

Sul T.U.I.R. il *non plus ultra*



Disponibile
da giugno

Un punto di riferimento indiscusso per il professionista che deve orientarsi nel mondo complesso e in continua evoluzione delle imposte sui redditi. Il commentario sistematico sul T.U.I.R. si distingue per la **molteplicità delle problematiche** esaminate e per l'approfondimento della **disciplina fiscale dei soggetti IAS** introdotta dalla legge finanziaria 2008. L'**accuratezza** e l'**autorevolezza** della trattazione rendono l'opera uno strumento insostituibile nella pratica professionale.

Per maggiori informazioni rivolgiti al tuo Agente Giuffrè di fiducia.

WWW.GIUFFRE.IT

 GIUFFRÈ EDITORE

Vol. XX - Aprile 2010

4

2010

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO

ISSN 1121-4074

RIVISTA MENSILE

Vol. XX - Aprile 2010

4

DIRETTA DA

GASPARE FALSITTA - AUGUSTO FANTOZZI - ANDREA FEDELE
SALVATORE LA ROSA - FRANCESCO MOSCHETTI - PASQUALE RUSSO

Si segnalano all'attenzione del lettore

I principi di giustizia fiscale della Costituzione italiana, per "l'ordinamento giuridico in cammino" dell'Unione europea
di Francesco Moschetti

L'economicità delle valide ragioni (note minime a margine della recente evoluzione del principio dell'abuso del diritto)
di Valeria Mastroiacovo

Esterovestizione e eterodirezione: equilibri(smi) tra sede di direzione e coordinamento, direzione unitaria e sede di direzione effettiva (nota a Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia n. 197/2009)
di Piergiorgio Valente

Riflessioni critiche sull'impignorabilità dei crediti tributari e sul divieto di compensazione (nota a Cass., sez. III, n. 10284/2009)
di Francesco Odoardi

Accertamento sintetico e ricchezza priva di connotazione reddituale: qualche considerazione circa il nesso eziologico tra possesso di redditi e tenore di vita del contribuente (nota a Cassazione, sez. trib., n. 6813/2009)
di Diana Muraro

Rubrica di diritto comunitario
a cura di Piera Filippi

Rubrica di diritto tributario internazionale e comparato
a cura di Guglielmo Maisto



GIUFFRÈ EDITORE

COMM. TRIB. PROV. di Reggio Emilia, 1° luglio 2009 - 11 agosto 2009, n. 197; Pres. e Rel. Gian Galeazzo

Società holding di partecipazioni estera controllata da società italiana - Succursale elvetica esercente attività di trading - Sede di direzione e coordinamento nel territorio dello Stato - Sede di direzione effettiva della succursale elvetica in Italia - Non sussiste

La residenza fiscale di una stabile organizzazione estera di una società di diritto lussemburghese, controllata da una società italiana, non può essere attratta automaticamente nel territorio dello Stato, presso il luogo ove è ubicata la sede della società capogruppo, per la sola ragione che quest'ultima esercita l'attività di direzione e coordinamento nei confronti delle sue società controllate estere e, conseguentemente, delle rispettive succursali. Appare di tutta evidenza, infatti, che la funzione di indirizzo gestionale svolta dalla società controllante nei confronti delle società controllate estere è una naturale prerogativa sancita dalla disciplina del controllo societario di cui all'art. 2359 c.c. ed è, sostanzialmente, ben diversa dall'attività che rileva ai fini della determinazione della sede di direzione effettiva e, quindi, della residenza fiscale. A tal proposito, si osserva che, in base all'art. 73, comma 3, del Tuir, l'amministrazione finanziaria italiana può attribuire ad un soggetto estero la residenza fiscale nel territorio dello Stato, a condizione che ivi sia dimostrata l'esistenza, per la maggior parte del periodo d'imposta, della sede legale, della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale dell'attività. Va, infine, evidenziato che, in caso di attribuzione contemporanea al medesimo soggetto della residenza fiscale in entrambi gli Stati interessati (cd. dual residence), in presenza di una convenzione contro le doppie imposizioni, la questione deve essere risolta applicando l'art. 4, par. 3, del predetto accordo bilaterale, il quale statuisce che la società si considera residente nel luogo ove viene svolta l'attività di direzione effettiva (cd. "sede di direzione effettiva"), vale a dire l'attività di direzione, amministrazione e coordinamento dei fattori produttivi aziendali (1).*

Il dott. ..., in proprio, nonché nella sua contestata qualità di legale rappresentante della ... S.A. - succursale di Lugano - soggetto che è stato riqualficato dall'ufficio accertatore - "società" - e ritenuto ai sensi dell'art. 73 comma 3 DPR n. 987/1986 residente in Italia e perciò "esterovestito" e al quale sono stati autoritativamente attribuiti la sede legale in Reggio Emilia - via ... il cod. fisc. ... e un rappresentante legale nella persona appunto, di esso dott. ... ha presentato ricorso avverso l'avviso di accertamento n. ... con il quale, con riferimento al periodo di imposta 2003, sono state accertate le imposte Irpeg per eu-

ro 7.700.257,00 e Irapp per euro 962.534,00 ed è stata irrogata la sanzione amministrativa pecuniaria unica di euro 10.396.639,20.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

A) occorre premettere che in data ... i militari della Guardia di Finanza - Nucleo Polizia Tributaria di Reggio Emilia - notificavano alla ... S.A., esercente l'attività di commercio all'ingrosso di abbigliamento e accessori, processo verbale di contestazione a seguito di verifica compiuta nei confronti della società ... s.r.l., nel corso della quale erano emersi - secondo i predetti militari del nucleo P.T. - concreti elementi idonei a sostenere che la società - succursale di Lugano - rivestiva la qualifica di "società esterovestita" e pertanto solo formalmente aveva sede in Svizzera ma di fatto era da ritenere residente fiscalmente in Italia a Reggio Emilia - via ...

La ... S.A., società anonima di diritto Lussemburghese, era stata costituita in data ... e iscritta nel registro di commercio delle società del Lussemburgo al n. ... con un capitale sociale pari a FR. Lussemburghesi 3.000.000 e con sede in ... Lussemburgo.

La predetta società, stando al sopramenzionato verbale, risultava essere una holding avente come scopo la detenzione di partecipazione in altri soggetti giuridici.

La ... s.r.l., sempre in base agli accertamenti effettuati e riportati nel predetto verbale deteneva una partecipazione diretta nel capitale della ... S.A. nella misura del 46 per cento.

Con deliberazione del ... il C.d.A. della ... S.A. decideva la creazione di una succursale in Svizzera, e precisamente a Lugano - via ... succursale svizzera della ... S.A., come leggesi nell'avviso di accertamento, costituiva e costituisce di fatto una stabile organizzazione della società lussemburghese.

La *Swiss Branch*, per effetto della pattuizioni previste contro le doppie imposizioni, ha dichiarato in territorio elvetico i redditi prodotti in relazione all'esercizio della sua attività commerciale mentre il risultato economico dalla stessa conseguito è risultato essere compreso nel bilancio presentato dalla "madre" lussemburghese all'amministrazione finanziaria operante nel territorio del Lussemburgo. Dagli accertamenti effettuati e da un esame della documentazione acquisita dalla Guardia di Finanza con riferimento al ciclo produttivo della società ... è poi stato rilevato quanto segue: "all'inizio di ogni stagione (autunno-inverno e/o primavera-estate) la società ... sulla base delle tendenze e degli studi effettuati dal proprio staff, predispose i campionari;

dopo la presentazione di tale campionario i clienti della società ... (costituiti generalmente da soggetti legati alla società da rapporti in *franchising*, direttamente ovvero tramite propri agenti) procedono ad effettuare l'ordine di merci alla ... s.r.l.;

la produzione di capi di abbigliamento da parte di ... s.r.l. si basa fondamentalmente, sull'entità degli ordini impartiti dai vari clienti con eventuali margini connessi ad esigenze di riassorbimenti successivi;

(*) Segue nota firmata.

con riferimento ad alcuni clienti operanti nei paesi dell'Estremo Oriente e dell'Australia, è stato accertato che la società ... s.r.l. effettua la cessione dei beni ex art. 8, lett. a) del DPR n. 633/1972 all'impresa commerciale ... S.A. succursale di Lugano, la quale contestualmente procede alla cessione dei medesimi beni ai clienti distributori ubicati in Taiwan, Cina, Hong Kong, ecc.;

la merce, stoccata al termine della produzione presso i magazzini di Reggio Emilia viene inviata tramite corrieri/spedizionieri nazionali a Milano con la clausola FCA (*Free Carrier*). Questa resa corrispondente al termine italiano "franco spedizioniere", vincola il venditore a preparare i beni alla data concordata, provvedendo alla fornitura della documentazione adatta per l'esportazione dalla nazione di origine alla consegna presso il magazzino dello spedizioniere (o altro soggetto scelto dall'acquirente) e al pagamento dei costi relativi all'operazione doganale di esportazione;

gli spedizionieri nazionali dopo avere ottenuto specifico mandato dal cliente elvetico, immagazzinano la merce proveniente da Reggio Emilia, la organizzano e la predispongono per l'esportazione, via aereo, verso il paese dell'Estremo Oriente interessato".

Ad avviso dell'Agenzia delle Entrate, pertanto, l'attività di ... S.A. succursale di Lugano si concretizzerebbe in una rifatturazione dei corrispettivi, spettanti alla società nazionale nei confronti dei clienti ubicati nei paesi dell'Estremo Oriente.

Sempre ad avviso dell'Agenzia delle Entrate l'architettura societaria studiata attraverso la creazione di una società lussemburghese, svolgente prettamente attività finanziaria, dotata di una succursale ubicata in territorio elvetico, svolgente attività commerciale, costituirebbe un espediente per delocalizzare i ricavi in territori aventi un regime fiscale agevolato rispetto a quello nazionale.

Secondo l'ufficio, poiché i prezzi praticati al pubblico nei paesi dell'Estremo Oriente oltrepassano il 100 per cento di quelli nazionali la creazione di una società di *trading* dislocata in una determinata zona geografica risulterebbe conveniente per il gruppo societario al fine di detassare un "fetta di margine" sfruttando le disarmonie normative esistenti tra i vari Paesi Europei.

Ulteriori elementi di fatto che indurrebbero a ritenere la ... S.A. succursale di Lugano una società esterovestita, sarebbero desumibili, sempre secondo l'ufficio, dal contenuto di diverse *e-mails* e *files* (acquisiti all'atto dell'accesso operato nei confronti della ... s.r.l.). Durante tali accessi sono state infatti rinvenute *e-mails* riguardanti problematiche connesse alla gestione del progetto riguardante una procedura informatica per consentire ai clienti di effettuare "riordini", nonché altri *files* dai quali è dato evincere l'esistenza di un organo intersocietario, dedito ad impartire specifiche direttive, con riferimento alle filiali estere tra le quali appare anche la ... - succursale di Lugano.

Precisa inoltre l'ufficio nel suo verbale di accertamento che a' sensi dell'art. 73 comma 3 del Tuir la residenza fiscale delle società e degli enti viene individuata sulla base di tre criteri: la sede legale, la sede dell'amministrazione ed il luogo in cui è localizzato l'oggetto principale. Poiché tali criteri sono alternati-

vi, è sufficiente secondo l'ufficio, che venga soddisfatto anche solo uno di essi perché un soggetto possa ritenersi residente a fini fiscali nel territorio di un determinato Stato.

Dalle indagini effettuate dalla Guardia di Finanza sarebbe emersa l'esistenza in Italia dell'attività di direzione e coordinamento nella società elvetica, quindi, in applicazione del principio di tassazione della sede della "direzione effettiva", i redditi conseguiti dal soggetto esterovestito la cui residenza fiscale viene riqualficata nel territorio dello Stato italiano, sono assoggettati ad imposizioni in Italia.

Per procedere per l'anno di imposta 2003, e per i successivi anni 2004-2005-2006, alla determinazione del reddito imponibile del soggetto "esterovestito", l'ufficio ha poi preso in considerazione: "i ricavi dalle vendite e prestazioni" nelle singole annualità e i relativi costi (materie prime, prodotti finiti, ecc.).

A/1) Nel suo ricorso avverso l'avviso di accertamento il ricorrente fa presente che in data ... presso gli uffici del Comando della Guardia di Finanza, Nucleo P.T. di Reggio Emilia a conclusione della verifica fiscale avviata nei confronti della ... S.A. - succursale di Lugano, "è stato invitato l'amministratore della società elvetica ... a comparire di persona o per mezzo di rappresentante" ed è stato individuato nel sig. ... "l'amministratore della società elvetica". A seguito di tale invito si è presentato l'avv. ..., munito di procura speciale dal dott. ... il quale ha esibito una lettera datata ... nella quale il medesimo dott. ... ha dichiarato "di non essere soggetto legittimato a ricevere la notifica dell'invito e dell'avviso di una verifica fiscale ai fini delle imposte sui redditi con riferimento alla società ... di Lugano".

A/2) Precisato quanto sopra, la parte ricorrente ha così concluso: "Voglia l'onorevole Commissione adita *contrariis rejectis*, così statuire e decidere.

