



APPROFONDIMENTO

Il criterio dell'oggetto principale ai fini dell'identificazione della residenza fiscale delle società

di Piergiorgio Valente^(*)

L'individuazione della residenza delle persone giuridiche ai fini tributari, oltre che con riferimento alla localizzazione della sede legale e della sede di direzione effettiva, può "giocarsi" anche in relazione alla localizzazione dell'oggetto principale, in assenza di convenzioni contro le doppie imposizioni in vigore.

In tal caso, la norma impone di verificare l'oggetto principale, tenendo in considerazione l'attività "essenziale" svolta dall'impresa ai fini del raggiungimento dei suoi scopi sociali. Questa non può tuttavia identificarsi - *tout court* - nel luogo ove viene realizzato il volume di affari, essendo necessario un *quid pluris* identificabile nello svolgimento della complessiva attività imprenditoriale.

1. Premessa

In base all'art. 73, comma 3, del Tuir, ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che, per la maggior parte del periodo d'imposta, hanno nel territorio dello Stato, in alternativa:

^(*) L'articolo, redatto con la collaborazione di Claudio Melillo, è parte della più ampia opera "Esterovestizione e residenza", di P. Valente, attualmente in fase di pubblicazione da parte di IPSOA nella II edizione. Segue gli articoli *I controlli dell'Amministrazione finanziaria in materia di residenza fiscale ed esteroestizione*, pubblicato sul n. 26/2010 di questa Rivista, a pag. 4126 e *Modalità di esecuzione dell'attività ispettiva in ipotesi di esteroestizione*, pubblicato sul n. 27/2010 di questa Rivista, a pag. 4300.

- la **sede legale**;
- la **sede dell'amministrazione**;
- l'**oggetto principale**.

Posto che il criterio (formale) della sede legale non assume particolare rilevanza ai fini dell'individuazione dell'effettiva residenza fiscale di una società o ente, va precisato che ai restanti due criteri (sostanziali) il legislatore italiano ha attribuito **equivalenza e alternatività**, senza prevedere alcuna prevalenza dell'uno rispetto all'altro.

Tale scelta, se, da un lato, consente all'Amministrazione finanziaria di individuare, in sede ispettiva, il criterio più idoneo sulla base dei dati "sostanziali" emergenti dall'osservazione concreta della realtà economica presa in esame, dall'altro, può essere fonte, in alcuni casi, di fuorvianti conclusioni.

2. Il criterio dell'oggetto principale

Il criterio in esame, sancito dall'art. 73, comma 3, del Tuir, risulta definito dalla stessa norma, che ai successivi commi 4 e 5 statuisce che:

"4. (l)oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.

5. In mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attività

effettivamente esercitata nel territorio dello Stato; tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti”.

Le disposizioni fiscali sopra richiamate, pur recando una prima previsione di carattere **formale** (comma 4), sono completate da una seconda norma di carattere **sostanziale** (comma 5) e ciò permette al **criterio dell’oggetto principale** di mantenere la sua natura di criterio avente rilevanza, appunto, “sostanziale”.

Ne deriva che il requisito dell’oggetto principale va individuato non tanto nell’attività statutariamente prevista, quanto, piuttosto, nell’attività d’impresa **effettivamente esercitata** dall’ente giuridico oggetto d’indagine (art. 73, comma 5, del Tuir)¹.

L’oggetto principale dell’attività, sia dal punto di vista civilistico che fiscale, coincide, dunque, con la concreta attività svolta per il raggiungimento dello scopo sociale. D’altra parte, dalla lettura dell’art. 73, comma 4, secondo periodo, del Tuir si evince che per **oggetto principale** deve intendersi “l’attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall’atto costitutivo o dallo statuto”.

Tale norma impone di verificare l’oggetto prin-

cipale tenendo in considerazione l’attività **“essenziale”** svolta dall’impresa ai fini del raggiungimento dei suoi scopi sociali². Non vi è alcun dubbio, infatti, che la norma citata fa riferimento a tutte quelle attività “essenziali”, senza le quali gli scopi sociali per cui l’impresa è stata costituita non potrebbero essere realizzati³.

La circ. n. 1/2008 del 29 dicembre 2008⁴ della Guardia di finanza, con riferimento alla norma del Tuir che definisce l’oggetto principale, precisa che si tratta di una “definizione estremamente ampia, per circoscrivere la quale si ritiene in genere necessario prendere in considerazione lo svolgimento dell’attività per il cui esercizio la società è stata costituita, nonché gli atti produttivi e negoziali ed i rapporti economici che la stessa pone in essere con terzi”⁵.

Alla luce di quanto esposto, ai fini dell’individuazione dell’oggetto principale dell’attività dovrà farsi riferimento a **dati concreti**, materialmente riscontrabili, quali, ad esempio:

- la **localizzazione degli investimenti**;
- la **sede degli impianti** produttivi e/o di stoccaggio;
- la **sede degli uffici** ove si svolgono le funzioni amministrativo-contabili, eccetera.

