

IL COMMERCIALISTA VENETO n. 227 - SETTEMBRE / OTTOBRE 2015



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DELLE TRE VENEZIE

INSERTO

LA SEDE DELL'AMMINISTRAZIONE QUALE CRITERIO PER L'ATTRIBUZIONE DELLA RESIDENZA FISCALE

GABRIELE ZAMBON
Ordine di Pordenone

LA SEDE DELL'AMMINISTRAZIONE QUALE CRITERIO PER L'ATTRIBUZIONE DELLA RESIDENZA FISCALE

GABRIELE ZAMBON
Ordine di Pordenone

1. L'INSUFFICIENZA DEL CRITERIO FORMALE

Secondo autorevole dottrina, la teoria della *sede legale* come metodo per l'attribuzione della residenza delle persone giuridiche non ha una propria autonomia; tale criterio è infatti da considerarsi come variante del criterio della «sede dell'incorporazione», il quale collega la residenza dell'ente al suo luogo di costituzione e alla cui base sta, probabilmente, il concetto secondo il quale la concessione della personalità ad un'entità priva degli attributi della persona umana costituisce un atto del potere pubblico¹. Il collegamento con il luogo della sede legale si configura egualmente come criterio di connessione al potere pubblico, e ciò in considerazione del fatto che una sede legale italiana corrisponde all'esistenza di una società secondo i tipi imposti dal Codice Civile; tuttavia, se l'attribuzione di residenza in funzione del luogo di incorporazione vincola la persona giuridica per tutto l'arco di vita della stessa, il collegamento al luogo della sede legale si configura come meno stringente, in quanto tale luogo risulta mutabile. In ogni caso, il legame con la potestà legislativa di un Paese non risulta sufficiente a definire la residenza fiscale di una società: nell'ipotesi in cui il collegamento fosse limitato al solo criterio della *sede legale*, sarebbe di per sé estremamente agevole beneficiare di regimi fiscali più favorevoli rispetto a quello nazionale. Al pari della giurisprudenza anche la prassi conferma infatti come spesso la sede legale indicata nello statuto di una società possa rivelarsi puramente fittizia, in quanto la reale attività risulta svolta altrove², rilevando altresì come tali società non sono generalmente dotate di alcuna struttura materiale e personale a supporto dell'attività esercitata³. Non è quindi infrequente che la costruzione di strutture societarie estere ravvisi il carattere di *form over substance*, ossia l'assenza di qualsiasi elemento sostanziale nel Paese in cui la sede legale viene stabilita.

Data la semplicità di attuazione di tale pratica e in ragione delle sue rilevanti conseguenze sul piano fiscale – ovvero l'inapplicabilità della «*worldwide taxation*» e la limitazione della tassazione ai soli redditi prodotti nel territorio dello Stato – ne deriva, al pari di quanto affermato dall'OCSE⁴, la manifesta inadeguatezza del solo riferimento al criterio formale della sede legale ai fini della definizione della potestà impositiva nei confronti delle persone giuridiche. Sulla base di tale principio, il legislatore tributario italiano affianca dunque al criterio formale della sede legale due criteri sostanziali, disponendo, all'articolo 73, comma 3 del TUIR, come «*ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato*». La sede dell'amministrazione e l'oggetto principale comportano quindi l'estensione del collegamento della residenza fiscale ad argomenti di natura economica; è infatti ampiamente condivisa in dottrina l'interpretazione per cui «*siffatti criteri vanno intesi come rivolti alla ricerca dell'effettività della vita societaria, così come, per la definizione di residente, ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, rileva il rapporto effettivo con il territorio dello Stato*»⁵. Nel corso dei paragrafi che seguono l'attenzione sarà rivolta al requisito sostanziale della sede dell'amministrazione, del quale verranno poste in luce la natura e i profili di criticità insiti nella sua applicazione.

2. LA SEDE DELL'AMMINISTRAZIONE

2.1. Una visione d'insieme

Il concetto di «sede dell'amministrazione» previsto all'articolo 73, comma 3 del TUIR non è oggetto di esplicita definizione legislativa nell'ambito della

normativa tributaria italiana; conseguentemente, è stato oggetto d'interpretazione sia da parte della giurisprudenza che dalla prassi. Il significato di «sede dell'amministrazione» così consolidatosi nel nostro ordinamento è definibile nei termini seguenti: esso è «*il luogo in cui la società svolge la sua prevalente attività direttiva ed amministrativa per l'esercizio dell'impresa, cioè il centro effettivo dei suoi interessi, dove la società vive ed opera, dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per l'esplicazione e il raggiungimento dei fini sociali*»⁶.

Tale interpretazione è sostanzialmente in linea con quelle fornite da dottrina e giurisprudenza in merito ai criteri di collegamento della residenza a fini civilistici e di diritto privato internazionale, ossia, rispettivamente, con il concetto di «sede effettiva» riportato all'articolo 46 del Codice Civile – rubricato «*Sede delle persone giuridiche*»⁷ – e della «sede dell'amministrazione» di cui all'articolo 25 della Legge 31 maggio 1995 n.218 – rubricato «*Società ed altri enti*»⁸.

Il primo è stato oggetto di numerosa giurisprudenza, convergente nel ritenere tale sede quale «*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*»⁹. Per il secondo, parimenti, è stato ravvisato come «*sede dell'amministrazione significa normalmente il luogo da cui provengono gli impulsi volitivi inerenti all'attività sociale, vale a dire il complesso degli atti di formazione della volontà sociale a mezzo di organi cui è demandato istituzionalmente tale compito*»¹⁰.

Nel complesso, dunque, è evidente l'allineamento tra i significati attribuiti, nei diversi rami del diritto, ai concetti di «sede effettiva» e di «sede dell'amministrazione». Come confermato in dottrina, infatti, è opinione unanime che la relativa nozione sia sostanzialmente unitaria¹¹, da che ne deriva come sia possibile fare riferimento alla dottrina e alla giurisprudenza di entrambe le materie al fine di definire la portata del criterio di collegamento qui in oggetto. Allo stesso modo, la «sede dell'amministrazione» prevista dall'articolo 73 del TUIR presenta sostanziali analogie con il «*place of effective management*» previsto come *tie breaker rule* dall'articolo 4 della Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni. Come precisato dall'OCSE in sede di commentario all'articolo 4, infatti, il «*place of effective management*» è individuabile nel luogo da cui emanano le decisioni chiave in ambito manageriale e commerciale necessarie per la conduzione globale dell'attività aziendale¹². Anche in tal caso, dunque, è ampiamente riconosciuto come pur essendo tale norma dettata specificamente per l'applicazione dei principi contemplati nel modello di convenzione, ad essa può (anzi, deve) tuttavia farsi riferimento anche per la corretta interpretazione delle norme tributarie interne, sia in quanto si utilizzano, nella sostanza, i medesimi strumenti concettuali, sia perché la risoluzione del problema della residenza fiscale di una persona giuridica non può prescindere dall'analisi delle conseguenze che ne derivano anche nell'ambito dei rapporti di fiscalità internazionale¹³.

2.2. La natura del criterio

Nel definire la natura del criterio in oggetto va innanzitutto precisata la portata del concetto di «amministrazione»; in altri termini, è essenziale stabilire, in via preliminare, se con esso si intenda la direzione strategica dell'impresa o, diversamente, la gestione ordinaria dei singoli affari. Nel primo caso, infatti, il

[1] Ballarino riconosce quattro criteri (o teorie) che esprimono il collegamento delle società commerciali a un dato ordinamento: uno fondato sull'appartenenza dell'ente allo Stato (nazionalità), un altro basato su circostanze ed elementi connessi con il procedimento di costituzione dell'ente (luogo di costituzione o incorporazione), un altro ancora su circostanze o dati tratti dal funzionamento dell'ente (sede, centro principale dell'attività), un ultimo, infine, fondato su circostanze inerenti agli individui che controllano la società (controllo). Secondo l'Autore, con sede è da intendersi la sede effettiva – cioè il luogo nel quale vengono esercitate le funzioni di direzione centrale e di controllo – e non la sede legale, la quale è invece da considerarsi una variante del criterio dell'incorporazione, che assegna rilevanza al luogo la cui legge ha dato legale esistenza alla società. Si veda T. Ballarino (1994), *La società per azioni nella disciplina internazionale-privatistica*, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 9*, pp. 10-14.

[2] G. Marino (1995) *La residenza delle persone giuridiche nel diritto tributario italiano e convenzionale*, in *Diritto e pratica tributaria*, vol. I-1995, p. 1458. Anche La Medica rileva che gli «elementi di carattere formale contenuti nell'atto costitutivo della società sono «spesso intesi a mascherare il tentativo dei soci di sottrarre la società stessa all'applicazione della legge statale». Si veda D. La Medica (1991), *Residenza, II) Residenza e cittadinanza nel diritto tributario*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 26, p. 2.

[3] A. Manzitti (1998), *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 8/1998, Parte Quarta, p. 174.

[4] OCSE (2010), *Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version, Commentary on Article 4*, § 22.

[5] D. La Medica (1991), *Residenza, II) Residenza e cittadinanza nel diritto tributario*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol.26, p.2.

[6] Corte di Cassazione, Sentenza n. 136 del 22 gennaio 1958 in Agenzia delle Entrate, Circolare n. 28 del 4 agosto 2006.

[7] Articolo 46 Codice Civile – «Sede delle persone giuridiche»: «Quando la legge fa dipendere determinati effetti dalla residenza o dal domicilio, per le persone giuridiche si ha riguardo al luogo in cui è stabilita la loro sede. Nei casi in cui la sede stabilita ai sensi dell'articolo 16 o la sede risultante dal registro è diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche quest'ultima».

[8] Articolo 25 comma 1, Legge 31 maggio 1995, n. 218 – «Società ed altri enti»: «Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti».

[9] Corte di Cassazione, Sentenza n. 3604 del 16 giugno 1984.

[10] T. Ballarino (1994), *La società per azioni nella disciplina internazionale-privatistica*, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 9*, p. 62.

[11] Assonime (2007), Circolare n. 67 del 31 ottobre 2007, § 2.2. Come precisato nella Relazione ministeriale al T.U.I.R., si consideri anche come nel Testo Unico sia stata utilizzata la locuzione sede dell'amministrazione al posto del termine sede amministrativa – presente nel precedente articolo 2, D.P.R. 598/1973 – proprio al fine di allinearla con la dizione operata nell'articolo 2505 del Codice Civile, ora abrogato a favore dell'articolo 25, Legge 31 maggio 1995, n. 218.

[12] OCSE (2010), *Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version, Commentary on Article 4*, § 24.

