Dottorato in diritto pubblico e tributario nella dimensione europea

XXIV ciclo

IUS 12 - Diritto Tributario

Università di Bergamo

LA RESIDENZA DELLE SOCIETÀ DOTATE DI PERSONALITÀ GIURIDICA AI FINI DELLE IMPOSTE DIRETTE IN BASE AL DIRITTO TRIBUTARIO INTERNO E ALLE CONVENZIONI PER EVITARE LE DOPPIE IMPOSIZIONI SOTTOSCRITTE DALL'ITALIA

Relatore: Prof. Marco Barassi

Dottorando: Stefano Grilli, matricola 1008740

Sommario

PREMESSA **1**

CAPITOLO I: IL PRINCIPIO DI TERRITORIALITÀ E LA SUA DECLINAZIONE NELL'AMBITO DEL DIRITTO TRIBUTARIO **4**

1. ORIGINI E CONTENUTO DEL PRINCIPIO DI TERRITORIALITÀ **4**
2. IL PRINCIPIO DI TERRITORIALITÀ NELL'AMBITO DEL DIRITTO TRIBUTARIO **7**
3. RELAZIONE TRA IL PRINCIPIO DI TERRITORIALITÀ, I VINCOLI COSTITUZIONALI INTERNI ED IL CONCETTO DI RESIDENZA ESPRESSO NEL DIRITTO TRIBUTARIO INTERNO (CENNI) **14**

CAPITOLO II: INTRODUZIONE AL CONCETTO DI RESIDENZA **19**

1. LA NOZIONE DI RESIDENZA NEL DIRITTO CIVILE E NEL DIRITTO TRIBUTARIO ITALIANO **19**
2. LA SCELTA DEL CRITERIO DELLA "RESIDENZA" **24**
3. IL RAPPORTO TRA LA NOZIONE DI RESIDENZA QUALE CRITERIO PER L'INDIVIDUAZIONE DEI SOGGETTI PASSIVI E LA SUSSISTENZA DI UNA IMPOSIZIONE TERRITORIALE IN CAPO AI NON RESIDENTI **28**
4. LA RESIDENZA COME CRITERIO DI LOCALIZZAZIONE DEL REDDITO **30**

CAPITOLO III: LA RESIDENZA FISCALE DELLE PERSONE GIURIDICHE **32**

1. ORIGINI ED EVOLUZIONI DELLA DISCIPLINA ITALIANA **32**
2. I REQUISITI CHE DETERMINANO LA SUSSISTENZA DELLA RESIDENZA FISCALE DELLE PERSONE GIURIDICHE **36**
   - 2.1 Il requisito della sede legale nel territorio dello Stato 38
   - 2.2 Il requisito della sede dell'amministrazione nel territorio dello Stato 39
   - 2.3 Il requisito dell'oggetto principale nel territorio dello Stato 51
   - 2.4 Il requisito temporale 58

CAPITOLO IV: LA RESIDENZA NEI GRUPPI DI SOCIETÀ: "SEDE DI DIREZIONE EFFETTIVA" ED ATTIVITÀ DI "DIREZIONE E COORDINAMENTO" **63**

1. LA NOZIONE DI ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO. **63**
2. ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO SVOLTA DALLA CAPOGRUPPO E RESIDENZA FISCALE DELLE SOCIETÀ CONTROLLATE **66**
3. ELEMENTI DISTINTIVI DELL'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO RISPETTO A QUELLA DI DIREZIONE EFFETTIVA **70**
4. UN CASO PARTICOLARE: LE SOCIETÀ *HOLDING* **74**
5. CONCLUSIONI IN TEMA DI RESIDENZA E DI ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO **76**

CAPITOLO V: LA RESIDENZA DELLE SOCIETÀ NELLE CONVENZIONI PER EVITARE LE DOPPIE IMPOSIZIONI **79**

1. IL CONCETTO DI RESIDENZA ACCOLTO NELLE CONVENZIONI PER EVITARE LE DOPPIE IMPOSIZIONI **79**
2. LA RESIDENZA COME PRESUPPOSTO PER L'ACCESSO ALLA PROTEZIONE DELLA CONVENZIONE PER EVITARE LE DOPPIE IMPOSIZIONI: L'ART. 1 DEL MODELLO OCSE **80**
3. LA NOZIONE DI "*RESIDENT OF A CONTRACTING STATE*" **83**
   - 3.1 Il concetto di "*liability to tax*" 83
   - 3.2 Il concetto di "*by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature*" 90
4. LA *TIE-BREAKER RULE* DELL'ART. 4, PARAGRAFO 3 DEL MODELLO OCSE **99**
   - 4.1 Il significato autonomo del criterio del *place of effective management* 102
5. IL CRITERIO DEL "*PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT*" **104**
6. ALLA RICERCA DELLE ORIGINI DEL CRITERIO DEL *PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT* **108**
   - 6.1 Considerazioni introduttive sulle origini di tale espressione 108
     - *6.1.1 Il criterio del "place of management"* ***108***

6.1.2 Il criterio del "central management and control" ***109***
6.2 I lavori in seno alla Lega delle Nazioni 113
6.2.1 I Quattro Economisti ***113***
6.2.2 Il Comitato degli Esperti ed il Comitato Fiscale ***114***
6.3 Il Modello di Londra e del Messico 123
6.4 I lavori (1956 – 1958) in sede di Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea (OCEE) 126
6.5 Il significato del temine "*managed and controlled*" nella giurisprudenza inglese e nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni sottoscritte nel Regno Unito 133
7. LA NOZIONE DI "*PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT*" NEL COMMENTARIO AL MODELLO OCSE **144**
7.1 I criteri di interpretazioni dei trattati ed il ruolo del Commentario 144
7.2 Il significato di "*Place of Effective Management*" nell'ambito del Commentario 156
7.2.1 Dal Commentario del 1963 al Commentario del 2000 ..... ***156***
7.2.2 Il Discussion Draft del 2001: L'impatto delle nuove tecnologie sul "place of effective management" ***164***
7.2.3 Il Discussion Draft del 2003 ..... ***166***
7.2.4 Le modifiche al Commentario del 2008 ..... ***179***
7.2.5 Alcune considerazioni "conclusive" in merito al significato della locuzione "place of effective management" alla luce del suo "excursus" storico ***183***
7.3 La posizione dell'Italia in relazione alle modifiche al Commentario del 2000 e del 2008 ed i relativi elementi di critica. 190
7.3.1 Le "osservazioni" dell'Italia al Commentario del 2000 e del 2008 ..... ***190***
7.3.2 Un'analisi critica delle "osservazioni" dell'Italia al Commentario del 2000 e del 2008 ..... ***192***
8. ALCUNE DEVIAZIONI DALLA *TIE-BREAKER* RULE DEL MODELLO OCSE DA PARTE DEGLI STATI OCSE **202**
9. IL RUOLO DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE DELLE SOCIETÀ NEL DETERMINARE IL "*PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT*": UN APPROCCIO DI TIPO ANTIELUSIVO **205**

CAPITOLO VI: I PROBLEMI DI DOPPIA RESIDENZA NELLE SITUAZIONI TRIANGOLARI **218**
1. IL PROBLEMA DELLA DOPPIA RESIDENZA NELLE SITUAZIONI TRIANGOLARI **218**
2. LA DOPPIA RESIDENZA COME STRUMENTO DI TAX PLANNING **220**
3. I PROBLEMI CONNESSI ALLA DOPPIA RESIDENZA DELLE SOCIETÀ IN SITUAZIONI TRIANGOLARI E LE DIVERSE IPOTESI DI SOLUZIONE **221**
3.1 Società con doppia residenza che percepisce un reddito da uno Stato terzo 222
3.2 Società con doppia residenza che paga un reddito a un soggetto residente in uno Stato terzo 230
3.2.1 La soluzione del caso triangolare che si fonda sull'art. 10(5) del Modello OCSE. La sentenza del Hoge Raad olandese del 1992 e la decisione canadese nel caso Hunter Douglas del 1979 ..... ***232***
3.2.2 La soluzione del caso triangolare che si fonda sull'interazione tra gli articoli 4 e 10, paragrafo 1, del Modello OCSE: sentenza del Hoge Raad olandese del 28 febbraio 2001 ..... ***235***
3.3 Rilievi critici alle modifiche al Commentario OCSE del 2008 239

CAPITOLO VII: LE CONVENZIONI CONCLUSE DALL'ITALIA E LA RISOLUZIONE DI ALCUNI PROBLEMI SPECIFICI **254**
1. L'ANALISI DELLE CONVENZIONI CONCLUSE DALL'ITALIA **254**
2. LA RELAZIONE TRA IL CONCETTO DI "*PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT*" ED I CRITERI DI RESIDENZA PREVISTI DALL'ARTICOLO 73 TUIR **257**
3. LA RESIDENZA AI FINI CONVENZIONALI DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI CHE HANNO OPTATO PER IL REGIME DELLA TRASPARENZA FISCALE **261**
4. LA RESIDENZA AI FINI CONVENZIONALI DELLE SOCIETÀ CHE HANNO OPTATO PER IL CONSOLIDATO FISCALE NAZIONALE **266**

CAPITOLO VIII: CONCLUSIONI **270**

BIBLIOGRAFIA **276**

PREMESSA

La presente tesi ha ad oggetto le problematiche inerenti alla residenza ai fini fiscali delle società dotate di personalità giuridica sia ai fini del diritto interno sia nell'ambito delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni (in seguito, le Convenzioni o i Trattati).

Non sono oggetto di trattazione, se non per brevi richiami, le specifiche problematiche relative alle società di persona, alle fondazioni e ad altri istituti di diritto estero (quali, ad esempio, il *trust*).

Allo stesso modo esulano dalla presente analisi le nozioni di residenza (ovvero criteri di natura analoga) propri di imposte diverse da quelle sui redditi (imposta sul valore aggiunto, imposta di registro, imposta sostitutiva sulle operazioni di finanziamento, ecc.).

In particolare, l'analisi tende a dimostrare l'esistenza di punti di contatto tra i criteri di determinazione della residenza ai fini del diritto tributario interno rispetto al criterio del *place of effective management* adottato nella gran parte delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni concluse dall'Italia direi che non è questo lo scopo o il principale scopo della tesi perché, altrimenti, sarebbe riduttivo; cercherei di evidenziare le finalità più scientifiche della tesi. Nondimeno, si avrà altresì modo di evidenziare come la continua tendenza del nostro legislatore ad introdurre norme con finalità anti abuso e dell'amministrazione finanziaria ad interpretare (*rectius*, svalutare) in chiave antielusiva le disposizioni normative stia, di fatto, allargando a dismisura i confini della residenza delle società.

Nel Capitolo I viene brevemente affrontato il tema del principio di territorialità e la sua applicazione nell'ambito del diritto tributario. Nel corso dei decenni l'evoluzione e l'applicazione di tale principio alla materia tributaria in particolare al settore delle imposte sui redditi ha condotto alla definizione del concetto di residenza quale necessario ed indefettibile elemento di connessione (reale o presunta in relazione alle singole norme) di una persona (fisica o giuridica) con il territorio dello Stato e quindi con il suo obbligo di concorso al finaziamento delle spese pubbliche. Il concetto di residenza, infatti, è ormai universalmente assurto al rango di elemento costitutivo dell'obbligazione tributaria personale sebbene, a ben vedere, non configuri un presupposto di imposta quanto e più precisamente, un elemento del presupposto

Dopo una breve premessa in merito al ruolo ed alle funzioni del criterio della residenza all'interno del sistema tributario italiano (Capitolo II), sono esaminati in dettaglio i presupposti che, nell'ambito dell'ordinamento italiano, determinano la residenza delle persone giuridiche ai fini delle imposte sui redditi (Capitolo III).

Nel Capitolo IV sono esaminate le relazioni esistenti tra il concetto di sede dell'amministrazione della società ed il contenuto delle attività di "direzione e coordinamento" previste dalla disciplina civilistica, al fine di verificare le eventuali aree di sovrapposizione tra i due concetti ed i possibili problemi ad ciò conseguenti.

Nel Capitolo V è esaminato, invece, il ruolo della residenza all'interno delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni stipulate dall'Italia.

Da un lato, infatti, la residenza è presupposto per l'accesso alla protezione della convenzione per evitare le doppie imposizioni (art. 1 del Modello OCSE). Un soggetto è considerato "residente" ai fini delle convezioni per evitare le doppie imposizioni e in quanto tale legittimato a beneficiare dei diritti rivenienti dalla stessa, se è assoggettato ad imposta a motivo dei criteri del domicilio, della residenza, della sede di direzione o di altro criterio di natura analoga.

Dall'altro lato, il contestuale riconoscimento dell'esistenza dei presupposti per l'attribuzione della residenza in capo ad una società e quindi per la tassazione del reddito mondiale da essa prodotto da parte di più ordinamenti, si risolve frequentemente in una doppia imposizione (giuridica) a danno della stessa.

Tale doppia imposizione è risolta, nella maggior parte delle convenzioni che si ispirano al Modello OCSE, mediante il ricorso al criterio della sede di direzione effettiva (*place of effective management*).

All'esame delle origini storiche e del significato di questo criterio è dedicato gran parte del Capitolo V. In esso si cerca, in particolare, di esaminare il ruolo e le sue prospettive future a fronte all'evoluzione tecnologica e in chiave antileusiva.