A) *in via pregiudiziale*, annullare *in toto* gli avvisi di accertamento impugnati per nullità radicale ed insanabile (inesistenza giuridica) dei medesimi, per incertezza assoluta in ordine alla identità (natura, composizione sede, rappresentanza) del soggetto passivo delle obbligazioni tributarie accertate. Sempre e in ogni caso, riconoscere e dichiarare l'inefficacia delle notifiche degli atti impositivi nei confronti del sig. ... per insussistenza di qualsivoglia rappresentanza e legittimazione passiva del medesimo con riferimento al soggetto passivo accertato.

B) *in via principale*, annullare gli avvisi di accertamento impugnati con riferimento a tutti i tributi in contestazione (Irpeg/Ires Irap, Iva) per violazione e falsa applicazione dell'art. 73, comma 3, DPR n. 917/1986 per i motivi seguenti:

B1 - totale mancanza della prova, incombente sull'ufficio, circa la esistenza del soggetto accertato e circa la sussistenza per la maggior parte di ciascuno dei quattro periodi di imposta oggetto di accertamento, dei presupposti individuati dall'art. 73, comma 3, del DPR n. 917/1986 per poter considerare il soggetto passivo accertato come residente in Italia; conseguente difetto di motivazione degli accertamenti impugnati;

B2 - comunque e in ogni caso per la esistenza di prove incontrovertibili in ordine all'insussistenza dei presupposti individuati dall'art. 73, comma 3, del DPR n. 917/1986 per poter considerare il soggetto passivo accertato come residente in Italia.

C) *in via subordinata*, annullare gli avvisi di accertamento per non aver tenuto conto, nella determinazione del reddito del soggetto passivo accertato, di tutti i costi sostenuti dallo stesso per la produzione del proprio reddito d'impresa e più precisamente:

C1 - per illegittima omessa applicazione delle norme richiamate in narrativa, della Convenzione Italia-Svizzera regolanti la determinazione del reddito di impresa di una stabile organizzazione di società con sede Italia situata in Svizzera, norme prevalenti gerarchicamente sulle eventuali disposizioni di diritto interno con esse incompatibili in quanto di rango costituzionale (cfr. le sentenze nn. 348 e 349 della Consulta in relazione al disposto del novellato art. 17 della Costituzione). Nella denegata ipotesi di ritenuta insuperabile incompatibilità tra normativa di diritto interno e normativa della Convenzione Italia-Svizzera richiamate in narrativa, dichiarare non manifestamente infondata la conseguente eccezione di incostituzionalità e rimettere la questione alla Corte costituzionale, giusta le prescrizioni fornite al riguardo dalla Consulta con le sentenze nn. 348 e 349/2007;

C2 - per mancato riconoscimento del credito di imposta correlato al pagamento in Svizzera di imposte sul reddito prodotto dalla stabile organizzazione;

C3 - per errata interpretazione ed applicazione delle norme del Tuir che regolano la determinazione del reddito di soggetto residente in Italia con stabile organizzazione all'estero, anche in relazione al disposto dell'art. 53 Cost., per la non creduta ipotesi di inapplicabilità della Convenzione Italia-Svizzera e fatto salvo, anche in tal caso il diritto al riconoscimento del credito di imposta.

D) *ancora in via subordinata*, per quanto riguarda l'accertamento dell'Irap: sempre e in ogni caso, dichiarare l'inapplicabilità dell'imposta regionale sulle attività produttive ai sensi dell'art. 4 e 12 del D.Lgs. 15 dicembre 1997 n. 446.

E) *sempre e in ogni caso*, dichiarare la inutilizzabilità processuale della documentazione (corrispondenza, posta elettronica) cui fanno riferimento gli atti impugnati, in quanto acquisita in violazione del disposto degli artt. 15, commi 1 e 2, della Costituzione della Repubblica italiana e 6, par. 1, 8, parr. 1 e 2, 13 della Cedu;

F) *in via ancora più subordinata*, sotto il profilo sanzionatorio, per la non creduta ipotesi di rigetto delle domande principali dichiarare comunque ed in ogni caso inapplicabile la sanzione amministrativa pecuniaria unica irrogata in virtù dell'esimente dell'"obiettiva incertezza".

Si chiede altresì la condanna dell'amministrazione finanziaria al pagamento delle spese processuali, oltre Iva e C.P.A."

B) In relazione alla eccepita nullità ed inesistenza degli atti impugnati per incertezza assoluta in ordine alla identità (natura, composizione sede, rappresentanza) del soggetto passivo delle obbligazioni tributarie accertate e per difet-

to di rappresentanza e legittimazione passiva del sig. ..., parte ricorrente sottolineata come sia l'organo verificatore che l'organo accertatore sostengano che la "succursale svizzera della ... S.A. costituisca una stabile organizzazione della società lussemburghese" (pag. 11 pvc), per poi giungere ad affermare che detta succursale elvetica debba essere considerata di fatto, "una società nazionale autonoma rispetto alla madre lussemburghese" (fig; 4). A tale società "che non risulta dotata di autonoma personalità giuridica" (cfr. pag. 3 atto di costituzione) d'ufficio o d'imperio viene poi attribuita una sede in Reggio Emilia, un codice fiscale ed un legale rappresentante. Il tutto senza precisare di quale tipo "di società trattasi (di persone, regolare, irregolare, di capitali, di diritto italiano o di diritto svizzero), quale natura giuridica abbia la predetta società, chi siano i soci, gli amministratori, ecc."

L'ufficio, costituendosi in giudizio ha sostenuto che "dal complesso degli elementi probatori raccolti ... si è concluso che la succursale elvetica della ... S.A. debba essere considerata un'entità autonoma rispetto alla "madre lussemburghese", "esterovestita" e pertanto assoggettabile alla normativa fiscale vigente in Italia ... conseguentemente una volta attribuita la natura di società "esterovestita" alla ... S.A. di Lugano, gestita tramite la struttura amministrativa direzionale del gruppo ... con sede in Reggio Emilia ... si è proceduto ad attribuire l'amministrazione della società ai predetti signori ... (i quali operano presso gli uffici siti in ... corrispondenti alla sede ove il Comitato svolge le riunioni di coordinamento). Posto che la società viene indiscutibilmente gestita ed amministrata dal Gruppo ... era conseguenziale l'attribuzione e la rappresentanza ai signori ... di qui la piena legittimazione del sig. ...

L'equivoco circa la natura del soggetto nei confronti del quale è stato elevato il processo verbale di contestazione e "notificato" il successivo avviso di accertamento, come leggesi nella memoria illustrativa 15 giugno 2009 di parte ricorrente non risulta essere stato risolto dall'ufficio, talché non è nemmeno possibile stabilire quale tipo di imposta reddituale sia applicabile (imposta sulle persone fisiche o imposta sulle società).

B/2) Parimenti non è stata indicata dall'organo accertatore in base a quale norma di legge sia stata autonomamente attribuita a ... la veste di rappresentante legale in assenza di qualsiasi indicazione relativa all'esercizio di fatto in modo continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti a tale qualifica e funzione ed a fronte del fatto che non uno dei numerosi documenti richiamati nel pvc rechi la firma del dott. ...

B/3) Viene sottolineato, peraltro, relativamente all'anno 2003, che sia il richiamo al Comitato ... avente sede presso "la struttura amministrativa/direzionale del gruppo ...", sia il riferimento alle numerose *e-mails* riguardanti le problematiche connesse all'avvio del progetto non riveste rilievo ed influenza alcuna, in quanto il Comitato ... è stato costituito solo nel 2004 ed è diventato operativo nel 2005 (cfr. doc. 26/a - all. 21 pvc, 26/b - all. 23 pvc, 26/c - all. 25 pvc, 26/d - all. 26 pvc, 26/e - all. 27 pvc) mentre le *mails* ritenute significative dalla Guardia di Finanza sono soltanto due (all. 17 del 26 marzo 2003 e all. 18 del 27 giugno 2003 al pvc).

B/4) Da ultimo si pone in rilievo come nessun altro elemento di prova sia stato fornito al fine di verificare e dimostrare che l'effettiva sede della ... S.A. - succursale di Lugano - si trovava in Italia.

L'art. 87 comma 3 del Tuir vigente nell'anno 2003 ora art. 73 comma 3 del nuovo Tuir, che ai fini delle imposte sui redditi, considera residente le società e gli enti che, per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato, oltre a dettare un criterio temporale, richiede la prova di una (stabile) organizzazione della sede dell'amministrazione e la percettibilità da parte dei terzi di tale collocazione indicata e ritenuta "quale centro di gestione e di elaborazione di tutto quanto attiene alla direzione della società ed al dispiegamento della sua attività".

B/5) Per completezza anche la finalità "di delocalizzare i ricavi in territori aventi un regime fiscale agevolato rispetto a quello nazionale" viene negata, in quanto ... S.A. - succursale di Lugano - è assoggettata ad imposte in Svizzera in regime ordinario non ha fatto ricorso a procedure di *rulling* con la Confederazione Elvetica e non beneficia di alcuna forfettizzazione come risulta dalla documentazione prodotta in una con il ricorso (all. n. 21) non contestata dall'ufficio accertatore.

Il tutto a tacere del fatto che la Corte di Giustizia Ce ha affermato che le restrizioni alla libertà di stabilimento possono essere previste solo per contrastare localizzazioni fittizie e non per impedire l'esercizio effettivo di attività economiche in altri Stati.

C) Le richieste avanzate in via subordinata (lett. C, C1 C2, C3, D E, F) per la loro formulazione non richiedono ulteriore illustrazione. Del resto l'Agenzia delle Entrate ha replicato e contestato soltanto la domanda di annullamento dell'accertamento per non aver tenuto conto l'ufficio nella determinazione del reddito di tutti i costi sostenuti dal soggetto passivo di imposta, nonché la richiesta di declaratoria di inutilizzabilità processuale della documentazione acquisita in violazione del disposto degli artt. 15, comma 1 e 2 Cost. e 6 par. 1, 8, parr. 1-2-13 della Cedu.

FATTO e DIRITTO - II/1) In relazione alla eccepita assoluta incertezza relativa alla identità (natura, composizione, sede, rappresentanza) del soggetto passivo delle obbligazioni tributarie accertate, l'ufficio si è limitato ad affermare che "il percorso seguito dei militari della Guardia di Finanza e ripreso da - esso - ufficio appare chiaro e lineare" ... aggiungendo "posto che la società viene indiscutibilmente gestita ed amministrata dal Gruppo ... era conseguenziale l'attribuzione dell'amministrazione e rappresentanza ai signori ..., di qui la piena legittimazione del sig. ...

Nessun ulteriore lume peraltro, è stato fornito dall'ufficio per consentire di far luce sui fatti posti dai ricorrenti a fondamento delle loro eccezioni e domande e per contestarne tempestivamente la valenza delle stesse.

Già risulta non agevole capire la natura della "conseguenzialità" dell'attri-

buzione della rappresentanza ed amministrazione di un soggetto non meglio identificato ai signori ... mentre appare poi del tutto impossibile capire in forza di quale "sorteggio" la legittimazione di tale soggetto sia stata poi attribuita al sig. ...

Nessuna meraviglia se l'ufficio non si è poi posto nemmeno il dubbio circa il luogo di notifica dell'accertamento dando per scontato quanto giocoforza doveva essere oggetto di verifica e che costituisce oggi un rilevante punto controverso sul quale è stata chiamata a pronunciarsi la Commissione.

L'individuazione del domicilio fiscale attraverso la presupposta collocazione della sede amministrativa del soggetto accertato in Italia non era e non poteva essere un presupposto di fatto incontrovertibile pertanto l'ufficio non poteva in primo luogo dare per scontata quella sede e quel domicilio fiscale che erano stati negati in sede di processo verbale di verifica e contestati successivamente in giudizio.

Risalendo dalla notifica agli atti - (processo verbale di verifica-avviso di accertamento) gli errori metodologici paiono accentuarsi anche per la carenza di una coerente e logica attività di ricerca volta a connotare, nonché a fornire i tratti peculiari atti ad identificare, caratterizzandolo, il soggetto destinatario dell'avviso di accertamento.

Partendo dalla ... S.A. - società di diritto lussemburghese con sede in Lussemburgo - ... dice la stessa che ha istituito una propria stabile organizzazione a Lugano ... la Guardia di finanza (pag. 11 del pvc) infatti afferma che "la succursale svizzera della ... S.A. costituisce una stabile organizzazione della società lussemburghese". Parimenti l'ufficio afferma che "la succursale svizzera della ... S.A. costituisce di fatto una stabile organizzazione della società lussemburghese", che "non risulta dotata di autonoma personalità giuridica" (cfr. pag. 3 atto costituzione), per poi aggiungere che "la succursale elvetica della ... S.A. deve essere considerata una entità autonoma rispetto alla madre lussemburghese, esterovestita e pertanto assoggettabile alla normativa fiscale italiana" (pag. 13 atto di costituzione);

Tale "entità autonoma" assume poi nelle intenzioni dell'ufficio diverse vesti, quali ad esempio:

- a) quella di "società nazionale autonoma rispetto alla madre lussemburghese" (pag. 7 atto di costituzione II capoverso);
- b) quella di "succursale ubicata in territorio elvetico svolgente attività commerciale" (pag. 7 atto di costituzione III capoverso);
- c) quella di "società commerciale, nella forma di succursale in territorio elvetico" (pag. 7 atto costitutivo ultimo capoverso).