[13] C. Marinelli, M. Giua (2007), *Esterovestizione delle società di capitale italiane*, p. 82.

focus andrebbe a porsi sul luogo di assunzione di decisioni di ampio respiro riguardanti, ad esempio, le linee di investimento, le politiche di finanziamento o la nomina dei dirigenti. Nel secondo caso, invece, assumerebbe rilevanza il luogo del cosiddetto «*day to day management*», inteso come insieme di decisioni di carattere operativo riguardanti le azioni concrete da intraprendere per il raggiungimento degli obiettivi d'impresa. Dalle interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali esposte nel precedente paragrafo si ravvisa come il concetto di «sede dell'amministrazione» – e quindi anche di «sede effettiva» – sia da intendersi quale vertice da cui si dispiega il controllo sull'attività dell'impresa, nonchè il nucleo di produzione della *policy* societaria¹⁴. Nell'ordinamento italiano è quindi radicato un concetto di «sede dell'amministrazione» inteso come luogo di assunzione delle decisioni strategiche, il quale si identifica con il risalente concetto di «*central management and control*» della giurisprudenza inglese¹⁵ e nel suo attuale equivalente di «*place of effective management*», inteso dall'OCSE come attività necessaria alla conduzione dell'impresa nel suo complesso. Secondo la dottrina, quindi, nell'interpretazione del termine «sede dell'amministrazione» previsto dall'articolo 73, comma 3 del T.U.I.R., tale sede «*deve essere individuata nel luogo di assunzione delle decisioni chiave (di natura gestionale e commerciale) necessarie per la conduzione dell'attività della persona giuridica, nel luogo dove la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di maggior rilievo assumono ufficialmente le loro decisioni, o ancora nel luogo di determinazione delle strategie che dovranno essere adottate dall'ente nel suo insieme*»¹⁶.

L'individuazione di siffatta sede quale base per l'attribuzione di residenza trova coerente motivazione nel fatto per cui essa esprime il luogo in cui la creazione di valore trova la sua ideazione primordiale¹⁷; in essa infatti si ha il cuore della funzione gestoria, da cui partono gli indirizzi e le direttive che saranno poi implementate per il conseguimento del fine sociale. Tale preferenza si giustifica inoltre per differenza, alla luce del fatto che, come rilevato da altra dottrina, la gestione ordinaria della società rientra, più tipicamente, nel concetto di «oggetto principale»¹⁸, ossia è insita nel terzo criterio di collegamento – che sarà in seguito oggetto d'analisi – coincidente, come si evince dalla lettura dell'articolo 73, comma 4 del TUIR, con «*l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dalla statuto*».

2.3. I soggetti preposti all'attività amministrativa

Nel riconoscere la sede dell'amministrazione quale luogo di sviluppo decisionale, si deve primariamente considerare come nelle organizzazioni di tipo corporativo l'attività amministrativa sociale sia affidata a soggetti che non si identificano necessariamente con coloro che partecipano al capitale della società e sopportano il rischio d'impresa. Allo scopo di individuare la sede dell'amministrazione risulta quindi necessario individuare la ripartizione delle competenze circa la gestione dell'impresa sociale, in modo da individuare, *in prima facie*, gli organi da cui provengono gli impulsi volitivi rilevanti al fine del riconoscimento della residenza fiscale.

A questo riguardo, si focalizzerà l'attenzione sulle società per azioni e sulle società a responsabilità limitata, con specifico riferimento al sistema di amministrazione e controllo «tradizionale» basato sulla struttura organizzativa

composta dall'assemblea dei soci, dal consiglio di amministrazione (o dall'amministratore unico) e dal collegio sindacale. Sono questi infatti i tipi societari che, per la loro estensione, rappresentano la fonte delle casistiche più rilevanti trattate in dottrina e oggetto di pronunce giurisprudenziali¹⁹.

Nelle società per azioni l'articolo 2380 bis c.c. prevede il seguente disposto: «*la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*». La competenza degli amministratori è quindi una competenza generale; come rilevato in dottrina, il loro potere decisionale è un potere esclusivo, esteso a ogni sorta di atti diretti a conseguire l'oggetto sociale che non siano espressamente rimessi alla competenza dell'assemblea²⁰.

A seguito della riforma del diritto societario, l'assemblea dei soci non ha più facoltà di delibera in materia di gestione della società, in quanto la limitazione delle competenze degli amministratori, precedentemente concessa dall'articolo 2364 numero 4) del c.c., non è più prevista²¹; posto quindi che all'assemblea spettano solo i supremi atti di governo della società e che, pertanto, essa non può impartire direttive generali né, tanto meno, dare specifici ordini agli amministratori circa il compimento degli atti dell'impresa²², nell'attribuzione della residenza della società per azioni assume rilevanza il luogo in cui il consiglio di amministrazione, o l'amministratore unico, attuano la gestione strategica dell'impresa sociale.

Alle società a responsabilità limitata, diversamente, la riforma ha attribuito massima autonomia nell'impostazione dei modelli di *governance*. Secondo l'articolo 2463, comma 2, numero 7) del c.c., infatti, è rimesso all'atto costitutivo il compito di determinare «*le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l'amministrazione (e) la rappresentanza*»²³, disposizione integrata dalla previsione dell'articolo 2479 del c.c. per il quale «*i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo nonchè sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sottopongono alla loro approvazione*».

Nella società a responsabilità limitata è quindi possibile attribuire ai soci poteri di gestione per mezzo di tre canali differenti: l'atto costitutivo, l'iniziativa degli amministratori e la decisione assunta da un terzo dei soci. Astrattamente, si potrebbe quindi addirittura prevedere che spetti ai soci decidere su qualsiasi questione gestoria poichè, come rilevato da certa dottrina, se è evidente che le due ultime modalità di attribuzione presuppongono la presenza di soggetti che rivestono la formale funzione di amministratore, quest'ultimi fisiologicamente investiti di poteri di gestione dei quali possono essere spogliati o possono volontariamente spogliarsi, il generico richiamo all'atto costitutivo che si rinviene nella parte iniziale della norma farebbe pensare, appunto, alla possibilità che ai soci possano essere riservati tutti i poteri gestori²⁴.

Nell'analisi per l'individuazione dei soggetti preposti alla gestione strategica dell'impresa organizzata secondo il tipo della società a responsabilità limitata s'impone, pertanto, una verifica della ripartizione delle competenze previste nel contratto societario e delle decisioni sottoposte all'approvazione dei soci per scelta dell'organo amministrativo o dell'assemblea. Tuttavia, non si potrà non rilevare come tale analisi determini spesso, come risultato, il riferimento

[14] P. Valente (2009), *La sede di direzione effettiva nel diritto comparato*, in il Fisco, n. 28/2009, fascicolo n. 1, p. 4599.

[15] Fin dalla sua primigenia interpretazione, originariamente adottata dalle Corti inglesi di inizio Novecento, il concetto di «*place of central management and control*» – inteso come «sede dell'amministrazione» – è stato legato in modo esclusivo al luogo in cui vengono adottate le decisioni «strategiche» che attingono alla politica aziendale e alle scelte di lungo periodo. Si vedano, su tutte, le sentenze *Calcutta Jute Mills v Nicholson* (1876) 1 ExD 428 (Ex) at 432 e *De Beers Consolidated Mines v Howe* (1906) AC 455 (HL) at 458, citate in P. Harris, D. Oliver (2010), *International Commercial Tax*, pp. 59-60. Per ulteriori interpretazioni si veda J.F. Avery Jones, (2009) *Corporate Residence in Common Law: The Origins and Current Issues*, p. 122, in (a cura di) G. Maisto, *Residence of Companies Under Tax Treaties and EC Law*. Secondo parte della dottrina, anziché un'interpretazione sostanziale tale criterio presenterebbe quindi una radicata interpretazione formale del luogo di esercizio dell'attività amministrativa, derivante da una scelta politica del diritto che predilige elementi di tipo immateriale-intellettuale a discapito della considerazione del luogo ove avviene l'attività di gestione quotidiana (*day to day management*), ossia del luogo in cui avviene l'implementazione della strategia, quest'ultima da considerarsi come attività generatrice delle scelte rilevanti per il conseguimento dei fini economici d'impresa. Su questo punto si veda, fra i tanti, G. Moschetti (2010), *Origine storica, significato e limiti di utilizzo del place of effective management, quale criterio risolutivo dei casi di doppia residenza delle persone giuridiche*, in *Diritto e pratica tributaria* n. 2/2010, p. 253-258. La dottrina internazionale ha fatto ricorso a quest'ultima interpretazione nei casi in cui, come si vedrà nel prosieguo, il solo riferimento al luogo di assunzione delle scelte strategiche comporti discutibili attribuzioni di residenza. Ciò nonostante, a livello generale il significato del termine «*central management and control*» è stato interpretato come luogo di svolgimento dei compiti di pianificazione strategica in quasi tutti i Paesi europei ed è a tale significato che, ad oggi, l'OCSE fa riferimento nel definire il concetto di «*place of effective management*» posto come *tie breaker rule* dirimente i casi di doppia residenza fiscale.

[16] Fondazione Centro Studi U.N.G.D.C., Circolare n. 7 del 20 maggio 2009.

[17] G. Melis (2008), *La residenza fiscale delle società nell'IRE: giurisprudenza e normativa convenzionale*, in *Corriere tributario*, n. 45/2008, p. 3654.

[18] G. Marino (2008), *La relazione di controllo nel diritto tributario: analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, p. 308.

[19] Merita tuttavia svolgere alcune brevi considerazioni anche al riguardo degli effetti derivanti dall'adozione dei cosiddetti sistemi di amministrazione «alternativi»: il sistema «dualistico» e quello «monistico». Nell'ambito del sistema dualistico è prevista, in luogo del collegio sindacale, l'interposizione fra l'assemblea e l'organo amministrativo – ivi denominato «consiglio di gestione» – di un organo intermedio di nomina assembleare, denominato «consiglio di sorveglianza», il quale riunisce in sé attribuzioni proprie dell'assemblea e del collegio sindacale. Sebbene in tal caso sia logico e naturale trasporre al consiglio di gestione le caratteristiche del consiglio di amministrazione previsto dal sistema «tradizionale», focalizzando quindi l'attenzione sull'operato di quest'organo ai fini dell'individuazione della sede dell'amministrazione, va tutta-via posta attenzione anche alle competenze del consiglio di sorveglianza, posto che, se previsto dallo statuto, quest'ultimo, ai sensi dell'articolo 2409 terdecies, comma 1, lettera f bis c.c., «*delibera in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti*». Nel voler mantenere tuttavia l'attenzione sull'operato del consiglio di gestione, in quanto cura l'ideazione e la preparazione di tali piani, si richiamano integralmente le considerazioni che saranno svolte in merito alla predisposizione dei piani strategici da parte degli amministratori delegati – infra § 3.2 – anticipando fin d'ora, come affermato dallo Jaeger, che «*la disposizione non determina (...) l'interferenza del consiglio di sorveglianza nella gestione della società, che rimane ai sensi dell'art. 2409 novies prerogativa esclusiva del consiglio di gestione, ma costituisce un importante strumento di rafforzamento del potere di vigilanza del consiglio di sorveglianza*». Si veda P. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto (2010), *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, p.409. Per quanto attiene i riflessi dell'adozione del sistema «monistico», il quale concentra tra i componenti di un unico organo – il consiglio di amministrazione – sia l'amministrazione che il controllo societario, si rileva come il dettato normativo dell'art 2409 septiesdecies c.c., per il quale «*la gestione dell'impresa spetta esclusivamente al consiglio di amministrazione*» porti a ritenere come sia a quest'ultimo organo che si debba inevitabilmente far riferimento per le definizioni della sede effettiva.

