

# Verifica della residenza fiscale delle “società esterovestite” in assenza di finalità elusive

(CASSAZIONE, Sez. trib., Pres. Crucitti, Est. Cataldi - Ord. n. 23225 del 13 luglio 2022, dep. il 25 luglio 2022)

**IRES - Soggetti passivi - Residenza fiscale - Criteri di collegamento con il territorio dello Stato paritetici ed alternativi - Sede legale o amministrativa od oggetto principale dell'attività in Italia - Rilevanza - Finalità elusiva volta al conseguimento di vantaggio fiscale indebito - Irrilevanza**

*In materia di imposte sui redditi delle società, l'art. 73, comma 3, D.P.R. n. 917/1986 individua i criteri di collegamento (la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale), paritetici ed alternativi, delle società e degli enti con il territorio dello Stato, la cui ricorrenza, per la maggior parte del periodo d'imposta, determina la residenza in Italia e l'assoggettamento alla potestà impositiva del Fisco italiano, a prescindere dall'accertamento di un'eventuale finalità elusiva della contribuente, che sia volta a perseguire uno specifico vantaggio fiscale che altrimenti non le spetterebbe.*

*(Oggetto della controversia: avviso di accertamento IRES, anno 2004)*

## Rilevato che:

1. L'Agenzia delle entrate, recependo i rilievi del processo verbale di constatazione redatto in data 20 gennaio 2011 dalla Guardia di Finanza, notificò alla società (*omissis*) Ltd. - già (*omissis*) Ltd. - esercente attività di fabbricazione di resistenze, condensatori e acceleratori, con sede legale dichiarata in Cina - un avviso d'accertamento relativo all'anno d'imposta 2004, con il quale, sul presupposto che la società fosse da considerarsi fiscalmente residente in Italia, accertò, ex D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973 art. 41-bis, un reddito d'impresa di euro 6.342.079,14.

Infatti, nel corso di una verifica fiscale nei confronti della (*omissis*) S.p.A., esercente l'attività di fabbricazione di componenti elettronici e controllante la (*omissis*) Ltd., era stato rilevato che nel Consiglio di amministrazione della controllata cinese sedevano C.A., C.A. e V.A., che avevano ricoperto o ricoprivano cariche di vertice anche all'interno della controllante italiana.

I predetti erano tutti residenti in Italia e, anche per le cariche ricoperte nella società italiana, nel territorio nazionale permanevano in pianta stabile.

Solo il V. si era recato nel triennio 2004/2006 con una certa regolarità in Cina, sebbene per questioni prettamente logistiche e non nella veste di amministratore, come aveva dichiarato egli stesso ai verificatori. Piuttosto, secondo l'Agenzia, i tre amministratori italiani avevano assunto le decisioni relative alla società cinese dall'Italia, direttamente dalla sede della controllante (*omissis*) S.p.A.

Il settore commerciale di quest'ultima aveva anche intrattenuto direttamente i rapporti con i clienti della società cinese, stabilendo il prezzo dei prodotti finiti. Lo stesso generai

*manager cinese, in caso di problemi con i clienti e, comunque, prima della conclusione degli affari, si consultava con la parte commerciale italiana, per comunicare l'offerta e chiudere la trattativa.*

Nella sostanza, a detta dell'Ufficio, il *manager* cinese non prendeva alcuna decisione (nemmeno quelle relative alla normale conduzione della contrattazione), operando di fatto come un responsabile di stabilimento, subordinato all'effettivo organo di direzione sito in Italia.

Inoltre, la società cinese non aveva corrisposto alcun compenso agli amministratori italiani.

Sulla base di tali elementi l'Amministrazione aveva quindi concluso che il potere decisionale era demandato ai tre amministratori residenti in Italia, che dall'Italia lo esercitavano, impartendo le direttive per la gestione amministrativa ed operativa, anche in ordine alla risoluzione degli ordinari problemi commerciali, per cui in Cina aveva, nella sostanza, sede un mero opificio, mentre la (*omissis*) Ltd., sebbene asseritamente società di diritto cinese, doveva considerarsi fiscalmente residente in Italia.

2. Proposto ricorso dalla contribuente, la Commissione tributaria provinciale di Arezzo lo ha accolto.

3. Decidendo sull'appello principale dall'Amministrazione, e su quello incidentale condizionato della contribuente, la Commissione tributaria regionale della Toscana, con la sentenza di cui all'epigrafe, ha rigettato l'impugnazione erariale, confermando la sentenza di primo grado.