Tavola 1 - Il criterio dell’oggetto principale

Il criterio dell’oggetto principale va individuato non tanto nell’attività statutariamente prevista, quanto invece nell’attività d’impresa effettivamente esercitata dall’ente giuridico oggetto d’indagine. L’art. 73, comma 4, secondo periodo, del Tuir impone sostanzialmente di verificare l’oggetto principale tenendo bene in considerazione quale sia l’attività “essenziale” svolta dall’impresa ai fini del raggiungimento dei suoi scopi sociali.

3. Profili di criticità nella scelta dell’oggetto principale in assenza di convenzione contro le doppie imposizioni

Nel corso di una verifica finalizzata all’indi-

¹ Cfr., sul punto, quanto chiarito dall’Agenzia delle Entrate nelle circolari 21 febbraio 2003, n. 12/E e 4 agosto 2006, n. 28/E, rispettivamente in “*il fisco*” n. 8/2003, fascicolo n. 2, pag. 1168 e n. 32/2006, fascicolo n. 2, pag. 4931.

² Pertanto, se il fine dell’attività imprenditoriale è quello, ad esempio, di commercializzare beni in un Paese estero, non si può ritenere corretta l’interpretazione secondo la quale l’attività “essenziale” è solo quella della vendita nel Paese estero poiché, in tale ipotesi, si giungerebbe a sostenere che tutte le società che commercializzano i loro prodotti in un unico Stato e, dunque, in un determinato

duazione della residenza fiscale di una società, può accadere che i verificatori si trovino nella situazione di seguito descritta:

mercato di riferimento, dovrebbero avere la residenza fiscale in quello Stato. Trattasi di soluzione paradossale che sembrerebbe contrastare con la *ratio* della norma in parola

³ Tra le attività “essenziali” vanno senza dubbio incluse anche le attività strumentali alla vendita, fra le quali, ad esempio, l’attività di trasformazione, stoccaggio, gestione logistica e amministrativa, eccetera.

⁴ In banca dati “*fiscoonline*”.

⁵ A tal proposito, si riporta anche l’orientamento espresso dalla Corte di Cassazione la quale, con la sent. n. 3910 del 9 giugno 1988, ha affermato che “l’oggetto principale dell’attività corrisponde all’attività esercitata in concreto ed in via primaria dalla società”.

Caso di Studio A:

- Una società Alfa fiscalmente residente in uno Stato estero, nel quale è interamente localizzata la sua struttura amministrativa e organizzativa, svolge attività commerciale prevalentemente rivolta al mercato italiano.
- I verificatori effettuano riscontri mediante le banche dati in uso all'Amministrazione finanziaria e rilevano che il volume di affari della società estera risulta prevalentemente realizzato in territorio italiano.
- In assenza di qualsiasi struttura riconducibile alla predetta società in Italia, i verificatori rilevano che il fatturato (prevalentemente italiano) della società estera è l'unico elemento di collegamento tra quest'ultima ed il territorio dello Stato.
- I verificatori rilevano l'assenza di una convenzione contro le doppie imposizioni tra l'Italia e lo Stato estero interessato.
- Sulla base di tale assunto (e senza considerare l'organizzazione di mezzi e di uomini di cui la società, effettivamente, dispone in territorio estero) i verificatori sostengono che la società estera sia da considerare fiscalmente residente in Italia.

Il caso sopra ipotizzato offre lo spunto per svolgere alcune considerazioni in merito all'**oggetto principale** e alle modalità di individuazione dello stesso in assenza di convenzione contro le doppie imposizioni tra lo Stato in cui ha sede la società estera e l'Italia.

In primo luogo, si ritiene che, nella fattispecie considerata, i verificatori non possano limitarsi all'acquisizione di **elementi formali** tratti dalle banche dati o da altre fonti simili, ma debbano eseguire tutti i riscontri sostanziali necessari alla localizzazione dell'eventuale struttura organizzativa e produttiva della società sottoposta a verifica, al fine di raccogliere tutti gli elementi utili a fornire la prova (che, al di fuori dei casi di cui all'art. 73, comma 5-*bis*, del Tuir, incombe all'Amministrazione finanziaria) dell'effettiva residenza fiscale in Italia.

In altri termini, i dati fiscali relativi al volume di affari, ottenuti attraverso la consultazione delle banche dati in uso all'Amministrazione finanziaria italiana (Anagrafe Tributaria, eccetera) e dalla documentazione fornita dall'Agenzia delle Dogane (Modello T/2) o da altri Enti interpellati non possono essere, da soli, sufficienti a dimostrare la sussistenza in Italia dell'oggetto principale previsto dall'art. 73, comma 3, del Tuir⁶.