[20] F. Galgano (2005), *Diritto commerciale – Le società*, XV Edizione, p. 301.

[21] *Articolo 2364 c.c.* – «Assemblea ordinaria». Testo in vigore fino al 31.12.2003:

«L'assemblea ordinaria: (...)

4) delibera sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori, nonchè sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci».

Articolo 2364 c.c. – «Assemblea ordinaria nelle società prive di consiglio di sorveglianza»:

«Nelle società prive di consiglio di sorveglianza, l'assemblea ordinaria: (...)

4) delibera sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci».

[22] F. Galgano (2005), *Diritto commerciale – Le società*, XV Edizione, p. 267.

[23] *Articolo 2463, comma 2, c.c.* – «Costituzione»: «L'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico e deve indicare: (...)

7) le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l'amministrazione, la rappresentanza».

[24] S. Patriarca (2007), *La responsabilità del socio «gestore» di s.r.l.*, in *Le società*, n. 10/2007, p. 1193. Questa conclusione è stata tuttavia avvertita da parte della dottrina. Secondo diversi Autori, infatti, il disposto dell'articolo 2475, comma 5, Codice Civile, il quale fissa un ambito di competenza esclusiva e inderogabile dell'organo amministrativo (per quanto ridotto), impedisce di ritenere ammissibile la presenza di una srl priva del consiglio di amministrazione. Fra tutti si veda O. Cagnasso (2004) in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, vol. 2**, pp. 1855.

all'attività dell'organo amministrativo (consiglio di amministrazione o amministratore unico), dato il consuetudinario modellamento dell'assetto corporativo delle società a responsabilità limitata nel solco dell'attribuzione delle competenze proprie della società per azioni.

2.4. I presupposti per il riconoscimento della sede

Al fine di definire puntualmente il luogo a cui collegare l'origine delle decisioni chiave per la gestione, il riconoscimento dell'organo legalmente competente per tali scelte non risulta tuttavia sufficiente. Risulta infatti necessario escludere fin da principio elementi che, sebbene possano costituire prove indiziali ai fini dell'individuazione della sede dell'amministrazione, non risultano, di per sé, validi fondamenti teorici per l'individuazione dell'esercizio dell'attività amministrativa in un determinato Paese.

In *primis* è bene sottolineare, per quanto possa apparire superfluo, come non abbia rilevanza l'ubicazione degli «uffici generali», ovvero il luogo fisico eletto *ab origine* come sede di riunione dell'organo amministrativo. Come confermato in dottrina, infatti, gli uffici amministrativi vanno intesi non in senso materiale, ma sostanziale²⁵: rileva pertanto il luogo in cui le decisioni vengono prese effettivamente e non il luogo da cui generalmente si presume siano provenute. Allo stesso modo, è assodato in dottrina come, ai fini dell'individuazione della sede sociale, non rilevi il domicilio degli amministratori, ma il luogo ove gli stessi determinano, in effetti, le scelte dell'attività sociale e impartiscono le direttive per la loro realizzazione²⁶; in altri termini, maggiore rilevanza assume il luogo in cui gli amministratori si incontrano abitualmente per operare, per decidere e per dare ordini sull'attività sociale²⁷. Infatti, se da una parte non può negarsi che l'attività direttiva trovi origine a livello individuale, e ciò in considerazione del fatto che il processo decisionale risulta essere un'attività puramente intellettuale, non risulta certo, al contrario, che la volontà si sia determinata nel luogo di residenza del soggetto decisore, in quanto bisogna altresì riconoscere che un'attività intellettuale risulta, per sua natura, difficilmente contestualizzabile. Per tale ragione, assume preminente rilevanza il luogo in cui le scelte aziendali sono rese esplicitamente tramite il confronto collettivo fra i vari soggetti preposti all'attività amministrativa, anche in considerazione del fatto che ivi le decisioni assumono veste di atti giuridici la cui formazione soggiace al soddisfacimento di determinati requisiti formali. Infine, è da rimarcare come in questa sede l'attività amministrativa sia da intendersi come attività d'impulso dell'amministrazione concreta²⁸ e non sia, quindi, da ricondursi automaticamente alle operazioni tipiche della funzione amministrativa aziendale. Come affermato in dottrina, infatti, non è questo il modo di apprezzare correttamente il tema della «sede dell'amministrazione», la quale non va affatto fraintesa con il luogo di svolgimento dei servizi di gestione amministrativa. Diversamente, infatti, come naturale conseguenza una società finirebbe per avere la sua «sede di direzione» nel luogo in cui vengono svolti i servizi di *book keeping*²⁹.

Per l'individuazione della residenza fiscale, il luogo di direzione effettiva dev'essere inoltre indagato sotto l'aspetto temporale. Come affermato da alcuni Autori, per l'appunto, lo svolgimento dell'attività amministrativa deve caratterizzarsi, con riferimento ad un determinato luogo, come fenomeno «attuale» e «continuativo»³⁰. Al riguardo del primo requisito, si ravvisa che l'attività amministrativa deve essere svolta nel luogo di riferimento nel momento in cui si esamina la fattispecie concreta. Come si rileva, infatti, lo spostamento di tale sede derivante dall'effettiva provenienza di scelte e direttive strategiche da altri luoghi non più localizzati nel territorio nazionale comporta automaticamente l'insussistenza del requisito sostanziale qui in oggetto, lasciando di conseguenza ai criteri della sede legale e dell'oggetto sociale la definizione dell'applicabilità alla persona giuridica della normativa tributaria italiana per le società residenti³¹. In questo, pertanto, il criterio della sede effettiva si differenzia dal criterio dell'incorporazione, il quale trova invece riferimento in quel momento originario della vita dell'ente qual è quello della sua costituzione.

Il carattere dell'attualità non dev'essere tuttavia confuso. È assodato, infatti, che se è vero che il riferimento spaziale deve essere attuale poiché si producano gli effetti indicati, è vero altresì che, una volta prodottasi la connessione spaziale dell'attività dell'ente con il territorio, gli effetti stessi si sono prodotti e, come un fatto storico incancellabile, essi continuano a sussistere anche quando il presupposto spaziale non sussiste più. L'attribuzione di residenza in seguito ad accertamento riguardante periodi d'imposta passati non è dunque in nessun caso preclusa, in quanto la passata sottoposizione alla normativa tributaria italiana fa sì che i relativi effetti, per quel periodo, permangano nel tempo, indistruttibilmente³².

Oltre a presentare il requisito dell'attualità, da intendersi quindi come sussistenza dell'attività amministrativa con riferimento al momento dell'indagine, la direzione effettiva deve altresì caratterizzarsi come fenomeno duraturo nel tempo. Per l'appunto, è comune sia in dottrina che in giurisprudenza l'idea che il concetto di «continuità» sia connotato all'idea

stessa di «sede», in quanto quest'ultima implica la stabilità del riferimento e perciò la percettibilità, da parte di qualunque terzo, della collocazione indicata quale centro di gestione e di elaborazione di tutto quanto attiene alla direzione della società e al dispiegamento della sua attività³³.

Ne deriva quindi come, per la localizzazione della «sede effettiva», non risulti sufficiente la localizzazione spaziale di un solo atto occasionalmente ivi riferibile, anche se proveniente dalle persone che concretamente amministrano³⁴. Affinchè si possa collegare l'esercizio dell'attività direttiva a un determinato luogo, quest'ultima deve necessariamente concretizzarsi in una serie di atti giuridici che sia per *numero*, ossia in rapporto alla durata del periodo d'imposta e all'intero arco di vita aziendale, che per *sostanza*, ossia nel loro essere considerabili come mezzo per il conseguimento del fine economico aziendale, si configurino come un complesso di decisioni sostanzialmente rilevante.

3. PROFILI DI CRITICITÀ

NELL'ANALISI DELLE FATTISPECIE CONCRETE

La definizione del «*place of effective management*» non può ridursi a un mero automatismo di verifica del luogo di svolgimento del consiglio di amministrazione: nelle fattispecie concrete, infatti, il riconoscimento dei soggetti cui attribuire l'esercizio della direzione amministrativa richiede una verifica il cui esito non risulta affatto immediato. L'evidenza concreta mette in luce tre profili di criticità nel riconoscimento della sede dell'amministrazione. In primo luogo occorre considerare la possibilità di casi di divergenza tra forma e sostanza. Come si rileva in dottrina, infatti, benchè il luogo in cui un organo di governo (ad esempio un consiglio di amministrazione) prende le sue decisioni coincida con quello in cui lo stesso si svolge, può ben accadere che le decisioni più rilevanti siano prese in un certo luogo, mentre la formalizzazione avvenga in un altro, magari ad opera di altre persone³⁵. È il caso del socio padrone che ingerisce sistematicamente nelle scelte gestionali, del conferimento implicito del ruolo decisionale alla dirigenza, dell'amministrazione di fatto da parte di soggetti esterni. Un secondo profilo di criticità deriva da particolari circostanze di duplicazione dell'organo amministrativo, da cui derivano ripartizioni delle competenze nella gestione d'impresa. Come si rileverà in seguito, la compresenza di organi amministrativi all'interno di gruppi societari o la previsione di deleghe a favore di particolari soggetti possono orientare verso altri criteri, diversi da quello della direzione strategica, nella definizione della sede dell'amministrazione.

In ultima, in considerazione del fatto che, come affermato da taluni Autori, l'attività di amministrazione risulta essere, in ultima analisi, un'attività tendenzialmente priva di un chiaro collegamento territoriale³⁶, non può non considerarsi l'impatto dell'*information technology* e della mobilità veloce nella definizione del luogo di assunzione delle scelte strategiche.

Nell'approfondire la tematica e nel voler dare esempio dell'impossibilità di automatici collegamenti tra il «*place of effective management*» e il luogo di delibera dell'organo amministrativo, si propongono quindi nel prosieguo le fattispecie più rilevanti per ogni profilo di criticità.

3.1. La necessità di valutazioni «*substance over form*»

La formale attribuzione del ruolo decisionale all'organo amministrativo può non riflettersi, nella realtà, in una competenza esclusiva dello stesso nella gestione strategica dell'impresa. Non è infatti infrequente che l'assunzione delle decisioni chiave per la gestione aziendale non si realizzi secondo gli schemi canonici precedentemente riassunti ma, bensì, si generi sulla base di diverse attribuzioni di tale competenza, come nei casi di processi decisionali concorrenti fra l'organo amministrativo e altri soggetti aziendali oppure di totale attribuzione del ruolo di soggetto pensante a terze parti, dove l'organo amministrativo assume la sola veste di ratificatore. Il fenomeno comporta la necessaria implementazione di analisi «*substance over form*»; a monte di ogni valutazione per il riconoscimento della sede dell'amministrazione si deve infatti porre il presupposto, ampiamente menzionato in dottrina, secondo cui non rileva l'identità degli amministratori societari da un punto di vista formale, bensì è necessario individuare coloro dai quali, in concreto, provengono gli impulsi per orientare la società e la sua attività³⁷. In altri termini, si deve considerare chi amministra effettivamente e non chi, pur essendo formalmente incaricato allo svolgimento di tale attività, non la esercita in concreto³⁸; nei casi in cui l'amministrazione sia svolta da soggetti diversi dall'organo preposto, ai fini dell'attribuzione della residenza fiscale la sede effettiva sarà quindi definita in base al luogo dove quest'ultimi assumono le decisioni rilevanti.

