enfatizzino, invece, le attività dei soci, quando si limitino a fisiologica “attività di supervisione” e di “monitoraggio della gestione”.

La Relazione illustrativa insiste sul punto, sebbene la stessa giurisprudenza di legittimità fosse già pervenuta a questa conclusione.

Ad esempio nella sentenza Cass. 19.1.2023 n. 1544 e nella sentenza 20.1.2023 n. 1753, la Suprema Corte rimarca come “[...] il concetto di «sede dell’amministrazione» non può coincidere *sic et simpliciter* con l’attività di direzione e coordinamento che la capogruppo, o comunque la controllante, esercita sulla controllata, adoperando quella prerogativa tipica del controllo societario di cui all’art. 2359 c.c., che si realizza attraverso atti d’indirizzo strategico ed operativo che connotano lo stato di dipendenza degli interessi della consociata a vantaggio del gruppo nella sua globalità o della controllante”.

segue

In conclusione, alla luce della nuova disposizione, per aversi una eterodirezione tale da collocare presso la controllante la sede dell'amministrazione (e, oggi, la sede di direzione effettiva) della controllata, si deve riscontrare che la prima "usurpi" (termine ripreso dalle sentenze appena citate) l'impulso imprenditoriale della seconda, privandola di una effettiva autonomia; in caso contrario, la direzione effettiva resta presso la controllata.

Tuttavia, in questo contesto si condivide il pensiero di chi ha posto in evidenza come le regole di governance assumano un ruolo fondamentale perché non si può certo pensare che nell'ambito dei gruppi, amministratori e dirigenti delle controllate siano completamente liberi di decidere, a propria discrezione, le operazioni da attuare.

segue

Sarà, pertanto, cruciale che sia assicurata all'organo amministrativo della controllata, in via prevalente, la corrente gestione operativa dell'impresa (il c.d. day-by-day management), fermo restando il normale confronto con la controllante prima di assumere alcune decisioni di rilievo, nonché di attuarle, quali ad esempio: (i) operazioni con significativi livelli di assunzione del rischio, (ii) le operazioni straordinarie, (iii) le operazioni di maggiore rilevanza quali-quantitativamente individuate in relazione alle dimensioni dell'impresa.

segue

Come detto, ai fini della direzione effettiva «non rilevano le decisioni diverse da quelle aventi contenuto di gestione assunte dai soci né le attività di supervisione e l'eventuale attività di monitoraggio della gestione da parte degli stessi».

Anche qui, bisognerà procedere caso per caso e risulteranno pertanto dirimenti gli elementi fattuali, desumibili dalla governance in concreto attuata, che possono costituire indizi sulla reale sede effettiva della società.

La presenza della direzione effettiva in Italia potrà configurarsi qualora si sconfini nell'imprimere unità di indirizzo e di azione alle diverse imprese aggregate, attraverso un flusso costante di istruzioni che la società controllante impartisce alla controllata su modalità gestionali, e non anche quando la società controllata agisca ed eserciti in modo abituale la gestione dei suoi interessi secondo modalità riconoscibili da terzi ed in osservanza completa e regolare della sua stessa identità societaria nello Stato dove è situata.

Gestione ordinaria in via principale

La “gestione ordinaria in via principale” prende il posto dell’oggetto sociale come terzo ed ultimo criterio di collegamento.

È un criterio che si colloca più a valle rispetto a quello della sede di direzione effettiva, nel senso che quest’ultima riguarda le decisioni apicali che interessano la società, mentre la gestione ordinaria ha ad oggetto il day to day management, svolto da figure meno rilevanti nella gerarchia e nell’organigramma societario.

segue

La previsione della gestione ordinaria in via principale in luogo dell'oggetto principale ha il pregio di rendere più chiaro un risultato cui già si era giunti nell'interpretazione del previgente "oggetto principale" e del suo rapporto con la sede amministrativa (ora sede di direzione effettiva), ovvero che il luogo in cui doveva collocarsi l'oggetto principale fosse come efficacemente osservato "non già il luogo nel quale si forma la volontà sociale, ma quello in cui essa trova attuazione concreta".

segue

E, dunque, il criterio si riferisce chiaramente non ai beni che la società possiede, bensì alla sua attività (“il continuo e coordinato compimento degli atti della gestione corrente riguardanti la società o l’ente nel suo complesso” di cui all’art. 73 co. 3 terzo periodo del TUIR).