4. Avverso la sentenza di secondo grado l'Agenzia ha introdotto ricorso per cassazione, affidato a tre motivi, e la contribuente si è costituita con controricorso.

Il Procuratore generale, nella persona del sostituto Giuseppe Locatelli, ha depositato conclusioni scritte, chiedendo

l'accoglimento del primo motivo di ricorso, con assorbimento dei restanti.

Ambedue le parti hanno prodotto memoria.

Il Procuratore generale ha depositato conclusioni scritte, chiedendo l'accoglimento del primo motivo, con l'assorbimento dei restanti.

## Considerato che:

1. Con il primo motivo, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la ricorrente deduce la violazione del D.P.R. n. 917 del 22 dicembre 1986, art. 73, comma 3. Assume infatti l'Amministrazione che la sentenza impugnata avrebbe erroneamente interpretato il criterio, alternativo, della "sede dell'amministrazione" - dettato dalla predetta norma ai fini dell'individuazione della residenza rilevante ai fini fiscali - come "sede dell'ordinaria amministrazione", avendo la CTR affermato che "non può risultare decisivo il luogo dove sono determinati gli indirizzi generali dell'attività societaria ad opera dello stesso Consiglio" d'amministrazione e che "nessuna rilevanza può assumere la circostanza che nel C.d.A. siano inquadrati soggetti residenti in Italia", con conseguente individuazione della residenza della contribuente in Cina, quale luogo in cui veniva svolta la mera gestione dell'"amministrazione ordinaria" della società.

2. Con il secondo motivo, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la ricorrente deduce la violazione degli artt. 2697, 2727 e 2729 c.c., con violazione in via consequenziale del D.P.R. n. 917 del 1986 art. 73, comma 3; oltre che la violazione diretta dello stesso D.P.R. n. 917 del 1986 art. 73, comma 3.

Assume infatti l'Agenzia che (come emergerebbe dalla motivazione della sentenza impugnata, resa anche *per relationem* con quella della sentenza di primo grado, riprodotta in *parte qua* nel ricorso) il giudice d'appello avrebbe ommesso la doverosa disamina, analitica ed unitaria, degli elementi indiziari addotti dall'Ufficio al fine di individuare la sede effettiva della società, solo apparentemente cinese, in Italia.

3. Con il terzo motivo, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la ricorrente deduce la violazione degli D.P.R. n. 917 del 1986 artt. 73, comma 2, e art. 162, in combinato disposto tra loro, per avere la CTR affermato che "L'esercizio entro i confini nazionali dell'attività di direzione e coordinamento implica per la struttura preposta a tale attività, ai sensi del D.P.R. n. 917 del 1986 art. 162, e, usualmente, dell'art. 5 delle varie convenzioni stipulate dall'Italia, conformi al Modello OCSE, la qualificazione, al più, di stabile organizzazione".

Assume infatti l'Agenzia che il concetto di stabile organizzazione in Italia (filiale o *branch*, sede secondaria con rappresentanza stabile in Italia, ma priva di autonomia giuridica, costituente un autonomo soggetto passivo d'imposta, assoggettato a tassazione per i soli redditi prodotti in Italia), non è compatibile con l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento esercitato su altra società non residente in Italia. Neppure in astratto, deduce quindi la ricorrente, è possibile ipotizzare che la società che eserciti il potere direttivo sia una stabile organizzazione di quella sulla quale il potere viene esercitato.

4. I tre motivi, per la loro connessione, vanno trattati congiuntamente.

Rispetto al primo ed al secondo, va innanzitutto respinta l'eccezione di inammissibilità proposta dalla controricorrente, atteso che il primo mezzo individua in maniera sufficiente la violazione della norma che imputa alla CTR e la diversa interpretazione che ne sostiene, ai fini dell'individuazione della residenza effettiva della società contribuen-

te. Quanto al secondo, esso è ammissibile in quanto non attinge le valutazioni di merito espresse dal giudice d'appello, ma censura la corrispondenza dell'operato di quest'ultimo, oltre che all'interpretazione ed all'applicazione della disposizione tributaria della quale si controverte, anche alle norme, ed ai relativi principi giurisprudenziali, in materia di prova critica e ragionamento inferenziale.

4.1. Tanto premesso, occorre muovere dal testo dell'art. 73, terzo comma, T.U.I.R., il primo periodo del quale dispone che "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".

Prima ancora di procedere all'interpretazione di quest'ultima disposizione, al fine di applicarla al caso di specie, è opportuno sottolinearne la *ratio*.