Nel voler individuare le macrocasistiche in cui possono emergere, tramite analisi di fatto, particolari localizzazioni della sede dell'amministrazione, si pone innanzitutto in rilievo l'ipotesi di ingerenza della proprietà nell'amministrazione strategica dell'impresa.

[25] Assonime, Circolare n. 67 del 31 ottobre 2007, § 2.2

[26] D. La Medica (1991), *Residenza, II) Residenza e cittadinanza nel diritto tributario*, in Enciclopedia giuridica Treccani, vol.26, p.2.

[27] G. Marino (1999), *La residenza nel diritto tributario*, p. 109.

[28] G. Marino (1999), *La residenza nel diritto tributario*, p. 108.

[29] D. Stevanato (2008), *Prova dell'esteroinvestizione e luogo di effettuazione delle notifiche: viene prima l'uovo o la gallina?*, in GT – Rivista di giurisprudenza tributaria, n. 5/2008, p. 439.

[30] G. Marino (1999), *La residenza nel diritto tributario*, pp. 109-110.

[31] G. Marino (1999), *La residenza nel diritto tributario*, p. 109.

[32] G. Marino (1999), *La residenza nel diritto tributario*, p. 110.

[33] C.T.R. Toscana, Sez. XXV, Sentenza n. 61 del 18 gennaio 2008. Dello stesso parere Marino, per il quale «nell'espressione sede è implicita la continuità dell'attività volitiva». Si veda G. Marino (1999), *La residenza nel diritto tributario*, p. 109.

[34] G. Marino (1999), *La residenza nel diritto tributario*, p. 109.

[35] C. Marinelli, M. Giua (2007), *Esterovestizione delle società di capitale italiane*, p. 82.

[36] Fondazione Centro Studi U.N.G.D.C., Circolare n. 7 del 20 maggio 2009.

[37] G. Marino (1999), *La residenza nel diritto tributario*, p. 108.

[38] E. Simonetto (1976), *Delle società*, in Commentario al Codice Civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, p. 389.

Nella gestione delle società di capitali si riconosce come, tipicamente, le deliberazioni dei soci, anche qualora se ne valorizzi strettamente il profilo gestionale, differiscono dalle attribuzioni caratteristiche dell'organo amministrativo³⁹. La volontà della compagine sociale di controllo non determina infatti, *ipso facto*, l'esercizio di un potere di direzione strategica, in considerazione del fatto che, come affermato da autorevole dottrina, il potere in concreto esercitabile dall'azionista di controllo risulta calibrato alla luce della disciplina giuridica che regola la distribuzione di funzioni e poteri all'interno dell'organizzazione sociale. Nel valutare l'influenza dei soci di maggioranza occorre pertanto tener presente che il meccanismo decisionale societario segue, in condizioni fisiologiche, un percorso dialettico, di reciproco convincimento, da che ne deriva come l'adozione delle direttive imposte dai soci di maggioranza da parte degli amministratori non rappresenta affatto una circostanza automatica⁴⁰.

La ripartizione formale delle competenze e la previsione di una consultazione tra le parti possono tuttavia essere disattese dall'agire concreto da parte della proprietà. Come affermato da numerosa dottrina, infatti, non è inverosimile che un socio unico o di controllo rappresenti la vera fonte degli atti di alta gestione della società, soprattutto nei casi in cui gli accordi alla base delle nomine alla carica di amministratore prevedano l'agire di quest'ultimi in qualità di meri «uomini di paglia», sprovvisti di fatto di ogni delega a formare la volontà sociale e gli indirizzi di tale attività amministrativa⁴¹.

Nei casi in cui, pur privi della qualifica di amministratore, i soci detengano il potere gestorio dell'ente in quanto convenzionalmente legittimati o chiamati a concorrere nell'adozione di atti gestori, esplicitando il proprio assenso – *ex ante* o *ex post* – nei confronti degli amministratori dichiarati, non può quindi che derivarne come, in una visione sostanzialistica del criterio della «sede effettiva», possa essere valorizzato anche il luogo di tenuta dell'assemblea dei soci o, addirittura, il luogo di residenza di un socio, qualora il suo grado di ingerenza nell'amministrazione societaria risulti molto evidente, tale da ritenere l'ente stesso una sua mera «appendice»⁴².

Lo spossamento del ruolo decisionale strategico in capo all'organo amministrativo può altresì riconoscersi a beneficio di soggetti subordinati nella catena gerarchica aziendale. Analogamente a quanto può avvenire nella fattispecie precedentemente esposta, l'organo amministrativo può infatti figurare come mero soggetto ratificatore di altrui decisioni anche nel caso in cui quest'ultime siano formulate e definite da quadri o dirigenti appartenenti all'organismo personale dell'azienda. Nell'ambito del perfezionamento dell'interpretazione del concetto di «*place of effective management*» in tema di doppia residenza fiscale, la stessa OCSE ha quindi rilevato come nei casi in cui un consiglio di amministrazione approvi sistematicamente le decisioni strategiche poste in essere dai dirigenti, il luogo in cui quest'ultimi svolgono le proprie funzioni può risultare rilevante nella determinazione del «*place of effective management*»⁴³.

Sulla stessa scia l'OCSE allarga inoltre ulteriormente lo spirito di tale previsione, riconoscendo anche come, nell'attribuzione di rilevanza al luogo in cui una decisione è intrapresa contro quello in cui questa è meramente approvata, debba altresì considerarsi il luogo in cui ha avuto luogo la consulenza in termini di raccomandazioni od opzioni relative alle scelte aziendali di fondo⁴⁴, il che può indurre, in definitiva, all'individuazione della sede effettiva anche al di fuori dei luoghi in cui operano abitualmente i componenti dell'organizzazione. Il riconoscimento della dipendenza dei soggetti formalmente amministratori dalla volontà di terzi può inoltre desumersi dalle caratteristiche di coloro i quali sono investiti del potere decisionale. Come riconosciuto in dottrina, infatti, un ulteriore indizio nella determinazione del luogo dove è svolta l'attività amministrativa può emergere indagando la figura

professionale del soggetto preposto alla carica di amministratore⁴⁵. In quest'ambito si fa riferimento ai casi di nomina alla carica di amministratore di professionisti locali o di *trust companies* del Paese in cui la persona giuridica svolge l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari.

Sebbene sia riconosciuto come la designazione di professionisti locali possa essere validamente giustificata dalle loro conoscenze ed esperienze, in ordine alla realtà specifica del Paese in cui la società si trova ad operare⁴⁶, può infatti darsi che un simile soggetto non operi esclusivamente nell'interesse del delegante, in quanto, come rilevato nella prassi, può ben darsi che questi provveda a svolgere analoghe attività anche a favore di una miriade di ulteriori società⁴⁷. L'automatico riconoscimento della sede fiscale nel Paese di residenza di detti soggetti è quindi da escludersi anche in questa fattispecie, in quanto può verificarsi il caso in cui le decisioni gestionali effettive promanino comunque dall'azionista, il quale agisce come amministratore effettivo fornendo, di volta in volta, istruzioni al professionista locale. Al fine di valutare se l'attività direttiva dei soggetti in questione sia effettiva e idonea a radicare la sede dell'amministrazione, risulta pertanto necessario operare un supplemento d'analisi indagando, ad esempio, l'indipendenza o la conformità del loro operato all'interesse obiettivo della società che amministrano⁴⁸, riconoscendo altresì come basilari elementi indiziari la possibilità di impegnare la società verso l'esterno per obbligazioni di una certa rilevanza, così come quella di agire e disporre dei conti correnti societari⁴⁹.

3.2. La compresenza di diversi organi amministrativi

Ulteriore profilo di criticità nell'individuazione della sede dell'amministrazione può derivare dalla contemporanea presenza di molteplici organi amministrativi preposti, con vario grado di dettaglio, alla definizione delle linee guida per la gestione della realtà aziendale societaria. Si considerino in primo luogo gli effetti della presenza di un doppio livello interno, derivante dalla nomina di organi delegati nella gestione di una società. La riforma del diritto societario del 2003 ha confermato la possibilità, da parte del consiglio di amministrazione, di delegare in tutto – nei limiti previsti dall'art. 2381, comma 4) c.c. – o in parte le proprie funzioni a singoli componenti o a gruppi di componenti del consiglio, denominati rispettivamente *amministratori delegati* o *comitati esecutivi*.

L'istituto della delega presenta come finalità primigenia l'aumento dell'efficienza decisionale, al fine di contemperare, attraverso l'attribuzione del potere di scelta a singole parti o a gruppi ristretti, la dilazione dei tempi di risoluzione propri del meccanismo collegiale⁵⁰. Ciò determina, di fatto, un doppio livello decisionale, i cui rappresentanti interagiscono con frequenza e modalità diverse a seconda delle materie oggetto di definizione.

Nell'esaminare la rilevanza sotto il profilo tributario della ripartizione di competenze derivante da attribuzioni agli amministratori delegati o al comitato esecutivo, si consideri innanzitutto l'influsso del dettato normativo civilistico e delle relative interpretazioni dottrinali⁵¹.

In base al dettato dell'art. 2381 c.c., i delegati: a) curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa (art. 2381 comma 5); b) redigono i piani strategici per la gestione della società (attribuzione desumibile dal dettato dell'art. 2381 comma 3). Nel volere ricondurre l'analisi delle decisioni che determinano il radicamento della residenza fiscale di una persona giuridica al luogo di origine delle scelte strategiche di alto livello, si ritiene quindi necessario esaminare le modalità di applicazione delle seguenti attribuzioni previste dalla norma: le due sfere di competenza sembrano infatti rientrare appieno nell'ambito della direzione *strategica* d'impresa, presupposto cardine per il riconoscimento

[39] G. Marino, M. Marzano e R. Lupi (2008), *La residenza delle società e controllo tra schemi OCSE ed episodi giurisprudenziali interni*, in *Dialoghi tributari*, n. 3/2008, p. 96.

[40] G. Marino (2008), *La relazione di controllo nel diritto tributario: analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, p. 306.

[41] E. Simonetto (1976), *Delle società*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, p. 389.

[42] Fondazione Centro Studi U.N.G.D.C., Circolare n. 7 del 20 maggio 2009.