Una conferma importante in questo senso si trova in tre sentenze della Cass. sez. penale (Cass. 13.2.2014 n. 6995, Cass. 17.1.2014 n. 1811 e Cass. 23.2.2012 n. 7080), nelle quali si legge che “per identificare la nozione di attività principale necessita fare riferimento a tutti gli atti produttivi e negoziali, nonché ai rapporti economici, che lo stesso ente pone in essere con i terzi, e per individuare il luogo in cui viene a realizzarsi l’oggetto sociale rileva, non tanto quello dove si trovano i beni principali posseduti dalla società, quanto la circostanza che occorra o meno una presenza in loco per la gestione dell’attività dell’ente”.

segue

Nella nuova formulazione della norma si dà, inoltre, risalto alla circostanza che la gestione ordinaria debba essere principale, con il che si intenderebbe che una gestione che interessi un ramo secondario dell'azienda può dare vita, se radicata nel territorio dello Stato, solo ad una stabile organizzazione.

Per determinare se la gestione sia effettivamente principale si può fare ricorso – come osservato - a parametri quantitativi (in primis il fatturato, oppure il numero dei dipendenti) oppure qualitativi (se l'attività esercitata nel territorio dello Stato sia tipica oppure strumentale o accessoria).

Per ribadire che non è sufficiente una qualunque attività per collocare la residenza in Italia, l'art. 73 co. 3 terzo periodo del TUIR definisce la gestione ordinaria come “il continuo e coordinato compimento degli atti della gestione corrente riguardanti la società o l'ente nel suo complesso”, sottolineando, quindi, che deve trattarsi di una gestione non solo principale, ma anche “centrale”, ovvero orientata ad una gestione d'insieme dell'ente.

Presunzione di esterovestizione

Il D.lgs. n. 209/2023 ha modificato anche il co. 5-bis dell'art. 73 del TUIR, che contiene una presunzione di residenza per le società ed enti che detengono partecipazioni di controllo (ex art. 2359 co. 1 c.c.) in società ed enti residenti in Italia, qualora essi siano controllati da soggetti residenti nel territorio dello Stato oppure siano amministrati da organi composti per la maggior parte da soggetti residenti.

La modifica è di natura esclusivamente formale ed elimina il riferimento, contenuto nella precedente versione del co. 5-bis, alla sede dell'amministrazione.

Le società che rientrano in questa previsione sono da considerarsi residenti in Italia, a meno che non dimostrino di avere in un diverso Stato, oltre alla sede legale, sia la sede di direzione effettiva che la gestione ordinaria in via principale.

segue

Nel vigore della nuova norma, sarà interessante verificare la posizione che assumerà la giurisprudenza in tema di esterovestizione societaria.

Nell'ultimo decennio, la Corte di cassazione si è pronunciata in plurime occasioni sul tema dell'esterovestizione societaria, attribuendo tuttavia, a tale fenomeno, configurazioni diverse, che hanno condotto all'affermarsi di due orientamenti giurisprudenziali contrapposti.

segue

Secondo un primo filone interpretativo, le contestazioni in tema di esterovestizione sarebbero contestazioni basate *lato sensu* sull'abuso del diritto e in particolare del diritto di stabilimento in un altro Paese europeo.

In particolare, anche richiamando precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia (*inter alia*, la causa C-196/04, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas) tale filone ritiene che lo stabilimento estero debba essere contestato solamente nella misura in cui si sia in presenza di costruzioni estere artificiose (Cass. 5075 del 2023; Cass. n. 4463 del 2022, 8 marzo 2022 n. 7454, 15 marzo 2022 n. 8297, 8 settembre 2022 n. 26538).

segue

In particolare, secondo questo filone giurisprudenziale che valorizza la giurisprudenza della CGUE e l'aspetto della potenziale violazione della libertà di stabilimento, per esterovestizione s'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.

