

Nella riforma tributaria la residenza dei gruppi è da allineare ai regimi Cfc



Sarebbe stata utile una definizione di legge orientata ai principi della market destination

Fisco internazionale

Il legislatore ha eliminato tra i criteri la determinazione dell'«oggetto principale»

Nuovi dubbi interpretativi sulla «direzione effettiva» e sulla «gestione ordinaria»

Giuseppe Marino

La riforma fiscale ha l'obiettivo di rendere il sistema tributario affidabile, competitivo e attrattivo nel contesto internazionale. L'attrattività, però, non deve significare abdicazione della potestà impositiva, sintomo di debolezza, più che di forza, del sistema stesso. A tal proposito, valgono alcune riflessioni sulla residenza fiscale delle società come modificata dal Dlgs 209/2023.

Dopo la caduta delle barriere valutarie nel 1990, le aziende italiane di tutte le dimensioni scoprirono la pianificazione fiscale per accompagnare i processi di internazionalizzazione che prevedevano, tipicamente, la costituzione di società *holding* di diritto olandese o lussemburghese con l'obiettivo poi di costituire società nei mercati di sbocco. Tali società intermedie consentivano di raccogliere i profitti (dividendi e plusvalenze da cessione delle partecipazioni) con il meccanismo della *participation exemption*, ancora sconosciuto in Italia, per poi rimpatriarli con il regime di esenzione della direttiva madre/figlia.

La golosità fu tale che dalla fisiologia di strutture di espansione internazionale si degenerò nella patologia di società *holding* di diritto olandese o lussemburghese che detenevano solo partecipazioni in so-

cietà italiane che potevano essere compravendute in "Pex" aggirando la mancanza di tale regime in Italia. Il caso più eclatante alle cronache dell'epoca fu quello della società di diritto lussemburghese Bell SA, costituita ad hoc per l'acquisizione nel 1999 della Telecom Italia che fu poi rivenduta nel 2001 in Pex lussemburghese alla Pirelli con una plusvalenza di 3.750 miliardi di vecchie lire.

Lo scandalo indusse il Governo a introdurre nel 2006 la presunzione legale del comma 5-bis dell'articolo 73 del Tuir, secondo cui, salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione delle società che sono controllate da soggetti residenti in Italia e che, a loro volta, controllano società residenti in Italia.

Il pendolo, pertanto, cominciò ad oscillare a favore dell'Amministrazione finanziaria che si spinse oltre lo spirito della clausola anti elusiva, abusandone, fino a vedere esterovestizioni con risvolti penalmente rilevanti anche nei casi in cui la società controllante italiana deteneva società operative estere nei confronti delle quali esercitava una fisiologica attività di direzione e di coordinamento di gruppo (o, addirittura, più recentemente, a vedere delle stabili organizzazioni della società controllante presso le società controllate).

Anche in questo caso, dalla fisiologica applicazione di una norma a protezione della potestà impositiva si degenerò in una patologia il cui caso giurisprudenziale di scuola, sia dal punto di vista amministrativo che penale tributario, è stato Dolce & Gabbana conclusosi con una sconfitta sia dell'Amministrazione finanziaria (Cassazione civile 33234/2018) e della Procura della Repubblica (Cassazione penale 43809/2014). Tra i due estremi c'è un importante filone della Corte di Cassazione (4463/2022, 7454/2022, 8297/2022) che, dopo avere perimetrato le patologie, ha concluso che la determinazione della residenza, nella specie della sede dell'amministrazione e dell'oggetto principale dell'attività, è una questione di fatto.