[43] OCSE (2003), *Place of Effective Management Concept: Suggestions for Changes to the OECD Model Tax Convention*, § 7.

[44] OCSE (2003), *Place of Effective Management Concept: Suggestions for Changes to the OECD Model Tax Convention*, § 7.

In tal senso si riporta di seguito l'esempio fornito da Giua e Marinelli: "si pensi a una società estera che, tramite un *executive officer* operante in Italia, richiede un parere a un professionista italiano su una questione non a carattere locale. Se il consiglio di amministrazione estero approva formalmente la decisione presa dall'*executive officer* sulla base di tale consulenza, in tal caso ben difficilmente potrà dubitarsi in merito alla residenza fiscale italiana della società estera". Si veda C. Marinelli, M. Giua (2007), *L'esterovestizione delle società di capitale italiane*, p. 87.

[45] G. Marino (1999), *La residenza nel diritto tributario*, pp. 120-121.

[46] Assonime, Circolare nr. 67 del 31 ottobre 2007. Anche Marino riconosce come "i menzionati soggetti sono depositari di una professionalità propria, che investe la conoscenza della normativa locale sulla redazione delle scritture contabili e gli obblighi di natura tributaria, la disponibilità di rapporti privilegiati con i necessari interlocutori locali della società o ente (...) che consente loro di rendere alla società o ente un servizio di carattere non fungibile, rispetto alla professionalità e competenza che potrebbe offrire un eventuale amministratore di residenza italiana". Si veda G. Marino (1999), *La residenza nel diritto tributario*, pp. 122. Opinione concorde è quella di Stevanato, per il quale, ad esempio, è "normale e vantaggioso un (...) diretto collegamento con uno studio legale". Si veda D. Stevanato (2008), *Prova dell'esterovestizione e luogo di effettuazione delle notifiche: viene prima l'uovo o la gallina?*, in *GT - Rivista di giurisprudenza tributaria*, n. 5/2008, p. 439.

[47] Agenzia delle Entrate, *L'esterovestizione della residenza fiscale*, in *Fisco Oggi - Rivista telematica dell'Agenzia delle Entrate*, 7 luglio 2003. In questo senso anche Assonime, la quale rileva la necessità che "gli uffici amministrativi siano intesi non in senso materiale, ma sostanziale, escludendosi, ad esempio, che tale presupposto possa configurarsi quando si faccia ricorso a studi professionali o società di servizi e ciò non soltanto quando essi siano utilizzati per la mera domiciliazione della sede, ma anche quando siano designati quali amministratori del soggetto estero: operando, infatti, tali studi e società di servizi per una pluralità di clienti e limitandosi a svolgere un'attività di replica di decisioni assunte altrove, dovrebbe più correttamente aversi riguardo al luogo in cui l'attività direzionale è realmente svolta". Si veda Assonime, Circolare nr. 67 del 31 ottobre 2007. Anche la giurisprudenza di legittimità si è pronunciata in tal senso, rilevando che "la sede effettiva non coincide (...) con il luogo dove si trova un recapito della persona giuridica ovvero una persona che genericamente ne curi gli interessi o sia addetta o preposta ad uffici di rappresentanza, dipendenze o stabilimenti, ma si identifica con il luogo dove si svolge la preminente attività direttiva ed amministrativa dell'impresa". Si veda Corte di Cassazione, Sentenza nr. 3910 del 9 giugno 1988.

[48] Assonime, Circolare nr. 67 del 31 ottobre 2007.

[49] G. Corasaniti, P. De' Capitani (2007), *La nuova presunzione di residenza fiscale dei soggetti IRES*, in *Diritto e pratica tributaria*, Vol. I, p. 103.

[50] In questo senso Salafia, per il quale "la delegazione delle funzioni proprie del consiglio di amministrazione è un istituto classico del nostro ordinamento, e non solo di esso, elaborato allo scopo di conciliare l'interesse dei soci ad una direzione collegiale della gestione dell'impresa con quello della efficienza e duttilità della direzione stessa. È, infatti, evidente che la collegialità della gestione delle imprese, se risponde all'esigenza di adeguata ponderazione delle decisioni, ne ostacola la tempestività; donde, la delega ad organismi più semplici e più rapidi nella decisione serve, appunto, per correggere la necessaria lentezza della direzione collegiale dell'impresa". Si veda V. Salafia (2004), *Gli organi delegati nell'amministrazione delle s.p.a.*, in *Le società*, n. 11/2004, p. 1235.

[51] Articolo 2381 c.c. - "Amministrazione della società": "Salvo diversa previsione dello statuto, il presidente convoca il consiglio di amministrazione, ne fissa l'ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri. Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti. Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione. Non possono essere delegate le attribuzioni indicate negli articoli 2420 ter, 2423, 2443, 2446, 2447, 2501 ter e 2506 bis. Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi (1), sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate. Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società".

della sede dell'amministrazione.

Posto il silenzio della norma sul tipo di delega necessaria a far scaturire la responsabilità circa il loro svolgimento, l'inquadramento di tali compiti quali *obblighi* per gli organi delegati è oggetto di ampia discussione. Secondo certa dottrina, una delega, anche ristretta a determinate competenze, comporterebbe automaticamente un corrispondente onere di cura dell'assetto societario, per quanto modulato in funzione della materia assegnata; in altri termini, sembrerebbe attribuirsi in ogni caso agli organi delegati la cura dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, in quanto, secondo questo filone interpretativo, la norma è interpretabile nel senso che l'attribuzione di un «segmento» (più o meno ampio) del potere gestorio agli organi delegati comporterebbe «automaticamente» la delega della predisposizione degli assetti territoriali amministrativi, organizzativi e contabili relativi a tale segmento⁵². Altri Autori, appartenenti alla corrente maggioritaria, tendono tuttavia a disconoscere la validità di tale interpretazione, in quanto ritengono come tale soluzione non si adatti all'obbligo in discorso, posto che l'assetto organizzativo dell'impresa sociale non può che essere il risultato di un disegno unitario e non la sommatoria di decisioni parziali provenienti da soggetti diversi⁵³.

L'orientamento prevalente tende quindi a escludere la possibilità di riconoscere la responsabilità per l'adempimento di tali funzioni in tutti i casi in cui i delegati non vengano investiti di delega «piena». Ne deriva pertanto come, in caso di delega parziale, l'obbligo di curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia adeguato ritorni al consiglio di amministrazione, il quale, come di regola, potrà assolverlo direttamente o, in alternativa, farne oggetto di apposita delega. Allo stesso modo, anche la responsabilità circa la redazione di piani strategici va intestata unicamente a chi sia titolare di una delega «piena»⁵⁴, anche alla luce del dettato normativo il quale non prevederebbe automatiche attribuzioni di tale obbligo dal momento che tali piani sono «esaminati» dal consiglio «quando elaborati» dai delegati.

Posto che la responsabilità per l'espletamento dei compiti in oggetto sia da attribuirsi agli organi delegati solo nell'ambito di una delega comprensiva di tutte le funzioni gestorie – con esclusione di quelle attribuite al consiglio *ex lege* ai sensi dell'art. 2381 comma 4 – per delineare compiutamente l'influsso di tali attribuzioni nel riconoscimento della sede dell'amministrazione a fini tributari risulta tuttavia necessario operare, nel rispetto del principio di «*substance over form*», un supplemento d'analisi volto ad analizzare il ruolo dei due livelli decisionali in quest'ultima fattispecie; ciò in ragione del fatto che, al fine di coinvolgere il consiglio delegante nel processo decisionale, la legge prevede infatti l'obbligo di informazione, da parte dei delegati, sulle operazioni gestionali di maggior rilievo. Il coinvolgimento «attivo» dei deleganti in sede decisionale è sostenuto da larga parte della dottrina. L'obbligo di comunicazione si sostanzierebbe infatti in un interpello *ex ante* circa le decisioni oggetto di delega, convincimento sostenuto per logica in quanto, contrariamente, l'informazione in questione non differirebbe da quelle comprese necessariamente nel rapporto sull'andamento generale della gestione sottoposto periodicamente alla valutazione dei delegati⁵⁵. In merito al ruolo effettivamente svolto dai delegati in tale processo decisionale, l'interpretazione prevalente riconosce, in capo al consiglio, un onere di valutazione e comunicazione ai delegati del proprio giudizio⁵⁶, compito da non considerarsi tuttavia inteso in senso allargato, ossia comprendente anche l'approvazione di semplici progetti ma, come sostenuto in dottrina, consistente unicamente nella revisione di atti formalmente già perfetti, solo finalizzata ad attivare eventuali interventi correttivi⁵⁷. In merito a tali atti, il consiglio d'amministrazione svolge quindi meramente il ruolo di soggetto ratificatore, intervenendo in maniera sostanziale solamente per l'apporto di modifiche.

Su queste basi si può quindi concludere che, nel mantenimento della centralità delle decisioni strategiche per il riconoscimento della residenza fiscale, la sede dell'amministrazione andrà individuata preferibilmente nel luogo in cui gli organi investiti di delega *piena* svolgono le proprie funzioni, richiamando in tal senso anche le conclusioni presentate al precedente paragrafo in merito alla rilevanza del luogo da cui promanano le decisioni di alto livello. Restano tuttavia esclusi il caso in cui il consiglio trascenda il proprio ruolo di soggetto ratificatore, tramite l'apporto di emendamenti rilevanti, o il caso in cui quest'ultimo riavochi

a sé ogni decisione al riguardo ai sensi dell'art. 2381 comma 3.

Nell'esaminare compiutamente i riflessi sul piano della residenza fiscale dell'istituto della delegazione, va tuttavia rilevato come parte della dottrina abbia elaborato una seconda forma di definizione del rapporto tra le due tematiche, sganciando il collegamento dall'ambito delle decisioni strategiche e riconoscendo invece, quale criterio determinante, l'attribuzione di deleghe riguardanti l'*ordinaria amministrazione* della società.

Secondo autorevole dottrina, le decisioni inerenti l'*ordinaria amministrazione* riguardano «*quel complesso di decisioni che non possono essere differite senza compromettere la sopravvivenza dell'impresa e quelle attività gestorie che devono necessariamente essere svolte perché l'impresa possa continuare a funzionare*». In altri termini, dunque, dando rilevanza a tale categoria di decisioni «*si privilegia la necessità, l'urgenza e lo scopo dell'atto, in rapporto alla conservazione della funzionalità dell'impresa, rispetto alla sua rilevanza economico-quantitativa*»⁵⁸. Date tali caratteristiche, secondo alcuni Autori qualora vi siano delle deleghe per l'*ordinaria amministrazione* a favore di uno o più amministratori, ai fini della localizzazione della sede effettiva si dovrebbe preferire il luogo in cui tale delega è adempiuta, in considerazione del fatto che i compiti delegati hanno tendenzialmente una ripetitività temporale più idonea a stabilire l'esistenza del collegamento territoriale rispetto alle scelte di straordinaria amministrazione – che rimangono di competenza dell'organo delegante – caratterizzate da frequenza episodica⁵⁹.