L'elenco potrebbe continuare ma servirebbe soltanto ad accrescere quella confusione che l'ufficio forse vincolato al processo verbale di verifica non è stato in grado o non ha voluto chiarire, fornendo una identità precisa e credibile al soggetto, all'entità accertata. Detta "entità", infatti, a volte assume la natura di "società" (non si sa se "regolare" o se "di fatto" oppure se società di persone o società di capitali) dotata di una certa autonomia; a volte quella di "stabile or-

ganizzazione di una società lussemburghese non dotata di autonoma personalità”, a volte quella di “società nazionale (...) autonoma rispetto alla madre lussemburghese”, ecc. ecc.

Ricordato che anche la imposta reddituale applicabile (imposta sul reddito delle persone fisiche o imposta sulle società) dipende dalla esatta identificazione della “entità accertata”, devono essere accolte le conclusioni rassegnate in via pregiudiziale dal ricorrente in proprio, nonché nella sua asserita e contestata qualità di legale rappresentante della ... – succursale di Lugano – e pertanto, va annullato l'avviso di accertamento per assoluta incertezza relativamente all'identità (natura giuridica, composizione, sede legale rappresentanza), alla individuazione ed all'esistenza dell'autonomo soggetto di diritto centro di imputazioni di situazioni negoziali e processuali cui avrebbero dovuto far capo le obbligazioni tributarie accertate.

II/2) Appare poi quantomeno bizzarro il processo (il)logico attraverso il quale si è giunti ad attribuire la legale rappresentanza della succursale elvetica della ... S.A. (entità autonoma “esterovestita” non meglio definita) al dott. ...

Scrivendo l'ufficio a pag. 13 delle sue considerazioni: “la gestione della società è stata ed è tutt'ora condotta in Italia utilizzando struttura amministrativa direzionale del gruppo ... costituita dagli uffici siti in Reggio Emilia ..., ove è da ritenersi ubicato il centro direzionale della società esterovestita corrispondente altresì alla sede ove il comitato ... svolge le funzioni di coordinamento. Presso gli uffici suddetti operano il dott. ... ed il dott. ... quali membri permanenti del comitato ... I predetti soggetti ricoprono molteplici incarichi nell'ambito delle società facenti capo al Gruppo ... come evidenziato a pag. 160-161-162 del pvc.

Conseguentemente una volta attribuita la natura di società “esterovestita” alla ... S.A. di Lugano, gestita tramite la struttura direzionale del Gruppo ... appare chiaro e lineare attribuire all'amministrazione della società ai predetti ... Posto che la società viene indiscutibilmente (...) gestita ed amministrata dal Gruppo ... era conseguenziale l'attribuzione della amministrazione e rappresentanza ai signori ... di qui la piena legittimazione del sig. ...

Posto che l'individuazione della sede e del domicilio fiscale della ... S.A. di Lugano costituiva un presupposto di fatto non pacifico ma contestato, l'ufficio non poteva dare per scontato quanto era oggetto vuoi della verifica che del successivo contenzioso ma avrebbe dovuto dimostrare e provare *per tabulas* la fondatezza dei suoi assunti, e non limitarsi a mere congetture.

Gli unici elementi offerti, che a parere della Commissione non assurgono però a dignità di prova, concernono l'esistenza di un comitato ... di cui facevano parte anche i dott. ... costituito per la prima volta nel 2004, quale organo di controllo e coordinamento che si riuniva due sole volte all'anno e il progetto ..., vale a dire “una procedura informatica per permettere a tutti i clienti dislocati a livello mondiale delle società appartenenti al Gruppo ... di poter ordinare via *internet*, ovvero riassortire capi di abbigliamento delle varie collezioni” (cfr. pag. 9 controdeduzioni ufficio).

Pare ovvio che il richiamo al Comitato ... se non rivestiva valenza alcuna,

perché inesistente nell'anno 2003, non poteva nemmeno acquisirla negli anni successivi ai fini della diretta gestione della succursale elvetica.

Per quanto concerne il progetto e le *mail* (nel complesso sei documenti, di cui pochi si collocano negli anni oggetto di accertamento) scambiate con la predetta succursale svizzera, non assumono rilievo alcuno in ordine al luogo in cui l'effettivo organo gestorio perfezionava le attività afferenti all'area operativa quotidiana della ... S.A. succursale di Lugano.

Nel caso in esame la ... S.A. – succursale di Lugano – disponeva infatti, oltre che di una sede propria nel centro di Lugano, di un organico di 10 persone che svolgevano la loro attività in Lugano, Svizzera, tutte inquadrare nella predetta succursale con specifiche mansioni (doc. n. 8 parte ricorrente) e si avvaleva altresì dell'opera dell'avv. ... quale responsabile della succursale, unitamente al sig. ... doc. n. 9).

Nessuna prova è stata fornita in ordine all'eventuale mancato esercizio, in modo autonomo da parte della succursale di Lugano della ... S.A. dell'attività di ordinaria amministrazione quotidiana.

In tale contesto il ruolo della capo gruppo peraltro civilisticamente previsto, consistente nello svolgere attività di coordinamento, non può automaticamente portare alla estrema e paradossale conclusione di spostare la residenza della realtà operante in Svizzera.

La Guardia di finanza prima e successivamente l'ufficio, in sede di redazione dell'avviso di accertamento, senza prova od indizio alcuno della partecipazione del dott. ... alla amministrazione, alla gestione ed alla direzione della ... S.A., sede di Lugano hanno attribuito artificiosamente al predetto dott. ... la legale rappresentanza della “entità svizzera” non meglio qualificata e supposta “esterovestita”, senza nemmeno indicare quali effettivi poteri di gestione inerenti alla qualifica fossero nel tempo stati esercitati dal medesimo.

L'attribuzione di tale qualifica appare dunque del tutto arbitraria e, come già si è accennato, è avvenuta forse per risolvere un problema di notifica dando così per scontata l'individuazione di un domicilio che avrebbe invece dovuto essere oggetto di seria ed approfondita verifica.

Va dunque dichiarata la carenza da parte del dott. ... di legittimazione passiva e di poteri di legale rappresentanza del soggetto o meglio, dell'entità (società commerciale?) non meglio identificata oggetto dell'accertamento impugnato.

II/3) Per dovere di completezza appare opportuno esaminare anche la norma: art. 73 comma 3 del Tuir (già art. 87) vecchio Tuir in vigore sino al 31 dicembre 2003) che ha indotto l'ufficio a ritenere soddisfatto uno dei criteri quello della attività di direzione che consentirebbe di ritenere residente ai fini fiscali nel territorio dello Stato Italiano la ... S.A. - succursale di Lugano.

Recita il predetto articolo: “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”.

In effetti per le considerazioni già svolte l'ufficio impropriamente ha presupposto l'esterovestizione della succursale svizzera *de quo* poiché non soltanto non ha provato che la stessa aveva per la maggior parte dei singoli periodi d'imposta la sua sede legale in Italia, ma è altresì emerso dagli accertamenti della Guardia di Finanza che l'oggetto della sua attività era istituzionalmente rivolto ai paesi asiatici, mentre, nel contempo, non è stata offerta alcuna prova idonea circa il fatto che la sede amministrativa fosse ubicata in Italia negli anni presi in considerazione.

La sede amministrativa costituisce un criterio sostanziale per individuare la residenza della società; in tale ottica è innegabile che il ruolo della capogruppo sia anche quello peraltro civilisticamente previsto, di svolgere attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre società nel perimetro di consolidamento.

Ciò non può però automaticamente portare alla conclusione evidentemente paradossale di spostare la residenza della singola realtà. Questo infatti potrà invece avvenire quando tale singola realtà non eserciti autonomamente nemmeno quell'ordinaria amministrazione e gestione quotidiana che esula dall'attività di coordinamento della capofila.

A ciò aggiungasi come insegna la miglior dottrina che, se la società estera alla quale viene contestata la residenza anche italiana è localizzata in un paese con il quale esiste una convenzione contro le doppie imposizioni sovengono poi le disposizioni dettate al riguardo dalla convenzione applicabile.

In dettaglio l'art. 4 della Convenzione modello Ocse stabilisce al comma 1 che "ai fini della presente convenzione l'espressione residente in uno degli Stati designa ogni persona che in virtù della legislazione di detto Stato è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio, residenza, della sede della sua direzione e di ogni altro criterio di natura analoga ...".

Ove l'applicazione delle predette disposizioni conduca all'attribuzione di una doppia residenza entrano in gioco le cosiddette *tie-break rules* ossia criteri volti a stabilire in quale dei due paesi debba essere considerata residente la società interessata. Segnatamente ex art. 4 comma 3, del modello quando, in base alle disposizioni del par. 1, "una persona diversa da una persona fisica è residente in entrambe gli Stati si ritiene che essa è residente nello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva".

Va, peraltro, ricordata la riserva espressa dall'Italia all'atto dell'approvazione dell'art. 4 del predetto modello di convenzione Ocse, riserva che testualmente recita: "l'Italia non condivide l'interpretazione espressa nel par. 24 che precede riguardante la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevate (a titolo esemplificativo un consiglio di amministrazione) quale esclusivo criterio per identificare la sede di direzione effettiva di un ente. La sua opinione è che nel determinare la sede di direzione effettiva deve essere preso in considerazione il luogo ove l'attività principale e sostanziale è esercitata".

Secondo l'interpretazione dell'art. 4 data dall'Italia nel determinare la sede

di direzione effettiva dovrà, dunque, essere preso in considerazione il luogo ove l'attività principale e sostanziale è esercitata.

"L'espressione sede dell'amministrazione (per la maggior parte del periodo di imposta) deve essere intesa anche in conformità al dato letterale, (sede), come il luogo nel quale è ordinariamente condotta l'attività dell'impresa e dove, dunque, giorno dopo giorno la stessa è gestita in modo continuativo, nonché manifesto ai terzi che con l'impresa stessa vengono in contatto".

La Commissione tributaria regionale di Firenze con sentenza n. 6125/2007 del 18 gennaio 2008 ha precisato che: "l'esistenza di un penetrante controllo di una società nei confronti di un'altra e perciò l'assoggettamento della società controllata costituisce fenomeno ben diverso dallo svolgimento delle attività di gestione amministrativa della società controllata. Le due fattispecie non possono essere né sommate né confuse perché altrimenti in situazioni giuridicamente rilevanti fra loro nettamente differenziate, verrebbero rese coincidenti con effetti aberranti sul piano giuridico". In sostanza non si può configurare la collocazione della sede amministrativa di una società presso un'altra società soltanto perché fra le due società vi è uno stretto collegamento che riguarda essenzialmente il coordinamento delle rispettive attività e finalità". Del resto l'attività di direzione e coordinamento di società è espressamente regolata dal codice civile artt. 2497 ss. ed è stato autorevolmente osservato (DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2005, 568 ss.) che "attraverso l'obbligo disposto dall'art. 2497 ter di analitica motivazione delle decisioni influenzate dall'attività di direzione e coordinamento si è riconosciuta la legittimità di una direzione unitaria del gruppo, fino al limite che non si verifichi il conflitto di interessi: all'interno del limite ad esempio si legittimano i poteri della capogruppo di acquisire informazioni, di dare istruzioni e di esercitare controlli nei riguardi degli amministratori delle società appartenenti al gruppo anche al di fuori della tradizionale articolazione degli organi sociali, e cioè anche al di fuori dell'assemblea che rimarrebbe invece l'unica sede deputata all'esercizio dei diritti di socio soltanto per gli azionisti di minoranza".

Il richiamo da parte dell'ufficio all'art. 73, comma 3 del Tuir appare dunque del tutto privo di fondamento non essendo stato supportato da alcun elemento atto a dimostrare l'effettiva attività di amministrazione e gestione della ... S.A. - succursale di Lugano si svolgesse al di fuori del territorio svizzero.

Il ricorso al paradosso – secondo l'insegnamento di un illustre Maestro –, poteva evitare nella fattispecie il dispendio di cospicue energie. Bastava infatti chiedersi se la "direzione effettiva" può essere confusa con le funzioni di coordinamento e di indirizzo della capogruppo per escludere tale eventualità pena l'automatico trasferimento di tutte le società di un Gruppo nel paese di residenza della capogruppo.

Così come, più semplicemente, era semplice escludere che il comitato ... riunendosi due volte all'anno, avesse il potere o, meglio, la capacità di poter esercitare una "direzione effettiva" sulla *congerie* di società che facevano capo al Gruppo.