⁶ Sulla base delle risultanze di tale semplice riscontro i verificatori potrebbero ritenere la società fiscalmente residente in Italia e, pertanto, contestare le seguenti violazioni agli obblighi dichiarativi:

- omessa presentazione della dichiarazione dei redditi ex art. 1 del D.P.R. n. 600/1973;
- presentazione della dichiarazione dei redditi infedele ex art. 1 del D.P.R. n. 600/1973;
- omessa presentazione della dichiarazione annuale ai fini Irap ex art. 19 del D.Lgs. n. 446/1997;

Con riferimento al **luogo** (Italia o altro Stato estero) in cui viene realizzato l'oggetto sociale, dunque, non può rilevare soltanto quello nel quale viene realizzata la maggior parte del fatturato della società estera, senza tener conto della circostanza secondo cui occorre una presenza *in loco* per la **gestione effettiva dell'attività** dell'ente.

Per quanto sopra descritto, ben si comprende come l'assenza di un **ordine di priorità** nell'applicazione dei tre criteri previsti dall'art. 73, comma 3, del Tuir (sede legale, sede dell'amministrazione e oggetto principale) possa, talvolta, comportare una rilevante distorsione nella ricostruzione di determinate situazioni, soprattutto nei casi in cui sussiste una **concreta struttura organizzativa di uomini e mezzi** che rende il criterio della sede dell'amministrazione maggiormente significativo rispetto ad altri.

Al fine di sgombrare il campo da eventuali dubbi, occorre precisare che se una società, pur avendo un'articolata struttura all'estero, svolge attività commerciale prevalentemente in territorio italiano, non si può automaticamente ritenere esistente in Italia l'oggetto principale della sua attività.

In siffatto contesto, infatti, non è sufficiente limitarsi a prendere in considerazione elementi quali:

- la notevole entità delle vendite effettuate sul territorio italiano e
- l'esclusività della distribuzione e cessione nel territorio italiano,

rimettendo alla valutazione dell'Ufficio competente dell'Agenzia delle Entrate il riconoscimento di eventuali componenti negativi di reddito inerenti l'attività esercitata e connessi con i ricavi conseguiti dalla società sottoposta a verifica.

ma occorre mirare alla ricerca di tutti gli elementi probatori di tipo sostanziale che riguardano l'intera struttura organizzativa aziendale.

Con riferimento al “Caso di Studio A”, non è possibile, dunque, ammettere in senso assoluto che la prova della residenza fiscale possa essere ricondotta esclusivamente ad un elemento, quale il **volume di affari**, che, per svariate ragioni (*i.e.*, geografiche, strategiche, eccetera) – e non necessariamente per fini elusivi o evasivi – può essere realizzato prevalentemente nel mercato di un medesimo Stato (*i.e.* Italia).

D'altra parte, l'identificazione dell'oggetto principale con il fatturato prodotto dalla società sul territorio dello Stato italiano risulterebbe estremamente critica qualora – attraverso la mera assimilazione dell'oggetto principale al “fatturato” e al “mercato di riferimento” ai fini della determinazione della residenza fiscale dei soggetti passivi Ires – conducesse alla paradossale situazione in cui una società:

- che ha la sede legale nello Stato estero;
- che ha la sede dell'amministrazione e la sede di direzione effettiva nello Stato estero;
- che ha la propria struttura organizzativa e logistica nello Stato estero;
- i cui amministratori sono soggetti fiscalmente residenti nello Stato estero;
- che ha come oggetto sociale lo svolgimento di un'attività commerciale;
- che riceve i prodotti presso i propri stabilimenti, li disimballa, provvede al relativo stoccaggio, li reimballa a seconda degli ordini dei clienti, li consegna al vettore per la consegna ai clienti e organizza tutte le restanti attività d'impresa (a partire dal *marketing*),

sia suscettibile di essere considerata fiscalmente residente in Italia soltanto perché questa rappresenta il **principale mercato di riferimento** ovvero il Paese in cui è **realizzata la maggior parte del fatturato**, benché la società non disponga in Italia di alcuna organizzazione di uomini e mezzi, non vi svolga alcuna tangibile attività e non vi abbia proprio personale dipendente.

La scelta di ricondurre l'oggetto principale al fatturato non è ammissibile anche perché, valorizzando unicamente le operazioni di vendita ai fini dell'individuazione dell'oggetto principale stesso, si finisce col trascurare che tali operazioni rappresentano, invece, soltanto la fase conclusiva di un processo ben più articolato (c.d. catena del valore), costituito da una serie di funzioni tutte ugualmente indispensabili per il con-

seguimento dell'oggetto sociale.

Come, peraltro, riconosciuto da tempo in giurisprudenza, l'**attività di impresa** non può essere identificata con i singoli affari essendo, al contrario, “un **complesso di atti** diretti ad un fine” che richiede un *quid pluris* rispetto alla svolgimento di una serie di operazioni commerciali (Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439).

In definitiva, va evidenziato che il criterio dell'oggetto principale, utilizzato come elemento rilevante ai fini dell'individuazione della residenza fiscale di una società che ha come mercato di riferimento unico o prevalente l'Italia, non risulta necessariamente idoneo a rappresentare efficacemente la situazione reale.

In altri termini, non si può sostenere che il fatturato conseguito in Italia da una società estera, anche se di ammontare quasi corrispondente al suo volume di affari, sia idoneo – di per se stesso – a radicare in Italia l'oggetto principale della medesima società e quindi l'attività commerciale nella sua completezza.