L'associazione della residenza fiscale al luogo di adempimento della delega per l'*ordinaria amministrazione* attribuisce quindi rilevanza all'attività di gestione quotidiana (*day to day management*), anche in funzione della maggior affinità di quest'ultima con il terzo criterio che determina lo *status* di residente, ovvero l'oggetto principale dell'attività sociale. Non mancano tuttavia interpretazioni in tal senso basate su considerazioni più stringenti: anticipando argomenti che saranno trattati in seguito, la rilevanza della delega per l'*ordinaria amministrazione* tenderebbe infatti a sofferire il fatto che il riferimento al luogo dove gli amministratori adottano collegialmente le decisioni è in molti casi insoddisfacente, essendo un criterio di connessione territoriale facilmente manipolabile, quando non addirittura aleatorio o inefficace⁶⁰.

Questo secondo filone dottrinale non conduce tuttavia ad automatiche prescrizioni per il riconoscimento della residenza fiscale. Da esso deriva infatti come, in questi casi, la soluzione per la localizzazione della sede dell'amministrazione non può che essere il frutto di un'analisi a posteriori che, pur privilegiando in astratto l'elemento qualitativo, tenga conto tanto del numero e del contenuto degli atti gerarchici superiori quanto del numero e del contenuto degli atti gerarchicamente inferiori⁶¹. Nel dare rilevanza alle deleghe per l'*ordinaria amministrazione*, ai fini del riconoscimento della sede effettiva andranno pertanto confrontate, sul piano della frequenza e della sostanza, le risoluzioni poste in essere dai due livelli decisionali.

La problematica della compresenza di diversi livelli decisionali riguarda, altresì, fattispecie in cui le scelte gestionali hanno origine dal concorso d'azione di organi amministrativi appartenenti a entità giuridicamente distinte. È questo il caso di persone giuridiche costituite in Paesi diversi da quello di una capogruppo a cui spetti la direzione unitaria delle stesse in termini di coordinamento amministrativo, finanziario e di controllo gestionale interno.

Sul piano del riconoscimento della residenza fiscale della controllata, la sottoposizione ad attività di direzione e coordinamento da parte della controllante assume aspetti di notevole criticità: come esposto da autorevole dottrina, infatti, l'istituto si traduce nella trasposizione, entro la controllata, di decisioni prese al di sopra di essa, all'interno della controllante, trasposizione riferita non solo alle deliberazioni assembleari, ma anche a quelle dell'organo amministrativo⁶². Come evidenziato da taluni Autori, i riflessi di questa situazione sull'individuazione della residenza fiscale sono senz'altro rilevanti. Se si accetta la tesi secondo cui la sede dell'amministrazione è localizzata dove sono elaborati i piani generali di un ente, si potrebbe infatti giungere alla conclusione che la sede della capogruppo si configuri come «*place of effective management*», in quanto la controllante ivi esercita, tramite le delibere del proprio consiglio, un potere d'indirizzo strategico, stabilendo cosa deve fare ciascuna società sottoposta al suo controllo (e, talvolta, come lo deve fare) influenzando quindi, in misura più o meno ampia, le scelte della società controllate

[52] O. Cagnasso (2003), *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Le società*, n. 6/2003, p. 802.

[53] M. Irrera (2005), *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, p. 259.

[54] P. Abbadessa (2006), *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 2, pp. 496-498.

[55] V. Salafia (2004), *Gli organi delegati nell'amministrazione delle s.p.a.*, in *Le società*, n. 11/2004, p. 1328.

[56] Si veda, fra tutti V. Salafia (2004), cit. pp. 1327-1328. Per quanto attiene la reportistica riguardante l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, secondo l'Autore «la comunicazione è prescritta perché il consiglio proceda a una valutazione, la quale non può ovviamente rimanere nell'ambito del consiglio, perché, riguardando atti della gestione compiuta dai delegati, a questi deve essere comunicata». Anche al riguardo dei piani di strategia industriale e finanziaria «il consiglio, avuta notizia, dovrà esprimere ai delegati la propria valutazione». In quest'ultimo caso, infatti, la legge al riguardo prescrive al consiglio non la valutazione, ma solo l'esame; tuttavia non si può non condividere l'interpretazione contraria all'assegnare al concetto di «esame» la lettura dei piani senza l'espressione di una valutazione; va da sé, infatti, come «d'altra parte la loro prescritta comunicazione al consiglio non avrebbe alcun senso, se non fosse diretta a stimolare la suddetta valutazione».

[57] P. Abbadessa (2006), *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 2, p. 498. L'Autore rileva che «sembra difficile dilatare il significato di «esaminare» sino al punto di ricomprendervi l'atto deliberativo propriamente inteso, tanto più che in una delle bozze preparatorie della legge delega i redattori si erano dati cura di far seguire al verbo «esamina» il verbo «approva», successivamente scomparso nel testo definitivo».

[58] In definitiva, la nozione di ordinaria amministrazione «può essere assimilata a quella di «gestione corrente», ovvero «la sfera irriducibile del potere gestorio dell'amministratore» volta a «garantire la sopravvivenza e la conservazione della capacità produttiva dell'impresa». Si veda V. Calandra Buonauro (1991), *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 4, pp. 123-124. Per lo stesso Autore, gli atti di straordinaria amministrazione sono invece definibili come «gli atti che, in considerazione della loro importanza e delle finalità perseguite, assumono carattere di eccezionalità rispetto alla normale gestione del tipo d'impresa di cui si tratta: quelli che comportano per la società il pericolo di diminuzione dell'integrità del patrimonio; gli atti diretti a modificare la struttura o ad alterare la consistenza del patrimonio amministrato, nonché – quando non s'identificano già con i precedenti – gli atti rivolti ad assumere rischi che non possono considerarsi normali per il tipo di gestione considerato; quelli che modificano le strutture economico-organizzative dell'impresa».

[59] Fondazione Centro Studi U.N.G.D.C., Circolare n. 7 del 20 maggio 2009.

[60] A.M. Gaffuri, S. Covino (2006), *Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società holding*, in *Dialoghi di diritto tributario*, n. 1/2006, pp. 77-78. Secondo gli Autori «per restituire piena validità al criterio [della sede dell'amministrazione] (...) si può e si deve tenere conto della facoltà concessa al consiglio di amministrazione di delegare le sue attribuzioni. Se i poteri trasferiti sono significativi sotto il profilo decisionale e della rappresentanza verso i terzi, è configurabile un legame saldo con lo Stato qualora – a prescindere dal luogo in cui si svolgono le adunanze consiliari – ivi esercitano le funzioni direttive assegnate al comitato esecutivo o l'amministratore delegato».

[61] G. Marino (1999), *La residenza nel diritto tributario*, p. 131.

[62] F. Galgano (2004), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. XXIX, p. 173.

soggette ad attività di direzione e coordinamento⁶³.

Tale conclusione non è stata tuttavia fatta propria dalla dottrina dominante. Per comprendere tale orientamento si considerino, *in primis*, le caratteristiche dell'istituto della direzione e coordinamento. Premesso che, vista nel contesto dell'intero iter di gestione dell'attività della controllata, l'attività di direzione e coordinamento costituisce unicamente una fase preliminare, in quanto definisce, tramite l'individuazione degli obiettivi fondamentali, la cornice entro cui può esercitarsi l'azione delle controllate operative, vanno inoltre evidenziati i riflessi, sul piano d'analisi qui in oggetto, del carattere generale delle disposizioni e della loro sostanziale interpretabilità. Considerato infatti che le società controllate traducono le direttive che ricevono dalla controllante in specifiche attività di produzione o di scambio, ne deriverebbe come gli amministratori della controllata non sono mandatarî degli organi della controllante, ma fruisciono, al contrario, di una propria ed esclusiva competenza ad amministrare la società⁶⁴.

Come riportato da alcuni Autori, inoltre, molto spesso il rapporto collaborativo che viene a crearsi tra i due organi amministrativi tende a sbiadire il carattere prescrittivo degli indirizzi strategici, portando a una difficile individuazione dell'origine effettiva delle massime volontà aziendali. È stato infatti rilevato come, nella normalità dei casi, il rapporto fra i due ordini di organi di amministrazione è un rapporto dialettico, fatto cioè di reciproca persuasione, di rettifica degli originali punti di vista, di finale accettazione delle direttive rettificative. Questo rapporto dialettico si manifesta, oltre che nei diretti contatti fra *managers* della controllante e delle controllate, anche nella prassi dei grandi gruppi di periodiche riunioni di un informale organo di gruppo, che nei gruppi internazionali è detto «*group board*», al quale partecipano presidenti esecutivi e amministratori delegati della holding e delle controllate (o delle sub-holding) e nelle quali le linee strategiche del gruppo vengono poste a confronto con le concrete possibilità operative, di ordine finanziario, industriale o commerciale, delle singole controllate. Nel corso di queste riunioni, delle quali vengono tenuti verbali, le direttive della holding finiscono con il perdere il carattere di una superiore imposizione, rivelandosi frutto dell'apporto dato alla loro elaborazione anche da parte di coloro che dovranno eseguirle⁶⁵.

Sulla base di tali evidenze la stessa OCSE, nell'interpretare la propria *tie breaker rule*, giunge quindi alla conclusione per cui, sebbene la presenza di una controllante che definisca le scelte strategiche chiave del gruppo possa configurare fattispecie tale da attribuirle lo status di «*place of effective management*» per tutte le società appartenenti al gruppo, in tali circostanze le decisioni dovranno avere natura di maggior dettaglio rispetto alle normali politiche di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività delle singole controllate⁶⁶. Allo stesso modo, nella dottrina italiana risulta sostanzialmente condiviso il convincimento per cui, in tali circostanze, la sede dell'amministrazione sia da riconoscersi nel luogo nel quale si attende alla gestione concreta e giornaliera dell'ente, traducendo in pratica le direttive programmatiche fornite dal consiglio di amministrazione della capogruppo. In altri termini, in tali circostanze la sede amministrativa va individuata nel luogo in cui le persone munite del potere di comando e di rappresentanza esercitano tale potere, risolvendo i problemi pratici e giuridici legati allo svolgimento dell'attività produttiva, stipulando i contratti e compiendo gli atti indispensabili per consentire all'ente di svolgere concretamente la propria attività⁶⁷.

Il principio appare sostanzialmente analogo a quello – poco prima esposto – concernente l'attribuzione di rilevanza all'attività di ordinaria amministrazione svolta dagli organi delegati. Lo svolgimento di queste attività implica infatti un impegno assiduo, una disponibilità e una dedizione costanti che, in situazioni di incertezza quale quella qui in oggetto, meglio danno evidenza di quel carattere di continuità che, come visto in precedenza, è presupposto fondamentale per il

riconoscimento della sede dell'amministrazione. A questo scopo va infatti fatta menzione del fatto che la funzione di indirizzo si estrinseca e si esaurisce nel coordinamento delle strutture che vi sono soggette, attraverso l'elaborazione di un piano d'azione generale. Una volta fornite le indicazioni necessarie alle unità operative, l'attività di direzione e coordinamento ha raggiunto il suo scopo.

