



Roma, 05 novembre 2007

Direzione Centrale Normativa e Contenzioso

OGGETTO: *Istanza d'interpello - Art. 11 della legge n. 212/2000 - Presunzione di residenza ex art. 73, comma 5-bis TUIR - Disapplicazione con istanza di interpello- Inammissibilità*

Con l'interpello specificato in oggetto, concernente l'interpretazione degli articoli 73, comma 5 *bis*, del testo unico sulle imposte sui redditi (TUIR), approvato con DPR 22 dicembre 1986, n. 917 e 4, comma 3, della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Paesi Bassi (approvata con L. 26 luglio 1993, n. 305), è stato esposto il seguente

QUESITO

La società ALFA, società di diritto olandese, ha sede legale ed amministrativa in Amsterdam ed esercita, sin dal 1996, anno della sua costituzione, l'attività di una holding avente ad oggetto la mera gestione di partecipazioni.

La società istante, tuttavia, richiama l'articolo 73, comma 5 *bis*, del TUIR, in base al quale la stessa potrebbe essere considerata fiscalmente residente anche in Italia, salvo prova contraria.

L'articolo 4, comma 3, della Convenzione Italia-Paesi Bassi prevede che, nel caso in cui una persona diversa da una persona fisica, in virtù della legislazione interna di ciascun Stato contraente, sia residente in entrambi gli Stati, "*si ritiene che essa è residente dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva*".

In relazione alla fattispecie summenzionata, la società istante chiede di

chiarire in quale dei due Stati sia localizzabile la *sede di direzione effettiva* della stessa.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

L'istante ritiene di doversi considerare fiscalmente residente in Olanda, atteso che l'attività amministrativa e di gestione viene effettivamente svolta in Olanda.

A sostegno della summenzionata soluzione interpretativa, l'istante evidenzia che sia le decisioni di ordine strategico, sia gli atti di ordinaria gestione sono compiuti in Olanda.

Inoltre, nell'istanza si evidenzia che il luogo di esercizio della propria attività principale, consistente nel mero godimento di partecipazioni, non può che essere quello in cui tale attività è svolta (Olanda) e, cioè, quello in cui sono prese le decisioni di routine connesse a tale gestione statica, non essendo ravvisabile altra attività, se non quella limitata alla mera intestazione di attività finanziarie ed al godimento degli eventuali frutti da esse prodotti.

A dimostrazione di quanto sostenuto, la società interpellante allega all'istanza i verbali di assemblea ordinaria e straordinaria, il bilancio, le fatture delle spese di consulenza di professionisti olandesi e copia di estratti conto bancari.

Inoltre, l'istante ritiene che sussistano elementi di fatto, situazioni ed atti idonei a dimostrare che la *sede di direzione effettiva* della società, prevista dall'articolo 4, comma 3 della Convenzione Italia-Paesi Bassi, intesa come il luogo in cui è localizzabile la "testa" della società, dove si decide l'*an*, il *quantum* ed il *quomodo* del reddito che potrà poi essere materialmente prodotto altrove, sia concretamente radicata in Olanda.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

La questione interpretativa oggetto dell'istanza d'interpello concerne

principalmente le interrelazioni tra la presunzione di sede dell'amministrazione in Italia delle holding estere, e quindi della loro residenza fiscale in Italia, introdotta dal nuovo articolo 73, comma 5 *bis*, del TUIR, e l'articolo 4, comma 3 della citata Convenzione Italia-Paesi Bassi, che localizza la residenza fiscale di una persona giuridica, nel caso di doppia residenza, nello Stato contraente in cui la stessa abbia la propria *sede di direzione effettiva*.

La novella legislativa del comma 5-bis dell'articolo 73 del TUIR consente all'Amministrazione finanziaria, al fine di porre un freno al fenomeno delle cosiddette "*esterovestizioni*", di presumere nel territorio dello Stato, "salvo prova contraria", la sede dell'amministrazione, e quindi della residenza, di società ed enti che detengano partecipazioni di controllo in società di capitali ed enti commerciali residenti, quando alternativamente:

- sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma del codice civile, da soggetti residenti nello territorio dello Stato;
- sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo di gestione equivalente, composto in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

Tanto premesso, si osserva che la questione posta dall'istante non poggia sulla prospettazione di obiettive condizioni di incertezza relative all'interpretazione dell'articolo 73, comma 5 *bis* del TUIR, ma attiene, piuttosto, al giudizio di merito sulla validità degli elementi di prova da essa adottati per superare la presunzione di residenza in Italia voluta dal legislatore nazionale.