Il Capitolo VI è dedicato all'esame delle conseguenze del funzionamento della *tie-breaker rule* fondata sul criterio della sede di direzione effettiva in relazione alle situazioni cd.. triangolari, laddove una società è considerata essere residente da due Stati diversi.

Il Capitolo VII è dedicato all'esame delle convenzioni concluse dall'Italia per

identificare particolari devianze rispetto al Modello OCSE.

Esamina, inoltre, le tematiche dell'accesso ai trattati delle società che hanno optato per due degli istituti caratterizzanti della Riforma fiscale IRES: il consolidato e la trasparenza.

Esso, inoltre, esamina le interrelazioni tra i tre criteri per la residenza ai fini domestici esaminati nel Capitolo III ed il criterio della sede di direzione effettiva descritto nel Capitolo V.

Il Capitolo VIII è dedicato alle conclusioni.

CAPITOLO I: IL PRINCIPIO DI TERRITORIALITÀ E LA SUA DECLINAZIONE NELL'AMBITO DEL DIRITTO TRIBUTARIO

1. ORIGINI E CONTENUTO DEL PRINCIPIO DI TERRITORIALITÀ

Il principio di territorialità viene fatto normalmente discendere dalla nascita dello Stato moderno, inteso come Stato non subordinato ad alcuna forma di autorità esterna, titolare di una primazia assoluta rispetto ad ogni altra forma di potere ed istituzione al suo interno[1].

Il principio di territorialità è, per sua stessa natura, ontologicamente connesso allo Stato moderno di cui costituisce al contempo un elemento fondativo ed un suo limite. Esso, infatti, secondo una sua prima definizione[2] costituisce "*un'obbligazione naturale che determina la soggezione degli individui alla potestà statuale in relazione all'effettivo soggiorno dei primi nel territorio su cui lo Stato esercita la propria sovranità*"[3].

In termini assoluti, il principio di territorialità postula che nel territorio di uno Stato trovi applicazione solo la legge di quello Stato e vincoli tutti coloro che si trovano in quel territorio. L'eventuale applicazione delle leggi di altri Stati nel territorio di uno Stato origina, come si vedrà in seguito, da autonome concessioni effettuate da tale Stato ovvero da concessioni conseguenti ad accordi con altri Stati.

Intimamente connesso al principio di territorialità è il concetto di sovranità il quale può essere definito come "*il potere assoluto e perpetuo*"[4] di uno Stato, cioè a dire la sua supremazia rispetto ad ogni altro organo dell'amministrazione statale e rispetto alle medesime leggi che sono anzi espressione e conseguenza di tale potere. In altri termini, la sovranità può essere intesa come "*la capacità giuridica di esercitare la potestà di governo e quindi di porsi come titolare di situazioni giuridiche attive*"[5].

---

[1] In senso conforme, CHIARELLI. *Sovranità*, in *Nov.mo Digesto it.*, XVII, Torino, 1970, p. 1043; BOBBIO, *Stato, governo, società*, Torino, 1985, p. 58; LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, p. 63 e segg..

[2] Attribuita al gesuita spagnolo Francisco Juarez (1548-1617) e contenuta nel *Tractatus de legibus ac deo legislatore* (1612).

[3] In tale senso, BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, pag. 2

[4] Così definito da JEAN BODIN (1530-1596), nel trattato *Les six livres de la Republique* (1576).

[5] BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, op. cit., pag. 6 e note ivi

Distinto rispetto al concetto di sovranità è quello di sovranità territoriale. Tale ultimo assume un particolare rilievo nell'ambito della comunità internazionale ed attiene al diritto di ogni Stato di esercitare, in modo incondizionato dall'esterno, il proprio potere (sovrano) di governo all'interno del proprio territorio.

A tale diritto corrisponde sia il dovere degli altri Stati di astenersi dall'esercizio di ogni forma di potere nel territorio dello Stato sia il dovere di quest'ultimo di astenersi dall'esercizio del proprio potere di governo al di fuori del proprio territorio[6].

Pertanto, la sovranità territoriale è per così dire, un concetto "relativo" nel senso che si fonda sul reciproco riconoscimento da parte di ciascun Stato dell'autonomia degli altri Stati nell'ambito della comunità internazionale; quest'ultima intesa come ordinamento all'interno del quale convivono in modo paritario soggetti tra loro omologhi (*i.e.* gli Stati).

Diversamente, il concetto di sovranità è "assoluto" atteso che "*lo Stato riconosce e giustifica solo se stesso e di conseguenza non si pone alcun problema di limitazione nell'esercizio delle sue manifestazioni*"[7].

Il principio di territorialità ha sofferto forti limitazioni alla sua assolutezza dall'emergere del principio della personalità della legge[8] prima e dell'astrazione della norma giuridica rispetto alla dimensione territoriale dello Stato, poi.

Più precisamente, in base alla prima teoria, la norma deve considerarsi cogente con riferimento a tutti i luoghi ed a tutte le circostanze da essa disciplinate. Conseguentemente, poiché le leggi sono rivolte ai cittadini le stesse si applicano ovunque gli stessi si trovino.

Sebbene sia stato osservato[9] come gli stessi autori sostenitori di tale teoria abbiano posto un'ampia serie di eccezioni a tale principio, lo stesso ha nondimeno il merito di

---

citate.

[6] SPERDUTI, Sovranità territoriale, atti di disposizione di territori ed effettività in diritto internazionale, in Riv. Dir. Int., 1959, pagg. 401 e ss.; GIOIA, Territorio in diritto internazionale, in Dig. disc. pubbl., XV, Torino, 1999, pag. 261.

[7] BAGGIO, op. cit., pag. 7.

[8] Riconducibile alla teoria della nazionalità espressa da MANCINI, *Della nazionalità come fonte del diritto delle genti (Prolusione)*, Torino, 1851.

[9] VITTA, *Personlità e territorialità della legge (diritto internazionale privato)*, in *Nov.mo dig. it.*, XII, Torino, 1965, pag. 1140

aver rotto il severo dogma della territorialità nella sua rigida accezione dianzi riportata; essa, infatti, ha determinato una "apertura" ai sistemi giuridici stranieri, con la conseguenza che il sistema giuridico di uno Stato moderno ha, da una parte, una propria dimensione extra-territoriale con riferimento a fatti e circostanze accaduti fuori dal suo territorio e, dall'altra, è ora permeabile a disposizioni di sistemi giuridici stranieri. Un esempio della prima caratteristica è ascrivibile all'applicazione di leggi penali con riferimento a fatti commessi dai propri cittadini all'estero ed un esempio della seconda caratteristica è rintracciabile nel riconoscimento dell'applicazione all'interno dello Stato di leggi di altri Stati disciplinanti rapporti di natura privatistica[10].

Un ulteriore e forse definitivo contributo alla svalutazione del principio di territorialità nella sua versione originale è indubbiamente da ascriversi alle tesi del Kelsen[11] in tema di astrazione spazio-temporale della norma giuridica, la quale, appunto, esiste come tale senza alcuna limitazione di carattere spaziale o temporale[12].

Nondimeno, un'affermazione così forte deve essere per così dire "temperata" al fine di tenere in considerazione alcuni principi di diritto internazionale pubblico[13]. Una cosa è la capacità di una disposizione normativa di disciplinare fattispecie (anche) estranee al territorio dello Stato, altra cosa è la capacità di tale Stato di far applicare tali disposizioni all'esterno dei propri confini. Tale ultima fattispecie è, infatti, impedita, fatti salvi eventuali accordi internazionali; siffatti accordi sono sempre più frequenti in ambito tributario, soprattutto per quanto riguarda accordi di assistenza nella riscossione delle imposte[14].

Pertanto alla luce di questa consapevolezza gli Stati, anche per ragioni di economicità

---

[10] Nell'ordinamento nazionale si veda la legge n. 218 del 31 maggio 1995 rubricata come "*riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*".

[11] KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990.

[12] Afferma KELSEN che "*l'ambito di validità topografica e cronologica della norma giuridica è illimitato*" (pag. 22).

[13] Come indicato da BAGGIO, op. cit. pag. 9, alla sua nota 23 la Corte permanente di giustizia internazionale con al sentenza n. 9 del 7 settembre 1927 (caso *Lotus*), richiamando il divieto per uno Stato di esercitare il proprio potere di governo in un territorio di altro Stato, ha affermato che detto Stato può tuttavia esercitare, all'interno del proprio territorio, la propria giurisdizione con riferimento a fatti ed a soggetti esteri ad eccezione di quei casi in cui ciò sia vietato da norme internazionali.

[14] *Ex pluribus*, si segnala la recente direttiva comunitaria 2010/24/UE del 16 marzo 2010 pubblicata sulla G.U.U.E. del 31.03.2010, L. 84/1.

e razionalità normativa, si sono posti in autonomia delle limitazioni circa la portata delle loro norme giuridiche, da una parte, limitando il raggio di azione delle stesse a persone o fattispecie che presentano un determinato nesso con il loro ordinamento e, dall'altra, ad accettare il principio che, all'interno del loro Stato, possano trovare applicazione norme di ordinamenti diversi, dando così vita al cosiddetto "diritto internazionale privato"[15] [16].

2. IL PRINCIPIO DI TERRITORIALITÀ NELL'AMBITO DEL DIRITTO TRIBUTARIO

Come osservato da autorevole dottrina[17] in ambito tributario si è soliti separare l'ambito cd. "interno" da quello cd. "esterno" con riferimento al principio di territorialità.

Nell'ambito "interno" ci si interroga in merito al tema dell'efficacia territoriale della norma tributaria e si è soliti concludere che la legge tributaria di uno Stato opera nell'ambito del suo territorio (con l'eccezione delle limitazioni imposte dalla norma medesima) e che nessuna legge fiscale di altri Stati opera nel territorio dello Stato (fatto salvo che quest'ultimo non ne riconosca l'applicabilità).

In questi termini, il principio di territorialità è fortemente influenzato da quello di sovranità territoriale visto in precedenza. Infatti, solo la legge dello Stato si applica

---

[15] Il quale può essere definito come quell'insieme di norme interne di uno Stato che, nel rispetto di determinati vincoli e procedure ed al fine di disciplinare determinate fattispecie che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico dello stesso, si rifanno a disposizioni normative di ordinamenti esteri.

[16] La dottrina appare del tutto concorde nell'affermare la impossibilità di applicare nel territorio di uno Stato le norme tributarie di altri Stati. In altri termini, le norme di diritto internazionale privato sono del tutto inidonee ad applicarsi alle norme di natura fiscale. Tale osservazioni non solo è valida con riferimento alle norme di natura sostanziale ma anche a quella di natura procedurale, nel senso che deve ritenersi, in principio, esclusa l'applicabilità nel nostro ordinamento di richieste di amministrazioni fiscali straniere di esercitare nel nostro territorio attività di accertamento e/o riscossione dei loro tributi nonché la possibilità di applicare nel nostro territorio sentenze estere di condanna al pagamento di tributi previsti nell'ordinamento di origine (SACCHETTO, *Territorialità* (*dir. trib.*), in Enc. Dir., XLIV. Milano, 1992, pag. 304; LUPI, Territorialità del tributo, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994; MICHELI, GIAN ANTONIO, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1984, pagg. 68; BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, op. cit., pagg. 25 e segg. e dottrina ivi citata). Si è detto in linea di principio, atteso che tale applicabilità è consentita solo in base a norma sopranazionali quali ad esempio le convenzioni tra Stati ovvero le Direttive ed i Regolamenti dell'Unione Europea.

[17] SACCHETTO, *Territorialità* (*dir. trib.*), in Enc. Dir., XLIV. Milano, 1992, pag. 304; LUPI, Territorialità del tributo, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994; BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, op. cit., pag. 10.

nel suo territorio e gli eventuali limiti della legge sono limiti cd. "interni" in quanto frutto di vincoli di matrice costituzionale ovvero imposti dalla medesima legge tributaria. Nondimeno, lo Stato si deve limitare nell'agire all'interno del territorio di altri Stati e sotto tale aspetto tale limitazione costituisce essa stessa una norma della comunità internazionale costituendo, per il che, anche un vincolo esterno allo Stato.

Di maggior interesse ai nostri fini è il risvolto "esterno" di tale principio, il quale inerisce ai limiti interni ed internazionali dello Stato. Tali limiti, da un lato, sono determinanti ai fini dell'identificazione dei presupposti soggettivi ed oggettivi delle varie forme di imposizione (cd. "principio della territorialità in senso materiale") e, dall'altro, impediscono, in linea di massima, la concreta ed attuale implementazione delle norme tributarie in Stati diversi (cd. "principio della territorialità in senso formale")[18].

Tali limitazioni originano dalla constatazione dell'appartenenza dello Stato alla comunità internazionale nel cui contesto esso si pone, quantomeno in linea teorica, in un piano di assoluta parità con gli altri Stati. L'appartenenza dello Stato alla comunità internazionale e l'ordinamento giuridico di quest'ultimo influenzano in misura rilevante l'analisi in questione.