Da ultimo si rileva il caso in cui l'amministrazione della società sia affidata ad altra persona giuridica. Di recente, infatti, si riscontrano sempre maggiori consensi in dottrina al riguardo della possibilità che l'incarico di amministratore sia svolto da parte di altra società di capitali. Come evidenziato da diversi Autori, a dare nuovo impulso a tale corrente dottrinale hanno contribuito sia le recenti interpretazioni del combinato disposto del novellato comma 2 dell'articolo 2361 c.c. e dell'articolo 111 duodecies delle disposizioni attuative del c.c., sia l'introduzione della disciplina della Società Europea (articolo 47.1 Regolamento UE 2157/2001), sia l'articolo 5 del D. Lgs. 240/1991 in tema di GEIE⁶⁸. Tali argomentazioni vanno a rafforzare un orientamento già fondato su precedenti asserzioni, le quali, fondamentalmente, contrastavano la tesi negazionista dell'inammissibilità di tale costruzione, quest'ultima fondata sul presunto spossamento, a danno dei soci dell'impresa amministrata, del potere decisionale circa la nomina del soggetto amministrante⁶⁹.

Nel ritenere ammissibile la soluzione qui in oggetto⁷⁰, anche in questo caso vanno rilevate le influenze, sul piano dell'individuazione del «*place of effective management*», derivanti da una sua concreta applicazione. Posto come, secondo dottrina, in tal caso pare doversi far riferimento all'operare degli amministratori della società amministratrice⁷¹, si segnalano infatti alcune criticità applicative legate a incertezze tutt'ora presenti in materia, su tutte quelle inerenti all'obbligo d'individuazione delle persone fisiche tenute a svolgere effettivamente l'incarico e quelle inerenti la loro necessaria appartenenza all'organo amministrativo della società amministrante.

Per quanto attiene il primo punto, va segnalata la discordia in dottrina sulla necessità che la persona giuridica nominata amministratore provveda, a sua volta, a designare *ab initio* una persona fisica destinata a ricoprire effettivamente l'incarico nella società amministrata. Mentre certa parte – la cui interpretazione è stata fatta propria anche dal notariato – propugna la necessaria designazione di un «rappresentante persona fisica», che eserciti le funzioni di amministrazione, rendendosi quindi assai dubbia la compatibilità di una pluralità di designati⁷², altra corrente sostiene invece come, fermo restando che lo svolgimento in concreto delle funzioni di amministrazione esige la mediazione di una persona fisica, non vi sia alcuna necessità che questa mediazione passi attraverso la designazione di un rappresentante *ad hoc* e non resti invece affidata ai normali meccanismi che presiedono all'azione dei soggetti non persone fisiche⁷³.

In quest'ultimo caso, va da sé come ovvie difficoltà potrebbero quindi insorgere qualora le scelte strategiche provengano, di volta in volta, da diversi componenti della società amministrante, vuoi perché non sussiste una chiara ripartizione delle competenze vuoi perché, come riportato in dottrina, la persona fisica amministrante potrebbe essere sostituita senza che questo provochi la decadenza del rapporto⁷⁴.

Posta a ogni modo l'ineliminabile premessa per cui l'esercizio della carica spetti a soggetti titolari del potere di agire in nome e per conto della società amministratrice, ulteriore profilo di dubbio riguarda la sussistenza della possibilità, per quest'ultima, di gestire la società amministrata anche a mezzo di terzo mandatario o se, diversamente, la persona giuridica incaricata sia tenuta a operare unicamente attraverso i suoi organi amministrativi.

Anche in questo frangente, infatti, se per certa dottrina la persona giuridica dovrebbe esercitare le funzioni assegnate attraverso il proprio organo

[63] A.M. Gaffuri, S. Covino (2006), *Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società holding*, in Dialoghi di diritto tributario, n. 1/2006, p. 80.

Il fenomeno è messo in luce anche dall'art. 2497 ter c.c. Art. 2497 ter, c.c. – “Motivazione delle decisioni”: “Le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione. Di esse viene dato adeguato conto nella relazione di cui all'articolo 2428”.

[64] F. Galgano (2004), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. XXIX, pp. 173-174.

[65] F. Galgano (2005), *La globalizzazione nello specchio del diritto*, pp. 165-166.

[66] OCSE (2003), *Place of Effective Management Concept: Suggestions for Changes to the OECD Model Tax Convention*, § 7.

[67] A.M. Gaffuri, S. Covino (2006), *Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società holding*, in Dialoghi di diritto tributario, n. 1/2006, p. 80. In altri termini anche l'U.N.G.D.C., secondo cui “la sede di direzione effettiva non potrà essere intesa come il luogo in cui vengono prese le decisioni strategiche, in quanto tali decisioni vengono assunte a livello della capogruppo (...), ma dovrà essere interpretato come il luogo in cui vengono assunte le decisioni relative all'amministrazione propria dell'ente, che in una società appartenente a un gruppo societario, si limitano tendenzialmente alla «gestione e direzione quotidiana». Si veda Fondazione Centro Studi U.N.G.D.C., Circolare n. 7 del 20 maggio 2009.

[68] Si vedano, fra i tanti A. Mauro (2007), *Gli amministratori*, Quaderno Eutekne n. 80/2007, § 1.2., Consiglio Notarile di Milano (2007), *Massima n. 100 – Amministratore persona giuridica di società di capitali*, P. Galimi (2008), *Persona giuridica come amministratore di srl: vantaggi e limiti*, in Diritto e pratica delle società, n. 20/2008, pp. 34-37, A. Nigro (2007), *Note in tema di persona giuridica amministratore di società*, in Rivista di diritto societario, n. 1/2007, pp. 12-16.

[69] Già anteriormente alla riforma del diritto societario, Caselli affermava, in merito all'esautoramento dell'assemblea della società amministrata, che “la conclusione suona un po' di petizione di principio: se si ammettesse infatti che i soci possano accordare la loro fiducia ad una persona giuridica – considerata in tutti i suoi elementi identificanti, ivi comprese le sue regole di decisione e di azione – dovrebbe anche convenirsi che, nominandola o revocandola, essi, lungi dall'essere esautorati esercitano i poteri previsti dall'art. 2383, essendo indifferente chi, in concreto, venga prescelto, in applicazione delle regole che la contraddistinguono, per darle voce”. Si veda G. Caselli (1994), *Vicende del rapporto di amministrazione*, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 4, p. 28. Dello stesso parere Busani, per il quale “operare un discrimine (cioè impedire a un soggetto diverso da una persona fisica di amministrare una società) fondandosi sulla base del diverso processo decisionale che esplica il soggetto destinato alla nomina (procedimento, a sua volta, condizionato dalla natura, fisica o giuridica, del soggetto che deve spiegarlo) non appare pertanto argomento dotato di fondatezza”. Si veda A. Busani (2007), *Nomina di persone giuridiche alla carica di amministratore di società di capitali*, in Contabilità, finanza e controllo, n. 4/2007, p. 350.

[70] Si rileva che già dal 2006 il Registro delle Imprese di Milano ha posto in essere la fattispecie, iscrivendo atti costitutivi di srl aventi quale organo amministrativo una persona giuridica. Si veda A. Busani, *Società con meno vincoli*, in Il Sole 24 Ore, 5.9.2006, p. 30.

[71] G. Corasaniti, P. De' Capitani (2007), *La nuova presunzione di residenza fiscale dei soggetti IRES*, in Diritto e pratica tributaria, 2007, Vol. I, p. 105.

[72] Consiglio Notarile di Milano (2007), *Massima n. 100 – Amministratore persona giuridica di società di capitali*.

[73] A. Nigro (2007), *Note in tema di persona giuridica amministratore di società*, in Rivista di diritto societario, n. 1/2007, p. 15. Secondo l'Autore la designazione *ab initio* di una persona fisica destinata a ricoprire l'incarico nella società amministrata “da un lato, non è soddisfacente e, dall'altro, non è indispensabile. Non è soddisfacente, perché, se agevola la imputazione (almeno in «prima battuta») degli obblighi, dei doveri e delle responsabilità inerenti alla carica di amministratore riferendoli ad una persona fisica determinata e favorisce d'altra parte la certezza delle situazioni giuridiche nei rapporti con i terzi, lascia in un pesante cono d'ombra, denso di incognite, sia i rapporti fra società «amministrata» ed ente «amministrante» (sul piano, per esempio, della responsabilità di quest'ultimo) sia, anche, il rapporto fra ente amministrante e persona fisica da questo designata (in termini, per esempio, di individuazione dell'organo competente alla designazione o di facoltà di revoca della designazione, ecc.). Non è indispensabile, perché, una volta ammesso che, in principio, una persona giuridica possa essere nominata amministratore di una società, non vi è nessuna ragione di escludere che l'esercizio in concreto della funzione di amministrazione possa competere ai soggetti persone fisiche attraverso i quali quella persona giuridica, secondo l'ordinamento proprio di essa, normalmente agisce (trattandosi di società: presidente, amministratore delegato, ecc.)”.

[74] Sul punto si segnalano Rizzini Bisinelli e Lopatriello, per i quali “anche se la persona fisica legale rappresentante della società-amministratore dovesse decadere, cessare, essere revocata o comunque essere sostituita dall'assemblea della società amministratore, la società amministrata non sopporterebbe una mutazione dei propri amministratori. Infatti, quand'anche l'identità della persona fisica legale rappresentante della persona giuridica-amministratore mutasse, la volontà e gli indirizzi gestionali espressi nel consiglio di amministrazione della società amministrata sarebbero sempre e comunque imputabili alla persona giuridica amministratrice”. Si veda S. Rizzini Bisinelli, S. Lopatriello (2000), *Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione*, in Le Società, n. 9/2000, pp. 1171 e ss.

amministrativo⁷⁵, altra parte sostiene, al contrario, la ragionevolezza della designazione di una persona appartenente all'organizzazione in senso lato, rientrante cioè nel concetto degli «ausiliari dell'imprenditore», tra cui le figure dell'istitutore del procuratore e del commesso⁷⁶. Anche in tal caso, la tesi allargata comporterebbe comprensibili complicazioni ai fini dell'individuazione della sede effettiva, anche solo per il fatto che tali soggetti «ausiliari» non sono tenuti a deliberare le proprie decisioni.

3.3. L'impatto tecnologico sull'efficacia del criterio. Dove da qui?

Da quanto finora esposto risulta evidente come l'immaterialità dell'attività amministrativa comporti un rilevante fattore di complessità nell'attribuzione della paternità delle scelte imprenditoriali, da cui può derivare, di riflesso, un ostacolo al riconoscimento della fonte delle scelte determinanti l'attribuzione della residenza fiscale. Nella concreta applicazione del criterio, gli sviluppi tecnologici dell'ultimo ventennio hanno inoltre aggiunto, agli aspetti di criticità riassunti in precedenza, nuovi fattori da considerarsi come «variabili» della già complessa «equazione» per la determinazione della sede dell'amministrazione. Ci si riferisce, in questo senso, alla mobilità veloce e al progresso informatico, fattori che hanno portato, come sostenuto da alcuni Autori, a considerare il criterio della sede dell'attività amministrativa come sostanziale «in apparenza», posto che il loro crescente utilizzo consente di collocare detta attività nel luogo giudicato più conveniente sotto il profilo fiscale, arrivando persino a rendere del tutto evanescente il luogo dove questa viene esercitata⁷⁷.