Invero, in coerenza con la stessa rubrica ("Soggetti passivi") dell'art. 73, il comma in esame indica i criteri di collegamento, paritetici ed alternativi, tra i soggetti passivi (nel caso di specie le società) dell'imposizione diretta ed il territorio dello Stato, la cui ricorrenza, per la maggior parte del periodo d'imposta, determina la residenza in Italia della contribuente e, con essa, l'assoggettamento alla potestà impositiva del Fisco italiano.

La rilevanza dei criteri di collegamento territoriale individuati dalla norma 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 T.U.I.R. 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.

Pertanto non vi è necessaria coincidenza tra accertamento della residenza in Italia di una società ai sensi dell'art. 73, comma 3, T.U.I.R. 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 (in questo senso cfr. Cass. 11/04/2022, n. 11709 e n. 11710, tra le stesse parti).

Può quindi formularsi il seguente principio di diritto: "In materia di imposte sui redditi delle società, D.P.R. n. 917 del 1986 art. 73, comma 3, individua i criteri di collegamento (la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'og-

getto principale), paritetici ed alternativi, delle società e degli enti con il territorio dello Stato, la cui ricorrenza, per la maggior parte del periodo d'imposta, determina la residenza in Italia e l'assoggettamento alla potestà impositiva del Fisco italiano, a prescindere dall'accertamento di un'eventuale finalità elusiva della contribuente, che sia volta a perseguire uno specifico vantaggio fiscale che altrimenti non le spetterebbe”.

4.2. Nel caso *sub iudice*, tra i criteri alternativi e paritetici descritti nell'art. 73, comma 3, T.U.I.R., viene in rilievo quello della “sede dell'amministrazione”.

Questa Corte, a proposito dell'interpretazione del relativo concetto, ha già avuto modo di precisare, e di ribadire recentemente, che “la nozione di ‘sede dell'amministrazione’, in quanto contrapposta alla ‘sede legale’, deve ritenersi 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 (Cass., 16/06/1984, n. 3604, 04/10/1988, n. 5359, 18/01/1997, n. 497, 13/04/2004, n. 7037, 12/03/2009, n. 6021, 28/01/2014, n. 2813);

un analogo principio è stato affermato, con specifico riferimento al D.P.R. n. 917 del 1986 art. 73, comma 3, da Cass. pen., 24/01/2012, n. 7080, 21/02/2013, n. 32091, 13/07/2018, n. 50151;” (così Cass. 03/06/2021, n. 15424, in motivazione; nello stesso senso Cass. 21/06/2019, n. 16697, in motivazione).

Sebbene la controversia in questione interessi una fattispecie di pretesa residenza non effettiva in un Paese extracomunitario, non priva di rilevanza sistematica è comunque la considerazione che, nel contesto internazionale, anche la giurisprudenza comunitaria mostra di convergere sulla rilevanza della “sede effettiva”, nel senso appena precisato, ai fini della determinazione della residenza fiscale.

È stato infatti già sottolineato da questa Corte che “sullo stesso specifico punto, la citata sentenza della Corte di Giustizia 28 giugno 2007, Planzer Luxembourg Sàrl, ha statuito che la nozione di sede dell'attività economica “indica il luogo in cui vengono adottate le decisioni essenziali concernenti la direzione generale della società e in cui sono svolte le funzioni di amministrazione centrale di quest'ultima” (punto 60), e che la determinazione del luogo della sede dell'attività economica di una società implica “la presa in considerazione di un complesso di fattori, al primo posto dei quali figurano la sede statutaria, il luogo dell'amministrazione centrale, il luogo di riunione dei dirigenti societari e quello, abitualmente identico, in cui si adotta la politica generale di tale società. Possono essere presi in considerazione anche altri elementi, quali il domicilio dei principali dirigenti, il luogo di riunione delle assemblee generali, di tenuta dei documenti amministrativi e contabili e di svolgimento della maggior parte delle attività finanziarie, in particolare bancarie” (punto 61); (così Cass. 03/06/2021, n. 15424, in motivazione; nello stesso senso Cass. 21/06/2019, n. 16697, in motivazione).

Un contributo, al fine di orientare l'interpretazione del significato di “sede dell'amministrazione”, è fornito anche dal diritto pattizio, ed in particolare dalle convenzioni stipulate tra gli Stati per disciplinare la rispettiva competenza impositiva, stipulate sulla base di modelli e commentari condivisi e, quanto meno, sintomatici di una definizione degli elementi di collegamento territoriale diffusa nel più ampio contesto internazionale.

