

SEDE DI DIREZIONE EFFETTIVA: RECENTI CAMBIAMENTI NELLA LEGGE ITALIANA

La norma

L'articolo 35, commi 13 e 14 del Decreto legge n°223 del 4 luglio 2006 (noto come Decreto Bersani) ha inserito i commi 5bis e 5ter nell'articolo 73 del testo del T.U.I.R. che introducono, nei casi specificati, una presunzione legale relativa di localizzazione in Italia della sede dell'amministrazione, e quindi della residenza, di società ed enti, invertendo a loro carico l'onere della prova.

Attualmente ai sensi dell'articolo 73, comma 3 del T.U.I.R. la residenza fiscale della società viene individuata sulla base di tre criteri: la sede legale, la sede dell'amministrazione ed il luogo in cui è localizzato l'oggetto principale; tali criteri sono alternativi ed è sufficiente che venga soddisfatto anche uno solo di essi perché la società possa considerarsi residente ai fini fiscali in Italia.

Con l'introduzione del comma 5bis dell'articolo 73 del T.U.I.R si presume salvo prova contraria l'esistenza in Italia della sede dell'amministrazione di società che detengono direttamente partecipazioni di controllo in società di capitali quando, alternativamente:

- 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 di gestione equivalente, formato in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

La norma è applicabile anche nelle ipotesi in cui tra i soggetti residenti controllanti e controllati si interpongano più *sub-holding* estere. La presunzione di residenza in Italia della società estera che direttamente controlla una società italiana, renderà operativa, infatti, la presunzione anche per la società estera inserita nell'anello immediatamente superiore della catena societaria; quest'ultima si troverà, infatti, a controllare direttamente la *sub-holding* estera, considerata residente in Italia (circolare n° 28 del 4 agosto 2006).

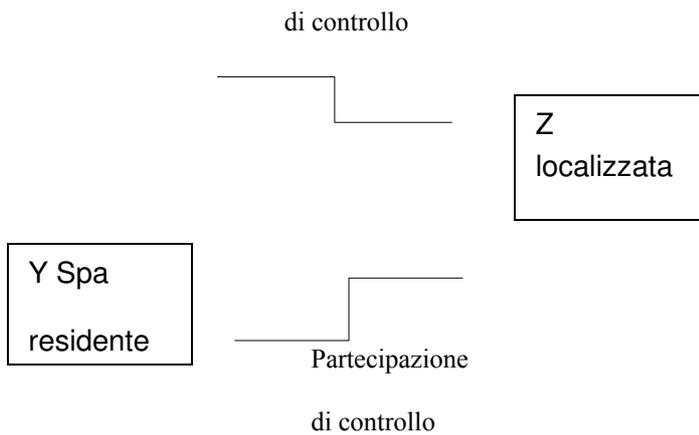
Ai sensi del comma 5ter del T.U.I.R., il presupposto per la sussistenza del controllo (dei soggetti residenti sull'entità estera e di questa su società e enti esteri) - e quindi della localizzazione in Italia della sede dell'amministrazione - dovrà valutarsi con riferimento alla data di chiusura dell'esercizio della entità controllata localizzata all'estero.

Il medesimo comma precisa che, per le persone fisiche, devono essere computati anche i voti spettanti al coniuge, ai familiari entro il terzo grado ed agli affini entro il secondo.

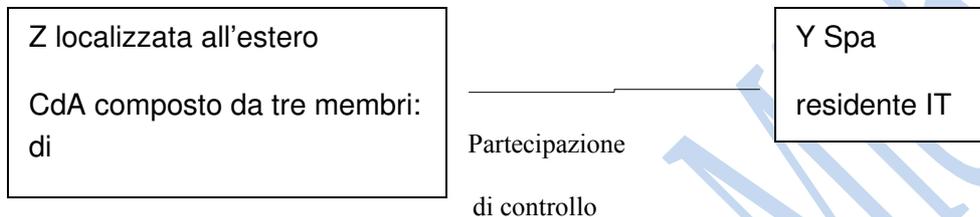
X Spa

residente

Partecipazione



oppure quando:



Gli effetti della norma

I *capital gain* realizzati dalla cessione di partecipazioni saranno assoggettati al regime di imponibilità o di esenzione previsti dagli articoli 86 e 87 del T.U.I.R.

Gli utili di partecipazione provenienti da società residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata concorreranno al reddito in misura pari al 100%.

Al contrario, le società non residenti per le quali le sede di direzione effettiva risulta essere in Italia non dovranno subire ritenute sui flussi di dividendi, interessi e royalties in uscita dall'Italia e potranno scomputare in sede di dichiarazione annuale le ritenute eventualmente subite nel periodo di imposta per il quale sono considerate residenti, anche se, all'inizio, operate a titolo di imposta.

La prova contraria

La prova contraria potrebbe essere in qualche o in molti casi una prova diabolica; in effetti anche la circolare esplicativa ben poco dice al riguardo; si limita semplicemente a sostenere che il contribuente, per vincere la presunzione, dovrà dimostrare, con argomenti adeguati e convincenti, che la sede di direzione effettiva della società non è in Italia, bensì all'estero.

Tali argomenti e prove dovranno dimostrare che, nonostante i citati presupposti di applicabilità della norma, esistono elementi di fatto, situazioni od atti, idonei a dimostrare un concreto radicamento della direzione effettiva nello Stato estero.

Problemi interpretativi

I nuovi commi 5bis e 5ter dell'articolo 73 del T.U.I.R. rilevano ai fini temporali sulla base della situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato; è corretto presumere (o viceversa escludere) la rilevanza della residenza se il soggetto residente in Italia ha controllato solo l'ultimo giorno della data di chiusura dell'esercizio del partecipato?

E come si concilia tale norma con quella preesistente al comma 3, di carattere più generale, che concerne i tre criteri base ovvero la sede legale, la sede dell'amministrazione ed il luogo in cui è localizzato l'oggetto principale, per determinare la residenza fiscale della società, laddove si fa riferimento ad un criterio temporale diverso e cioè a quello della maggior parte del periodo d'imposta?

Compatibilità con il trattato dell'Unione Europea e con il Diritto convenzionale

La circolare esplicativa a sostegno della propria tesi sulla compatibilità comunitaria della norma cita ad esempio la sentenza *Centros* (Causa C-81/87) per affermare il principio secondo cui gli stati membri sono liberi di determinare il criterio di collegamento di una società con il territorio dello Stato; nella fattispecie la controversia concerneva una società olandese che, in base all'ordinamento tedesco, era stata considerata residente in Germania a partire dal momento in cui le sue quote di maggioranza erano state acquistate da cittadini ivi residenti.

Più controverso appare invece il riferimento alle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia, in particolare nell'ipotesi del criterio dell'effettiva sede dell'amministrazione per stabilire la residenza di un soggetto sul proprio territorio in quanto seppur vero che ogni Stato può selezionare per stabilire tale residenza differenti criteri di collegamento soggettivo risulta difficilmente comprensibile che tali criteri siano accompagnati da prova contraria priva di alcuna enunciazione.