Nell'istanza, infatti, il contribuente si limita a sostenere di considerarsi fiscalmente residente in Olanda, piuttosto che in Italia, senza nemmeno accennare alle circostanze e ai presupposti di applicazione della norma in commento.

La verifica dell'effettiva sede dell'amministrazione di una società o della localizzazione dell'oggetto principale dell'attività, investe complessi profili di fatto del reale rapporto di una società con un determinato territorio non valutabili

in sede di interpello c.d. ordinario o interpretativo.

Tale verifica, infatti, esula dalle finalità dell'istituto dell'interpello ordinario, sancite dall'articolo 11 della legge n. 212/2000 e dall'articolo 1 del D.M. n. 209 del 26 aprile 2001.

La dimostrazione della “prova contraria” sulla base non solo del dato documentale, ma anche sulla base di tutti gli elementi concreti da cui risulti, in particolare, il luogo in cui le decisioni strategiche, la stipulazione dei contratti e le operazioni finanziarie e bancarie siano effettivamente realizzate, è peraltro essenziale per permettere quella valutazione caso per caso necessaria al fine di garantire la proporzionalità della norma rispetto al fine perseguito, a mitigare la portata generale della disposizione antielusiva in questione e, pertanto, a confermare la compatibilità della stessa con la normativa comunitaria.

Ciò stante l'istanza in argomento è da considerare inammissibile, ai sensi dell'articolo 1 del D.M. n. 209 del 26 aprile 2001, che subordina la possibilità di presentare istanza di interpello ordinario alla ricorrenza di “*obiettive condizioni di incertezza sulla interpretazione di una disposizione normativa di natura tributaria*” in riferimento a casi concreti e personali.

Per quanto riguarda la prova contraria necessaria per superare la presunzione di “esterovestizione” di cui all'articolo 73, comma 5-*bis* prima richiamata, si evidenzia che la stessa può essere offerta nella competente sede di accertamento e non tramite la procedura di interpello c.d. disapplicativo disciplinata dall'articolo 37-*bis*, comma 8, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

Ciò non solo perché la predetta dimostrazione è prevalentemente basata su elementi di fatto non agevolmente desumibili dalla documentazione su cui normalmente è incentrata l'analisi preventiva in sede di interpello, ma anche perché la procedura *ex* articolo 37-*bis*, comma 8, del D.P.R. n. 600 del 1973 è in genere esperibile per la disapplicazione di norme che incidono in maniera diretta ed immediata sul *quantum* dell'obbligazione tributaria, ossia di norme che “*limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario*” e che per ciò stesso, a

differenza della norma recata dall'articolo 73, comma 5-*bis* che incide sulla soggettività passiva, impattano direttamente sulla determinazione del debito tributario.

In merito alle interrelazioni tra la norma in commento e le norme convenzionali, nella specie con la Convenzione Italia-Paesi Bassi, come già chiarito dalla scrivente nella circolare del 4 agosto 2006, n. 28, non si ravvisano profili di contrasto. La citata Convenzione non impone agli Stati contraenti di scegliere determinati criteri di collegamento soggettivo per stabilire la residenza di un soggetto sul proprio territorio in luogo di altri, ma si limita a dirimere casi di doppia imposizione nel caso di doppia residenza, attribuendo rilevanza al criterio della *sede di direzione effettiva*.

In proposito, come chiarito dal paragrafo 24 del Commentario all'articolo 4 del Modello OCSE, al fine di determinare la *sede di direzione effettiva*, non è possibile stabilire una regola precisa, ma devono essere presi in considerazione tutti i fatti e le circostanze. Coerentemente con quanto affermato nel Commentario, l'Amministrazione finanziaria ha da sempre sostenuto, fornendo sul punto un chiarimento nelle "osservazioni" contenute nel Commentario all'articolo 4 del Modello OCSE, che per determinare la sede della *direzione effettiva* di un ente non si deve fare esclusivo riferimento al luogo di svolgimento della prevalente attività direttiva e amministrativa, ma occorre prendere in considerazione anche il luogo ove è esercitata l'attività principale.

Da tale considerazione consegue che, l'Amministrazione finanziaria italiana, nel valutare gli argomenti portati a supporto della "prova contraria" dal contribuente terrà conto di ogni altro aspetto, dato o circostanza idonea a ritenere un effettivo radicamento della direzione effettiva nello Stato estero.

La risposta di cui alla presente nota, sollecitata con istanza di interpello presentata alla Direzione Regionale, viene resa alla scrivente ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del DM 26 aprile 2001, n. 29.