A supporto ulteriore della rilevanza della “sede effettiva” va quindi anche considerato che l'art. 4, paragrafo 3, dell'Accordo tra il Governo della Repubblica Italiana ed il Governo della Repubblica Popolare Cinese per evitare le doppie imposizioni e per prevenire le evasioni fiscali in materia di imposte sul reddito, sottoscritto a Pechino il 31 ottobre 1986 e ratificato in Italia con Legge 31 ottobre 1989, n. 376, dispone, quale *tie-breaker rule*, che “Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti, si ritiene che essa è residente dello Stato in cui si trova la sua sede centrale o la sede della sua direzione effettiva.”.

Il riferimento alla sede della “direzione effettiva”, definita *place of effective management* (c.d. POEM), quale luogo in cui vengono adottate le decisioni più importanti relative alla gestione della società nonché allo svolgimento dell'attività d'impresa, peraltro, non viene meno neppure nel nuovo Accordo tra i due Stati, in corso di ratifica, ma è mediato da un possibile mutuo accordo tra le rispettive Autorità fiscali, che tenga in considerazione anche il luogo ove è situata la sede della direzione effettiva della società, seguendo l'evoluzione dell'art. 4, paragrafo 3, del Modello OCSE, che, a partire dal 2017 (sulla scia di considerazioni manifestate sin dalla versione del 2008 del relativo Commentario), per rispondere alle criticità emerse in precedenza, accanto al riferimento, non più esclusivo, al *place of effective management*, predilige un approccio *case-by-case* al problema della doppia residenza delle società, da risolversi preferibilmente con una procedura amichevole tra gli Stati interessati. Il criterio applicato dall'art. 4, paragrafo 3, del Modello OCSE, come modificato dal 2017, è infatti quello del luogo dove le Autorità fiscali degli Stati contraenti, di comune accordo, determinano la residenza, tenendo conto della combinazione di diversi fattori, sia formali che sostanziali, tra i quali continua ad essere menzionato il *place of effective management*, ma come uno (non l'unico) dei possibili elementi rilevanti: “Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its Place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the authorities of the Contracting States.”.

Peraltro, già prima della modifica della *tie-breaker rule* di cui all'art. 4, paragrafo 3, del Modello OCSE, i rappresentanti dell'Amministrazione finanziaria italiana presso l'OCSE avevano apposto un'osservazione all'art. 4 del relativo Commentario, il quale, nella versione del 2000, precisava che, nella maggior parte dei casi, la sede di direzione effettiva coincide con il luogo in cui le persone che esercitano le funzioni di rango più elevato prendono le proprie decisioni e sono, quindi, definite le azioni principali dell'ente.

L'Italia aveva infatti esplicitato di non condividere interamente l'interpretazione di sede di direzione effettiva esposta nel paragrafo 25 del Commentario all'art. 4 del Modello OCSE, ritenendo che “nel determinare la sede di direzione effettiva deve essere preso in considerazione il luogo ove l'attività principale e sostanziale dell'ente è esercitata”.

Tale osservazione è stata ribadita nelle successive versioni del Commentario pubblicate nel 2003 e nel 2005 e (con modifiche) in quelle pubblicate nel 2008, nel 2010 e nel 2014.

In parallelo, attraverso la prassi (risoluzione n. 312/E del 5 novembre 2007), l'Amministrazione finanziaria ha chiarito che tale osservazione è nella sostanza coerente con la tesi erariale secondo cui per individuare la sede di direzione effettiva di una società non basta fare riferimento al luogo di svolgimento della "prevalente attività direttiva e amministrativa", ma occorre considerare anche il "luogo ove è esercitata l'attività principale".

In tale prospettiva, quindi, il luogo di svolgimento dell'oggetto principale della società non integra tanto un criterio a sé stante e contrapposto a quello del *place of effective management*, ma contribuisce a identificare quest'ultimo, come sede di direzione effettiva.

In questo senso, invero, vanno letti quei precedenti di legittimità citati dalla controrcorrente, che, pur considerando la predetta osservazione dell'Italia al Commentario OCSE, concludono che "Va, infatti, considerato che l'attività principale e sostanziale di una società si concretizza nella sua gestione amministrativa, nella programmazione di tutti gli atti necessari affinché il fine sociale venga raggiunto, nella organizzazione economico-finanziaria della stessa, e non nella esplicazione materiale degli obblighi contrattuali assunti, con la prestazione dei relativi servizi (...)" (Cass. pen. 24/01/2012, n. 7080, in motivazione, il cui principio di diritto è richiamato da Cass. pen. 08/04/2013, n. 16001, pure citata nel controricorso; mentre Cass. 07/02/2013, n. 2869, a sua volta citata, individua la "sede dell'amministrazione" in coincidenza con la "sede effettiva", come "il luogo ove 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").