In questo contesto, sorvolando sui

profili internazionali ed europei del dibattito in tema di residenza fiscale, il legislatore delegato ha modificato l'articolo 73 Tuir, lasciando il criterio della sede legale, modificando quello della sede dell'amministrazione ed eliminando, sorprendentemente, l'oggetto principale. In luogo della sede dell'amministrazione si parla, piuttosto, di «sede di direzione effettiva o di gestione ordinaria in via principale», definizioni che poi sono ulteriormente declinate intendendo, per «direzione effettiva», la continua e coordinata assunzione delle decisioni strategiche riguardanti la società o l'ente e, per «gestione ordinaria in via principale» il continuo e coordinato compimento degli atti della gestione corrente riguardanti la società o l'ente nel suo complesso. A tal proposito, ci si limita a sottolineare la preoccupazione che la nuova definizione, sintesi di ciò che la giurisprudenza considera sede dell'amministrazione (più che oggetto principale) dopo vent'anni di *fine tuning*, finisca per dare adito a nuove battaglie interpretative laddove, se il legislatore si fosse limitato ad attestare semplicemente che per «sede dell'amministrazione» si intende una sede di direzione effettiva o di gestione ordinaria in via principale, questo rischio sarebbe rientrato nelle valutazioni di fatto. In fondo, era solo da chiarire che «sede dell'amministrazione» non fosse confusa con la sede dell'attività di direzione e coordinamento di gruppo, come bene evidenziato, tra l'altro, dalla Cassazione, altrimenti il rischio è quello di perpetrare le patologiche accuse di esterovestizione (o, peggio, di stabili organizzazioni occulte presso le società controllate estere) a danno dei gruppi



italiani a ristretta base societaria, che rappresentano la spina dorsale della economia nazionale. Semmai andrebbe operato un serio coordinamento con il regime tributario delle Cfc (su cui la giurisprudenza langue) con l'obiettivo di evitare abusi nelle segnalazioni alla Procura della Repubblica per omessa presentazione della dichiarazione dei redditi della asserita società esterovestita.

Infine desta qualche perplessità l'eliminazione dell'oggetto principale, asseritamente sostituita con la «gestione ordinaria in via principale». La definizione dell'articolo 73, commi 4 e 5, Tuir, andava, piuttosto, allineata con le riflessioni che sono state svolte in punto di stabile organizzazione digitale e che hanno portato alla introduzione della lettera f-bis, all'articolo 162, comma 2, Tuir, che testualmente recita «una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare

una sua consistenza fisica nel territorio stesso». La digitalizzazione dell'economia, infatti, non pone solo un tema di stabile organizzazione ma, in termini più generali, di oggetto principale che può ben essere economicamente in Italia anche in assenza di una presenza fisica, secondo la teoria della *market destination*.

Naturalmente, l'analisi della principalità della presenza economica in Italia (più ampia della semplice «gestione ordinaria»), costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica, è oggetto di una valutazione di fatto di rilievo internazionale, e sulle società di grandi dimensioni oggi ci sono tutte le informazioni per poterlo fare. Sembra non considerarsi che lo *smart working* incide non solo sulla residenza delle persone fisiche, ma anche sulla sede dell'amministrazione o sull'oggetto principale delle società, nella misura il luogo da cui promanano gli impulsi ai processi decisionali e alla gover-

nance, ovvero il luogo ove si svolge l'effettiva attività delle società stesse, possano essere diversi dal luogo dove è residente il consumatore finale.

Naturalmente, il criterio dell'«oggetto principale digitale», e la determinazione della base imponibile che ne deriva, dovrebbe essere controbilanciato con la previsione che le Autorità competenti, in ottemperanza ai principi che orientano l'azione amministrativa, se una impresa ne fa richiesta, attivino la procedura amichevole delle Convenzioni internazionali in quanto applicabili, per risolvere difficoltà e dubbi sull'interpretazione o applicazione dei criteri di residenza per addivenire a una soluzione condivisa che prevenga contenziosi e rallentamenti nelle procedure di riscossione, evitando doppie imposizioni. Esattamente come prevede l'articolo 59 per il Pillar2: prevenire è sempre meglio che curare, un futuro decreto correttivo potrebbe tenerne conto.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Tra diritto e abusi

Gli abusi della "Pex"

Attraverso le holding estere negli anni '90 venivano raccolti profitti in *participation exemption* per rimpatriarli con il regime di esenzione "madre/figlia". Le holding presto detengono solo partecipazioni in società italiane compravendute in pex aggirando la mancanza del regime in Italia. Il caso più eclatante fu Bell SA, costituita per l'acquisizione nel '99 di Telecom Italia in pex, con plusvalenza di 3.750 miliardi di lire.

Abusi di anti-esterovestizione

La presunzione legale di residenza (c. 5-bis art. 73 del Tuir) degenerò presto in patologia: il caso di scuola fu Dolce & Gabbana, conclusosi con una sconfitta del fisco e della Procura.

I giudici: questione di fatto

La Cassazione nel 2022 ha concluso che la determinazione della residenza, nella specie della sede dell'amministrazione e dell'oggetto principale dell'attività, è «una questione di fatto».