L'ordinamento internazionale si compone, infatti, sia di principi generali[19], conseguenza ed espressione della sedimentazione nel corso dei secoli di comportamenti consuetudinari, sia di norma pattizie cioè a dire espressione di accordi

---

[18] In senso conforme, *ex pluriuso* FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 1997, pag. 111 e segg; SACCHETTO, *Territorialità* (*dir. trib.*), in Enc. Dir., XLIV. Milano, 1992, pag. 304; FANTOZZI, *Diritto Tributario*, Torino, 1991, pag. 156 e segg.; LUPI, *Territorialità del tributo*, in *Enc. Giur. Treccani, XXXI*, Roma, 1994, pagg. 1 e segg.; GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, pagg. 52 e 53; CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1956 pagg. 21 e segg. Di Croxatto v. anche la voce diritto internazionale tributario del Digesto Utet; BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, Milano, 1952, pag. 103.

[19] Circa la natura vincolante dei principi generali (però i principi sono regole mentre le consuetudini sono fatti; verifica perché quelle di cui dai oltre la definizione sono le consuetudini internazionali) intesi quali espressione di comportamenti consuetudinari degli Stati giovi qui ricordare l'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia. Affinché una comportamento possa assurgere al rango di principio è necessaria (i) la sua continuata adozione da parte degli Stati e (ii) la consapevolezza da parte di quest'ultimi che il conformarsi ad essi costituisce un obbligo giuridico. L'accertamento di tale consapevolezza è desumibile dai loro comportamenti concludenti e non necessariamente da esplicite dichiarazioni in tal senso (cfr. CONDORELLI, *Consuetudine internazionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, pag. 496 e MENDELSON, *The Subjective Element in Customary International Law*, in British Year Book of International Law, 1996, pag. 177 e segg.)

sottoscritti tra due o più Stati. Mentre i primi sono vincolanti per tutti gli Stati le seconde solo per quelli contraenti.

Circa la capacità (intesa quale legittimità) di uno Stato di assumere ad elementi costitutivi di propri tributi fattispecie esterne al proprio territorio appare necessario rifarsi al principio di diritto internazionale in forza del quale uno Stato non può chiedere ad uno straniero (da intendersi quale non suo cittadino) una prestazione patrimoniale se non con riferimento a comportamenti e/o beni che presentano un sufficiente nesso di collegamento con il proprio territorio[20].

Più precisamente, pare possibile affermare che non sia consentito applicare allo straniero alcuna forma di imposizione se non nei limiti ed in connessione con uno dei seguenti elementi nella loro relazione con il territorio dello Stato: la stabile presenza della persona (fisica o giuridica)[21], il compimento di attività, il possesso di redditi e/o dalla produzione di beni[22].

Sia dato nondimeno notare che tale "limitazione" vale solo per quelle persone (fisiche

---

[20] In senso conforme, NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, pag. 27; CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002. pag. 229. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 1997, pag. 114 "*mentre per alcuni autori esisterebbe un principio universalmente valido di diritto internazionale, direttamente desumibile dal principio di sovranità, che impedirebbe al legislatore statuale di disporre obblighi di natura tributaria laddove non esistano in concreto elementi effettivi collegamento con l'ordinamento giuridico o con il territorio dello Stato , la maggior parte della dottrina disconosce la sussistenza di un siffatto principio di ordine generale. Secondo un autorevole indirizzo, che condividiamo, la fonte del divieto di elevare a presupposti d'imposta fatti del tutto sprovvisti di un qualsivoglia legame, e di carattere oggettivo e di carattere soggettivo, con l'ordinamento italiano, sarebbe da rintracciare non nel diritto internazionale ma direttamente nella Costituzione. L'espressione << tutti>> di cui all'art. 53, comma 1°, non potrebbe essere intesa in senso universale, ma andrebbe circoscritta e qualificata in via interpretativa tramite il riferimento ad un ragionevole legame tra soggetto destinatario della norma inpositiva da un lato e territorio e/o ordinamento dello Stato dall'altro*.".

[21] Assunto dal quale muove il concetto di residenza ai fini fiscali adottato dal nostro legislatore.

[22] In questo senso, UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, in FEDOZZI-SANTI ROMANO (a cura di), *Trattato di diritto internazionale*, X, Padova, 1949, pag. 85; UCKMAR V., *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955, pag. 22; SACCHETTO, *Territorialità*, op. cit., pag. 317; VISMARA, *Profili internazionali dell'imposizione tributaria*, Milano, 2004, pag. 24; AMATUCCI F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, pagg. 24 e 41; MELIS, *Vincoli internazionale e norma tributaria interna*, in *Riv. Dir. Trib*., 2004, I, pag. 1113; CONFORTI, *Diritto Internazionale*, op. cit., pag. 229;. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1984, pagg. 67 e segg; AKEHURST, *Jurisdiction in International Law*, in *British Yearbook in International Law*, pagg. 179 e segg.; MARTHA, *The Jurisdiction to Tax in International Law. Theory and Practice of legislative Fiscal Jurisdiction*, Deventer-Boston, 1989, pagg. 11 e segg.; QURESHI, *The Freedom of a State to Legislate in Fiscal Matters under General International Law*, in Bullettin I.B.F.D., 1987, pag. 16.

o giuridiche) che sono stranieri (*i.e.* che non sono cittadini), atteso che per i cittadini, in virtù del sopra citato principio di sovranità, ciascuno Stato può discrezionalmente scegliere di fondare l'obbligazione tributaria sulla cittadinanza (così come avviene nel sistema Statunitense)[23] [24] ovvero in base ai criteri di collegamento della residenza o del domicilio (criteri oramai predominanti negli ordinamenti tributari europei).

Quello dianzi individuato è un principio di diritto internazionale che, in quanto tale, presenta una notevole dose di flessibilità e che comunque costituisce indubbiamente un limite imposto al potere di governo (principio della sovranità territoriale) dello Stato, traducibile, nell'ambito del diritto tributario, nel potere di imporre prestazioni patrimoniali.

Pertanto il potere di governo (*rectius*, di imposizione) di uno Stato subirà restrizioni tanto più marcate quanto più lasco è il legame dello straniero con il suo territorio. Ad evidenza, nel caso di imposte personali sui redditi, il legame dovrà necessariamente riguardare la persona da sottoporre ad imposizione mentre nel caso di imposte reali il legame inerirà al bene oggetto dell'imposizione[25].

Allo stesso modo, il vincolo di natura territoriale con la persona e/o con il bene inciderà sulla concreta operatività delle norme volte all'accertamento ed alla riscossione dei tributi. Come detto in precedenza, la sussistenza del nesso territoriale concreto è necessaria affinché una norma impositiva rivolta a cittadini di altri Stati possa dirsi conforme al diritto internazionale (e, come si vedrà oltre, anche alla Costituzione) e sia, quindi, idonea a far nascere un'obbligazione tributaria nei confronti degli stessi. Se l'assenza del nesso impedisce il sorgere dell'obbligazione tributaria in capo allo straniero, questo non può che determinare, di fatto, l'inapplicabilità verso quest'ultimo delle norme di carattere procedurale rivolte all'accertamento ed alla riscossione.

Ebbene, alla luce di quanto dianzi esposto, con riferimento al contenuto del principio

---

[23] UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, op. cit., pag. 59; VON BAR, *Observation sur les principes du droit international concernant les impots*, in *Rev. de droit int et de lèg. Comparée*, 1900, pag. 435; MELOT, *Essai sul la competence fiscale étatique*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2008, pag. 831; Uckmar V., *La tassazione degli stranieri in Italia*, op. cit., pag. 22.

[24] Come si avrà modo di verificare in seguito tale principio è seguito da un solo Stato al mondo (gli Stati Uniti d'America) il quale correla l'imposizione sui redditi su base mondiale alla mera cittadinanza e non alla residenza fiscale.

[25] In senso conforme, CONFORTI, *Diritto internazionale*, op. cit. pag. 229.

di territorialità ed al rapporto tra lo stesso e diritto tributario pare possibile affermare quanto segue.

Nel corso del tempo il principio di territorialità, inizialmente inteso in un rigido ed indefettibile rapporto con il territorio dello Stato, ha subito una progressiva erosione[26].

La crescente consapevolezza che lo Stato non è un potere unico ed assoluto ma è inserito nell'ambito della comunità internazionale formata da altri Stati nei confronti dei quali esso si trova in una posizione di parità ha indubbiamente contribuito a rendere più elastico il rapporto tra diversi ordinamenti giuridici.

Invero, il continuo rapportarsi con la comunità internazionale ha consentito (e, nei fatti, imposto) la nascita del diritto internazionale privato. Nondimeno, nonostante il rilievo che tale insieme di norme attribuisce, all'interno del territorio di uno Stato, alle leggi ed alle sentenze di altri ordinamenti esistono comunque delle aeree "protette" all'interno delle quali tale permeabilità non è ammessa.

Dette aeree "protette" sono sostanzialmente identificabili con le norme che disciplinano i rapporti di diritto pubblico tra lo Stato ed i privati[27]. Tra tali materie è certamente ricompresa quella tributaria, in considerazione della delicatezza della materia che attiene ad uno dei pilastri del potere di governo di uno Stato e della sua matrice strettamente pubblicistica. Per tali ragioni gli Stati non hanno storicamente consentito, né attualmente consentono, l'efficacia nel loro territorio di norme impositive, di sentenze o di provvedimenti amministrativi emesse dai competenti organi di altri Stati.

---

[26] SACCHETTO, *Territorialità* (*dir. trib.*), in Enc. Dir., XLIV. Milano, 1992, pag. 312 "[*q*]*uesta teoria, basata sul presupposto che il potere legislativo statale sia una derivazione della sovranità territoriale, è stata progressivamente esautorata dall'affermarsi delle terorie normativistiche del diritto, teorie che dalla nozione di Stato meno sottolineano il valore dell'elemento materiale costituito dal territorio e più quello "astratto" di assetto normativo. Si delinea il successivo stadio di configurazione dello Stato come complesso di norme, in altri termini come ordinamento giuridico. Cambiano ancora i fondamenti dell'esistenza dello Stato e del potere legislativo. In una delle due massime enunciazioni di tale teoria, <<il potere legislativo dello Stato, cioè la possibilità per lo Stato di darsi un ordinamento giuridico è una conseguenza della sua esistenza stessa e della sua essenza, poiché lo Stato è essenzialmente un ordinamento giuridico>> autonomo, originario e universale. In questo contesto avviene il processo di svincolo dei criteri di collegamento, i quali si distaccano dal territorio e si collegano con lo "Stato".*

[27] CONFORTI, *Diritto internazionale*, op. cit., pag. 4; VITTA, *Diritto internazionale privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, pag. 141.

Pertanto pare possibile affermare che "*nel territorio dello Stato opera, in via esclusiva, unicamente la legge tributaria di quello Stato, obbligando tutti coloro, sia cittadini che stranieri, che realizzano il presupposto di imposta*"[28]. Il medesimo principio impone, salvo deroghe consentite da accordi internazionali o da norme dell'Unione Europea, che all'interno del territorio non possa esplicitarsi nessuna attività amministrativa (intese quali attività di accertamento e riscossione dei tributi) ovvero avere efficacia alcuna attività giurisdizionale, diversa da quella dello Stato; in senso del tutto speculare e fatti salvi accordi internazionali è parimenti previsto che all'esterno del territorio dello Stato non possa esplicarsi né la sua attività amministrativa né quella giurisdizionale.

Infine, la prassi internazionale ha reso manifesta l'esistenza di un ulteriore principio o, più precisamente, di un'ulteriore interpretazione del principio di territorialità che, come si vedrà, ha avuto un'influenza determinante nel delineare l'ordinamento tributario italiano (e non solo quello italiano) sia con riferimento alle imposte personali sui redditi[29] che alle imposte reali[30]. Tale interpretazione impone ad uno Stato di non prevedere forme di imposizione per soggetti che non hanno un sufficiente grado di collegamento con il territorio dello Stato e per beni al di fuori dello stesso.

In altri termini, tale interpretazione impone un limite (necessariamente vago in relazione ai suoi aspetti di principio) alla potestà normativa di uno Stato nel determinare i presupposti impositivi delle sue imposte (sia personali sia reali) nel senso che la stessa si deve necessariamente esplicitare con riferimento a presupposti soggettivi ed oggettivi dotati di un sufficiente grado di collegamento e connessione con il suo territorio. In altri termini, tale principio esprime il proprio contenuto

---

[28] BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, op. cit., pagg. 42-43. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 1997, pag. 114 "[*l*]*e osservazioni ora svolte con riguardo alla stretta correlazione tra sovranità e potestà normativa si rivelano poi decisive anche allo scopo di affermare la esclusività della legge tributaria italiana nel territorio dello Stato. A tale principio non può invero rappresentare una derga l'ipotesi, del tutto eccezionale, nella quale la legge tributaria recepisca nell'ordinamento norme vigenti in uno Stato straniero, attraverso l'usuale tecnica del rinvio formale, atteso che in tal caso la norma straniera risulta, per così dire, <<nazionalizzata>> proprio in virtù di siffatto rinvio.*".

[29] Imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) ed imposta su reddito delle società (IRES) e sebbene non sia un'imposta sul reddito si veda anche la struttura dell'imposta sulle attività produttive (IRAP).

[30] Ad esempio, l'Imposta comunale sugli immobili (ICI).

nell'ambito della definizione del presupposto del tributo.