II/4) Anche le “ragioni fiscali” che secondo l'ufficio avrebbero indotto alla creazione della succursale elvetica di ... S.A. non appaiono attendibili. Senza scendere nei dettagli poiché la questione è chiaramente assorbita da quanto sopra scritto, occorre rilevare che la finalità di delocalizzare i ricavi in un territorio avente un regime fiscale agevolato rispetto a quello nazionale non appare dimostrata. Dalla documentazione prodotta da parte ricorrente la succursale di Lugano risulta infatti essere stata assoggettata ad imposte in Svizzera a regime ordinario, inoltre la stessa non ha mai fatto ricorso a procedure di *ruling* con la Confederazione elvetica e non ha beneficiato di alcuna forfettizzazione del reddito (cfr. soc. 21 dell'amministrazione fiscale del Cantone Ticino - Ufficio di Tassazione delle persone giuridiche di Bellinzona dalle quali risulta che la predetta succursale di Lugano è assoggettata all'imposta federale, cantonale e comunale con aliquote ordinarie e non gode del regime speciale delle società *holding*, di amministrazione od ausiliarie);

II/5) Tutte le altre questioni sollevate dalle parti rimangono assorbite dalla decisione sulle conclusioni sollevate in via pregiudiziale dal ricorrente.

III) Sulle spese.

Le spese devono seguire la soccombenza e vengono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M. - La Commissione annulla l'Avviso di accertamento per assoluta incertezza relativamente all'identità (natura giuridica, composizione, sede, rappresentanza), alla individuazione ed all'esistenza dell'autonomo soggetto di diritto, centro di imputazione di situazioni negoziali e processuali cui avrebbero dovuto far capo le obbligazioni tributarie accertate.

Dichiara la nullità e l'assoluta inefficacia della notifica dell'accertamento effettuata a ... per carenza di legittimazione passiva e/o di poteri di rappresentanza del soggetto passivo non identificato delle obbligazioni tributarie accertate.

Condanna l'Agenzia delle Entrate a rifondere al ricorrente le spese di giudizio che liquida in complessivi euro 50.000,00 di cui euro 3.476,00 per diritti e euro 45.500,00 per onorari, oltre al rimborso delle spese generali sulla somma di onorari e diritti e contributo CPA 2 per cento ed Iva come per legge.

(1) Esterovestizione e eterodirezione: equilibri(smi) tra sede di direzione e coordinamento, direzione unitaria e sede di direzione effettiva.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'oggetto del contenzioso. - 3. La valutazione dei giudici. - 4. La residenza fiscale delle società e degli enti equiparati. Generalità. - 4.1. Il concetto di “sede di direzione effettiva”, in particolare. - 5. Il concetto di “sede di direzione e coordinamento”. - 5.1. Direttive del soggetto controllante di vertice e residenza delle partecipate estere. - 6. Elementi distintivi dell'attività di direzione e coordinamento rispetto a quella di direzione effettiva.

1. *Premessa.* - La sentenza della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia del 1° luglio 2009 (dep. 11 agosto 2009) fornisce lo spunto per svolgere alcune considerazioni sul tema della residenza fiscale di società ed enti equiparati e, in particolare, su analogie e differenze delle espressioni “attività di direzione effettiva” (1) e “attività di direzione e coordinamento” (2).

L'argomento *de quo* involge tematiche in relazione alle quali il dibattito è attualmente in corso, a testimonianza delle (talvolta) notevoli divergenze esistenti tra posizioni assunte dall'amministrazione finanziaria

(1) Sul tema dell'attività di direzione effettiva si veda G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Padova, 2009, nonché, dello stesso Autore, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008; P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, Milano, 2008, 115 ss. Per ulteriori approfondimenti si rinvia, inoltre, a: E. IASCONI, in G. Maisto (a cura di), *La residenza fiscale delle società: il caso delle holding di partecipazioni, commento alla sentenza della Comm. trib. reg. di Firenze, 3 dicembre 2007, n. 61*, in questa Rivista, 2008, V, 164 ss.; G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999; C. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in Trattato di diritto tributario, diretto da F. Amatucci, Padova, 1994, 91; G. ZAZZO, *Reddito delle persone giuridiche*, in questa Rivista, 1994, I, 650; G. MELIS, *Trasferimento della residenza fiscale e impostazione sui redditi*, Milano, 2009; A. VIOTTO, *Considerazioni di ordine sistematico sulla presunzione di residenza in Italia delle società holding estere*, in questa Rivista, 2007, I, 271 ss.

(2) Sul tema dell'attività di direzione e coordinamento si veda, *ex pluribus*, F. GALGANO, *Diritto commerciale - Le società*, Bologna, 2001; sempre dello stesso Autore, *Direzione e coordinamento di società*, in Commentario del Codice Civile Scialoja Branca, Bologna, 2005. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a F. CAPRIGLIONE, *Poteri della controllante e organizzazione interna del gruppo*, in *Impresa*, n. 15/1990, 2083; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, tomo II, Padova, 1994; V. MANGINI, *Gruppi d'impresa ed unità di imputazione giuridica nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, 30; G. SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, Milano, 1990; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996; F. VELLA, *Le società holding*, Milano, 1993.

rispetto a quelle rivendicate dai contribuenti, tali da richiedere, con sempre maggiore frequenza, il vaglio degli organi della magistratura tributaria.

2. *L'oggetto del contenzioso.* - La vicenda oggetto di pronuncia da parte della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia del 1° luglio 2009 (depositata l'11 agosto 2009) prende avvio dalla notifica al ricorrente di un avviso di accertamento dell'Agenzia delle Entrate, il quale scaturisce da una verifica eseguita nel 2008 nei confronti di una società italiana operante nel settore dell'abbigliamento che deteneva una quota rilevante (46 per cento) del capitale di una *holding* di partecipazioni di diritto lussemburghese. Quest'ultima nel 1995 aveva costituito una stabile organizzazione (*branch*) in territorio elvetico (Lugano) per svolgere attività commerciale nei Paesi dell'Estremo Oriente (*i.e.*, Cina, Taiwan, Hong Kong, ecc.).

Le contestazioni hanno riguardato l'anno d'imposta 2003 con riferimento ai settori impositivi dell'Irpeg e dell'Irap.

Nello specifico, a seguito dell'attività ispettiva, i verificatori sono giunti alla conclusione che la *branch* elvetica fosse stata costituita per eludere la disciplina fiscale italiana e che, pertanto, fosse da riqualificare alla stregua di una società esterovestita che, come tale, avrebbe dovuto dichiarare i suoi redditi in Italia.

Le motivazioni che hanno indotto i militari verbalizzanti ad ipotizzare l'esterovestizione (3) della *branch* elvetica sono correlate all'architettura societaria, in cui l'entità elvetica acquista le merci dalla società italiana con sede a Reggio Emilia per poi cederle a clienti localizzati nei Paesi dell'Estremo Oriente (4).

(3) Per approfondimenti sul tema della residenza e dell'esterovestizione si vedano: S. CAPOLUPO, *Reddito d'impresa*, Milano, 2007, 43; P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, cit.; C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2008, 273 ss.; G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999; R. LUPI, *Diritto Tributario*, Milano, 2000; C. MARINELLI, M. GIUA, *Esterovestizioni delle società di capitale italiane*, Verona, 2007; S. MAYR, G. FORT, *La residenza fiscale delle società: necessità di un cambiamento?*, in *Coit. trib.*, n. 28/2001, 2086; G. PEZZUTO, S. SCREPANTI, *La verifica fiscale*, Milano, 2006.

(4) In tal modo, sarebbe stata creata una struttura artificiosa "finalizzata a delocalizzare i ricavi in territori aventi un regime fiscale agevolato rispetto a quello nazionale". I verificatori hanno, peraltro, evidenziato che la scelta di costituire la *branch* elvetica non risponderebbe neppure ad esigenze di concorrenza, in quanto è stato rilevato che i prezzi praticati nei Paesi dell'Estremo Oriente sono addirittura più elevati rispetto a quelli interni.

Ulteriore elemento sul quale si fonda l'esito della verifica è costituito dalla corrispondenza elettronica (*e-mails*) e da alcuni *files* dai quali è possibile desumere l'esistenza di un organo intersocietario di direzione e coordinamento che impartiva direttive alle filiali estere, inclusa la *branch* elvetica. Da ulteriori indagini svolte dai verbalizzanti sarebbe, altresì, emerso lo svolgimento in Italia dell'attività di direzione e coordinamento nei confronti della *branch* elvetica.

Dalle considerazioni sopra esposte, l'amministrazione finanziaria ha desunto che, essendo svolta in Italia l'attività di direzione e coordinamento, ivi sarebbe individuabile anche la sede di direzione effettiva, vale a dire la sede dell'amministrazione e, conseguentemente, la residenza fiscale del soggetto elvetico, a nulla rilevando le significative differenze, non solo formali, che sussistono tra i due concetti.

3. *Le valutazioni dei giudici.* - Secondo quanto emerge dal processo verbale di constatazione e dal successivo avviso di accertamento l'ente elvetico viene presentato, negli atti, quale stabile organizzazione della società lussemburghese e, nel contempo, quale società nazionale autonoma rispetto a quest'ultima.

È di indubbia evidenza come la tesi sostenuta dall'organo accertatore sia priva di qualsiasi fondamento giuridico e sostanziale (5), in quanto, come è noto, la stabile organizzazione, priva di autonomia soggettiva, dipende giuridicamente da una struttura societaria sovraordinata (cd. "casa-madre") dalla quale, tuttavia, è autonoma e separata sotto il profilo tributario (6) (principio della "unitarietà" in senso legale e "dualità" in senso economico tra casa-madre e *branch*).

Le eccezioni mosse dai giudici riguardano, dunque, la peculiarità del ragionamento in base al quale l'amministrazione finanziaria è pervenuta:

(5) La Commissione adita ha posto in evidenza la contraddittorietà delle tesi sostenute dall'amministrazione finanziaria nel (tentare di) riqualificare la stabile organizzazione (*branch*) elvetica della *holding* lussemburghese come ente societario avente residenza fiscale nel territorio dello Stato italiano.

(6) A tal proposito C. GARBARINO (*Manuale di tassazione internazionale*, cit., 298) sostiene che "la stabile organizzazione non può essere considerata né impresa né ente giuridicamente autonomo e formalmente distinto rispetto al soggetto e/o ente di cui rappresenta uno dei nuclei organizzativi, anche se deve essere considerata come entità funzionalmente distinta dall'impresa da cui promana al fine della determinazione del suo reddito imponibile. Si distingue quindi l'autonomia giuridica della stabile organizzazione dall'autonomia tributaria della stessa rispetto alla casa madre.

- all'individuazione della sede in cui dovrebbe essere attratta la residenza fiscale;
- all'identificazione del legale rappresentante, individuato presuntivamente, nel caso di specie, nella persona del presidente dell'organo amministrativo della società italiana;
- all'attribuzione del codice fiscale italiano alla società oggetto di verifica (7).

In sostanza, i giudici di *prime cure* (8), dopo aver espresso il proprio dissenso rispetto alle conclusioni dei verificatori (compendiate nell'avviso di accertamento), hanno evidenziato l'assoluta mancanza di elementi

Mentre sotto il primo profilo non si può negare che gli atti compiuti nell'esercizio della stabile organizzazione ricadano direttamente nella sfera giuridica della casa madre della quale è emanazione, dal punto di vista tributario, invece, essa è centro di imputazione di effetti ai fini della determinazione del reddito d'impresa all'estero" (cfr. C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit.). Per approfondimenti A. SKAAR, *Permanent establishments*, Deventer, 1991; L. HUSTON, J. WILLIAMS, *Permanent establishments a planning primer*, Deventer, 1993.

(7) La Commissione ha altresì rilevato l'omessa indicazione dei seguenti elementi essenziali, cui fare riferimento nella valutazione dell'ipotesi di esteroestizione: tipo di società (di persone, di capitali, ecc.); natura giuridica della stessa (s.r.l., s.p.a., ecc.); articolazione della compagine sociale; composizione dell'organo amministrativo; individuazione della imposta applicabile in Italia (Irpef o Ires). Si veda per approfondimenti anche S. CAPOLUPO, *Le ispezioni tributarie*, Milano, 2009.

(8) I giudici di merito hanno riscontrato nel caso *de quo* notevoli incongruenze metodologiche. Paradossale appare, ad esempio, la carenza di elementi logico-razionali nella scelta del rappresentante legale cui attribuire la competenza a ricevere la notifica dell'avviso di accertamento. In relazione alla notificazione dell'avviso di accertamento in casi di contestata esteroestizione, cfr. la sent. Comm. trib. prov. di Belluno 14 gennaio 2008, n. 174, ove si è statuito che "deve ritenersi correttamente notificato l'avviso di accertamento della sede di società non residente nonché presso la residenza dichiarata nel territorio dello Stato notiziando altresì la sede legale dell'avvenuta notifica presso il recapito in Italia. Tale procedura non solo è conforme alla legge ma ha concretamente posto il destinatario nella condizione di conoscere l'atto impositivo ed i suoi contenuti al fine di esercitare il diritto di difesa, ancorché l'amministrazione finanziaria non sia tenuta ad effettuare notifiche all'estero".