Nel caso considerato, pertanto, non rileva tanto la verifica della natura (commerciale o non commerciale) dell'oggetto principale, quanto la sua localizzazione nel territorio dello Stato italiano.

Pertanto, il “luogo” in cui è localizzato l'oggetto principale non può essere individuato nei “luoghi” di **svolgimento dei singoli affari**, ma in una sede che si qualifichi come “**centro della attività**”, da intendere come “**sede centrale di direzione, di controllo e di impulso della molteplice e complessa attività economica**”.

Ne consegue che l'oggetto principale sarà riscontrabile in Italia (anche ai fini dell'accertamento della residenza fiscale della società) soltanto nella misura in cui nel territorio dello Stato sia ravvisabile quel “*quid pluris*” summenzionato, ossia quella complessiva attività imprenditoriale che, nell'esempio innanzi citato (Caso di Studio A), va dalla ricezione dell'ordine del cliente, dalla ricezione e stoccaggio dei prodotti, dall'approntamento/preparazione degli stessi fino alla consegna al vettore del singolo prodotto assemblato secondo le richieste del cliente. Diversamente, atti di cessione di beni, ancorché effettuati con continuità nel territorio italiano, creano al più una **mera connessione spaziale priva di significato**, neppure idonea a configurare una stabile organizzazione.

D'altro canto, l'eventuale tesi ipotizzata nel Caso di Studio A, basata sull'**assimilazione dell'oggetto principale al fatturato della società**, apparirebbe in contrasto anche con le

esigenze di certezza nei rapporti fisco-contribuente, dal momento che farebbe dipendere l'acquisto e la perdita della residenza fiscale della società unicamente dal luogo in cui viene realizzata la maggior parte dei ricavi, ossia da un elemento suscettibile di variare da esercizio ad esercizio.

Per completezza di trattazione, si ritiene utile osservare che, in presenza di elementi sostanziali che valgano a dimostrare l'esistenza di un'**organizzazione societaria concreta e articolata** (caratterizzata da una propria struttura organizzativa), sarebbe auspicabile, al fine di individuare la residenza fiscale, prendere in considerazione *in primis* tali elementi e, solo in casi estremi (*i.e.*, inesistenza di altri elementi), ricorrere ad altri indizi.

Tale interpretazione si rinviene anche nella circ. n. 1/2008 della Guardia di finanza, inerente la procedura operativa delle **verifiche fiscali**, la quale, nella parte IV (capitolo 6, paragrafo 2, lettera b), richiama l'attenzione sulla necessità, in sede ispettiva, che i verificatori, ai fini dell'individuazione della residenza fiscale di una società o ente, debbano ritenere "decisivi" entrambi i criteri sostanziali di cui all'art. 73, comma 3, del Tuir (sede dell'amministrazione e oggetto principale dell'attività) "tenendo in debita considerazione i rilevanti mutamenti intervenuti nella dimensione internazionale dell'attività imprenditoriale e delle sue particolari dinamiche legate sempre più all'accentuata globalizzazione dei mercati".

La richiamata circ. n. 1/2008 sembra porre, inoltre, particolare enfasi sul criterio della **sede dell'amministrazione**, ritenendolo implicitamente il criterio maggiormente rilevante sotto il profilo sostanziale e, in tal modo, attribuendo a tale criterio, seppure indirettamente, una certa prevalenza rispetto a quello dell'oggetto principale, in piena coerenza con gli **orientamenti internazionali** (cfr. art. 4 del Modello di convenzione Ocse) che riconoscono la sede di direzione effettiva (e, quindi, la sede dell'amministrazione) quale criterio principale per l'individuazione della residenza fiscale; va aggiunto, infine, che la stessa circolare della Guardia di finanza dedica solo alcune righe (relegate alla fine del citato capitolo IV, paragrafo 2, lettera b), al criterio dell'oggetto principale, definendolo "concetto di più dubbia definizione rispetto a quello di sede dell'amministrazione" e trattandolo, di fatto, come criterio residuale.

Secondo le linee guida operative della Guardia di finanza⁷, al fine di individuare l'oggetto principale dell'attività occorre rivolgere particolare attenzione alla concreta attività svolta per il **raggiungimento dello scopo sociale**⁸ e procedere all'acquisizione di dati e notizie in merito ai seguenti elementi:

- attività effettivamente esercitata dalla società sottoposta a controllo;
- luogo di svolgimento delle attività che hanno consentito la conclusione di atti e negozi;
- identità delle controparti negoziali e loro residenza;
- mercati sui quali sono stati negoziati i titoli di eventuali società partecipate, nonché l'ubicazione di tali società;
- rapporti economici che la società non residente intrattiene con i terzi⁹;
- principale mercato in cui la società non residente opera (*i.e.*, il Paese ove è localizzata la maggior parte dei punti vendita, o in cui viene impiegato il maggior numero di dipendenti, o in cui maggiore è l'ammontare degli investimenti);
- luogo dell'effettiva gestione dei conti correnti e delle disponibilità finanziarie della società;
- altre notizie e informazioni rilevanti.