Tirando quindi le fila di tali premesse, deve ribadirsi, in conformità all'orientamento di questa Corte recentemente ribadito (Cass. 03/06/2021, n. 15424, cit.; Cass. 21/06/2019, n. 16697, cit.), che ai sensi dell'art. 73, comma 3, D.P.R. n. 917 del 1986, la nozione di "sede dell'amministrazione", contrapposta alla "sede legale", coincide con quella di "sede effettiva" (di matrice civilistica), intesa come luogo di concreto svolgimento delle attività amministrative e di direzione dell'ente e dove 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.

Fermo restando che tale valutazione, nel singolo caso concreto, proprio perché finalizzata all'accertamento di un dato "effettivo", 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 dove si svolga l'attività amministrativa e di direzione, depongono invece per l'effettiva riconduzione di quest'ultima ad un diverso contesto territoriale.

La necessità della verifica, nel caso concreto, di un complesso di dati sostanziali è emersa, in sede penale, a proposito della società con sede legale estera controllate da società con sede in Italia, quando si è affermato che non può costituire criterio esclusivo di accertamento della sede della "direzione effettiva" l'individuazione del luogo dal quale partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative, qualora esso s'identifichi con la sede (legale

o amministrativa) della società controllante italiana, precisando che in tal caso è necessario accertare anche che la società controllata estera non sia costruzione di puro artificio, ma corrisponda a un'entità reale che svolge effettivamente la propria attività in conformità al proprio atto costitutivo o allo statuto (Cass. pen., 24/10/2014, n. 43809, richiamata da Cass. civ. 21/12/2018, n. 33234, in motivazione), non essendo le società esteroinvestite, perciò soltanto, prive della loro autonomia giuridico-patrimoniale e, quindi, automaticamente qualificabili come schermi (Cass. pen. 07/11/2018, n. 50151, richiamata da Cass. civ. 21/12/2018, n. 33234, cit.).

4.3. Venendo al caso in esame, la sentenza impugnata non ha fatto buon governo dei predetti principi, giacché, come emerge dalla sua motivazione, senza neppure premettere quale dei criteri alternativi (sede legale, sede dell'amministrazione od oggetto principale) di cui al D.P.R. n. 917 del 1986 art. 73, comma 3, stesse valutando, ha aprioristicamente escluso che possa avere rilevanza "il luogo dove sono determinati gli indirizzi generali dell'attività societaria", apoditticamente privilegiando quello dove "in via continuativa ed in concreto, viene gestita l'ordinaria amministrazione", a sua volta declinata in concreto in termini meramente operativi (contrattazioni, direttive al personale e cura del processo produttivo), con un non meglio precisato ridimensionamento rispetto al necessario parametro più ampio di riferimento alle attività amministrative e di direzione effettiva dell'ente.

Nel medesimo contesto argomentativo, ma in netto contrasto con la premessa che *a priori* nega ogni rilevanza al luogo dove sono determinati gli indirizzi generali dell'attività societaria e privilegia quello nel quale si svolge la produzione (ovvero la Cina), la sentenza impugnata ha poi affermato che si deve considerare il "luogo dove si realizza l'effettivo dominio sulla società che, nel caso in contestazione, risulta realizzato dal *management* della capogruppo statunitense", ipotesi che allora dovrebbe collocare la residenza della contribuente negli Stati Uniti.

Oltre che contraddittoria con la premessa posta nella stessa motivazione, tale ultima conclusione, violando i principi sinora illustrati (in particolare al punto 5.2), sembra supporre che vi sia una pressoché automatica sovrapposizione tra sede della società capogruppo e residenza delle società appartenenti al gruppo, ma si è già chiarito che non vi è una necessaria astratta corrispondenza tra il dato formale della relazione di controllo tra società e quello sostanziale, da accertare in concreto, della residenza effettiva della società controllata.

Non è poi comprensibile, nel contesto della motivazione, l'affermazione della CTR secondo cui l'esercizio entro i confini nazionali dell'attività di direzione e coordinamento implicherebbe, per la struttura preposta a tale attività, ai sensi dell'art. 162 D.P.R. n. 917 del 1986, "la qualificazione, al più, di stabile organizzazione".