E' bene precisare che tale principio[31] non impedisce *tout court* ad uno Stato di sottoporre ad imposizione beni o attività che presentano elementi di estraneità con il suo territorio; invero, esso vieta forme di imposizioni con riferimento a fattispecie prive di un "ragionevole collegamento" con il territorio dello Stato[32].

Analogamente, è altresì opportuno evidenziare come siffatto principio non sia atto ad impedire fenomeni di doppia imposizione che si viene a creare anche quando due Stati esercitano le proprie potestà impositive in modo compatibile con esso[33] [34].

Nondimeno, tale principio è quello universalmente adottato dalla comunità internazionale sebbene con sfumature, declinazioni e sensibilità che variano da Stato a Stato. Esso fa quindi perno sul soggetto e sulla intensità del suo legame con lo Stato (ovvero sul bene e sulla sua insistenza o meno nel territorio dello Stato) ed è espressione dell'evoluzione del principio di territorialità visto in precedenza: da una parte, lo Stato non riconosce al suo interno nessuna autorità diversa dalla propria e, dall'altra, riconosce che esso appartiene alla comunità internazionale che è formata da pari e quindi cerca di atteggiare il proprio sistema normativo in modo coerente per

---

[31] In merito alla (in)esistenza di limiti alla potestà legislativa in materia tributaria imposti da norme di diritto internazionale si veda BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, op. cit., pagg. 45-51.

[32] SACCHETTO, *Territorialità*, op. cit., p. 320; LUPI, *Territorialità del tributo*, op. cit., p. 3"*tale legame, pur essendo rimesso – per la genericità stessa del precetto costituzionale – alla detrminaziona del legislatore ordinario, non portà essere fissato in modo arbitrario*".

[33] Cfr. FANTOZZI-VOGEL, *Doppia Imposizione internazionale*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1990, V, 183. inoltre, circa la inesistenza di una norma di diritto internazionale che impedisca la doppia imposizione cfr. STEVE, *Sulla tutela internazionale della pretesa tributaria*, in Riv. Dir. fin., 1940, pag. 256; ADONNINO, *Doppia imposizione*, Enc. Giurid. Treccani, XII, Roma, 1989, 1-2; SACCHETTO, in *Le fonti del diritto tributario internazionale*, in Sacchetto-Alemanno (a cura di), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002, pag. 6; MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990, pag. 11; FEDELE, *Appunti delle lezioni di diritto tributario* (parte I), Torino, 2003, pag. 202; CARLI, *Cooperazione internazionale tributaria*, in Enc giur. Treccani, IX, Roma, 1988, pag. 5; CHRETIEN, *A la recherche du droit international fiscal comun*, Parigi, 1955. *Contra* si veda GAFFURI in *La tassazione dei redditi di impresa prodotti all'estero. Principi generali*, Milano, 2008, pag. 415-417.

[34] Fenomeni di doppia imposizione si possono manifestare nei seguenti tre casi:

(a) uno Stato adotta il criterio di tassazione mondiale mentre l'altro Stato adotta un principio di tassazione territoriale ed entrambi gli Stati assoggettano ad imposizione un medesimo reddito;

(b) entrambi gli Stati adottano il criterio di tassazione mondiale con riferimento al medesimo soggetto;

(c) entrambi gli Stati adottano il criterio di tassazione territoriale ed identificano la fonte del reddito nel proprio territorio.

cercare di non confliggere con le prerogative impositive di altri Stati.

Ebbene, limitando l'oggetto dell'analisi alla tassazione delle persone (fisiche o giuridiche) ed alle imposte sui redditi, è facile verificare come la maggior parte (per non dire la quasi totalità) degli Stati abbia costruito il proprio sistema impositivo sotto la forte influenza del principio di territorialità. Essi, infatti, assoggettano ad imposizione i redditi ovunque prodotti solo con riferimento a coloro che possiedono una stretta connessione con il loro territorio (siano essi residenti o cittadini); diversamente, assoggettano ad imposizione coloro che sono privi di tale legame esclusivamente con riferimento a quei redditi che sono legati a beni ed attività interne al loro territorio.

Più precisamente, ed in questo senso discostandosi dai principi di diritto internazionale (che, normalmente, ricollegano diritti e doveri dei singoli verso lo Stato in relazione al principio di cittadinanza), la totalità degli Stati aderenti all'OCSE (con l'eccezione degli Stati Uniti d'America) identificano il legame personale con lo Stato nel concetto di "residenza" (gli Stati Uniti d'America con quello della cittadinanza).

Questo concetto, sebbene si atteggi differentemente in dipendenza della storia e delle tradizioni giuridiche di ogni singolo Stato[35], esprime comunque un significato di legame stabile e di radicamento attuale con il tessuto economico e sociale dello Stato.

3. RELAZIONE TRA IL PRINCIPIO DI TERRITORIALITÀ, I VINCOLI COSTITUZIONALI INTERNI ED IL CONCETTO DI RESIDENZA ESPRESSO NEL DIRITTO TRIBUTARIO INTERNO (CENNI)

L'influenza del principio di territorialità nell'ambito del diritto tributario e, significativamente, nella identificazione di quegli elementi espressione della connessione al territorio che legittimano l'imposizione sul reddito non può prescindere dalla considerazione della differenza di "efficacia" ed "estensione" della legge nello spazio, laddove la prima individua la dimensione territoriale entro la quale una norma ha effetto e può trovare applicazione e la seconda inerisce alle fattispecie che la legge regola.

[35] Basti a tal proposito pensare alla profonda differenza esistente tra i concetti italiani di "residenza" e domicilio" e quelli di matrice britannica.

È proprio con riferimento all'individuazione delle fattispecie rilevanti che si è posta l'esigenza di verificare la (in)esistenza di un limite alla potestà impositiva dello Stato, nel senso di accertare la legittimità di forme di imposizione aventi il proprio presupposto in fattispecie carenti di elementi di contatto con l'ordinamento[36].

Nel merito, la dottrina prevalente ritiene che i principi di diritto internazionale non possano costituire un limite alla potestà impositiva dei singoli Stati[37], atteso che allo stato attuale non esistono norme dell'ordinamento giuridico internazionale atte ad individuare in quali casi uno Stato sia legittimato ovvero non possa avvalersi del potere di imposizione. Data tale indeterminatezza, si potrebbe quindi essere portati a sostenere che gli eventuali limiti alla potestà impositiva di uno Stato debbano essere necessariamente ricercati nella volontaria "autolimitazione", operata attraverso la legge, ovvero in una limitazione imposta da accordi interstatuali, attraverso le convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

Nel merito della sussistenza, anche in materia tributaria, degli ordinari limiti imposti all'attività legislativa degli Stati dal diritto internazionale, la dottrina ha espresso due differenti opinioni: la prima[38], in base alla quale il diritto internazionale non pone alcun limite all'esercizio dell'attività legislativa di uno Stato, con l'unica eccezione che tale esercizio non può estrinsecarsi sul territorio di un altro Stato[39]; la seconda, in base alla quale, l'attività legislativa di uno Stato incontra, quale limite invalicabile, la previsione di criteri di collegamento "ragionevoli o effettivi" tra la fattispecie impositiva ed il suo territorio. Si è concluso in precedenza che tale ultima teoria è quella che ha maggior credito in ambito dottrinale.

Nella prospettiva della legislazione interna, la verifica di eventuali limiti alla potestà legislativa dello Stato italiano Stato con riferimento a fattispecie che presentano

---

[36] G. CROXATTO, *L'imposizione delle imprese con attività internazionali*, Padova, 1965; C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, p. 103; C. SACCHETTO, voce *Territorialità (dir. trib.)*, in Enc. del Dir., LVIV, Milano, 19, p. 306.

[37] *Ex pluribus*, A.D. GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, p. 55; G. CROXATTO, *voce Diritto Internazionale Tributario, in Dig. Disc. Priv.*, vol. IV, IV ed. p. 642 e in *L'imposizione delle imprese con attività internazionali*, cit., p. 38 e ss..

[38] M. CHRETIEN, *A la recherche du droit international fiscal commun*, e in *L'Etat peut exercer un pouvoir fiscal absolu à l'intérieur de son territoire, il ne peut pas exercer aucun pouvoir fiscal à l'extérieur de son territoire*, citato in nota da G. SACERDOTI – G. MARINO (a cura di), *Il commercio elettronico. Profili giuridici e fiscali internazionali*, Egea, Milano, 2001, p. 156.

[39] Fatta evidentemente eccezione l'ipotesi in cui tale esercizio è consentito da una specifica norma.

elementi di estraneità allo stesso non può che trarre spunto dal contenuto dell'art. 53, comma 1, della Costituzione e significativamente dal principio della capacità contributiva in base al quale *"tutti devono concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva*".

Siffatto principio ha indubbiamente una portata così generale da soffrire ben poche limitazioni[40]. Parte della dottrina[41], tuttavia, ha sostenuto che il dovere di prestazione tributaria si giustifica con il godimento di servizi pubblici resi dallo Stato o dalle sue articolazioni locali con la conseguenza che la norma costituzionale imporrebbe di limitare la potestà impositiva dello Stato a quelle fattispecie, caratterizzate da elementi di estraneità allo Stato, che sono espressione dell'utilizzo delle infrastrutture statali, argomentando a contrario che qualora così non fosse si giungerebbe all'assurdo di attribuire libertà al legislatore di assoggettare ad imposizione tutti i soggetti del mondo.

Tale teoria è avversata dalla parte maggioritaria della dottrina[42] sulla considerazione che, trovando l'imposizione fondamento, a livello giuridico, sulla sovranità dello Stato ed in particolare nell'obbligo di solidarietà stabilito dall'art. 2 della Costituzione e non sulla sinallagmaticità dei servizi fruiti dal contribuente, la platea dei soggetti tenuti alla contribuzione e delle fattispecie oggetto di legittima imposizione potrà essere delimitato con riferimento alla soggezione, anche temporanea, alla sovranità dello Stato stesso.

In altri termini, è la partecipazione di un determinato soggetto alla comunità nazionale che determina l'obbligo di contribuzione in capo allo stesso attraverso il pagamento delle imposte in proporzione alla propria effettiva ed attuale capacità

---

[40] F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, CEDAM, Padova, 1973, 23; I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965, 22; F. MAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970, 23 e ss..

[41] F. FAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, cit., 11.

[42] F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, 59 e seegg ed in *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in PERRONE –BERLINI (a cura di), *Diritto Tributario e Coste costituzionale. 50 anni di Coste costituzionale*, Napoli, 2006, 39 e segg.; V. Lombardi, *Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria*, in *Temi Trib*., 1964, 605 e segg.; G. GAFFURI, *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1967, 9 e segg.; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Padova, 2005, 142 e segg.; A. FANTOZZI, Diritto Tributario, Torino, 2003, 34; BATTISTONI-FERRARA, capacità contributiva, in Enc. dir,, Aggiornamento, III, Milano, 1999, 350 e segg.

contributiva.

In tale contesto la nazionalità del contribuente è irrilevante; ed infatti, l'articolo 53 recita "tutti" e non "tutti i cittadini" comprendendovi per il che anche i cittadini stranieri, circostanza quest'ultima confermata anche dai lavori dell'Assemblea Costituente[43]. Di talché, l'inclusione degli stranieri tra i soggetti passivi di imposta trova le medesime giustificazioni utilizzate per i cittadini italiani: l'obbligo di contribuzione è legato al dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 della Costituzione; è da notare che anche con riferimento a tale articolo manca ogni riferimento al concetto di cittadinanza, più volte invece previsto nell'ambito della Costituzione[44].

Ebbene, in tale contesto, la dimensione dell'attitudine dello straniero al concorso delle spese pubbliche è necessariamente legata al suo grado di partecipazione alla vita della comunità nazionale; conseguentemente, l'assoggettamento ad imposizione in Italia in capo allo straniero dei redditi ovunque prodotti nel mondo si giustifica unicamente laddove egli abbia con il territorio dello Stato un vincolo forte e duraturo (atto cioè a configurare la residenza o il domicilio secondo la definizione civilistica ripresa dalla norma tributaria). Diversamente, laddove tale vincolo non è tale, il suo assoggettamento ad imposizione in Italia sarà limitato in ragione alla sua capacità contributiva espressa nel territorio dello Stato (*i.e.* la tassazione sarà limitata ai redditi considerati di fonte italiana).

Il medesimo ragionamento deve proporsi con riferimento ai cittadini italiani con riferimento ai quali l'adempimento ai più volte citati doveri di solidarietà deve essere richiesto solo laddove il loro legame con la comunità nazionale sia di natura personale e presenti caratteristiche di intensità e stabilità tali da configurare la residenza o il domicilio nel territorio dello Stato.

In un contesto come quello descritto il criterio naturale di determinazione della base imponibile è quello della tassazione su base mondiale; il ricorso al concetto di residenza (intesa quale radicamento nel tessuto sociale dello Stato) non sembra

---

[43] N. D'AMATI, Schema costituzionale dell'attività impositiva, in Dir. Prat. Trib., 1964, I, 24; C. SACCHETTO, *Territorialità*, cit., 316; V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri*, cit., 114 ; G. FALSITTA, *L'imposta confiscatoria*, in *Riv. Dir. Trib*., 2008, I, 105; E. VANONI, *Elementi di diritto tributario in opere giuridiche* (raccolta curata da Forte-Longobardi), II, Milano, 1962, 475 e segg.; CLERICI, *Cittadinanza*, *Dig. disc. pubbl*., III, Torino, 1989, 116.