Alla stessa stregua, la Commissione ha evidenziato:

- la mancata esecuzione da parte degli organi ispettivi di opportune verifiche finalizzate all'individuazione dell'esatto domicilio fiscale per le notificazioni sia del processo verbale di constatazione, sia dei successivi avvisi di accertamento e di altri eventuali atti;
- l'assoluta confusione emersa dall'avviso di accertamento in relazione alle caratteristiche della società elvetica, dapprima definita come stabile organizzazione (quindi, priva di autonomia) della *holding* lussemburghese e, in un secondo momento, ritenuta società autonoma e indipendente sotto il profilo giuridico.

probatori atti a dimostrare la fondatezza degli assunti sostenuti dai medesimi, precisando che l'esito di una verifica non dovrebbe mai basarsi su ragionamenti induttivi e mere congetture, ma dovrebbe essere supportato da elementi di prova concreti.

Unico elemento degno di nota, emerso dal processo verbale di constatazione è, secondo la Commissione, il riferimento all'esistenza di un organo di controllo e coordinamento, il quale si riuniva due volte all'anno e di cui faceva parte anche il soggetto al quale è stata attribuita *manu militari* la rappresentanza legale dell'ente elvetico (9).

Dopo aver esaminato criticamente il contenuto dell'avviso di accertamento, la Commissione ha esposto una serie di riflessioni al fine di individuare la corretta interpretazione della norma, vale a dire l'art. 73, comma 3, del Tuir, traendo le seguenti conclusioni:

- dalle risultanze della verifica non emerge alcuna prova che l'ente elvetico (al quale è stata attribuita autonoma personalità giuridica) abbia avuto in Italia, per la maggior parte del periodo d'imposta, la sede (che risulta essere in Svizzera) e l'oggetto principale (rivolto ai Paesi dell'Estremo Oriente);

- non sussiste alcuna prova concreta che possa far ritenere plausibile la tesi secondo la quale l'effettiva attività di amministrazione e gestione dell'ente elvetico si svolgesse al di fuori del territorio svizzero (nel caso di specie, in Italia). I giudici di *prime cure* hanno, infatti, evidenziato che, indipendentemente dalla sede dell'amministrazione, una società capogruppo ha, quale naturale prerogativa derivante dal concetto di controllo ex art. 2359 c.c., il compito di svolgere l'attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre società del gruppo, ma ciò non può (lasciar) supporre, in via automatica, la coincidenza della sede dell'amministrazione (e, dunque, della sede di direzione effettiva) con quella di direzione e coordinamento e, di conseguenza, con la residenza fiscale della società controllata estera (10). Trattasi, in ogni caso, di te-

(9) Si rileva, per inciso, che la presenza di siffatti organi consultivi e di indirizzo funzionale si riscontra nell'ambito delle complesse architetture organizzative dei gruppi multinazionali. Essi, quali organi di coordinamento transnazionale, sono del tutto "sganciati" dalla gerarchia societaria e dai criteri di sovraordinazione e subordinazione (cfr. *infra*) e, pertanto, non possono essere assunti, di per sé, quali indizio di "esteroestizione" delle società partecipate estere.

(10) Ciò potrebbe avvenire solo nel caso in cui tale società non sia sufficientemente autonoma da esercitare quell'ordinaria amministrazione e gestione quotidiana che esula dall'attività di coordinamento della capogruppo italiana; a tal proposito, si richiama quanto stabilito dalla Commissione tributaria regionale di Firenze nella sentenza 3 di-

ma applicabile unicamente ad enti controllati dotati di autonomia giuridica e patrimoniale (come la casa-madre lussemburghese, nel caso di specie) (11), e non già a *branch* localizzate all'estero;

cembre 2007, n. 61 (dep. 18 gennaio 2008), nella quale i giudici hanno precisato che non è possibile "configurare la collocazione della sede amministrativa di una società presso un'altra società soltanto perché fra le due società vi è uno stretto collegamento che riguarda essenzialmente il coordinamento delle rispettive attività e finalità".

A tal proposito, si rileva che i giudici di Firenze hanno altresì sostenuto che "l'esistenza di un penetrante controllo di una Società nei confronti di un'altra e perciò l'assoggettamento della società controllata costituisce fenomeno ben diverso dallo svolgimento delle attività di gestione amministrativa della società controllata. Le due fattispecie non possono essere né sommate né confuse perché altrimenti in situazioni giuridicamente rilevanti, fra loro nettamente differenziate, verrebbero rese coincidenti con effetti aberranti sul piano giuridico".

(11) Non va invero dimenticato che tra l'Italia e la Svizzera vige una Convenzione contro le doppie imposizioni basata sul Modello Ocse, la quale, all'art. 4, disciplina la residenza fiscale. Va ricordato che, ai sensi del par. 25 delle "Osservazioni sul Commentario Ocse" "(l'Italia non condivide l'interpretazione esposta nel par. 24 riguardante 'la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (a titolo esemplificativo, un consiglio di amministrazione)' quale esclusivo criterio per identificare la sede di direzione effettiva di un ente. La sua opinione è che, nel determinare la sede di direzione effettiva, deve essere preso in considerazione il luogo ove l'attività principale e sostanziale dell'ente è esercitata".

Cfr. sul punto P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, cit., 167 ss., Si osserva, inoltre, che, la Convenzione Italia-Svizzera del 9 marzo 1976, ratificata con legge 23 dicembre 1978, n. 943, all'art. 5, par. 7, dispone che "(i)l fatto che una società residente in uno Stato contraente controlli o sia controllata da una società residente dell'altro Stato contraente ovvero svolga la sua attività in quest'altro Stato (sia per mezzo di una stabile organizzazione oppure no) non costituisce di per sé motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una stabile organizzazione dell'altra". Tale disposizione (cd. *anti-single entity clause*) ha lo scopo di specificare che, quando una società residente in uno Stato contraente detiene la maggioranza (o la totalità) del capitale sociale di una società controllata residente nell'altro Stato contraente, questo Stato non può, per ciò solo, considerare che la società controllata costituisca stabile organizzazione della società controllante (sul punto, cfr. C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., 338 ss.; P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., 242). Tuttavia, una società controllata può essere considerata stabile organizzazione "materiale" della propria controllante qualora:

- i locali e il personale della società controllata sono a disposizione della controllante, la quale di fatto utilizza tali locali e tale personale per svolgere la propria attività;
- la società controllata opera quale *alter ego* della controllante, non svolgendo la propria attività, ma quella della controllante.

Inoltre, affinché una società possa essere qualificata stabile organizzazione (materiale o personale) della sua controllante occorre che l'attività svolta dalla prima non si configuri come avente carattere preparatorio o ausiliario ai sensi dell'art. 5, par. 4, del Modello Ocse (Cfr. Comm. trib. prov. di Rimini, 25 febbraio 2008, n. 26/2/08).

- la tesi della localizzazione all'estero per "ragioni fiscali" argomentata nell'atto impositivo impugnato appare insostenibile; infatti, dalla documentazione prodotta dalla società ricorrente si evince che la stessa è stata assoggettata a tassazione in Svizzera secondo il regime ordinario e non ha mai usufruito di procedure agevolative di alcun tipo (i.e., *ruling*, forfetizzazione del reddito, ecc.).

Dal quadro sopra descritto è derivata una netta presa di posizione da parte dei giudici di Reggio Emilia, i quali hanno ritenuto di accogliere pienamente il ricorso della società e di annullare l'avviso di accertamento riconoscendo, in via pregiudiziale, la "assoluta incertezza in merito all'identità (natura giuridica, composizione, sede legale, rappresentanza), alla individuazione ed all'esistenza dell'autonomo soggetto di diritto, centro di imputazioni di situazioni negoziali e processuali cui avrebbero dovuto far capo le obbligazioni tributarie accertate" (12). Anche sotto il profilo del merito, peraltro, la sentenza ha pienamente accolto le doglianze della ricorrente e ha riconosciuto la infondatezza delle pretese impositive, ponendo in particolare l'accento sulla "confusione" attuata dai verificatori tra il concetto di "direzione effettiva" e quello di "direzione e coordinamento" di cui agli artt. 2497 ss. c.c.

Lo sviluppo argomentativo della Commissione Provinciale è stato, sul punto, particolarmente ampio e approfondito, sì da rendere questa sentenza un importante punto di riferimento giurisprudenziale con riguardo a un tema, quello della esterovestizione nell'ambito dei Gruppi di società, divenuto negli ultimi tempi di grande attualità.

4. La residenza fiscale delle società e degli enti equiparati. Generalità. - Le problematiche relative alla residenza fiscale sono molteplici e interessano non tanto il profilo formale quanto quello sostanziale e di merito, con riferimento in particolare ai presupposti per l'individuazione della sede di direzione effettiva, riconducibile al criterio della sede dell'amministrazione (cfr. art. 73, comma 3, del DPR 22 dicembre 1986, n. 917, di seguito "Tuir").

La disposizione normativa - che i verificatori hanno considerato applicabile nel caso di specie e sulla quale si sono intrattenuti i giudici di *prime cure* nella sentenza oggetto del presente commento - è rappresen-

(12) Sotto il profilo formale e procedimentale, peraltro, la Commissione ha dichiarato la nullità e l'assoluta inefficacia della notifica effettuata nei confronti del dirigente della società italiana, individuato (senza alcuna ragione plausibile) quale soggetto destinatario dell'avviso di accertamento *de quo*.

tata dall'art. 73, comma 3, del Tuir. Tale norma stabilisce che, ai fini delle imposte dirette, si considerano residenti le società e gli enti che, per la maggior parte del periodo d'imposta, hanno nel territorio dello Stato, alternativamente:

- la “sede legale” (13), la quale coincide con la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o nello statuto (criterio formale);
- la “sede dell'amministrazione” (14), individuabile nel luogo ove viene svolta l'attività di gestione, da desumere da dati concreti (criterio sostanziale);
- l'“oggetto principale dell'attività” (15) – determinato in base alla

(13) La sede legale identifica un criterio di carattere meramente formale, mentre la sede dell'amministrazione e l'oggetto principale dell'attività, secondo opinione ampiamente condivisa, rappresentano criteri di natura sostanziale.

(14) Cfr., *amplius*, il paragrafo che segue.

(15) Il requisito dell'oggetto principale va individuato non tanto nell'attività statutariamente prevista, quanto nell'attività d'impresa effettivamente esercitata dall'ente giuridico oggetto d'indagine (art. 73, comma 5, del Tuir). Cfr., sul punto, quanto chiarito dall'Agenzia delle Entrate nelle Circolari 21 febbraio 2003, n. 12/E, e 4 agosto 2006, n. 28/E. Cfr. P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, cit., 12; P. VALENTE, I. CARACCIOLI, *Ancora su residenza ed esterovestizione: ulteriori considerazioni sulle sentenze della Comm. trib. prov. di Belluno*, in questa Rivista, 2008, III, 129 ss.

Con riferimento al luogo (Italia o altro Stato estero) in cui viene realizzato l'oggetto sociale rileva non tanto quello in cui si trovano i beni principali posseduti dalla società, quanto la circostanza che risulti “essenziale” o meno una presenza *in loco* per la gestione dell'attività dell'ente. Come notato da Assonime nella Circolare del 31 ottobre 2007, n. 67, par. 2.2., “(l)a distinzione assume particolare rilevanza per le *holding* di gestione delle partecipazioni, per le quali non bisogna confondere, ai fini della localizzazione, l'oggetto principale dell'attività d'impresa propria del soggetto controllante con quello delle società partecipate, né tantomeno con la collocazione dei beni da queste posseduti”. In altri termini, l'oggetto principale della *holding* si trova nel luogo in cui le attività di direzione e coordinamento, nonché talora ausiliarie (di finanziamento, gestione della tesoreria, ecc.) vengono poste in essere, prescindendo dalla localizzazione della sede delle partecipate stesse.

Va, infatti, osservato che l'art. 73, comma 4, ultimo capoverso, del Tuir dispone che “(p)er oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto”. Tale norma impone sostanzialmente di verificare l'oggetto principale tenendo in considerazione quale sia l'attività “essenziale” svolta dall'impresa ai fini del raggiungimento dei suoi scopi sociali; per cui, se il fine dell'attività imprenditoriale è quello, ad esempio, di commercializzare beni in un Paese estero, non si può ritenere corretta l'interpretazione secondo la quale l'attività “essenziale” è solo quella della vendita nel Paese estero poiché, in tale ipotesi, si giungerebbe a sostenere che tutte le società che commercializzano i loro prodotti in un unico Stato e, dunque, in un determinato mercato di riferimento, abbiano (paradossalmente) la residenza fiscale in quello Stato. Non vi è alcun dubbio, infatti, che la

legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata (art. 73, comma 4, del Tuir) – da riscontrarsi in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato (criterio sostanziale).

4.1. Il concetto di “sede di direzione effettiva”, in particolare. – La sede di direzione effettiva è il luogo ove si svolge l'attività di amministrazione, gestione e coordinamento dei fattori produttivi aziendali (16). Tale concetto è conforme a quello adottato nella maggior parte dei Paesi di *civil law* (17). Esso coincide con il cd. *place of effective management* (18), vale a dire il luogo in cui viene svolta l'attività di gestione e

norma citata faccia riferimento a tutte quelle attività “essenziali” senza le quali gli scopi sociali per cui l'impresa è stata costituita non potrebbero essere realizzati, tra cui anche le attività propedeutiche e strumentali alla vendita, quali, ad esempio, l'attività di produzione, stoccaggio, gestione logistica e amministrativa, ecc.