In definitiva, si rileva che la realizzazione della maggior parte del fatturato in Italia da parte di una società commerciale strutturata in un Paese estero con il quale non è stata stipulata una convenzione contro le doppie imposizioni, potrebbe discendere da **ragioni prettamente geografiche e strategiche** e, pertanto, non può rappresentare un elemento sufficiente, da solo, ad attrarre la residenza fiscale in Italia.

Tenendo conto che, in molteplici casi, il mercato di riferimento di una società commerciale potrebbe essere prevalentemente quello di un unico Stato (*i.e.*, Italia), è utile richiamare una pronuncia della Corte di Giustizia europea la quale, nella sentenza *Centros* C-212/97 del 9 marzo

⁷ Cfr. circ. n. 1/2008 del Comando Generale della Guardia di finanza.

⁸ La citata circ. n. 1/2008 della Guardia di finanza suggerisce di prendere in considerazione "lo svolgimento dell'attività per il cui esercizio la società è stata costituita, nonché gli atti produttivi e negoziali ed i rapporti economici che la stessa pone in essere con terzi".

⁹ Come già chiarito, occorre distinguerli da quelli che rientrano nell'attività di amministrazione, in quanto, altrimenti, i due criteri sostanziali previsti dall'art. 73, comma 3, tenderebbero a sovrapporsi.

1999¹⁰, ha affermato che “il fatto che una società non svolga alcuna attività nello Stato membro in cui essa ha la sede e svolga invece le sue attività unicamente nello Stato membro della sua succursale non è sufficiente a dimostrare l’esistenza di un comportamento abusivo e fraudolento, che consenta a quest’ultimo Stato membro di negare a tale società di fruire delle disposizioni comunitarie relative al diritto di stabilimento”.

In linea di principio, dunque, sulla base dell’assunto cui sono pervenuti i giudici comunitari, una società situata in uno Stato membro può svolgere la sua attività, anche nella sua totalità, in un altro Stato membro in cui ha una succursale e, implicitamente, anche in uno Stato in cui non vi sia alcuna struttura collegata. Tale interpretazione, chiaramente estensiva del quadro normativo delineato, potrebbe assumere una certa rilevanza ai fini dell’attività di verifica e accertamento fiscale, considerando che anche la giurisprudenza italiana ha riconosciuto la rilevanza delle libertà fondamentali comunitarie, statuendo che esse non possono essere limitate dal legislatore, neppure quando un soggetto economico persegua il fine di sfruttare un **vantaggio fiscale** offerto da altri ordinamenti.

Va, altresì, precisato che, in alcuni casi, le società o gli enti, pur volendolo, non avrebbero alcu-

¹⁰ In banca dati “fisconline”. La sentenza *de qua* fa riferimento a Paesi dell’Unione europea; tuttavia si ritiene che il principio generale che ne deriva possa essere esteso anche ad altri ordinamenti.

na possibilità di localizzare in Italia gli strumenti relativi alla propria attività¹¹ senza lasciarne una traccia evidente e riscontrabile materialmente. Ciò vale soprattutto quando le società svolgono un’attività che presuppone l’esistenza di una **struttura organizzativa e gestionale** ben articolata che non può prescindere da una sede fisica e da un’organizzazione di uomini e mezzi idonea (concetto riconducibile a quello di sede di direzione effettiva); pertanto, se è vero che i due criteri sostanziali di determinazione della residenza fiscale (sede dell’amministrazione e oggetto principale dell’attività) sono posti giuridicamente sullo stesso piano (ed hanno anche il medesimo valore probatorio), è vero anche che i verificatori dovrebbero utilizzare sempre il criterio che meglio si addice ad una realtà aziendale strutturata, con la naturale conseguenza che, in tal modo, non potrebbero addivenire alla conclusione di considerare una società residente in uno Stato (*i.e.*, Italia) ove non esiste alcun collegamento strutturale con la medesima.

¹¹ Circostanze che si possono verificare, invece, nel caso di società che svolgono attività di mero godimento di cespiti patrimoniali “cartolari”, quali attività finanziarie, partecipazioni, marchi e brevetti o altri beni immateriali. Tali soggetti, infatti, riescono a ridurre al minimo i collegamenti con il territorio, in quanto non necessitano di alcuna struttura concreta per lo svolgimento della loro attività (tant’è che la loro sede viene di norma domiciliata presso studi professionali o sedi di altre società) e non hanno neppure bisogno di una gestione attiva, limitandosi a sfruttare passivamente le potenzialità reddituali dei beni detenuti.