La facilità di spostamento incide in maniera rilevante soprattutto nei casi in cui l'oggetto sociale consista unicamente nell'amministrazione e nella gestione del patrimonio della persona giuridica. Come rilevato da certa dottrina, infatti, tali attività sono spesso istantanee – nel senso che possono non richiedere attività preparatorie o successive – tali per cui la localizzazione del luogo ove esse siano state formate può essere semplicemente impossibile. In tali circostanze la stretta applicazione del criterio della sede di direzione effettiva mostra quindi limiti evidenti, in quanto lascia sostanzialmente libero il contribuente di decidere dove localizzare la residenza societaria al solo costo di un viaggio aereo o ferroviario⁷⁸. Come confermato da altri Autori, infatti, l'istantaneità decisionale comporta come la presenza di documenti probatori idonei a dimostrare che gli amministratori italiani, sistematicamente, si trasferiscono, si riuniscono presso la sede sociale estera, deliberano e, in seguito, rientrano in Italia, si potrebbe concretamente affermare che la sede dell'amministrazione della società sia effettivamente ubicata all'estero⁷⁹.

Anche l'OCSE sottolinea tale criticità, rilevandone finanche le estreme conseguenze nei casi in cui amministratori itineranti prendano decisioni durante la visita a sedi sociali ubicate in diversi Paesi – o, addirittura, nel corso di voli aerei di trasferimento – o nei casi in cui un *board* multinazionale programmi le proprie riunioni a rotazione presso le diverse sedi aziendali⁸⁰.

Allo stesso modo, anche la facilità di configurazione di videoconferenze comporta notevoli conseguenze in termini d'individuazione fisica del luogo di riunione giuridicamente rilevante⁸¹. A questo riguardo l'OCSE rileva infatti come in tali casi il «*place of management*» andrebbe individuato in ciascuna giurisdizione in cui siano presenti gli amministratori all'atto della delibera, in quanto risulterebbe difficile, se non impossibile, riconoscere un particolare luogo quale centro in cui debba considerarsi tenuto il consiglio⁸². In simili circostanze, per l'identificazione del luogo si potrebbe fare riferimento a certa giurisprudenza che, in tema di omologazione di statuti prevedenti adunanze

telematiche del consiglio di amministrazione, si è pronunciata nel senso che la riunione debba considerarsi tenuta nel luogo in cui si trovano simultaneamente presidente e segretario del consiglio d'amministrazione⁸³. Nei casi in cui lo scopo dell'analisi sia l'individuazione della sede effettiva, tale soluzione non pare tuttavia soddisfacente e ciò sulla scia delle considerazioni precedentemente esposte in tema di analisi «*substance over form*».

Sulla scorta di tali evidenze si è fatta strada in misura via via crescente la consapevolezza che le innovazioni qui accennate minino l'efficacia del criterio del «*place of effective management*». Come da taluni affermato, pertanto, nel voler garantire la sostanzialità del criterio della «sede effettiva», non si potrà ritenere sufficiente, ai fini di verifica, la sola individuazione del luogo in cui si sono svolte le riunioni dei soggetti che amministrano l'ente, quand'anche tale pratica fosse possibile, in quanto la sola valorizzazione di questi elementi comporterebbe, data la facilità di trasferimento dei soggetti e la possibilità forme di riunione a distanza, la possibilità per il contribuente di localizzare a piacimento il proprio «*place of effective management*»⁸⁴.

In risposta a tali inefficienze emergenti la dottrina propone diverse soluzioni: nel caso di inapplicabilità del criterio della sede dell'amministrazione taluni propongono per l'assegnazione di rilevanza all'intensità del legame azienda-Paese⁸⁵; secondo altra dottrina, invece, la sede effettiva sarebbe riconducibile in via presuntiva al luogo di residenza delle persone fisiche che amministrano la società⁸⁶.

Tali soluzioni sono state messe in luce, in forma più sistematica, anche dall'OCSE, la quale ha evidenziato aspetti di criticità nell'applicazione del criterio del «*place of effective management*» – finora considerato come *tie breaker rule* dirimente i casi di doppia residenza fiscale – e la conseguente necessità di correttivi metodologici. A partire dal 2001 l'organismo sta infatti analizzando la possibilità di considerare ulteriori riferimenti nei casi in cui l'applicazione del criterio conduca all'ottenimento di risultati insoddisfacenti. In questo senso sono al vaglio, fondamentalmente, due linee guida, entrambe volte ad allargare le maglie della *tie breaker rule* al fine di ricomprendervi ulteriori elementi discriminanti⁸⁷. La prima consiste in un «raffinamento» del concetto di «*place of effective management*», ovvero l'introduzione di interpretazioni alternative al fine di slegarlo dalla biunivocità con il concetto di sede dell'amministrazione; dovrebbero pertanto essere considerati, in aggiunta, ulteriori riferimenti quali la localizzazione e le funzioni svolte nelle sedi aziendali, le informazioni sulla localizzazione della sede effettiva contenute nella documentazione aziendale, la sede dell'incorporazione, la rilevanza delle funzioni svolte nei diversi Stati e il Paese di residenza della maggior parte degli amministratori. La seconda alternativa consiste invece nella definizione di una vera e propria gerarchia di criteri: constata l'inefficacia del criterio del «*place of effective management*» – quest'ultimo considerato nella sua interpretazione primigenia – si rivelerebbe quindi necessario applicare, in sequenza, ulteriori criteri. Nel Discussion Draft del 2003 la gerarchia proposta è la seguente:

1. *Place of effective management*;
2. Legame economico coi diversi Paesi;
3. Sede dell'incorporazione;
4. Mutuo accordo tra le Amministrazioni degli Stati contraenti.

Allo stato attuale, tuttavia, il Modello di Convenzione non ha ancora subito emendamenti. Si attendono quindi sviluppi in merito, anche alla luce dell'inevitabile influenza che eventuali revisioni eserciterebbero nell'interpretazione della normativa domestica.

[75] S. Rizzini Bisinelli, S. Lopatriello (2000), *Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione*, in *Le Società*, n. 9/2000, pp. 1171 e ss. Gli Autori sostengono infatti come «sembra doversi escludere quest'ultima possibilità sulla base della considerazione (...) che in tal caso ci sarebbe una delega delle funzioni amministrative dall'amministratore ad un terzo; ipotesi questa ritenuta pacificamente inammissibile dalla giurisprudenza quando porti ad affidare a terzi la completa direzione dell'attività sociale con un totale svuotamento dei poteri degli stessi amministratori e con una sostanziale abdicazione a favore di terzi delle loro funzioni gestorie».

[76] Consiglio Notarile di Milano (2007), *Massima n. 100 – Amministratore persona giuridica di società di capitali*.

[77] G. Zizzo (2009), *L'imposta sul reddito delle società*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, parte speciale*, p. 260-261. Ancora più incisiva la critica di Gaffuri e Covino, per i quali «il riferimento al luogo dove gli amministratori adottano collegialmente le decisioni è in molti casi insoddisfacente, essendo un criterio di connessione territoriale facilmente manipolabile quando non addirittura aleatorio o inefficace, in special modo allorché si adoperano i veloci mezzi di trasporto, di comunicazione interpersonale e di trasferimento dati e immagini messi a disposizione dalla moderna tecnologia». Si veda A.M. Gaffuri, S. Covino (2006), *Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società holding*, in *Dialoghi di diritto tributario*, n. 1/2006, p. 77.

[78] A. Manzitti (1998), *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 8/1998, Parte Quarta, p. 174.

[79] G. Marino (1999), *La residenza nel diritto tributario*, p. 120.

[80] OCSE (2001), *The Impact of the Communications Revolution on the Application of "Place of Effective Management" as a tie breaker rule – Draft for public comment*, § 43-44.

[81] Secondo l'OCSE, infatti, «if senior managers adopt conferencing through the Internet, for example, as a key medium for making management and commercial decisions and those managers are located throughout the world, it may be difficult to determine a place of effective management». Si veda OCSE (2001), *The Impact of the Communications Revolution on the Application of "Place of Effective Management" as a tie breaker rule – Draft for public comment*, § 38.

[82] OCSE (2001), *The Impact of the Communications Revolution on the Application of "Place of Effective Management" as a tie breaker rule – Draft for public comment*, § 38.

[83] Tribunale di Roma, sentenza 24 febbraio 1997. Sentenza la cui *ratio decidendi* è da attribuirsi, secondo dottrina, al fatto che «in quel luogo sia ubicato il centro propulsivo dell'attività gestionale». Si veda A.M. Gaffuri, S. Covino (2006), *Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società holding*, in *Dialoghi di diritto tributario*, n. 1/2006, p. 78.

[84] Fondazione Centro Studi U.N.G.D.C., Circolare n. 7 del 20 maggio 2009.

[85] Secondo Corasaniti e De' Capitani «in questi casi sembra ragionevole ricorrere al criterio della prevalenza o altrimenti a quello del Paese con il quale l'impresa presenta i legami più forti». Si veda G. Corasaniti, P. De' Capitani, *La nuova presunzione di residenza fiscale dei soggetti IRES*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2007, Vol. I, p. 103.

[86] «La valorizzazione del solo luogo in cui gli amministratori si riuniscono per deliberare, non garantisce che l'attività di amministrazione si sia effettivamente svolta con la continuità temporale prevista dalle norme sulla residenza, in quanto le riunioni dell'organo gestorio sono solamente momenti «istantanei», la cui frequenza nell'anno è solitamente limitata. Per determinare in modo sostanziale il luogo di localizzazione del «*place of effective management*», diviene allora maggiormente significativa la figura stessa delle persone fisiche che amministrano l'ente, ed in particolare la loro residenza». In questo senso la Fondazione Centro Studi U.N.G.D.C., Circolare n. 7 del 20 maggio 2009.

[87] L'OCSE ha considerato inizialmente le seguenti opzioni: a) il rimpiazzo del concetto di «*place of effective management*» con criteri alternativi; b) il raffinamento del concetto; c) la definizione di una gerarchia di test; d) una combinazione dei punti b) e c). Alla luce degli sviluppi e dei vari *Discussion Drafts*, pubblicati l'alternativa a) non pare tuttavia efficacemente percorribile, in quanto sostituirebbe le incertezze attuali con quelle connesse a criteri alternativi. Si vedano OCSE (2001), *The Impact of the Communications Revolution on the Application of "Place of Effective Management" as a tie breaker rule – Draft for public comment* e OCSE (2003), *Place of Effective Management Concept: Suggestions for Changes to the OECD Model Tax Convention*.