Inoltre, non rileva tanto la verifica della natura (commerciale o non commerciale) dell'oggetto principale, quanto la sua localizzazione nel territorio dello Stato italiano. D'altra parte, l'attività d'impresa non può essere identificata con i singoli affari in quanto è un “complesso di atti diretti ad un fine” (Cfr. Cass. civ., sentenza 26 febbraio 1990, n. 1439) che richiede un *quid pluris* rispetto allo svolgimento di una *congerie* di operazioni commerciali. Coerentemente con tale concetto, si ritiene che anche il “luogo” in cui è localizzato l'oggetto principale non possa essere individuato nei “luoghi” di svolgimento dei singoli affari, bensì in una sede, fisicamente riscontrabile, che possa essere qualificata come “centro delle attività”, ossia come sede centrale di direzione, controllo e impulso della molteplice e complessa attività. Ne consegue, come principio generale, che ciò che individua l'impresa non è l'esercizio di una fase di attività qualificante, ex artt. 2082 e 2195 c.c., ma l'attività d'impresa in quanto tale.

Cfr., inoltre, A. FEDELE, *La funzione fiscale e la “capacità contributiva”*, in L. Perone e C. Berliri (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 4. Cfr. sullo stesso tema G. GAFFURI, *Il senso della capacità contributiva*, ivi, 26 ss.; nonché G. FALSITTA, *Profili della tutela costituzionale della giustizia tributaria*, ivi, 91 ss.

(16) Cfr. Cass. 19 gennaio 1991, n. 505. Cfr. P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, cit., 115.

(17) Per una disamina, cfr. P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, cit., 393 ss.

(18) Nozione raccomandata dall'Ocse al fine di individuare un unico Stato di residenza fiscale per i soggetti diversi dalle persone fisiche, limitando i fenomeni di *dual residence* e, di conseguenza, la doppia imposizione giuridica. Cfr. R. COUZIN, *Comments on Corporate Residence and International Taxation*, in *Canadian Tax Journal*, 2003, vol. 51, n. 4; R. COUZIN, *Corporate Residence and International Taxation*, Amsterdam, 2002; C.F.E., *Opinion Statement, Place of Effective Management Concept. Suggestions for Changes to the OECD Model Tax Convention*, 12 settembre 2003; C. GOOSEN, *The concept of place of effective management*, University of Cape Town, 15 febbraio 2006; B.A. VAN DER MERWE, *Residence of a Company - The meaning of Effective Management*, in *SA Mercantile Law Journal*, 2002, vol. 14, n. 1; C. YU, *Determining Residency: Place of*

in cui, di norma, viene esercitato il controllo di una società o ente, da non confondere, come si vedrà *infra*, con la “sede di direzione e coordinamento” che, essendo correlata alla disciplina civilistica del controllo societario ex art. 2359 c.c., non necessariamente è localizzata nel medesimo luogo in cui viene esercitata la direzione effettiva.

Il termine “sede” evoca la dimensione spaziale in cui vengono assunte le decisioni rilevanti per la gestione della società o per il perseguimento delle finalità dell’ente (19). La “sede di effettiva direzione” è il luogo in cui le persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (*i.e.*, componenti dell’organo amministrativo) adottano ufficialmente le decisioni e le delibere in merito alla società nel suo complesso (20).

Incorporation vs. Place of Effective Management, novembre 2006, in http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3984/is_200611/ai_n17195698; K. STÄHL, *Taxing Companies by Reason of Nationality and/or Place of Management: What Says the ECJ?*, Liber Amicorum Sven-Olof Lodin, L’Aja, 2001; F.J. VANISTENDAEL, *Janus with Two Faces, or the Many Faces of Taxation*, Liber Amicorum Sven-Olof Lodin, L’Aja, 2001; M. DIRKIS, *Still a Problem Child: Central management and Control after RITA*, in *Revenue Law Journal*, 2005, XV, n. 1; R.C. WILLIAMS, *Tax Residence of a company*, in *Synopsis*, ottobre 2005, 10; M.J. MCINTYRE, *Determining the Residence of Members of a Corporate Group*, in *Canadian Tax Journal*, 2003, vol. 51, n. 4; S. MCCULLOCH, *Corporate Tax Residence in the 21st Century*, ottobre 2001; J.M. RIVIER, *The fiscal residence of companies, General Report at XLI Congresso Internazionale dell’I.F.A.*, Bruxelles, 1987.

(19) Tale luogo non coincide necessariamente con quello di residenza degli amministratori. Al proposito, anche la Comm. trib. reg. di Firenze, nella sentenza 3 dicembre 2007 n. 61 (dep. 18 gennaio 2008), ha ritenuto irrilevante, ai fini dell’individuazione della residenza fiscale, che la maggioranza degli amministratori fosse residente in Italia affermando che “Queste circostanze sono da ritenersi totalmente irrilevanti perché non si può trarre, sul piano giuridico, alcuna conseguenza da fatti marginali come (...) la residenza anagrafica degli amministratori. (...) Probabilmente l’Ufficio è stato indotto a dare valore a questo argomento dalla disposizione dell’art. 73, comma 5-bis, lett. b) del Tuir (introdotto dall’art. 35 del DL n. 223/2006). Ma il riferimento è chiaramente erroneo posto che la fattispecie disciplinata da tale disposizione è completamente diversa da quella di cui al presente giudizio, anche nella ricostruzione che ne fornisce l’Ufficio (a parte il fatto che la norma è successiva al periodo che qui interessa)”. Si osserva, in proposito, che già la Cassazione, con sentenza 10 dicembre 1974, n. 4172, aveva avuto modo di sostenere che “per dimostrare che la sede di una società è di fatto localizzata in Italia non è sufficiente allegare che uno degli amministratori (sia pure dotato di pieni poteri) vi risiede”.

(20) L’assetto del governo societario deve assicurare la guida strategica della società, l’efficace monitoraggio della gestione da parte del consiglio d’amministrazione e che il consiglio di amministrazione risponda del suo operato alla società e agli azionisti (Ocse, *Principi di governo societario*, 2004).

In altri termini, la “sede di effettiva direzione” (21) è la sede dell’amministrazione della società o ente, vale a dire il luogo in cui:

- si svolgono con regolarità le assemblee dei soci e l’attività dell’organo amministrativo;
- si tengono le riunioni del suddetto organo e in cui la partecipazione dei diversi membri è opportunamente documentata;
- si effettua la gestione operativa.

Da quanto esposto appare chiaro che:

- per sede dell’amministrazione deve intendersi il luogo ove viene esercitata l’attività principale, dove si trattano gli affari, dove i diversi fattori dell’impresa vengono organizzati e coordinati per l’esplicazione ed il raggiungimento dei fini sociali e dove viene svolta la prevalente attività direttiva ed amministrativa (22);

(21) Per approfondimenti, cfr. J. SASSEVILLE, *The meaning of “place of effective management”*, in AA.VV., *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, (a cura di G. Maisto), Amsterdam, 2009, 287 ss.

Si osserva che una società o ente può avere più di una sede di direzione, ove potranno essere adottate alcune decisioni e monitorate le attività di *business*, ma potrà avere un’unica “sede di direzione effettiva”.

Secondo M. LEO (*Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, Milano, 2006, 1188), la “sede effettiva” è ravvisabile nel “luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell’ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l’accentramento – nei rapporti interni e con i terzi – degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell’attività dell’ente”.

In altri termini, “la *quaestio facti* attinente all’accertamento della sede dell’amministrazione ai fini dell’individuazione della residenza fiscale della società non si concentra sul luogo dove si trovano le persone che formano la volontà delle società, ma sul luogo nel quale l’attività di gestione si svolge e nel quale vengono a convergere dette volontà” (Cfr. C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, cit., 186).

In giurisprudenza, in senso conforme si richiama, *inter alia*, quanto affermato dalla Corte di cassazione (Cfr. Cass. 9 giugno 1988, n. 3910), secondo cui: “(l)a sede effettiva dell’ente (...) non coincide con il luogo in cui si trova un recapito della medesima oppure una persona che genericamente ne curi gli interessi o sia preposta ad uffici di rappresentanza, dipendenze o stabilimenti, ma si identifica con il luogo dove si svolge la preminente attività direttiva ed amministrativa della impresa”.

(22) Sul tema della individuazione della sede di direzione effettiva delle società estere è anche intervenuta in modo inequivoco l’Agenzia delle Entrate con la Circolare 4 agosto 2006, n. 28/E, par. 8, secondo la quale gli elementi (alternativi) di collegamento al territorio dello Stato italiano della *legal entity* estera controllata da soggetto residente “devono essere valutati in base ad elementi di effettività sostanziale e richiedono – talora – complessi accertamenti di fatto del reale rapporto della società o dell’ente con un determinato territorio”, (sarebbe lecito auspicare) in contraddittorio con il contribuente. “Anzi, sotto tale aspetto, correttamente l’Agenzia delle Entrate rivendica la propria fa-

una società può essere ivi considerata fiscalmente residente, in base al requisito della “sede di effettiva direzione” (27).

Sul piano comunitario si osserva che non è rinvenibile un'autonoma e distinta definizione di “sede di direzione effettiva” o di sede dell'amministrazione di una società (28). Sul punto, la Corte di Giustizia delle Comunità europee nella sentenza *Cadbury Schweppes* (29), in merito alla questione della compatibilità con la libertà di stabilimento della legislazione antiabuso britannica, ha affermato: “il concetto di stabilimento nell'ambito del significato delle disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento implica l'effettivo svolgimento di un'attività economica

(27) Cfr. C. YU, *Determining Residency: Place of Incorporation vs. Place of Effective Management*, novembre 2006, in http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3984/is_200611/ai_n17195698; K. STÄHL, *Taxing Companies by Reason of Nationality and/or Place of Management: What Says the ECJ?*, Liber Amicorum Sven-Olof Lodin, L'Aja, 2001.

(28) Né siffatta definizione è contenuta nell'art. 43 del Trattato Ue, il quale stabilisce che “(l)e restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro sono vietate”.

(29) Causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd V. Commissioners of Inland Revenue*, sentenza del 12 settembre 2006 (in Fisco, n. 36/2006, fasc. n. 2, 5502) (cfr. P. VALENTE, *Fiscalià sovranazionale*, Milano, 2008, 368). Oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale, formulata dal giudice del rinvio contro la decisione dell'Amministrazione finanziaria britannica (*Special Commissioners*) in data 26 giugno 2004, è la conformità con il principio di libertà di stabilimento di cui agli artt. 43 e 48 del Trattato Ue della legislazione CFC del Regno Unito. Secondo la normativa CFC britannica (in vigore all'epoca dei fatti), una società fiscalmente residente nel Regno Unito è soggetta a tassazione per i redditi conseguiti all'estero tramite stabili organizzazioni, nonché per i dividendi distribuiti da società estere nelle quali detiene una partecipazione. In generale, la società madre residente nel Regno Unito non è tassata per gli utili prodotti dalle controllate estere, né sui dividendi distribuiti da controllate residenti. Una società estera, controllata da una società britannica che ne detiene la maggioranza del capitale sociale, è considerata società trasparente. Gli utili da essa prodotti vengono attribuiti alla società madre ed inclusi nella sua base imponibile, indipendentemente dalla loro distribuzione. La normativa CFC britannica si applica allorché la controllata estera operi in un Paese in cui il livello di tassazione è inferiore (di tre quarti) a quello rinvenibile nel Regno Unito. La società Cadbury Schweppes, con sede nel Regno Unito, riveste il ruolo di controllante di un gruppo con filiali nel Regno Unito, nell'Ue ed in Paesi terzi. Il gruppo comprende anche due società controllate indirettamente al 100 per cento: Cadbury Schweppes Treasury Services (CSTS) e Cadbury Schweppes Treasury International (CSTI), con sede in Irlanda. Le attività delle controllate irlandesi consistono nel raccogliere fondi destinati alle controllate del gruppo Cadbury Schweppes. Esse beneficiano del regime di tassazione particolarmente vantaggioso riservato alle finanziarie di gruppo dalla normativa irlandese. Cfr. L. DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, Amsterdam, 2008, 849.

(...) affinché la restrizione alla libertà di stabilimento possa ritenersi giustificata dall'esigenza di contrastare pratiche abusive, tale restrizione deve avere come obiettivo la prevenzione di quelle pratiche che implicano la creazione di strutture fittizie le quali non riflettono la realtà economica (della società, n.d.r.)”.

La valutazione circa la sussistenza di una costruzione fittizia deve effettuarsi, a parere della Corte comunitaria, in concreto e deve basarsi su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi; questi devono riguardare,

Secondo il giudice del rinvio, Cadbury Schweppes ha costituito CSTS per i tre seguenti motivi: in primo luogo, per ovviare a un problema di diritto tributario canadese avvertito da residenti canadesi titolari di azioni preferenziali di Cadbury Schweppes; in secondo luogo, per evitare di dover ottenere l'autorizzazione della Tesoreria del Regno Unito a contrarre prestiti per l'estero e, in terzo luogo, per ridurre la ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti, avvalendosi della Direttiva 23 luglio 1990, n. 90/435/Cee.