Tavola 2 - La scelta del criterio di individuazione della residenza fiscale in assenza di convenzione contro le doppie imposizioni

In caso di verifica fiscale nei confronti di una società con articolata struttura all’estero¹² che svolge attività commerciale prevalentemente nei confronti di clienti italiani, potrebbero porsi alcuni dubbi sull’operato dei verificatori che, pur in assenza di un vincolo che imponga l’utilizzo del criterio della sede dell’amministrazione, decidano di individuare in Italia l’oggetto principale dell’attività della società sottoposta a verifica, unicamente sulla base dell’identificazione del medesimo con il volume di affari realizzato dalla società nel mercato italiano. A tal proposito, si può affermare che, in linea di principio, la scelta dell’Amministrazione finanziaria di identificare l’oggetto principale con il fatturato prodotto dalla società sul territorio dello Stato italiano potrebbe risultare fuorviante e da respingere in radice, dal momento che tale impostazione – attraverso la mera assimilazione dell’“oggetto principale” al “fatturato” e al “mercato di riferimento” ai fini della determinazione della residenza fiscale dei soggetti passivi Ires – potrebbe condurre alla paradossale situazione secondo cui una società:

- che ha la sede legale in uno Stato estero;
- che ha la sede dell’amministrazione e la sede di direzione effettiva nello Stato estero;
- che ha la propria struttura organizzativa e logistica nello Stato estero;
- i cui amministratori sono soggetti fiscalmente residenti nello Stato estero;
- che ha, quale oggetto sociale, lo svolgimento di un’attività commerciale;

¹² In un Paese che non ha stipulato una convenzione contro le doppie imposizioni con l’Italia.

– che commercializza i suoi prodotti prevalentemente sul territorio italiano; è suscettibile di essere considerata fiscalmente residente in Italia soltanto perché questo è il principale mercato di riferimento ovvero il luogo in cui è realizzata la maggior parte del fatturato, benché la società non abbia alcuna organizzazione di uomini e mezzi in Italia, non vi svolga alcuna tangibile attività, non vi abbia proprio personale dipendente. Si osserva, inoltre, che l'attività di impresa non può essere identificata con i singoli affari essendo al contrario “un complesso di atti diretti ad un fine”, che richiede un *quid pluris* rispetto allo svolgimento di una serie di operazioni commerciali (Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439). Pertanto, il “luogo” in cui è localizzato l'oggetto principale non può essere individuato nei “luoghi” di svolgimento dei singoli affari, ma in una sede che si qualifichi come “centro della attività”, da intendere come “sede centrale di direzione, di controllo e di impulso della molteplice e complessa attività economica”. Ne consegue che l'oggetto principale di una società commerciale, nella ipotesi sopra delineata, sarà riscontrabile in Italia (anche ai fini dell'accertamento della residenza fiscale della società) soltanto nella misura in cui nel territorio dello Stato sia ravvisabile quel *quid pluris* summenzionato, vale a dire quella complessiva attività imprenditoriale che va dall'emissione dell'ordine fino alla consegna del singolo prodotto al vettore per la successiva consegna al cliente. Diversamente, operazioni di cessione di beni o prestazione di servizi, ancorché effettuate con continuità nel territorio italiano, creano al più una mera connessione spaziale priva di significato, neppure idonea a configurare una stabile organizzazione.

4. La scelta del criterio di individuazione della residenza fiscale in presenza di convenzione contro le doppie imposizioni

L'esempio di verifica fiscale richiamato nelle pa-

gine che precedono (Caso di Studio A), può essere inquadrato in uno scenario diverso rispetto al precedente, che preveda la presenza di una convenzione contro le doppie imposizioni, come di seguito descritto:

Caso di Studio B:

- Una società Alfa fiscalmente residente in uno Stato estero, nel quale è interamente localizzata la sua struttura amministrativa e organizzativa, svolge attività commerciale prevalentemente rivolta al mercato italiano.
- I verificatori effettuano dei riscontri mediante le banche dati in uso all'Amministrazione finanziaria e rilevano che il volume di affari della società estera risulta prevalentemente realizzato in territorio italiano.
- In assenza di qualsiasi struttura riconducibile alla predetta società in Italia, i verificatori rilevano che il fatturato (prevalentemente italiano) della società estera è l'unico elemento di collegamento tra quest'ultima ed il territorio dello Stato.
- I verificatori rilevano la presenza di una convenzione contro le doppie imposizioni tra l'Italia e lo Stato estero interessato.
- Sulla base dell'accordo convenzionale i verificatori sono obbligati a determinare la residenza fiscale della società oggetto di verifica in base al criterio risolutivo (c.d. *tie-breaker rule*) della “sede di direzione effettiva”.

La differenza rispetto all'esempio esaminato in precedenza consiste nel fatto che la società da sottoporre a verifica ha fissato la propria residenza fiscale in un Paese con il quale l'Italia ha stipulato una convenzione contro le doppie imposizioni.

Pertanto, mentre nel primo caso ipotizzato (Caso di Studio A) i verificatori avrebbero la possibilità di scegliere, sulla base degli elementi in loro possesso, se applicare il **criterio della sede dell'amministrazione** ovvero quello dell'oggetto principale dell'attività previsti dall'art. 73, comma 3, del Tuir, in questo secondo caso (Caso

di Studio B) essi dovranno necessariamente attenersi al criterio risolutivo previsto dall'**accordo convenzionale**.