Premesso che la sentenza impugnata non chiarisce a quale società dovrebbe, nel caso di specie, attribuirsi la qualità di "stabile organizzazione", e ricordato che, per la citata norma, quest'ultima designa una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato, deve comunque rilevarsi che, come dedotto dalla ricorrente, non è ipotizzabile che la società che eserciti il potere di direzione e coordinamento sia una "stabile organizzazione" di quella sulla quale lo stesso potere viene esercitato.

4.4. La necessità di un accertamento concreto della "sede effettiva" della contribuente, secondo i principi già richia-

mati, non può poi ritenersi soddisfatta dalla mera elencazione, nella parte della sentenza impugnata dedicata allo svolgimento del processo, degli indizi offerti dall'Amministrazione in ordine alla residenza in Italia della contribuente, né dal generico richiamo, con clausola di stile, alla logica ed esaustiva decisione come espressa dai primi giudici.

Va invero premesso che in tema di presunzioni, qualora il giudice di merito sussuma erroneamente sotto i tre caratteri individuatori della presunzione (gravità, precisione, concordanza) fatti concreti che non sono invece rispondenti a quei requisiti, il relativo ragionamento è censurabile in base all'art. 360 c.p.c., n. 3, competendo alla Corte di cassazione, nell'esercizio della funzione di nomofilachia, controllare se la norma dell'art. 2729 c.c., oltre ad essere applicata esattamente a livello di declamazione astratta, lo sia stata anche sotto il profilo dell'applicazione a fattispecie concrete che effettivamente risultino ascrivibili alla fattispecie astratta (Cass. 16/11/2018, n. 29635; Cass. 04/08/2017, n. 19485; Cass. 15/11/2021, n. 342481).

Va poi aggiunto che in tema di prova per presunzioni, il giudice, dovendo esercitare la sua discrezionalità nell'apprezzamento e nella ricostruzione dei fatti in modo da rendere chiaramente apprezzabile il criterio logico posto a base della selezione delle risultanze probatorie e del proprio convincimento, è tenuto a seguire un procedimento che si articola necessariamente in due momenti valutativi: in primo luogo, occorre una valutazione analitica degli elementi indiziari per scartare quelli intrinsecamente privi di rilevanza e conservare, invece, quelli che, presi singolarmente, presentino una positività parziale o almeno potenziale di efficacia probatoria; successivamente, è doverosa una valutazione complessiva di tutti gli elementi presuntivi isolati per accertare se essi siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva, che magari non potrebbe dirsi raggiunta con certezza considerando atomisticamente uno o alcuni di essi. Ne consegue che deve ritenersi censurabile in sede di legittimità la decisione in cui il giudice si sia limitato a negare valore indiziario agli elementi acquisiti in giudizio senza accertare se essi, quando anche singolarmente sforniti di valenza indiziaria, non fossero in grado di acquisirla ove valutati nella loro sintesi, nel senso che ognuno avrebbe potuto rafforzare e trarre vigore dall'altro in un rapporto di vicendevole completamento (*ex plurimis* Cass. 12/04/2018, n. 9059; Cass. 16/07/2018, n. 18822).

Non si è attenuta a tali principi la CTR, giacché la motivazione non rende conto del complesso procedimento di valutazione degli elementi indiziari offerti dall'Ufficio, in particolare modo con riferimento alle dichiarazioni dell'ing. V., membro del C.D.A. della contribuente, rese nel PVC (per autosufficienza individuato dalla ricorrente, tra le produzioni nel merito, come allegato al ricorso introduttivo) e localizzate puntualmente, oltre che riassunte, anche nel ricorso per cassazione.

Tali dichiarazioni - relative alla correlazione tra la dirigenza italiana e la società cinese, in ordine alle direttive attinenti l'amministrazione e la produzione - dovevano pertanto essere valutate in correlazione al più ampio quadro indiziario, risultante dal medesimo PVC e richiamato nel ricorso (ad esempio con riferimento alla costante presenza in Italia dei membri del C.D.A. della contribuente, dei quali solo il V. si recava in Cina con una certa regolarità; all'assenza di compensi corrisposti dalla società cinese ai suoi amministratori italiani, le cui rare trasferte in Cina erano rimborsate dalla stessa società italiana controllante; alla correlazione tra i fatturati delle due società). Né comunque, come avvenuto nella motivazione della sentenza di primo grado (riprodotta *in parte qua* nel ricorso e richiamata con clausola di mero stile dalla sentenza d'appello), le stesse dichiarazioni potevano essere aprioristicamente private di rilevanza indiziaria, ai sensi dell'art. 2729 c.c., e ritenute "dubbe", "essendo il teste sprovvisto di conoscenze in materia fiscale e tributaria", dovendo il giudice del merito valutare la gravità, la precisione e la concordanza di dati fattuali dichiarati dal terzo (e non certo l'autorevolezza di un suo parere tecnico o giuridico).