Tali obiettivi sarebbero stati raggiunti anche qualora CSTS avesse avuto sede nel Regno Unito. Cadbury Schweppes, inoltre, ha costituito CSTS e CSTI, controllate residenti in Irlanda ai fini fiscali, unicamente affinché le loro attività di finanziamento del gruppo potessero beneficiare del regime dell'*International Financial Services Centre* (IFSC) previsto dalla legislazione irlandese, sottraendosi così a tassazione nel Regno Unito. Tenuto conto dell'aliquota fiscale applicata alle società costituite secondo il regime IFSC, gli utili conseguiti da CSTS e da CSTI risultano soggetti a un livello di tassazione inferiore ai fini della legislazione CFC. Cadbury Schweppes impugna il provvedimento con il quale il Fisco britannico ha richiesto il pagamento della somma di GBP 8.638.633,54 (a titolo di imposta societaria sugli utili realizzati da CSTI nell'esercizio terminato il 28 dicembre 1996) dinanzi agli *Special Commissioners*, sostenendo che la legislazione britannica CFC è contraria alla libertà di stabilimento sancita dall'art. 43, alla libera prestazione di servizi di cui all'art. 49 e alla libera circolazione dei capitali enunciata all'art. 56 del Trattato Ue. L'avviso d'accertamento ha riguardato solo gli utili realizzati da CSTI giacché, per quel periodo, CSTS aveva subito perdite. A parere della Corte comunitaria, le società irlandesi controllate da Cadbury Schweppes possono avvalersi della tutela loro riconosciuta dagli artt. 43 e 48 del Trattato Ue, in quanto esercitano effettivamente un'attività economica in Irlanda. Nella decisione di Cadbury Schweppes di costituire proprie controllate sul territorio irlandese solo per usufruire di un regime fiscale più favorevole, non si individua un abuso del principio della libertà di stabilimento. Cfr. Commissione europea, *Anti-abuse rules* – CCCTB/WP/065 del 26 marzo 2008; Commissione europea, *L'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta – all'interno dell'Ue e nei confronti dei Paesi terzi* - COM(2007)785.

Secondo la sentenza *Cadbury Schweppes*, la lotta all'evasione fiscale può considerarsi ragione di interesse generale tale da giustificare un ostacolo alla libertà di stabilimento, in quanto persegua la finalità di escludere da un vantaggio fiscale “le costruzioni artificiali intese ad eludere la normativa nazionale”. La valutazione circa la sussistenza di una costruzione fittizia deve effettuarsi, prosegue la Corte comunitaria, in concreto e caso per caso. Essa deve tenere conto dell'effettività dello stabilimento nello Stato ospite, nonché della concreta sostanza delle attività ivi svolte. Cfr. P. VALENTE, *Fiscalià sovranazionale*, cit., 369; P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, cit., 261.

in particolare, il livello di presenza fisica della controllata estera in termini di locali, di personale e di attrezzature. Rileva, inoltre, la “concreta sostanza” delle attività svolte nello Stato ospitante. Laddove da una verifica in concreto effettuata risulti che la controllata estera “corrisponde a un’installazione fittizia che non esercita alcuna attività economica effettiva sul territorio dello Stato membro di stabilimento, la creazione di tale (controllata estera) dovrebbe essere ritenuta costruzione di puro artificio”. Secondo la Corte comunitaria, è tale il caso di una società “fantasma” o “schermo” (30).

5. Il concetto di “sede di direzione e coordinamento”. - La nozione di attività di “direzione e coordinamento”, esercitata dal soggetto con-

(30) In particolare, Assonime (Circolare 31 ottobre 2007, n. 67) ha precisato che, in sede di accertamento, si dovrebbe tenere conto dei seguenti profili:

- “le restrizioni alla libertà di stabilimento possono essere previste solo per contrastare le localizzazioni fittizie e non anche per impedire l’esercizio effettivo di attività economiche in altri Stati (anche se la collocazione in tali Stati è correlata con l’acquisizione di vantaggi fiscali);

- il principio di proporzionalità deve essere rispettato anche nell’ambito della prova, con particolare riferimento alle presunzioni di residenza, il cui ambito applicativo non può eccedere il fine di contrasto delle costruzioni prive di effettività economica”.

Gli indirizzi della Corte di Giustizia delle Comunità europee (cfr., tra le altre, le sentenze, *Ici, De Lasteyrie du Saillant, Marks & Spencer e Thin cap*) sembrano orientarsi in tal senso. Cfr. P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, cit., 261 ss.

Secondo quanto affermato dalla Commissione europea nella COM(2007)785 del 10 dicembre 2007, in ordine all’applicazione di misure antiabuso nel settore dell’imposizione diretta, all’interno dell’Ue e nei confronti dei Paesi terzi, “(p)er essere giustificate, le norme antiabuso (tra le quali può essere annoverata, in linea generale, anche la disposizione di cui all’art. 73, comma 3, del Tuir, n.d.r.) devono essere circoscritte a situazioni in cui sussiste un ulteriore elemento di abuso”. La Commissione, in particolare, citando la giurisprudenza recente della Corte di Giustizia sopra richiamata, ha chiaramente affermato che, in generale, “le norme (antiabuso) non devono avere una portata troppo ampia, ma essere mirate a situazioni in cui non esiste un insediamento effettivo o, più in generale, in cui manca una motivazione commerciale”. L’individuazione di una costruzione di puro artificio corrisponde quindi, a parere della Commissione, di fatto a un’analisi basata sul criterio della prevalenza della sostanza sulla forma (*substance over form*). La Commissione, inoltre, raccomanda agli Stati membri di condividere le migliori pratiche compatibili con il diritto comunitario, in particolare allo scopo di garantire la proporzionalità delle misure antiabuso. Tali sarebbero quelle norme che prevedono che il contribuente “sia messo in grado di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali”, in funzione delle quali un’operazione è stata conclusa.

Secondo la Commissione, quindi:

- l’onere della prova non dovrebbe gravare solo sul contribuente, alla luce del principio di proporzionalità, il quale prevede che le presunzioni di residenza non possono eccedere il fine di contrasto delle costruzioni prive di effettività economica;

trollante, trova fondamento giuridico nell’art. 2497 c.c., il quale, tuttavia, non ne fornisce una nozione compiuta (31).

La configurazione della direzione unitaria consegue all’accertamento di un flusso costante di istruzioni, che la società controllante impartisce alle controllate con riguardo alle attività proprie di queste ultime (32). Il coordinamento delle imprese del gruppo può essere concepito come una modalità della direzione unitaria, consistente nella riconduzione ad unità della direzione di tutte le imprese del gruppo, in modo tale da omogeneizzarne i fini, standardizzarne i processi e uniformarne le singole operazioni. Già in questa azione intersocietaria *top-down*, si può riscontrare la manifestazione concreta della direzione unitaria (33), rapporto – al tempo stesso – di coercizione e regolazione, coordinamento e composizione.

È importante sottolineare che l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento non può fondare alcun assunto di residenza fiscale delle controllate nel Paese in cui è localizzata la società controllante (34), e su questo punto le considerazioni svolte nella sentenza qui in commento appaiono particolarmente perspicue e puntuali.

Appare opportuno, dunque, soffermarsi sulle possibili interrelazioni riscontrabili tra il concetto civilistico di direzione e coordinamento (35)

- le norme antiabuso non devono avere una portata troppo ampia, ma essere mirate a situazioni in cui non esiste un insediamento effettivo o, più in generale, in cui manca una motivazione commerciale (situazioni di puro artificio);

- i risultati della valutazione dell’autorità fiscale dovrebbero essere sottoposti a controllo giurisdizionale indipendente.

Tale principio appare perfettamente allineato all’orientamento espresso dall’amministrazione nella Circolare n. 28/E/2006.

(31) Anteriormente alla riforma, la direzione unitaria è stata configurata come amministrazione dell’intero gruppo, considerato come strumento di gestione di una sola impresa o come espressione di unità imprenditoriale.

(32) Quali, ad esempio, le modalità gestionali, il reperimento di mezzi finanziari, le politiche di bilancio, la scelta dei contraenti, ecc.

(33) Cfr. F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 21 ss.

(34) Se così non fosse, partecipate estere di una qualunque società capogruppo potrebbero essere “meccanicamente” considerate residenti nel Paese ove è localizzata la capogruppo medesima. Secondo la citata sentenza della Comm. trib. reg. di Firenze, 3 dicembre 2007, n. 61 (dep. 18 gennaio 1008), le fattispecie di “direzione effettiva” e “direzione e coordinamento” “non possono essere né sommate né confuse, perché, altrimenti, situazioni giuridicamente rilevanti, fra loro nettamente differenziate, verrebbero rese coincidenti con effetti aberranti sul piano giuridico”.

(35) Istituto introdotto dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e modificato dal D.Lgs. “correttivo” 28 dicembre 2004, n. 310.

e quello di direzione effettiva, il quale, associato ad altri elementi, individua la residenza fiscale delle società ed enti equiparati.

5.1. Direttive del soggetto controllante di vertice e residenza delle partecipate estere. - I temi della "direzione unitaria" dei gruppi d'impresa e dell'"attività di direzione e coordinamento" assumono indubbia rilevanza fiscale nel caso in cui le direttive impartite dalla società capogruppo (residente in Italia) vengano qualificate come ingerenza gestionale ed amministrativa, al limite della surroga e/o sostituzione, nell'attività delle società partecipate estere. A tale proposito, va considerato in concreto il contenuto dell'attività di direzione e coordinamento della società capogruppo (36) per distinguerlo dalla funzione di conduzione aziendale *in loco* da parte della controllata.

L'espressione "direzione unitaria" racchiude in sé la concreta esplicazione dell'influenza dominante (37) in quanto elemento ulteriore rispetto al concetto di controllo (38). Mediante la direzione unitaria la società capogruppo indirizza l'attività economica delle singole società controllate (39), la regola e plasma in modo che il gruppo possa conseguire un interesse comune superiore a quello raggiungibile dalle singole imprese (40).

L'autonomia giuridica delle singole *legal entities*, spesso localizzate nel territorio di più Stati, che compongono il gruppo (società capogrup-

po compresa) comporta, in ottica organizzativa e funzionale, che ciascuna società è deputata ad assumere un ruolo ed ad assolvere una funzione nell'ambito del gruppo stesso. Ne deriva che il "ruolo" assunto dalla società controllante all'interno del gruppo è, in sostanza, quello di coordinamento delle imprese partecipate, nell'ambito di un unitario indirizzo.

La Corte di cassazione, nella sentenza n. 5123 dell'8 maggio 1991, rileva che "non si nega la possibilità che più società organizzino la propria attività economica proiettandola verso il conseguimento di un interesse comune e ulteriore rispetto a quelli realizzabili dalla singola impresa".

Nella determinazione della politica di gruppo, la *holding* può pertanto valutare l'opportunità di "comprimere l'interesse di una società a favore di un'altra, beninteso ove ciò interagisca positivamente sul risultato finale della gestione complessiva" (così F. CAPRIGLIONE, cit., 2092). Si ammette infatti che "da una determinata strategia di gruppo, possono derivare, almeno in prospettiva, vantaggi alle società dipendenti". In tal senso G. COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, tomo II, Padova, 1994, 791. A. MIGNOLI, (in *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, 738) avverte che "la nozione di pregiudizio va valutata non separatamente, ma confrontata dialetticamente con i vantaggi dell'appartenenza ad una comunità allargata". Si veda inoltre M. BIN, *Il conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Contr. e impr.*, 1993, 880.

Dalla unitarietà economica del gruppo, tuttavia, non possono desumersi conseguenze per quanto attiene alla rilevanza giuridica del gruppo medesimo, ad esempio con riferimento ai diritti e agli obblighi delle singole società che ne fanno parte. Dalla unitarietà economica del gruppo, tuttavia, non possono desumersi conseguenze per quanto attiene alla rilevanza giuridica del gruppo medesimo, ad esempio con riferimento ai diritti e agli obblighi delle singole società che ne fanno parte.

Si veda Cass. 5 aprile 1990, n. 2831, in particolare con riferimento alla costituzione, alla gestione ed alla risoluzione dei rapporti di lavoro. F. GALGANO (cit., 161) ha rilevato come, nei gruppi, una medesima impresa venga esercitata in modo diretto da una o più società (operative) e in via indiretta o mediata dalla società capogruppo; la stessa impresa fa quindi capo a due imprenditori che sono giuridicamente distinti; pertanto, secondo l'Autore, sia l'art. 2082 che l'art. 2247 c.c. devono essere letti tenendo conto del possibile esercizio di attività economica in modo diretto e indiretto.