In base a tale criterio (c.d. *tie-breaker rule*) previsto dall'art. 4 (“Residenza”) paragrafo 3 del Modello di convenzione Ocse, quando un soggetto diverso da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti (c.d. *dual residence*), esso è considerato residente dello Stato contraente in cui si trova la sua “sede di direzione effettiva”, la quale è riconducibile al luogo ove l'attività viene esercitata effettivamente, e non al

luogo ove ha sede la società o l'impresa¹³.

Va osservato, inoltre, come rilevato anche dall'Assonime¹⁴, che, secondo le osservazioni formulate dall'Italia al Commentario Ocse all'art. 4, “anche il luogo dove l'attività principale e sostanziale dell'ente è esercitata deve essere preso in considera-

¹³ Sul piano civilistico si rileva quanto segue:

- “sede delle persone giuridiche” (art. 46 del codice civile): per la residenza o il domicilio delle persone giuridiche si fa riferimento al luogo dove è stabilita la loro sede. Secondo la Cass. n. 3604 del 16 giugno 1984, la “sede effettiva” è ravvisabile nel “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 della propulsione dell'attività dell'ente”;
- “sedi secondarie” (art. 2197 del codice civile): l'istituzione nel territorio dello Stato di una sede secondaria con una rappresentanza stabile comporta l'iscrizione all'ufficio del registro delle imprese del luogo ove è la sede principale dell'impresa; l'obbligo riguarda gli imprenditori con sede principale situata sia in Italia che all'estero;
- “società estere con sede secondaria nel territorio dello Stato” (art. 2508 del codice civile): le società costituite all'estero, le quali stabiliscono nel territorio dello Stato una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile, sono soggette, per ciascuna sede, alle disposizioni della legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali.

¹⁴ Cfr. circ. 31 ottobre 2007, n. 67, in cui viene chiarito che “(a) i fini della localizzazione dell'oggetto principale, è opinione unanimemente condivisa che si debba tener in considerazione non tanto l'attività statutaria, quanto l'attività effettivamente esercitata dalla società o ente (così l'art. 73, comma 5, del TUIR; le circolari dell'Agenzia delle Entrate 21 febbraio 2003, n. 12/E e 4 agosto 2006, n. 28/E). Nello stabilire, poi, se l'oggetto principale della attività – intesa, dunque, come attività di fatto esercitata – si trovi in Italia o all'estero, occorre tener conto del luogo in cui l'attività stessa viene svolta”.

zione ai fini della determinazione della sede di direzione effettiva di una persona diversa da una persona fisica” (traduzione non ufficiale).

Secondo l'ordinamento italiano, pertanto, nell'indagine concernente l'individuazione della residenza fiscale di una società o ente, occorre aver riguardo ad **elementi di carattere sostanziale**, prevalenti rispetto a quelli di natura formale. In altri termini, la **sede di direzione effettiva** deve essere individuata, richiamando quanto affermato dalla circ. n. 28/E del 2006 (paragrafo 8), come “il luogo ove è esercitata l'attività principale”.

Alla luce di ciò, appare ovvio che, la presenza nel territorio estero del luogo ove viene effettivamente esercitata l'attività d'impresa della società mediante una reale e completa **organizzazione di uomini e mezzi**, non può che indurre a considerare l'ente come effettivamente residente in quello Stato.

Va, da ultimo, ricordato che, in presenza di convenzione contro le doppie imposizioni, le Autorità fiscali dei due Paesi coinvolti nel processo di risoluzione di fenomeni di *dual residence* possono avvalersi dello “**scambio di informazioni**” previsto dall'art. 26 del Modello OCSE il quale prevede che “(l) e autorità competenti degli Stati contraenti si scambieranno le informazioni prevedibilmente rilevanti per applicare le disposizioni della presente Convenzione o quelle delle leggi interne relative alle imposte di qualsiasi genere o denominazione prelevate per conto di uno Stato contraente, delle sue suddivisioni politiche o dei suoi enti locali nella misura in cui la tassazione che tali leggi prevedono non è contraria alla Convenzione ...”.

Tavola 3 - La scelta del criterio di individuazione della residenza fiscale in presenza di convenzione contro le doppie imposizioni

In caso di verifica fiscale finalizzata all'individuazione della residenza fiscale di una società commerciale estera¹⁵ che ha come mercato di riferimento l'Italia, l'Amministrazione finanziaria dovrà attenersi a quanto stabilito nell'accordo stipulato con l'altro Stato e, in particolare, al criterio risolutivo (c.d. *tie-breaker rule*) contenuto nell'art. 4, paragrafo 3, del Modello Ocse, il quale prevede che, nell'ipotesi in cui venga attribuita la residenza fiscale ad una medesima società in due Paesi diversi (*dual residence*), occorre far riferimento al Paese in cui è localizzata la “sede di direzione effettiva”. La sede dell'effettiva direzione corrisponde al luogo ove l'attività viene esercitata effettivamente, diversamente dal luogo ove ha sede la società o l'impresa. Come ricordato da Assonime¹⁶, nelle “Osser-

¹⁵ Localizzata in un Paese con cui l'Italia ha stipulato una convenzione contro le doppie imposizioni.