Perché, tuttavia, questo meccanismo risponda alla nozione di pratica abusiva occorre, per un verso, che esso abbia come risultato l'ottenimento di un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito dalle norme e, dall'altro, che da un insieme di elementi oggettivi risulti che lo scopo essenziale dell'operazione si limiti all'ottenimento di tale vantaggio fiscale (vedi Corte giust. 17 dicembre 2015, causa C-419/14, W. Kft, punto 36).

Non è difatti sufficiente applicare criteri generali predeterminati, ma occorre passare in rassegna la singola operazione.

Ciò perché una presunzione generale di frode e di abuso non può giustificare né un provvedimento fiscale che pregiudichi gli obiettivi di una direttiva, né uno che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato (in particolare, Corte giust. 7 settembre 2017, causa C-6/16, Eq. e En., punti 30-32).

È necessario quindi accertare che lo scopo essenziale di un'operazione si limiti all'ottenimento di tale vantaggio fiscale: ciò perché quando il contribuente può scegliere tra due operazioni, non è obbligato a preferire quella che implica il pagamento di maggiori imposte, ma, al contrario, ha il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli consenta di ridurre la sua contribuzione fiscale.

segue

Con riguardo al fenomeno della localizzazione all'estero della residenza fiscale di una società, si è quindi sottolineato (Corte giust. 12 settembre 2006, in causa C-196/04, C.S. e C.S.O.) che, in tema di libertà di stabilimento, 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; una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa soltanto se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato.

Ne consegue che, perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale.

segue

Opposto filone della medesima Corte di Cassazione, di contro (ordinanze n. 11709 e 11710 dell'11 aprile 2022 e sentenza Cass. 25 luglio 2022 n. 23150), ha – più correttamente – sottolineato come i criteri di collegamento di cui all'art. 73 del TUIR abbiano natura di norme sostanziali e non anti-abuso.

Tali norme rispecchiano la libera determinazione del legislatore italiano in tema di individuazione dei propri residenti e dovrebbero applicarsi al fine di attrarre in Italia la residenza di entità formalmente costituite all'estero indipendentemente dalla sussistenza di qualsivoglia forma di abuso del diritto.

segue

In particolare, secondo questo secondo filone giurisprudenziale, la rilevanza dei criteri di collegamento territoriale individuati nell'art. 73, Tuir, prescinde dall' eventuale alterazione, da parte della società contribuente, della realtà oggettiva, al fine di configurare una residenza diversa da quella effettiva, con il fine di sottrarsi all'imposizione dello Stato italiano e di entrare nell'area territoriale di imposizione di uno Stato diverso, il cui trattamento fiscale risulti più favorevole.

Vale a dire che i criteri in questione non sono finalizzati unicamente ad individuare fenomeni, di natura elusiva, solitamente definiti di "esterovestizione", caratterizzati in generale dall'artificiosa ed apparente distrazione del soggetto passivo dal territorio nazionale, e quindi dalla residenza in Italia e dalla potestà impositiva nazionale, per attrarlo nell'area impositiva più conveniente di altro Stato.

Certamente, in questi ultimi casi, i criteri di collegamento territoriale dettati dal ridetto art. 73 TUIR sono fondamentali per verificare quale sia in realtà la residenza effettiva della società, nonostante la manipolazione della realtà operata dalla contribuente.

Tuttavia gli stessi criteri svolgono la loro naturale funzione selettiva dei soggetti passivi dell'imposizione nazionale in ogni fattispecie nella quale, per elementi oggettivi transnazionali che emergano nel caso concreto ed a prescindere da qualsiasi ipotetica manovra elusiva dell'ente accertato, sorga l'esigenza di verificare, ai fini fiscali, la residenza in Italia di quest'ultimo.

segue

Pertanto, non vi è necessaria coincidenza tra accertamento della residenza in Italia di una società ai sensi dell'art. 73, terzo comma, TUIR ed accertamento della c.d. esterovestizione elusiva, trattandosi di concetti che possono, ma non debbono inevitabilmente presentarsi contemporaneamente in ogni fattispecie di rilevanza transnazionale.