[44] G. FALSITTA, L'imposta confiscatoria, pag. 96 e segg.

autorizzare una diversa valorizzazione della capacità contributiva del soggetto in relazione alla differente fonte territoriale dei suoi redditi. In altri termini, in linea di principio non dovrebbe sussistere un differente carico impositivo in dipendenza della natura italiana o estera dei relativi redditi.

Appare quindi del tutto coerente con il principio costituzionale della capacità contributiva[45] l'impostazione di fondo adottata dal nostro legislatore che, da una parte identifica i soggetti passivi di imposizione in ragione del criterio di collegamento con il territorio dello Stato (sussumibile nel concetto di "residenza fiscale") e dall'altra prevede l'assoggettamento ad imposizione, in capo ai soggetti residenti, con riferimento ai loro redditi ovunque prodotti nel mondo e, in capo ai soggetti non residenti, con riferimento ai soli redditi prodotti in Italia.

---

[45] C. SACCHETTO, La Corte di Giustizia Ce e i criteri formali e sostanziali nella imposizione dei soggetti non residenti negli Stati membri: un nuovo teorema di Fermat?, in *Riv. Dir. Trib. Int.* 1999.

CAPITOLO II: INTRODUZIONE AL CONCETTO DI RESIDENZA

1. LA NOZIONE DI RESIDENZA NEL DIRITTO CIVILE E NEL DIRITTO TRIBUTARIO ITALIANO

Con la riforma tributaria degli anni '70, l'Italia ha introdotto un regime di imposizione personale ancorato al criterio della tassazione mondiale.

Come noto, un sistema di tipo mondiale si basa sul criterio di collegamento di tipo personale, laddove un sistema di tassazione territoriale è coerente con criteri di imposizione di natura reale[46]. Il passaggio da un sistema di imposte reali – strutturalmente improntate ad un principio di territorialità – ad un sistema imperniato su imposte personali, ha imposto al legislatore la necessità di disciplinare due questioni fondamentali.

La prima riguarda l'individuazione del criterio che determina la soggettività passiva. Come visto in precedenza, l'evoluzione del principio di territorialità associato a quello costituzionale della capacità contributiva impone al legislatore di scegliere criteri che presentino un ragionevole collegamento con l'ordinamento italiano ed il suo territorio. Nell'ambito del diritto tributario italiano, la scelta è caduta sul criterio della "residenza".

Nondimeno, la residenza non costituisce un vero e proprio presupposto d'imposta dal momento che un residente italiano non manifesta una capacità contributiva maggiore rispetto ad un non residente.

D'altronde, limitare l'applicazione delle imposte dirette ai soli soggetti che presentano un collegamento con il territorio di tipo personale (nel senso che sono ivi residenti) o traggono tale reddito dal nostro territorio (nel senso che l'Italia è lo stato della fonte), risponde al principio della capacità contributiva; in caso contrario, infatti, si genererebbe una doppia (o multipla) imposizione giuridica rispetto ad altri ordinamenti che presentano con quel soggetto (o quel reddito) un rapporto più stretto.

Detto diversamente, l'esistenza di elementi di collegamento con il territorio diversi

[46] Il sistema previgente era caratterizzato dal prevalere di imposte di carattere reale (tributi fondiari, imposta sui fabbricati, imposta di ricchezza mobile) e dalla conseguente natura residuale dei tributi personali (imposta complementare e imposta sulle società).

dalla residenza del contribuente e dalla fonte del reddito condurrebbe a fenomeni di doppia (o multipla) imposizione atteso che ogni Stato potrebbe (in base al proprio corpo normativo interno) legittimamente assoggettare ad imposizione lo stesso fenomeno reddituale che si manifesta in capo allo stesso soggetto il quale, tuttavia, sarebbe considerato un contribuente di quello Stato in ragione dei più elementi di connessione con esso. Quanto più variegati sono gli elementi di connessione diversi dalla residenza e dalla fonte e tanto maggiori potranno essere i fenomeni di multipla tassazione.

Sebbene la doppia (o multipla) tassazione non sia di per sé un risultato incompatibile con il principio di capacità contributiva essa si pone tuttavia in contrasto con il divieto di doppia (o plurima) imposizione riconosciuto da tutti gli ordinamenti moderni.

Per quanto attiene alla seconda questione, una volta individuato il criterio che determina la soggettività passiva (ascrivibile alla natura del soggetto) ed il presupposto impositivo (ricollegabile al possesso dei redditi ad opera di un soggetto che presenta con il territorio dello Stato un certo collegamento riconducibile ai concetti di residenza - del soggetto passivo - e di fonte - del reddito), è necessario stabilire la base imponibile applicabile ai diversi soggetti passivi (tassazione mondiale per i residenti, tassazione territoriale per i non residenti). Questo secondo aspetto è oggetto di esplicita trattazione nel prosieguo del presente lavoro.

Al fine di determinare la soggettività passiva al tributo, l'articolo 2 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, Testo Unico delle Imposte sui Redditi ("TUIR") fa riferimento a due concetti "residenza" e "domicilio" espressamente definiti dal codice civile. Difatti, l'articolo 43 del codice civile individua la residenza come "*il luogo in cui la persona ha la dimora abituale*", mentre il domicilio è descritto come "*il luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari ed interessi*". Alla luce di un'esplicita definizione normativa dei due concetti in ambito civilistico, la dottrina tributaria si è da sempre interrogata sulla possibilità che gli stessi assumano il medesimo significato, proprio del diritto privato, anche in ambito tributario. Autorevole dottrina offre una risposta affermativa a questo interrogativo, ravvisando piena identità tra i concetti civili e fiscali di "domicilio" e di "residenza"[47]. Secondo

[47] A. D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1972, p. 157, ha sostenuto che

questa tesi, quindi, per determinare gli esatti contorni dei due concetti sopra menzionati, anche in ambito tributario si deve fare riferimento a quanto epresso in merito dalla giurisprudenza civile ed al pensiero espresso dalla dottrina civilistica.

Si osserva però come la nozione di residenza ai fini delle imposte sui redditi, a differenza della nozione propria del diritto civile, non intende qualificare i soggetti che presentano un collegamento con il territorio in relazione ad una generalità di rapporti giuridici. Essa, invece, tende a definire l'ambito territoriale di efficacia della norma tributaria, determinando la soggettività passiva attraverso il ricorso a diversi criteri di collegamento[48].

Tale riferimento indiretto ai criteri di collegamento con il territorio si ritrova anche nell'art. 4, paragrafo 1 del Modello OCSE, ai sensi del quale un residente ai fini convenzionali è un soggetto che è assoggettato ad imposta sulla base di criteri come la residenza, il domicilio, o altro di natura analoga[49]:

> "*For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature ….*".

A tal proposito, mentre da un lato la nozione di "residenza" propria del diritto civile è essenzialmente volta ad accertare quell'unico luogo con il quale un determinato soggetto presenta il collegamento più stretto, dall'altro lato la residenza fiscale è un concetto molto più ampio, certamente non univoco, che comprende una somma di criteri diversi e che può non infrequentemente portare all'individuazione di diversi Stati di residenza.

"*poiché queste espressioni hanno già assunto un proprio significato tecnico nel diritto privato, è da presumere che anche le leggi tributarie le adoperino con quel preciso significato, salvo che risulti una diversa volontà legislativa*"; nello stesso senso FALSITTA, GASPARE, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 1999, p. 56; si veda anche G. NOVARA, Residenza di enti e società nell'imposizione personale sui redditi, in *Boll. Trib d'Informazioni.*, 1990, p. 16

[48] In questo senso si rinvia a G. NOVARA, Residenza di enti e società nell'imposizione personale sui redditi, in *Boll. Trib d'Informazioni.*, 1990, p. 16; G. CROXATTO, La tassazione del reddito derivante da attività internazionale nel quadro della riforma tributaria, in *Dir. e Prat. Trib*., 1972, p. 10 e ss; A. PISTONE, L'ordinamento tributario, vol. III, in *Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 1986, p. 30.

[49] OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, sesta ed., Parigi, 2010 (aggiornata a luglio 2010).

In altri termini, non necessariamente un soggetto "residente" in Italia presenta realmente uno stretto collegamento con il territorio dello Stato. Si pensi, ad esempio, al caso di una persona fisica che, pur essendosi trasferita in altro paese, abbia dimenticato di iscriversi all'A.I.R.E. e risulti pertanto iscritto all'anagrafe della popolazione residente.[50] Si pensi ancora al caso di una società con sede legale in Italia ma che operi soltanto in un altro paese.

Proprio per questo, la nozione di residenza ai fini tributari è "autonoma", parzialmente slegata da quella rilevante in altri settori del diritto, ed in particolare da quella propria del diritto civile. In particolare, la residenza ai fini fiscali copre un'area di circostanze di fatto ben maggiore rispetto a quella civilistica per cui si potrebbe affermare che, in una prospettiva geometrica, la seconda costituisce un sottoinsieme della prima.

Ad esempio, con riferimento alle persone fisiche, il legislatore impiega tre criteri alternativi (che devono sussistere per la maggior parte del periodo di imposta): l'iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente, la residenza ai sensi dell'art. 43, secondo comma del codice civile, ovvero il domicilio ai sensi dello stesso art. 43, primo comma del codice civile.

In particolare l'art. 2, comma 2 del TUIR") stabilisce che "[*a*]*i fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo di imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile*".

Il primo è un criterio di natura formale (al pari di quello della sede legale per le persone giuridiche), la cui ricorrenza, tuttavia, è di per sé sufficiente ad integrare la soggettività passiva al tributo.[51]

---

[50] Per questo motivo c'è addirittura chi in dottrina ha avanzato un dubbio di legittimità costituzionale della norma che considera residente ai fini italiani un soggetto per il solo fatto che sia stato iscritto, per la maggior parte del periodo d'imposta, all'anagrafe della popolazione residente. Si vedano in tal senso G. MELIS, La nozione di residenza fiscale delle persone fisiche nell'ordinamento italiano, in *Rass. trib*, 1995, p. 1045; G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, p. 32; S. CAPOLUPO, La residenza fiscale, in *il fisco*, 1998, p. 13002.

[51] Sul punto si rinvia a Cass., sez. I, 18 settembre 1997 – 6 febbraio 1998, n. 1215, in *Rivista di diritto tributario*, 1998, IV, p. 129, con nota di G. MAISTO, *Iscrizione anagrafica e residenza fiscale ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche*. L'iscrizione nel registro anagrafico ha valore di mera pubblicità dichiarativa, facendo presumere *iuris tantum* la residenza effettiva (cfr. Cass., sez. lav., 27 settembre 1996, n. 8554).

Il secondo requisito è quello della residenza ai sensi del codice civile.[52] Si tratta del luogo dove un soggetto ha la propria volontaria e abituale dimora. Tale nozione si connota, dunque, di un elemento oggettivo (la permanenza stabile in un determinato luogo) e di un elemento soggettivo (la volontà di rimanervi).

Il terzo requisito è il "domicilio" ai sensi del codice civile. Si tratta del luogo dove una persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari ed interessi. Secondo la giurisprudenza, esso prescinde dalla presenza effettiva in un luogo ed è caratterizzata principalmente dall'elemento soggettivo della volontà di stabilire e conservare in un certo luogo la sede principale dei propri affari ed interessi.[53]

Anche con riferimento ai soggetti diversi dalle persone fisiche il legislatore tributario ha fatto riferimento a concetti che derivano dal diritto civile. Come si vedrà in maggior dettaglio nei paragrafi che seguono, infatti, l'art. 73, comma 3 TUIR considera residenti in Italia le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta abbiano in Italia la sede legale, la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale.

Si tratta, pertanto, di verificare se le nozioni di carattere civilistico richiamate dal legislatore tributario mantengano in tale ambito di destinazione i caratteri propri del settore del diritto da cui derivano (ossia il diritto civile) ovvero siano stati sussunti nella legislazione tributaria per essere ivi interpretati in modo "autonomo".

Come osservato sopra, la dottrina è orientata a ritenere che dal momento che questi concetti sono espressamente tratti dal diritto civile è da presumere che essi siano adoperati nel significato che è proprio del loro settore di appartenenza[54].

---

[52] Su questo concetto si rinvia alla numerosa giurisprudenza: Cass. 5 febbraio 1985, n. 791; 5 maggio 1980, n. 2963; 6 luglio 1983, n. 4525; 14 marzo 1986, n. 1738; 12 giugno 1987, n. 5194; 29 aprile 1975, n. 2561; 28 ottobre 1985, n. 5292; 1738/1986; 5584/1983; 435/1973) In dottrina si veda L. MONTUSCHI, Articolo 43, Commentario al codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1970, p. 9.

[53] Sul concetto di domicilio, *ex pluribus*, Cass. 29 dicembre 1960, n. 3322; Cass. 26 ottobre 1968, n. 3586; Cass. 12 febbraio 1973, n. 435; Cass. 21 marzo 1968, n. 884; Cass., sez. II, 14 marzo 1986, n. 1738; Cass. 5 maggio 1980, n. 2936. Per una pronuncia recente sul concetto di domicilio ai fini della residenza fiscale, si veda Cass., sez. trib., 15 aprile 2004, n. 7175, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 2005, p. 904, con nota di N. LUCARIELLO – R. LUPI, La residenza in Italia tra collegamenti personali e collegamenti professionali. In dottrina si veda M. COSTANZA, voce "*Domicilio*" – II Domicilio, residenza e dimora - dir. civ., in Enc. giur. Treccani, 1991.