¹⁶ Cfr. circ. 31 ottobre 2007, n. 67, in cui viene chiarito che “(a) i fini della localizzazione dell'oggetto principale, è opinione unanimemente condivisa che si debba tener in considerazione non tanto l'attività statutaria, quanto l'attività effettivamente esercitata dalla società o ente (così l'art. 73, comma 5, del TUIR; le circolari dell'Agenzia delle Entrate 21 febbraio 2003, n. 12/E e 4 agosto 2006, n. 28/E). Nello stabilire, poi, se l'oggetto principale dell'attività – intesa, dunque, come attività di fatto esercitata – si trovi in Italia o all'estero, occorre tener conto del luogo in cui l'attività stessa viene svolta”.

vazioni sul Commentario Ocse” all’art. 4, l’Italia ha precisato che anche il luogo dove l’attività principale e sostanziale dell’ente è esercitata deve essere preso in considerazione ai fini della determinazione della sede di direzione effettiva di una società o ente. In altri termini, in presenza di convenzione, nell’indagine concernente l’individuazione della residenza fiscale di una società o ente, occorre aver riguardo ad elementi di carattere sostanziale, prevalenti rispetto a quelli di natura formale. La sede di direzione effettiva deve essere, pertanto, individuata, richiamando la circ. n. 28/E del 2006 (paragrafo 8), nel “luogo ove è esercitata l’attività principale”.

Va, da ultimo, ricordato che, in presenza di convenzione contro le doppie imposizioni, le Autorità fiscali dei due Paesi coinvolti nel processo di risoluzione di fenomeni di *dual residence* possono avvalersi dello “scambio di informazioni” previsto dall’art. 26 del Modello Ocse il quale, al paragrafo 1, prevede che “(l)e autorità competenti degli Stati contraenti si scambieranno le informazioni prevedibilmente rilevanti per applicare le disposizioni della presente Convenzione o quelle delle leggi interne relative alle imposte di qualsiasi genere o denominazione prelevate per conto di uno Stato contraente, delle sue suddivisioni politiche o dei suoi enti locali nella misura in cui la tassazione che tali leggi prevedono non è contraria alla Convenzione (...)”.

5. Conclusioni

L’oggetto principale è uno dei tre criteri previsti dall’art. 73, comma 3, del Tuir per la determinazione della residenza fiscale di società ed enti. In particolare esso rappresenta un criterio sostanziale che si pone sullo stesso piano del criterio della sede dell’amministrazione.

Le disposizioni descrittive del particolare criterio si rinvencono nei commi 4 e 5 dell’art. 73 del Tuir i quali, oltre a richiamare un principio formale (comma 4) riportano anche un principio sostanziale (comma 5).

Nelle pagine che precedono si è avuto modo di evidenziare come la mancanza di un ordine di priorità nell’applicazione dei **criteri sostanziali** previsti dall’art. 73, comma 3, del Tuir (sede dell’amministrazione e oggetto principale) possa comportare, talvolta, un rischio di distorsione applicativa delle norme, quale, ad esempio, quello descritto nell’esempio richiamato nel “Caso di Studio A”, in cui l’organo ispettivo, in assenza di una convenzione contro le doppie imposizioni, riconduce erroneamente l’oggetto principale dell’attività societaria al fatturato prodotto in territorio italiano dalla società stessa, senza valutare ulteriori elementi sostanziali rilevanti nel caso di specie.

È chiaro, dunque, che, in assenza di un accordo convenzionale tra l’Italia e il Paese in cui la società ha fissato la propria residenza fiscale, quest’ultima, secondo il chiaro orientamento espresso dall’Amministrazione finanziaria italia-

na, va individuata nel “**luogo ove è esercitata l’attività principale**”, vale a dire nel territorio dello Stato (inteso in senso spaziale) nel quale la società conduce, mediante idonea organizzazione d’impresa, l’attività economica.

Si è, altresì, osservato come, nel caso in cui, *a contrariis*, tra i due Paesi interessati da fenomeni di *dual residence* risulti sussistente un accordo convenzionale, **l’individuazione della residenza fiscale** della società, dovrà necessariamente passare attraverso l’applicazione dell’art. 4, paragrafo 3, della convenzione secondo cui “(q)uando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti, essa è considerata residente soltanto dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva” (cfr. Caso di Studio B)¹⁷.

Da ultimo, occorre considerare che, laddove fosse in vigore una convenzione, la soluzione di eventuali conflitti di residenza (*dual residence*), sarebbe agevolata anche dalla possibilità di avvalersi di particolari strumenti di cooperazione internazionale come lo “**scambio di informazioni**” previsto dall’art. 26 del Modello Ocse.

¹⁷ A tal proposito, si rammenta che in sede di osservazioni al “Commentario OCSE” all’art. 4, l’Italia ha precisato che, per determinare la sede di direzione effettiva delle persone giuridiche, deve essere preso in considerazione “anche il luogo dove l’attività principale e sostanziale dell’ente è esercitata”.