Con la conseguenza, quindi, che la verifica della residenza in Italia di una società, ai sensi del ridetto art. 73, non richiede necessariamente l'imputazione alla contribuente, e l'accertamento, di una finalità elusiva volta a perseguire uno specifico vantaggio fiscale che altrimenti non le spetterebbe.

Criteri convenzionali per l'individuazione della residenza

Anche a seguito delle modifiche apportate all'art. 73 del TUIR da parte del DLgs. 209/2023, si verificheranno plausibilmente casi di doppia residenza, determinati da situazioni in cui la legge (o la prassi o la giurisprudenza, se non esistono norme allo scopo) dei due Stati coinvolti contemplano criteri di collegamento differenti.

Il verificarsi di una situazione del genere, però, non è contemplato dalle Convenzioni, che hanno lo scopo di ripartire i diritti di imposizione tra lo Stato di cui il soggetto è residente ed un altro, nel quale il soggetto ha prodotto il reddito (Stato della fonte). Perciò, è necessario che la società o l'ente siano, in definitiva, considerati residenti di un solo Stato.

Questo si ottiene mediante il ricorso alle *tie breaker rules*, che hanno lo scopo di affermare quale criterio debba guidare l'individuazione della residenza in caso di contrasto.

Segue: convenzioni stipulate secondo i modelli OCSE ante 2017

Fino al 2017, il modello OCSE (cui tutt'ora quasi tutte le Convenzioni stipulate dall'Italia sono ispirate) raccomandava di dirimere il conflitto collocando la residenza nello Stato in cui si trovasse il «*place of effective management*», ovvero la sede di direzione effettiva.

Certamente il criterio della sede della direzione effettiva sembra il più indicato – e di facile applicazione – qualora il conflitto nasca dalla sovrapposizioni di diversi criteri per i diversi Stati: ad esempio, uno consideri residente una società in funzione della sede legale, un altro in funzione della sede di direzione effettiva.

Qualche difficoltà, invece, potrebbe nascere qualora due Stati considerino entrambi residente una società ritenendo che nel loro territori si trovi la sede di direzione effettiva, perché questo potrebbe essere causato da definizioni diverse che ne siano date nel diritto interno.

segue

Poiché il modello di Convenzione non contiene al suo interno una definizione autonoma di «*place of effective management*», bisogna comprendere come risolvere proprio i casi in cui la doppia residenza derivi dall'integrazione del requisito secondo le normative di due Paesi differenti.

A tal fine, indicazioni utili sono contenute nel Commentario all'art. 4 del modello di Convenzione OCSE.

Rifacendosi per semplicità alle versioni del Commentario a partire dalla sua versione del 2000, il riferimento è al luogo in cui sono assunte le decisioni chiave per la gestione della società nel suo complesso.

Nel raccomandare di tenere in considerazione tutti i fattori rilevanti per arrivare ad individuare l'unica sede di direzione effettiva, dal Commentario è stato espunto, a partire dal 2008, il riferimento al luogo di riunione del consiglio di amministrazione (o organo analogo).

segue

Questa modifica sembra voler accentuare il carattere sostanziale del criterio della sede di direzione effettiva, limitando l'indagine al luogo dove sono effettivamente decise le strategie aziendali, tenendo conto a tal fine di tutti i fattori rilevanti.

Si tratta, ad ogni modo, di fattori non decisivi, posto che la stessa dottrina internazionale (Rust) ritiene che, allo scopo, si possa tenere conto anche dei day-to-day affairs.

segue: Convenzioni stipulate secondo il modello OCSE del 2017

Il modello di Convenzione è stato – nel 2017 – modificato sul punto e nella versione attuale raccomanda di risolvere i casi di doppia residenza mediante un accordo, da raggiungere caso per caso, tra le Amministrazioni degli Stati contraenti.