Come precisato dalla Corte di cassazione nelle sentenze n. 472 del 2 marzo 1964 e n. 3945 del 13 giugno 1986, il gruppo di società, costituito a tutela di un interesse economico comune, può essere considerato unitario sotto il profilo economico, ma non anche sotto il profilo giuridico-tributario. Ne deriva che il gruppo di imprese non costituisce soggetto giuridico né centro di interessi e di imputazione di rapporti giuridici e patrimoniali autonomo rispetto alle società che lo compongono.

Le società che compongono il gruppo mantengono piena autonomia sul piano giuridico. I concetti giuridici di personalità giuridica, di soggettività e di centro di imputazione di rapporti giuridici e patrimoniali sono propri delle singole società appartenenti al gruppo e non possono essere attribuiti al gruppo stesso, considerato quale entità unica dal punto di vista giuridico, indipendentemente dalle distinte posizioni soggettive.

Il controllo da parte di una società non determina il venir meno dell'autonomia delle singole società dotate di "distinta soggettività giuridica".

(36) Cfr. *amplius* P. VALENTE, *Manuale del transfer pricing*, cit., 211 ss.

(37) La giurisprudenza ha sempre evidenziato la valenza meramente economica del gruppo di imprese, che si caratterizza (essenzialmente) attraverso legami di tipo finanziario consistenti nel possesso di quote azionarie delle società del gruppo e si manifesta attraverso la cd. "direzione unitaria".

(38) Anche se F. GALGANO, (in *Diritto Commerciale - Le Società*, 225) sottolinea che la direzione unitaria si può presumere senza prova contraria nei casi di controllo. In dottrina si veda M. LAMANDINI, *Il controllo - Nozioni e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995; F. VELLA, *Le società holding*, Milano, 1993, 120.

(39) In tal senso, autorevole dottrina (F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna, 2005, 57 ss.) ha osservato che la *holding* "in forza della propria partecipazione di controllo, di diritto o di fatto, o anche in forza di particolari vincoli contrattuali che le attribuiscono una influenza dominante nell'assemblea ordinaria, esercita su una o più società la funzione" definibile come "direzione e coordinamento".

(40) Si veda Cass. 13 giugno 1986, n. 3945 (in *Giust. civ. Mass.*, 6/1986) e Cass. 8 maggio 1991, n. 5123; in dottrina si veda F. CAPRIGLIONE, *Poteri della controllante e organizzazione interna del gruppo*, in *Impresa*, n. 15/1990, 2083; P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, 720.

In linea generale, la definizione corrente di “attività di direzione e coordinamento” (41) è costruita intorno alla sottoposizione di più imprese ad un’unità di indirizzo (la cui vincolatività si esplica il più delle volte mediante nessi di natura funzionale) e l’attività viene descritta, a seconda della conformazione del gruppo, in termini di accentramento e/o di coordinamento di uno o più settori. La circostanza che l’elemento qualificante dell’attività in esame vada colto e apprezzato in relazione al momento gestorio risulta nell’ordinamento italiano in modo inequivocabile dall’art. 2497 c.c. che, nel disciplinare il profilo patologico dell’esercizio dell’attività, fa riferimento ad un’azione posta in essere “in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” delle società che subiscono l’altrui direzione.

Gli atti (42) mediante i quali la società capogruppo impartisce le di-

La giurisprudenza rileva che:

- la personalità giuridica rimane in capo alle singole società;
- il gruppo non è centro di interessi autonomo rispetto alle società controllate e collegate.

(41) Occorre porre in rilievo l’incidenza della direzione unitaria (a differenza dell’influenza dominante propria del controllo che si manifesta nell’assemblea ordinaria della società controllata) sulla gestione delle società del gruppo, con la precisazione che la direzione ed il coordinamento possono investire l’intera gestione delle imprese controllate ovvero solamente alcune funzioni di particolare rilievo ed importanza.

(42) Con riguardo alla forma, si rileva come l’attività di direzione e coordinamento da parte del capitale di controllo si estrinsechi, oltre che nell’esercizio del diritto di voto nelle assemblee delle società controllate, in una serie di atti confidenziali non compiutamente tipizzabili, scaturenti dal sottostante rapporto fiduciario intercorrente tra il capitale di controllo e gli amministratori delle società controllate.

In altri termini, la formalizzazione e l’attuazione delle direttive espresse dal capitale di controllo e, dunque, dalla capogruppo non sono tuttavia atti dovuti degli amministratori delle controllate. Questi, infatti, sono tenuti a vagliare criticamente le direttive ricevute dalla società capogruppo, modulandone l’applicazione in relazione sia all’interesse del gruppo, espresso dalla partecipazione di controllo che formula le direttive, sia all’interesse della società amministrata, verso la quale devono rispondere secondo la disciplina tipica della responsabilità amministrativa di cui agli artt. 2393 - 2395 c.c.

In sostanza:

- il socio detentore del controllo non può imporre agli amministratori delle controllate di compiere (o di non compiere) determinati atti di gestione, potendo egli soltanto adottare le specifiche deliberazioni che rientrano nella sua competenza (artt. 2364 - 2365 c.c.);

- gli amministratori non possono esonerarsi da responsabilità verso i creditori sociali o verso i singoli soci o terzi adducendo a propria discolta di avere supinamente eseguito ordini o direttive dell’assemblea dei soci.

Il rapporto fiduciario e la presupposta influenza dominante della capogruppo restano quindi un fenomeno di fatto, che è bensì suscettibile di responsabilità della control-

lante (43) per una direzione unitaria del gruppo d’imprese sono idonei, in linea di principio, a provare che essa svolge unicamente attività di coordinamento, gerarchicamente sovraordinata e rientrante nella nozione di cui agli artt. 2497 ss. c.c.

Ben diversa appare la sistematica compressione da parte della controllante degli interessi della partecipata, privata dell’autorità e del potere di esercitare l’impresa, destituita dalle proprie sovrane prerogative gestionali, spodestata nella responsabilità e nelle funzioni, al punto da essere oggetto di compiuta surroga e integrale sostituzione nell’esercizio dell’attività d’impresa da parte della controllante stessa.

In conclusione, l’attività di direzione va esclusa in favore di quella di direzione e coordinamento ove gli impulsi direttivi impartiti constino in meri atti di orientamento e direzione dell’attività di un gruppo societario e non, quindi, in atti di concreta amministrazione di tipo surrogatorio riferiti ad una specifica operazione societaria (44). È proprio questa l’indagine che ha puntualmente condotto nella sentenza qui in commento la Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia, giungendo correttamente ad affermare che “il ruolo della capogruppo, peraltro civilisticamente previsto, consistente nello svolgere attività di coordinamen-

lante nei confronti dei soci e dei creditori della controllata, ma che non è “mai un vincolo per gli amministratori a cui le direttive sono rivolte”. Le direttive impartite dalla capogruppo non sono, cioè, coercibili da parte della società controllante e gli amministratori, se vi si conformano, lo fanno sotto la propria responsabilità, assumendo come proprie, ad ogni effetto di legge, le relative decisioni.

Trattasi di principi di corretta gestione degli equilibri esistenti in un gruppo di imprese, i quali, pur orientati al conseguimento di un disegno comune (del gruppo), non sono di per sé idonei ad attestare una sostituzione nello svolgimento di funzioni gestorie, le quali spettano esclusivamente alle società controllate.

(43) Con riferimento alle direttive della *holding* di vertice, alle quali le controllate uniformano la propria azione, la Corte di cassazione (sentenza 26 febbraio 1990, n. 1439 e 11 marzo 1996, n. 2001), ancor prima della “positivizzazione” della disciplina sulla direzione e coordinamento di società, aveva avuto modo di osservare che il potere di controllo e coordinamento da parte della *holding* è naturalmente esercitato da tale società per il tramite, oltre che dell’esercizio del voto all’interno delle assemblee delle controllate, anche con altri “mezzi formali”. Tale giurisprudenza, pur in presenza di detta lacuna legislativa, già riteneva che “non esistono ostacoli di carattere giuridico al fatto che le decisioni adottate a livello dell’organo gestorio del gruppo vengano poi attuate dalle società del gruppo” e che “le decisioni conformi alle linee del gruppo devono essere poi assunte formalmente dagli organi delle società collegate competenti secondo le regole statutarie”.

(44) Ocse, Commentario all’art. 4 del Modello di Convenzione.

to, non può automaticamente portare alla estrema e paradossale conclusione di spostare la residenza della realtà operante in Svizzera”.

6. *Elementi distintivi dell'attività di direzione e coordinamento rispetto a quella di direzione effettiva.* - Come si è avuto modo di notare nelle pagine che precedono, in relazione alla definizione dei concetti di “sede di direzione effettiva” e “sede di direzione e coordinamento”, nell'ambito dei gruppi societari (nazionali e transazionali) si riscontra una zona di penombra (45), area dai contorni indefiniti (46), nella quale non sempre risulta agevole delineare il confine dei comportamenti della controllante ai fini di una corretta imputazione degli stessi come derivazione logica di una tutela dell'interesse del gruppo, piuttosto che come prevaricazione delle regole fondamentali che tutelano l'autonomia giuridica nella gestione della società controllante (47).

I due concetti sopra richiamati si riferiscono ad attività affatto differenti sia dal punto di vista concettuale e giuridico (benché non perfettamente distinguibili e talora sovrapponibili sotto il profilo economico), in quanto l'attività di direzione e coordinamento, che si manifesta in direttive di indirizzo di tipo gestionale della controllante, è principalmente diretta a consentire e verificare che le società partecipate svolgano le specifiche funzioni imprenditoriali ad esse assegnate all'interno del gruppo in forma coordinata e, comunque, orientata al soddisfacimento degli obiettivi unitari del gruppo di appartenenza. Tale obiettivo, pertanto, legittima la sovraordinazione della controllante, fondata sulla concreta esplicazione ed esplicitazione di una pluralità di atti contraddistinti e fatti ispirati da volontà unitaria.

(45) Cfr. H.L.A. HART, *The concept of law*, 1961 e G.R. CARRIO, *Sull'interpretazione giuridica*, in L'analisi del ragionamento giuridico, II, Torino, 1989, 131.

(46) “(L)'area di penombra non è delimitata da confini netti. Essa è una sorta di alone che diventa sempre più sfumato fino a trapassare in maniera impercettibile ai casi centrali a cui il segno sicuramente si applica o sicuramente non si applica. Vi sarà perciò una classe di ipotesi di frontiera che non sappiamo se annoverare tra i casi dubbi o i casi certi. A sua volta questa classe di ipotesi marginali a cavallo tra la frangia e il nucleo sarà indeterminata. E così via. Vi è dunque una serie, talvolta infinita, di regioni dubbie, la frangia di ciascuna delle quali ha una frangia di ordine più elevato ai suoi confini” (C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, 4).

(47) Cfr. A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in Contr. e impr., 1986, 738. Si vedano anche P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in Giur. comm., 1995, 719; F. BONELLI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società*, in Giur. comm., 1992, 219.

L'attività di direzione, per converso, rilevante ai fini dell'individuazione della sede dell'amministrazione e, dunque, della residenza fiscale della società partecipata, si estrinseca nella identificazione delle modalità imprenditoriali che consentono alle singole *legal entities* partecipate il conseguimento degli obiettivi strategici di più alto livello ad esse assegnati dalla società controllante e la realizzazione, in tal modo, del più ampio disegno imprenditoriale del gruppo di appartenenza.

In sostanza, i flussi strategici – espressione della gerarchia societaria e del coordinamento funzionale – discendenti dalla capogruppo alle controllate (processo cd. *top-down*), pur coinvolgendo ogni profilo della vita aziendale delle partecipate stesse, permeandone organizzazione e processi, non individuano, di per sé, alcuna sostituzione nell'esercizio dell'impresa sul territorio, ma esprimono unicamente il potere di direzione unitaria ed attestano l'esistenza di un rapporto di sovraordinazione (della controllante) e di subordinazione (della controllata).

In altri termini, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento attraverso uno o più atti di indirizzo strategico attesta la mera soggezione della partecipata alla propria capogruppo e connota uno stato di subordinazione degli interessi propri (della consociata) a vantaggio del gruppo nella sua globalità. Pertanto, tale forma di “eterodirezione” (ben individuata e diversa, in termini giuridici, dall'attività di direzione operativa) non può – di per sé – configurare in modo alcuno ipotesi di “esterovestizione”.

Invero, nei rapporti infragruppo l'esterovestizione richiede, in sintesi, un *quid pluris* in termini di:

- assenza di radicamento della direzione operativa (*i.e.*, dell'impulso imprenditoriale) nel territorio dello Stato ove la società partecipata è localizzata; e/o
- avocazione (usurpazione) alla controllante delle funzioni operative in precedenza assegnate, nell'economia del gruppo d'impres, alla partecipata;
- compressione forzata da parte della controllante di prerogative sovrane della società partecipata.

Ne deriva che, per poter ipotizzare fenomeni di “esterovestizione” di società partecipate localizzate all'estero, occorre verificare nei fatti la sussistenza di un rapporto di dominazione, in forza del quale la controllante, mediante trasferimento (*rectius*, usurpazione) dell'impulso imprenditoriale, rende “acefala” la consociata, la quale, consapevolmente privata di prerogative sovrane e stabilmente oggetto di asservimento, rinuncia a decidere sulla propria operatività.