Infine, deve rilevarsi che la corretta interpretazione dei canoni normativi di individuazione della residenza della contribuente, da condurre ai sensi dei principi esposti nei punti 5-5.3 che precedono, rende comunque necessario, nel caso di specie, reiterare nel merito il conseguente accertamento in fatto, da condurre in base ai criteri descritti.

Pertanto, in conformità ad altri precedenti tra le stesse parti per diverse annualità (Cass. 21/03/2022, nn. 11709 ed 11710), la sentenza impugnata va quindi cassata, con rinvio al giudice a quo.

#### P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Commissione tributaria regionale della Toscana, in diversa composizione, cui domanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

## Commento

di Maria Lucia Di Tanna (\*) e Davide Greco (\*\*)

Non vi è necessaria coincidenza tra accertamento della residenza in Italia di una società ai sensi dell'art. 73, comma 3, del T.U.I.R. ed accertamento della c.d. esterovestizione, trattandosi di

concetti che possono, ma non debbono inevitabilmente presentarsi contemporaneamente in ogni fattispecie transnazionale. Con la conseguenza, quindi, che la verifica della residenza in

(\*) Dottore commercialista in Milano. Studio Cocchi & Associati.

(\*\*) Avvocato in Milano. Studio Cocchi & Associati.

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.

Questa, in sintesi, la conclusione raggiunta della Corte di cassazione nelle ordinanze n. 23150 e n. 23225 del 25 luglio 2022 ove la Suprema Corte era stata chiamata a pronunciarsi in ordine all'asserita esterovestizione di una società di diritto cinese la quale, a giudizio dell'Amministrazione finanziaria, si sarebbe dovuta considerare fiscalmente residente in Italia in virtù di due ordini di motivi giudicati prevalenti.

Innanzitutto, poiché nel Consiglio di amministrazione della società cinese sedevano amministratori residenti in Italia, i quali erano anche amministratori della casa madre italiana e, come tali, presenti in pianta stabile nel territorio nazionale.

In secondo luogo, poiché il *general manager* cinese, dalla verifica fiscale svolta, venne accertato essere depauperato di qualunque potere decisionale operando, di fatto, come un responsabile di stabilimento subordinato all'effettivo organo di direzione stabilito in Italia.

Sulla base di tali elementi l'Amministrazione finanziaria aveva, quindi, concluso che la società cinese dovesse considerarsi fiscalmente residente in Italia poiché il potere decisionale era, nella sostanza, demandato agli amministratori residenti in Italia, che dall'Italia lo esercitavano, impartendo le direttive per la gestione amministrativa ed operativa, anche in ordine alla risoluzione degli ordinari problemi commerciali.

Le ordinanze n. 23150 e n. 23225/2022 in commento, le quali seguono quelle pubblicate nel mese di aprile di quest'anno e relative alle medesime parti, ma a diversi periodi d'imposta (1), si lasciano apprezzare almeno sotto due differenti profili.

Il primo profilo è indiscutibilmente quello relativo al rapporto tra il concetto di residenza fiscale delle società di cui all'art. 73, comma 3, del T.U.I.R. e quello di c.d. esterovestizione culminato nell'enunciazione del seguente principio di diritto: “[i]n materia di imposte sui redditi delle società, l'art. 73, comma 3, D.P.R.

n. 917 del 1986 individua i criteri di collegamento (la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale), paritetici ed alternativi, delle società e degli enti con il territorio dello Stato, la cui ricorrenza, per la maggior parte del periodo d'imposta, determina la residenza in Italia e l'assoggettamento alla potestà impositiva del Fisco italiano, a prescindere dall'accertamento di un'eventuale finalità elusiva della contribuente, che sia volta a perseguire uno specifico vantaggio fiscale che altrimenti non le spetterebbe” (2).