[54] A. D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1972, p. 157;G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 1999, p. 56; M. LEO, , *Le imposte sui redditi nel testo*

2. LA SCELTA DEL CRITERIO DELLA "RESIDENZA"

Si è brevemente visto in precedenza come in un sistema tributario fondato su un'imposizione personale e non reale – come quello italiano – in cui i soggetti che presentano un collegamento stretto con il territorio italiano, subiscono l'imposizione anche sui redditi di fonte estera, si rende necessario individuare il criterio che determina l'esistenza di tale collegamento con il territorio.

Si potrà allora far riferimento al concetto di "domicilio", a quello di "residenza" ma anche a quello di "cittadinanza" o di "nazionalità" (nel caso degli enti), ovvero a qualsivoglia altro criterio ciascun ordinamento ritenga idoneo a determinare la sussistenza di un'imposizione su base mondiale, invece che territoriale.[55]

I concetti di "domicilio" e di "cittadinanza", pur non essendo determinanti ai fini dell'applicazione della tassazione mondiale *vis-à-vis* quella territoriale, sono stati ugualmente impiegati, in determinate circostanze al fine di integrare il criterio della residenza ovvero di fornire un concetto di appartenenza ad un ordinamento più ampio di quello che deriva dalla residenza fiscale.

Così, l'art. 2, comma 2-*bis*[56] del TUIR introduce una presunzione di residenza a carico dei cittadini italiani che si siano cancellati dall'anagrafe della popolazione residente (e siano, pertanto, iscritti all'Aire) qualora gli stessi si siano trasferiti in un "paradiso fiscale".

La disposizione in parola si applica solo ai soggetti IRPEF e, di conseguenza, non sarà oggetto di ulteriori approfondimenti in questo lavoro. Tuttavia, ciò che preme rilevare è che l'Italia, per effetto di questa norma, ha creato due sottoclassi di

---

unico, Milano, 2006, p. 17.

[55] Come correttamente rilevato in dottrina, un trattamento differenziato in base alla residenza (o altro criterio che operi in modo analogo) può essere necessaria anche in un ordinamento che abbia adottato un principio di tassazione territoriale invece che misto (mondiale e territoriale). Infatti, mentre il residente sui redditi prodotti nel territorio sarà assoggettato ad aliquote progressive, il non residente sarà normalmente tassato ad aliquote proporzionali, mediante ritenuta alla fonte. Cfr. G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, p. 5.

[56] Il comma 2-*bis* dell'art. 2 TUIR - introdotto dall'art. 10 della Legge 23 dicembre 1998, n. 448 – stabilisce che: "*Si considerano altresì residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente ed emigrati in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato, individuati con decreto del Ministero delle finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale*". L'elenco degli Stati e territori a regime fiscale privilegiato è contenuto nel D.M. 4 maggio 1999.

residenti in Italia: i “residenti cittadini italiani” e i “residenti che non sono cittadini italiani”. Nei confronti dei primi l’Italia ritiene sussistere un collegamento più stretto, tale da giustificare un’inversione dell’onere della prova della genuinità ed effettività del trasferimento, qualora questo si verifichi verso uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato.

La nozione di domicilio è impiegata nell’art. 110, comma 10 TUIR[57] che sancisce l’indeducibilità da parte di un’impresa residente dei costi sostenuti nei confronti di “*imprese domiciliate fiscalmente in Stati o territori non appartenenti all'Unione europea aventi regimi fiscali privilegiati*”.

L’utilizzo del concetto di “impresa domiciliata”, invece che di impresa residente, in un paradiso fiscale sembra da riconnettere all’esigenza di estendere la portata della norma anche ai casi in cui un’impresa sia localizzata in un paradiso fiscale, pur senza esservi residente (come nel caso di una stabile organizzazione localizzata in un paese *black list* di un’impresa residente in uno Stato che non rientra nell’elenco dei paradisi fiscali)[58].

Sia l’art. 2 comma, comma 2-*bis*, sia l’art. 110, comma 10 non valgono ad ampliare il concetto di residenza fiscale, e quindi ad estendere il novero di quanti sono sottoposti a imposizione sul reddito mondiale in Italia, ma sono semplicemente finalizzati a prevenire comportamenti elusivi attuati attraverso il trasferimento della residenza fiscale delle persone fisiche, ovvero la deduzione di costi inesistenti nell’ambito del reddito d’impresa.

In altri termini, tali norme non mettono in discussione la centralità ed unicità del criterio della residenza ai fini della determinazione della modalità di imposizione di

---

[57] Art. 110, comma 10 TUIR: “*Non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti ed imprese domiciliate fiscalmente in Stati o territori non appartenenti all'Unione europea aventi regimi fiscali privilegiati. Si considerano privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ovvero della mancanza di un adeguato scambio di informazioni, ovvero di altri criteri equivalenti.*”. Gli Stati e i territori a fiscalità privilegiata in questione sono elencati in un decreto del Ministero delle finanze (c.d. *black list*) di cui al D.M. 23 gennaio 2002.

[58] Si vedano R. CORDEIRO GUERRA, Prime osservazioni sul regime fiscale delle operazioni concluse con società domiciliate in paesi o territori a bassa fiscalità, in *Riv. dir. trib*., 1992, I, p. 293; P. ADONNINO, Stati e territori aventi regime fiscale privilegiato e loro corretta identificazione, in *Dir. prat. trib*., 1993, I, p. 504.

un determinato soggetto in Italia, sia esso una persona fisica o giuridica.

Come accennato in premessa, nell'ordinamento tributario italiano, la residenza fiscale ha assunto un rilievo fondamentale con la riforma del 1973, che ne configura l'elemento centrale già nella legge delega 9 ottobre 1971, n. 825[59]. Invero, nella relazione ministeriale al relativo disegno di legge, è rinvenibile un elemento cardine del sistema post riforma. Il carattere personale dell'imposta deve necessariamente contemplare nella determinazione del reddito imponibile dei soggetti residenti anche i redditi prodotti al di fuori del territorio dello Stato[60].

Attraverso tale riforma quindi il legislatore compie un radicale cambiamento della impostazione di fondo del sistema tributario, modificando *inter alia* gli elementri strutturali del sistema tributario italiano: si passa dalle relazione "reddito e territorio" a quella tra "soggetto e territorio".

Così operando, infatti, le imposte sui redditi, che hanno natura di imposte personali[61], non colpiscono soltanto quegli indici di capacità contributiva ascrivibili al soggetto che hanno il loro presupposto nel territorio dello Stato bensì tutti tali indici, ovunque ubicati, purché riferibili al medesimo soggetto e costitutivi del presupposto impositivo in relazione alla singola legge di imposta.

La residenza fiscale acquisisce quindi un rilievo centrale ed indefettibile del sistema tributario. Essa è espressione, e viene normativamente ad esistenza a seguito, della presenza di effettivi indici di appartenenza alla, e di radicamento nella, comunità nazionale.

Essa rappresenta quindi una deroga, costituendone una sorta di estensione, al tradizionale principio che vede la potestà impositiva di uno Stato ordinariamente esplicarsi all'interno del proprio territorio; il criterio della residenza, invero, è

---

[59] Con la riforma tributaria in commento si è passati in Italia da un sistema di tassazione sostanzialmente su base reale ad un approccio di tipo invece prevalentemente personale. Ante riforma, infatti, con l'eccezione dell'imposta complementare a cui era affidato il compito di assicurare la progressività dell'imposizione e che si fondava sul concetto di residenza, il nostro ordinamento tributario attribuiva rilevanza al concetto di "cittadinanza" ed il regime di tassazione era imperniato su un insieme di imposte reali e cedolari.

[60] G. CROXATTO, *La tassazione del reddito derivante da attività internazionale nel quadro della riforma tributaria*, in Dir. e Prat. Trib., 1972, p. 10 e ss.

[61] Imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) ed imposta sul reddito delle persone giuridiche (IRPEG).

espressione dell'evoluzione di tale principio che contempla la potestà impositiva di uno Stato in tutte quelle ipotesi in cui la fattispecie tributaria presenti degli elementi di extraterritorialità.

Pertanto, ad opinione di chi scrive si potrebbe affermare che il criterio della residenza costituisca il necessario corollario allo sviluppo nell'ambito del diritto tributrio del principio di territorialità il quale, nella sua componente tradizionale, contempla la potestà impositiva con riferimento a quei presupposti che si originano all'interno del territorio dello Stato e, nella sua componente evolutiva, prevede la medesima potestà anche con riferimento a fattispecie che appartengono alla sovranità di altri Stati.

Nel contesto della sistema tributario italiano il concetto di residenza riveste, come detto, un ruolo fondamentale. Individuati i soggetti che, in virtù delle disposizioni Costituzionali, debbono contribuire alla spesa pubblica, si pone, infatti, la questione di determinare l'ampiezza di questo obbligo, avendo particolare riferimento alla sua estensione "territoriale"[62] ovvero "mondiale"[63], in relazione all'intensità del legame che intercorre tra il contribuente e lo Stato.

La tassazione personale e progressiva su base mondiale è prevista solo nei casi in cui tale legame è particolarmente intenso e duraturo configurando quindi il requisito della residenza. In assenza di tale legame, l'imposizione è in linea teorica[64] progressiva sebbene di tipo reale in quanto limitata ai redditi prodotti nel territorio dello Stato.

Ai fini del presente lavoro e nella ricostruzione sistemica sistematica dell'ordinamento tributario italiano, la residenza rappresenta, quindi, l'elemento centrale a cui si ricollega la potestà impositiva dello Stato italiano; più ampia e pressoché illimitata nell'ipotesi di sua sussistenza (rappresentando il presupposto

---

[62] Per tassazione "territoriale" deve intendersi l'esercizio, da parte di uno Stato, della propria potestà impositiva con esclusivo riferimento a quei redditi da chiunque (sia soggetti residenti sia soggetti non residenti) prodotti all'interno del suo territorio.

[63] Per tassazione "mondiale" deve intendersi l'esercizio, da parte di uno Stato, della propria potestà impositiva sia con riferimento a quei redditi prodotti nel suo territorio sia con riferimento ad elementi di reddito prodotti al di fuori delo stesso. La tassazione "mondiale" può solo avvenire nei confronti dei soggetti residenti, cioè adire nei confornti di quei soggetti che hanno con il territorio dello Stato uno stabile collegamento di natura personale.

[64] In quanto così stabilito dall'articolo 151 del TUIR sebbene la maggior parte dei redditi di fonte italiana conseguiti da soggetti non residenti siano assoggettati ad imposta in Italia attraverso ritenute a titolo di imposta o a imposte sostitutive delle imposte sui redditi, con la conseguenza di determinare uan tassazione proporzionale invece che progressiva.

necessario ed indefettibile per assoggettare ad imposizione i redditi di fonte estera) e limitata ai redditi di fonte italiana in caso di sua assenza.

Lo stesso ordinamento, tuttavia, assegna alla residenza anche altre funzioni altrettanto importanti ai fini del proprio funzionamento: essa, infatti, rappresenta la discriminante per la identificazione delle precipue modalità di imposizione dei redditi di fonte italiana[65] nonché ai fini dell'identificazione medesima della fonte (italiana o estera) di alcune categorie di reddito.

3. IL RAPPORTO TRA LA NOZIONE DI RESIDENZA QUALE CRITERIO PER L'INDIVIDUAZIONE DEI SOGGETTI PASSIVI E LA SUSSISTENZA DI UNA IMPOSIZIONE TERRITORIALE IN CAPO AI NON RESIDENTI

La residenza, nell'ordinamento tributario italiano, costituisce, come indicato, il presupposto per l'applicazione della tassazione mondiale (c.d. imposizione *worldwide*) piuttosto che territoriale: i soggetti residenti in Italia sono assoggettati ad imposizione sul reddito ovunque prodotto, mentre i soggetti non residenti sono assoggettati ad imposta soltanto sui redditi prodotti in Italia[66].

In un sistema di imposte personali, infatti, l'assoggettamento al tributo è determinato dal criterio della residenza, mentre il criterio della territorialità opera nel senso di limitare la base imponibile dei non residenti. A differenza di un sistema fondato su imposte reali, dove l'assoggettamento al tributo è determinato in base al suo oggetto, in un sistema di imposte personali è la localizzazione del soggetto passivo a determinare l'assoggettamento al tributo.[67]

L'Italia, infatti, come gli altri paesi che hanno adottato un sistema di tassazione mondiale non rinunciano ad assoggettare ad imposta anche i soggetti non residenti sui

---

[65] I quali sono spesso tassati con modalità differenti in relazione alla residenza italiana o meno del soggetto che ne è il possessore.

[66] Così dispone l'art. 3, comma 1 TUIR per le persone fisiche: "*L'imposta si applica sul reddito complessivo del soggetto, formato per i residenti da tutti i redditi posseduti e per i non residenti soltanto da quelli prodotti nel territorio dello Stato, al netto degli oneri deducibili indicati nell'art. 10, nonché delle deduzioni effettivamente spettanti ai sensi degli articoli 11 e 12*". Per le società ed enti commerciali si vedano l'art. 81 (residenti) e l'art. 151, comma 1 (non residenti) del TUIR. Per gli enti non commerciali si vedano gli artt. 143 (residenti) e 153 (non residenti) del TUIR.