Questo accordo, per il cui raggiungimento non è previsto un termine, potrà basarsi, secondo quanto indicato dal Commentario all'art. 4 (§ 24.1) su uno o più dei seguenti elementi:

- il luogo in cui si riunisce il consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente;
- il luogo in cui i vertici della società di solito esercitano le loro funzioni;
- il luogo in cui è esercitato il day-to-day management;
- il luogo in cui si trova il quartier generale della società;
- in base alla legge di quale dei due Stati la società è disciplinata;
- il luogo in cui sono tenute le scritture contabili;
- se accordare la residenza nell'uno o nell'altro Stato possa comportare il rischio che la società o l'ente consegua dei vantaggi indebiti dall'uso della Convenzione.

segue

Si tratta, come si vede, di criteri in parte ispirati alla sede di direzione effettiva, in parte aventi natura completamente diversa.

Sembra, comunque, che anche nella nuova versione del modello OCSE (che peraltro l'Italia ha adottato in un numero molto ridotto di Convenzioni stipulate) sia ancora il criterio della sede di direzione effettiva ad essere il riferimento principale per risolvere i casi di doppia residenza; gli altri criteri suggeriti potrebbero per lo più fungere da parametri ausiliari nei casi in cui vi siano elementi di pari valore che inducano a collocare la sede di direzione effettiva tanto nell'uno quanto nell'altro Stato contraente.

segue

Alla luce del Modello OCSE 2017, appare evidente come lo scrutinio debba essere condotto case by case, anche se, come osservato, potrebbe non risolvere la controversia. Gli Stati, infatti, non sono vincolati a raggiungere un accordo comportante la limitazione alla propria potestà impositiva, il che avrebbe un impatto significativamente negativo per il contribuente.

Inoltre, si condivide l'opinione di chi ritenga che la situazione di incertezza in merito alla determinazione della residenza di un soggetto giuridico non appare peraltro destinata a progredire anche con l'entrata in forza del MLI.

L'istituto della procedura amichevole (Mutual Agreement Procedure - MAP) di cui all'art. 25 del Modello OCSE di Convenzione 2017, previsto dall'articolo 48 per risolvere le situazioni di doppia residenza fiscale, non solo è facoltativo, ma ha formato oggetto di riserva da parte dell'Italia, così come da parte di numerosi altri Stati che non hanno manifestato l'intenzione, o assunto la decisione, di ricorrere alla MAP quale unica regola per risolvere i conflitti di residenza degli enti societari.

segue

Insomma, posto che nelle più recenti Convenzioni stipulate dall'Italia, la *tie breaker rule* è sostituita dall'accordo tra le Amministrazioni finanziarie, laddove il criterio della sede di direzione effettiva è semplicemente uno dei possibili criteri di esame, va evidenziato come questo passaggio per le imprese rischi di diventare estremamente pregiudizievole in quanto significa passare da un criterio direttamente applicabile, la vecchia *tie breaker rule*, ad uno nuovo che prevede appunto un'intesa tra le Amministrazioni fiscali e, dunque, presenta un maggior profilo di aleatorietà nell'essere raggiunta.

Fonti

- Relazione illustrativa al decreto legislativo n. 209/2023
- OECD Income and Capital Model Convention and Commentary (Condensed Version) (2017)
- OECD Income and Capital Model Convention and Commentary (2000)
- OECD Multilateral Convention (MLI) (2017)
- G. Marino, Nella riforma tributaria la residenza dei gruppi è da allineare ai regimi CFC, in *Il Sole 24 ore* del 4 giugno 2024;
- A. Savorana – F. Vismara, Prime considerazioni e spunti sulla nuova residenza fiscale delle società (in una prospettiva anche sovranazionale), in *Riv. telem. dir. trib.* del 18 aprile 2024;
- E. Della Valle, Revisione dei criteri di residenza fiscale di società, in *il fisco*, 2024, 5, 434 ss.