La Suprema Corte, infatti, partendo dall'individuazione dei criteri, paritetici ed alternativi della sede legale, della sede dell'amministrazione e dell'oggetto principale (c.d. criteri di collegamento territoriale), previsti dall'art. 73, comma 3, del T.U.I.R. per attrarre la residenza fiscale delle società in Italia, ha:

- chiarito che tali criteri, “non sono finalizzati unicamente ad individuare fenomeni, di natura elusiva, solitamente definiti di “esterovestizione”” (ovvero fenomeni di 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), ma trattasi, invece, di criteri che 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”;

- concluso che non vi è necessaria coincidenza tra accertamento della residenza fiscale ed accertamento della c.d. esterovestizione, trattandosi di concetti che possono, ma non debbono inevitabilmente presentarsi contemporaneamente in ogni fattispecie transnazionale poiché la contestazione di esterovestizione, a differenza di una contestazione di residenza fiscale, presuppone sempre la verifica della natura elusiva dell'operazione caratterizzata, in generale, “dall'artificiosa ed apparente distra-

(1) Ci riferiamo a Cass. civ., ord. n. 11709 e n. 11710 dell'11 aprile 2022.

(2) Sulla natura della c.d. esterovestizione si veda, P. Arginelli - M. Tenore, “La Cassazione sembra accorgersi che l'esterovestizione non è fenomeno abusivo”, in Eutekne info del 7

aprile 2021 e S. Morri - F. Nicolosi, “Esterovestizione societaria: dalla nozione di abuso del diritto a quella di costruzione artificiosa”, in *Rivista telematica di diritto tributario* del 5 luglio 2022.

zione del soggetto passivo dal territorio nazionale” (3) (4).

Il secondo profilo, invece, ha ad oggetto l'indagine del concetto di sede dell'amministrazione fatto coincidere dalla Suprema Corte, in contrapposizione alla “sede legale”, con il concetto di “sede effettiva” ovvero, utilizzando la terminologia presa in prestito dal diritto pattizio, con il concetto di sede di direzione effettiva (*place of effective management*).

In questa sede, quello che più ci importa sottolineare è come la Suprema Corte, ripercorrendo le osservazioni fatte dall'Italia all'art. 4 del Commentario OCSE (in tutte le sue versioni dal 2003 al 2014) abbia “abbracciato” la teoria secondo cui ai fini dell'individuazione della sede dell'amministrazione di una società si debba avere riguardo anche al luogo ove l'attività principale e sostanziale dell'ente viene svolta. In sostanza, dunque, al fine di individuare la sede di direzione effettiva (*rectius*, la sede dell'amministrazione) di una società non basta fare riferimento al luogo di svolgimento della “prevalente attività direttiva e amministrativa”, ma occorre

considerare anche il “luogo ove è esercitata l'attività principale” (5).

In tale prospettiva è stato chiarito che “il luogo di svolgimento dell'oggetto principale della società non integra tanto un criterio a sé stante e contrapposto a quello del *place of effective management*, ma contribuisce ad identificare quest'ultimo, come sede di direzione effettiva”.

Tirando quindi le fila, la Suprema Corte ha:

- 1) concluso che la verifica della sede dell'amministrazione proprio perché finalizzata all'accertamento di un dato “effettivo”, non può non tenere conto anche di quei rilevanti fattori sostanziali che, a fronte di dati formali relativi alla collocazione geografica del luogo dove si svolga l'attività amministrativa e di direzione, depongano invece per l'effettiva riconduzione di quest'ultima ad un diverso contesto territoriale;
- 2) rigettato la teoria secondo cui la sede dell'amministrazione di una società possa coincidere con il luogo dove “in via continuativa ed in concreto” viene gestita l'ordinaria amministrazione, quest'ultima declinata in concreto in termini meramente operativi (contrattazioni, direttive al personale e cura del processo produttivo).

(3) Sempre sulla natura della c.d. esterovestizione si veda, anche, D. Avolio, “Sulla residenza delle società incerta la posizione della Cassazione per i rapporti con l'abuso del diritto”, in *il fisco*, n. 20/2022, pag. 1949 e R. Cordeiro Guerra - C. Bonazza, “Esterovestizione di una *holding*: occorre dimostrare il vantaggio fiscale”, in *Corr. Trib.*, n. 5/2022, pag. 468.

(4) M. Bargagli - C. Cesarano, “La Corte di cassazione amplia la nozione di esterovestizione”, in *Fiscalità & Commercio*

*internazionale*, n. 4/2022.

(5) Sul punto si segnala, infatti, che la “strada classica” in merito al tema della residenza fiscale delle società è quella che attribuisce rilevanza decisiva al luogo ove vengo “prese” le decisioni riguardanti la direzione e la gestione dell'attività di impresa. Si vedano, a titolo esemplificativo, Cass. n. 6476 del 9 marzo 2021; Cass. n. 16697 del 21 giugno 2019; Cass. n. 33234 del 21 dicembre 2018; Cass. n. 2869 del 7 febbraio 2013.