[67] In questo senso, si veda A. E. GRANELLI, Il presupposto dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche, in *Diritto e pratica tributaria*, 1973, I, p. 1134.

redditi prodotti nel territorio italiano.

In questo modo la tassazione mondiale e quella territoriale convivono nello stesso ordinamento. Ciò non deve, tuttavia, portare a ritenere che sussistano due criteri posti sullo stesso piano, quello della residenza (che comporta la tassazione mondiale) e quello della territorialità (che determina l'imposizione sui soli redditi di fonte italiana).[68]

Non ritengo, infatti, di condividere la posizione di chi,[69] in dottrina, ha fatto leva sulla previsione dell'art. 3, comma 3, lett. c) TUIR – che esentava il reddito da lavoro dipendente prestato all'estero in via continuativa e come oggetto esclusivo del rapporto – per affermare che il criterio della territorialità opera non soltanto per ampliare, ma anche (e soprattutto) per restringere la giurisdizione fiscale italiana.

Prescindendo dalla considerazione del fatto che la norma in questione è venuta meno,[70] sostituita[71] dall'imposizione sulla c.d. "retribuzione convenzionale" (che costituisce la base imponibile in luogo della retribuzione effettivamente percepita dal lavoratore), resta il fatto che non è dato trovare, nel diritto tributario italiano, traccia significativa dell'esistenza di un principio secondo cui i redditi di fonte estera prodotti da soggetti residenti in Italia non sarebbero ivi tassabili.

Sembra, per contro, che l'Italia abbia pienamente aderito ad un principio di tassazione mondiale che determina l'imposizione dei redditi del residente, a prescindere dal luogo di produzione. Autorevole dottrina ritiene che il criterio di tassazione dinanzi indicato costituisca un'estrinsecazione dei principi costituzionali di capacità contributiva e di eguaglianza[72].

---

[68] M. MARESCA, Alcune considerazioni sui criteri della residenza e del luogo di produzione del reddito, in AA.VV., *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, Padova, 1988, p. 287; *contra*, G. NOVARA, Residenza di enti e società nell'imposizione personale sui redditi, op. cit., p. 17.

[69] M. MARESCA, op. cit., p. 288.

[70] Abrogata dall'art. 5, comma 1, lett. a), n. 1) del D.Lgs. 2 settembre 1997, n. 314.

[71] Cfr. art. 51, comma 8-bis TUIR.

[72] SACCHETTO, CLAUDIO, *Territorialità* (*dir. trib.*), in Enc. Dir., XLIV. Milano, 1992, pag. 304, l'Autore ha sostenuto che "[*l*]*'art. 53 cost., oltre che porre il fondamento del dovere di contribuzione, ha fissato il criterio in base al quale tale contribuzione deve avvenire al fine di ottemperare anche in materia tributaria al fondamentale dovere di eguaglianza posto dall'art. 3 cost. L'art 53 cost. ha dato in altri termini rilevanza costituzionale al principio di capacità contributiva. Da tale criterio non derivano argomenti a favore del principio di territorialità. In senso opposto derivano argomenti per legittimare lo Stato a sottoporre ad imposizione anche fattispecie avvenute all'estero in quanto suscettibili di valutazione economica, proprio per*

4. LA RESIDENZA COME CRITERIO DI LOCALIZZAZIONE DEL REDDITO

Fino ad ora si è principalmente esaminato il ruolo della residenza come criterio per l'individuazione dei soggetti passivi delle imposte sui redditi.

Non si può, tuttavia, non rilevare che la residenza assuma un ruolo essenziale anche ai fini della determinazione della fonte del reddito che, come noto, rileva sia ai fini della determinazione della base imponibile su cui sono tassati i non residenti, sia, come è stato ora espressamente stabilito dal legislatore della riforma IRES, anche ai fini dell'individuazione dei redditi di fonte estera con riferimento ai quali l'Italia riconosce il credito per le imposte versate all'estero.[73]

Stabilisce, infatti, l'art. 23 TUIR[74] che "*ai fini dell'applicazione dell'imposta ai non residenti*" alcuni redditi si considerano "*prodotti nel territorio dello Stato*" quando sono corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti, i redditi di capitale (eccetto gli interessi e altri proventi derivanti da depositi e conti correnti bancari e postali) e tutti i redditi indicati nel comma 2, ossia le pensioni, gli assegni ad esse assimilati e le indennità di fine rapporto; certi redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente; i compensi per l'utilizzazione di certi beni immateriali; i compensi conseguiti da imprese, società o enti non residenti per prestazioni artistiche o

---

realizzare il principio di eguaglianza in materia fiscale, id est il principio di capacità contributiva, il quale richiede che il concorso alle spese pubbliche tenga conto di tutte le manifestazioni di ricchezza del soggetto passivo, anche se si realizzano fuori dal territorio dello Stato" ; MOSCHETTI, FRANCESCO, *Il principio della capacità contributiva*, CEDAM, Padova, 1973, p. 23; G. CROXATTO, *La tassazione del reddito derivante da attività internazionale nel quadro della riforma tributaria*, in Dir. e Prat. Trib., 1972, p. 10.

[73] Cfr. art. 165, comma 2 TUIR: "*I redditi si considerano prodotti all'estero sulla base di criteri reciproci a quelli previsti dall' articolo 23 per individuare quelli prodotti nel territorio dello Stato*".

[74] Cfr. anche gli artt. 151 e 153, rispettivamente l'uno relativo alle società e agli enti commerciali non residenti e l'altro agli enti non commerciali non residenti. L'art. 151 TUIR: " *1. Il reddito complessivo delle società e degli enti commerciali non residenti di cui alla lettera d) del comma 1 dell'articolo 73 è formato soltanto dai redditi prodotti nel territorio dello Stato, ad esclusione di quelli esenti dall'imposta e di quelli soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta o ad imposta sostitutiva.*

2. Si considerano prodotti nel territorio dello Stato i redditi indicati nell'articolo 23, tenendo conto, per i redditi d'impresa, anche delle plusvalenze e delle minusvalenze dei beni destinati o comunque relativi alle attività commerciali esercitate nel territorio dello Stato, ancorché non conseguite attraverso le stabili organizzazioni, nonché gli utili distribuiti da società ed enti di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 73 e le plusvalenze indicate nell'articolo 23, comma 1, lettera f).".

professionali effettuate per loro conto nel territorio dello Stato.

In questo caso la residenza non opera come criterio per identificare i soggetti passivi, ma come criterio che determina la fonte del reddito in situazioni in cui la tassazione è determinata in base al principio della territorialità.

Alla natura di fonte interna o estera dei singoli elementi di reddito, il nostro ordinamento ricollega, per i soggetti non residenti, sia la loro (non) imponibilità che le eventuali modalità di imposizione; peri soggetti residenti, invece, la natura di reddito interno o di reddito di fonte estera costituisce il presupposto per l'applicazione di determinati istituti quali, ad esempio, il credito di imposta per le imposte assolte all'estero, il quale trova applicazione limitatamente a quei redditi di fonte estera (alla cui individuazione concorre massivamente la residenza del soggetto erogante gli stessi) classificati come tali in base al nostro ordinamento a prescindere dalla circostanza che essi abbiano o meno scontato imposte all'estero in conformità alla locale normativa.

CAPITOLO III: LA RESIDENZA FISCALE DELLE PERSONE GIURIDICHE

1. ORIGINI ED EVOLUZIONI DELLA DISCIPLINA ITALIANA

La riforma del 1973 introduceva in Italia il cd. principio della tassazione *mondiale* e determinava quale sua necessaria conseguenza la centralità della nozione di residenza ai fini della distinzione tra soggetti sottoposti a tassazione mondiale e soggetti sottoposti a tassazione territoriale.[75]

L'art. 3 della legge delega per la riforma tributaria (Legge 9 ottobre 1971, n. 825) disponeva che l'imposta sul reddito delle persone giuridiche dovesse prevedere:

> "*1) applicazione dell'imposta al reddito complessivo netto delle persone giuridiche costituite nel territorio dello Stato e di quelle costituite all'estero che hanno la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa nel territorio dello Stato. Saranno fatte salve le diverse pattuizioni degli accordi internazionali aventi per oggetto le norme per evitare la doppia imposizione;*
>
> …
>
> *3) inclusione dei redditi prodotti all'estero nel computo del reddito complessivo e attribuzione al soggetto di un credito d'imposta secondo le disposizioni di cui al n. 20) dell'art. 2;*
>
> …
>
> *9) applicazione dell'imposta anche nei confronti delle persone giuridiche e delle associazioni ed organizzazioni di cui al n. 8), costituite all'estero e non aventi nel territorio dello Stato né la sede dell'amministrazione né l'oggetto principale dell'impresa assumendo come reddito complessivo l'ammontare complessivo dei redditi prodotti nel territorio dello Stato. Per i redditi derivanti dall'esercizio di imprese commerciali si tiene conto soltanto di quelli prodotti mediante una stabile organizzazione nel territorio dello Stato, comprese le sopravvenienze attive e passive nonché le plusvalenze e le minusvalenze dei beni destinati o comunque relativi alle attività commerciali ivi esercitate. Gli interessi corrisposti ai non residenti saranno, in ogni caso, tassati mediante ritenuta alla fonte con aliquota del 30 per cento, salve le disposizioni di cui ai nn. 2) e 3) dell'art. 9 e al n. 5) dell'art. 10;*".

L'art. 2 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 598 (*Istituzione e disciplina dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche*), rubricato "Soggetti passivi" stabiliva inoltre che:

> "*Sono soggetti all'imposta sul reddito delle persone giuridiche:*
>
> *a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, che hanno nel territorio dello Stato la sede legale o amministrativa o l'oggetto principale*

[75] Sul punto si rinvia a G.C. CROXATTO, La tassazione del reddito derivante da attività internazionale nel quadro della riforma tributaria, in *Diritto e pratica tributaria*, 1972, I, p. 10.

dell'attività;

b) gli altri enti pubblici e privati aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale, che hanno nel territorio dello Stato la sede legale o amministrativa o l'oggetto principale compresi i consorzi, le associazioni non riconosciute nonché le altre organizzazioni senza personalità giuridica non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifichi in modo unitario e autonomo ed escluse le società e associazioni indicate nell'art. 5 del decreto del presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 597, e le associazioni in partecipazione;

c) gli enti pubblici e privati di cui alla precedente lettera b) non aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali che hanno nel territorio dello Stato la sede legale o amministrativa o l'oggetto principale;

d) le società e gli enti di ogni tipo con o senza personalità giuridica, comprese le società e associazioni indicate nell'art. 5 del predetto decreto ed escluse le associazioni in partecipazione, che non hanno nel territorio dello Stato la sede legale o amministrativa né l'oggetto principale.

Ai fini delle lettere b) e c) si considerano commerciali le attività indicate nell'art. 51 del predetto decreto. L'oggetto esclusivo o principale dell'ente è determinato in base all'atto costitutivo, se esistente in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, e in mancanza in base all'attività effettivamente esercitata.".

La Relazione ministeriale al provvedimento chiariva che[76]:

"*Fissato il principio per cui il presupposto dell'imposta è costituito dal possesso dei redditi di qualsiasi natura, provenienti da qualsiasi fonte (art. 1), in coerenza con l'art. 3, nn. 1 e 2, della legge delega, il decreto delegato elenca, nell'art. 2, i soggetti passivi del tributo.*

Essi sono:

a) le società di capitali che hanno nel territorio dello Stato la sede legale o quella amministrativa o l'oggetto principale dell'attività. Anche qui, come nel decreto per l'imposta sul reddito delle persone fisiche, è stato dato rilievo diretto ai dati obbiettivi di collegamento col territorio (sede legale, sede amministrativa, oggetto principale), senza preoccuparsi della classificazione delle società in nazionali, assimilate alle nazionali, estere;

…

d) tutti i soggetti che, quale che sia il loro tipo (società di capitale e di persone, enti pubblici e privati, organizzazioni senza personalità giuridica), non hanno nel territorio dello Stato nè sede legale, nè sede amministrativa, nè oggetto principale; cioè, nel linguaggio della presente riforma, tutti i soggetti (ovviamente diversi dalle persone fisiche) "non residenti"."[77].

La lettera dell'art. 2 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 598 non conteneva pertanto un

[76] Relazione ministeriale allo schema del decreto relativo all'istituzione e disciplina dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche - Articolo 2.

[77] Sottolineature aggiunte.

espresso riferimento alla nozione di residenza; la rilevanza di tale concetto si evince tuttavia dal Titolo Quarto (artt. 22-24), intitolato "*Società ed enti non residenti*" che dispone la imposizione sui soli redditi prodotti nello Stato.

La nozione di residenza acquista definitivamente la sua centralità con il TUIR del 1986. Infatti, l'art. 87, comma 1 che individuava i soggetti passivi IRPEG prevedeva:

> "*Sono soggetti all'imposta sul reddito delle persone giuridiche:*
>
> *a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato;*
>
> *b) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;*
>
> c) *gli enti pubblici e privati diversi dalle società, residenti nel territorio dello Stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;*
>
> d) *le società e gli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio.*".

Come chiarito dalla Relazione Governativa all'art. 87 TUIR:

> "*La diversa redazione dell'articolo, in confronto all'art. 2 del DPR 598, risponde ad esigenze di maggiore chiarezza.*
>
> *Nel primo comma sono individuate, con formule più appropriate, le quattro categorie di soggetti all'imposta, eliminandosi l'inutile ripetizione del criterio di collegamento con il territorio dello Stato che per ciascuna di esse il testo vigente contiene. L'elemento distintivo delle diverse categorie in base a tale criterio risiede nel riferimento al concetto di residenza nel territorio dello Stato, che trova espressa esplicitazione nel terzo comma, formulato, per ragioni sistematiche, nei medesimi termini della disposizione dell'art. 5, terzo comma, lettera d), del titolo I, che assume, al pari di questa, valore di norma di carattere generale ai fini delle imposte sui redditi. Ciò è valso anche ad eliminare una lacuna della vigente normativa a causa della mancanza di un criterio temporale per accertare la sussistenza della condizione di "residenza": criterio che la norma del terzo comma, come quella sopracitata dell'art. 5, a sua volta sul punto uniforme a quella dell'art. 2 per le persone fisiche, indica nella "maggior parte del periodo d'imposta".*".

La disposizione è stata trasposta senza sostanziali modifiche nell'art. 73 del nuovo TUIR[78] risultante dalla riforma IRES del D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344.

---

[78] L'art. 73 del TUIR recita:

"1. Sono soggetti all'imposta sul reddito delle società:

a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le societa' a responsabilita' limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, nonche' le società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato;

b) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonche' i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attivita' commerciali;

c) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonche' i trust, residenti nel territorio dello Stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;

d) le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalita' giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.

2. Tra gli enti diversi dalle società, di cui alle lettere b) e c) del comma 1, si comprendono, oltre alle persone giuridiche, le associazioni non riconosciute, i consorzi e le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo. Tra le societa' e gli enti di cui alla lettera d) del comma 1 sono comprese anche le società e le associazioni indicate nell'articolo 5. Nei casi in cui i beneficiari del trust siano individuati, i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali.

3. Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato diverso da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonche' vincoli di destinazione sugli stessi.

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

5. In mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attivita' effettivamente esercitata nel territorio dello Stato; tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti. .

5-bis. Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa:

a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;

b) sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

5-ter. Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 5-bis, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato. Ai medesimi fini, per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5.

2. I REQUISITI CHE DETERMINANO LA SUSSISTENZA DELLA RESIDENZA FISCALE DELLE PERSONE GIURIDICHE

Prescindendo dalle disposizioni antielusive portanti presunzioni di residenza, i requisiti che determinano la sussistenza della residenza delle persone giuridiche[79] non hanno subito significative modifiche dal 1973 ad oggi.

I requisiti sono tre, debbono sussistere "*per la maggior parte del periodo d'imposta*" e sono tra loro alternativi, nel senso che la sussistenza di uno soltanto di essi determina la residenza della società e la imposizione sul reddito mondiale.

La previsione di una pluralità di criteri origina dalla volontà dello Stato, da un lato, di ampliare le possibilità di assoggettare ad imposizione le società che presentano un collegamento (significativo e stabile) con il territorio italiano e, dall'altro lato, di prevenire comportamenti dei contribuenti volti a eludere l'applicazione dell'imposta.[80]

5-quater. Salvo prova contraria, si considerano residenti nel territorio dello Stato le società o enti il cui patrimonio sia investito in misura prevalente in quote di fondi di investimento immobiliare chiusi di cui all'articolo 37 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e siano controllati direttamente o indirettamente, per il tramite di societa' fiduciarie o per interposta persona, da soggetti residenti in Italia. Il controllo è individuato ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, anche per partecipazioni possedute da soggetti diversi dalle società.

5-quinquies. Gli organismi di investimento collettivo del risparmio con sede in Italia, diversi dai fondi immobiliari, e quelli con sede in Lussemburgo, già autorizzati al collocamento nel territorio dello Stato, di cui all'articolo 11-bis del decreto-legge 30 settembre 1983, n. 512, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 novembre 1983, n. 649, e successive modificazioni, non sono soggetti alle imposte sui redditi, con esclusione dell'imposta sostitutiva del 27 per cento di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 1° aprile 1996, n. 239, e successive modificazioni. Le ritenute operate sui redditi di capitale sono a titolo d'imposta. Non si applicano la ritenuta del 27 per cento prevista dal comma 2 dell'articolo 26 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, sugli interessi ed altri proventi dei conti correnti bancari, a condizione che la giacenza media annua non sia superiore al 5 per cento dell'attivo medio gestito, nonché le ritenute del 12,50 per cento previste dagli articoli 26, commi 3-bis e 5, e 26-quinquies del predetto decreto nonché dall'articolo 10-ter della legge 23 marzo 1983, n. 77, e successive modificazioni.".

[79] In questo lavoro ci si concentrerà soltanto sulle persone giuridiche e non sulle società di persone. Le ragioni di questa scelta risiedono essenzialmente nella volontà di restringere l'analisi del trattamento convenzionale delle società ai soli soggetti dotati di soggettività ai fini delle imposte dirette, escludendo tutte le questioni relative al trattamento delle *partnerships* nei trattati. In ogni caso, si rileva che l'art. 5 TUIR stabilisce, per le società di persone e gli enti i medesimi criteri previsti dall'art. 73 per le persone giuridiche. Si ricorda, infine, che ai fini dell'imposta sul reddito delle società, tutte le società non residenti, anche quelle prive di personalità giuridica, sono assoggettate ad IRES ai sensi dell'art. 73, comma 1, lett. d) TUIR.

[80] A tal riguardo si rinvia a quanto affermato dalla Comm. Trib. centr., sez. VII, 10 ottobre 1996,

Del resto, se gli Stati prevedessero un unico criterio di collegamento con il territorio, sarebbe possibile per una società evitare artificiosamente di integrare le condizioni previste dai diversi ordinamenti interessati e risultare quindi non residente (e dunque assoggettata ad imposta sul reddito mondiale in nessuno Stato).

Si pensi, ad esempio, che una società sia costituita nello "Stato A" e abbia la sede dell'amministrazione nello "Stato B". Qualora lo "Stato B" consideri residenti ai fini fiscali le sole società ivi costituite, mentre lo "Stato A" consideri residenti le sole società che abbiano in quello Stato la sede dell'amministrazione, la società non potrebbe essere considerata residente in alcuno dei due Stati e sarebbe, pertanto, assoggettata ad imposizione soltanto nello Stato in cui dovesse operare tramite una stabile organizzazione ovvero dal quale ritraesse singoli elementi di reddito.

D'altro canto per la ragioni viste nel Capitolo II, nella scelta dei principi da cui far discendere la tassazione mondiale uno Stato non può utilizzare criteri che prescindano del tutto da un concreto ed attuale collegamento con il suo territorio; ciò sia per le ragioni di diritto internazionale pubblico già analizzate in precedenza sia a causa delle difficoltà che comporterebbero l'accertamento dei redditi e la riscossione delle imposte a carico di soggetti che si trovino al di fuori (del territorio in cui si esplica la possibilità di attuare la pretesa tributaria) di quello Stato. Si osserva, inoltre, che, almeno per l'Italia, la necessaria sussistenza di un effettivo collegamento tra territorio e presupposto impositivo è imposta dalla Costituzione[81]. Di talchè, l'assenza del menzionato collegamento comporterebbe un conflitto tra la norma impositiva ed il dettatto Costituzionale.

La sussistenza di uno soltanto dei tre criteri citati è sufficiente ad integrare la residenza in Italia di una società; è quindi sufficiente che l'amministrazione finanziaria dimostri la sussistenza in Italia della sede legale, della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale per attrarre i redditi mondiali della

---

n. 4992, in *Rivista di Diritto Tributario*, 1998, IV, p. 164 (v. anche *infra* al paragrafo 2.2), secondo cui "*Ciascun ordinamento fiscale tende naturalmente ad allargare, piuttosto che a restringere, l'area della propria applicazione, anche al fine di evitare facili fenomeni di evasione ed elusione. Anche l'indagine interpretativa dev'essere dunque coerente con lo spirito dell'ordinamento, senza farsi condizionare dalla preoccupazione di evitare al contribuente il danno di una eventuale doppia imposizione. Se poi la doppia imposizione si verifica - e non è questo il caso - vi saranno gli opportuni rimedi correttivi.*".

[81] Cfr. art. 56 della Costituzione.

società all'imposizione in Italia.

I criteri hanno tutti la medesima rilevanza, nel senso che non esiste alcuna gerarchia tra gli stessi.[82]

Nei paragrafi che seguono ciascun requisito sarà analizzato in dettaglio, alla luce della dottrina e della giurisprudenza (sia civilistica sia tributaria) e della prassi in materia.

2.1 Il requisito della sede legale nel territorio dello Stato

La "sede legale" è quella che risulta dall'atto costitutivo e dallo statuto.[83] Inizialmente coincide con il luogo in cui si perfeziona il processo di costituzione (e che in base al nostro diritto internazionale privato determina la nazionalità della società), ma può essere successivamente spostato.[84]

Si tratta di un requisito di carattere meramente formale, al pari del requisito del luogo di costituzione che, per contro, non è stato accolto dal nostro legislatore tributario.

La decisione di non dare rilevanza al luogo di costituzione di una società (che invece è determinante ai fini della nazionalità della società) origina, secondo la Relazione ministeriale al D.P.R. 598/73[85], dalla volontà di dare "*rilievo diretto ai dati obbiettivi di collegamento col territorio (sede legale, sede amministrativa, oggetto principale), senza preoccuparsi della classificazione delle società in nazionali, assimilate alle nazionali, estere*".

---

[82] Si veda G. ZIZZO, Reddito delle persone giuridiche (imposta sul), in *Riv. dir. trib*., 1994; I, p. 650 e, in giurisprudenza Comm. trib. centr., sez. VII, 10 ottobre 1996, n. 4992, in *Riv. dir. trib*., 1998; IV, p. 172. *Contra* R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, diretta da F. Tesauro, Torino, 1996, p. 102, secondo cui "*il primo elemento al quale si fa riferimento è la sede legale per stabilire la residenza; se questa non risulta in Italia, la residenza viene stabilita avendo riguardo alla sede amministrativa…..Quando manchi nel territorio dello Stato anche la sede amministrativa si ha riguardo all'oggetto principale dell'attività*". Nello stesso anche C. TAVORMINA, Il concetto di residenza ai fini fiscali e la stabile organizzazione, in *il fisco*, 1993, p. 7819.

[83] Cfr. A CANDIAN, Domicilio, residenza, dimora, in Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile, Torino, 1991, p. 126.

[84] Cfr. art. 25, comma 1 Legge 31 maggio 1995, n. 218, ai sensi del quale "*Le società …. sono disciplinati dalla legge dello stato in cui è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti*".

[85] Relazione ministeriale allo schema del decreto relativo all'istituzione e disciplina dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche - Articolo 2.

Il requisito della sede legale, in quanto tale, è facilmente eludibile e si dimostrerebbe insufficiente, da solo, a determinare l'assoggettamento ad imposizione in Italia delle società.

La dottrina[86], tuttavia, rileva come il criterio della sede legale non sia del tutto assimilabile al criterio dell'iscrizione anagrafica per le persone fisiche (il quale come si è visto può anche sussistere in assenza di qualsiasi effettivo collegamento con il territorio italiano). E ciò in quanto, almeno tendenzialmente, esso determina il punto di contatto tra la nazionalità della società e la residenza fiscale. La tendenziale coincidenza della sede legale con il luogo di costituzione, infatti, fa sì che lo Stato in cui sia stabilita le sede legale, almeno per gli Stati che (come l'Italia) adottano il criterio della "costituzione" ai fini della determinazione della legge regolatrice della società, coincida con lo Stato che ne assoggetta ad imposizione il reddito mondiale.

2.2 Il requisito della sede dell'amministrazione nel territorio dello Stato

L'art. 87 (ora 73), comma 3 TUIR aveva sostituito la precedente nozione di "sede amministrativa" contenuta nell'art. 2 del D.P.R. 598/73 con quella di "sede dell'amministrazione", al fine di allinearla a quella contenuta nell'art. 2505, cod. civ.[87] in seguito abrogato dalla riforma di diritto internazionale privato.

Questa sorta di adattamento alla terminologia utilizzata dal legislatore civilistico potrebbe portare a ritenere che, nonostante nell'art. 73 TUIR manchi quel richiamo al codice civile che invece ricorre nell'art. 2 TUIR con riferimento al domicilio ed alla residenza delle persone fisiche, i termini utilizzati dalla norma tributaria debbano essere interpretati coerentemente al significato loro riconosciuto nel diritto civile.[88]

A tal proposito, non si può non sottolineare la diversa funzione della norma tributaria

---

[86] Cfr. G. MARINO, *La residenza….*, cit. p. 103.

[87] Questo intento è palesato nella Relazione governativa all'art. 5 TUIR. Disponeva l'art. 2505 cod. civ. - *Società costituite all'estero con sede nel territorio dello Stato*: "*Le società costituite all'estero, le quali hanno nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale dell'impresa, sono soggette, anche per i requisiti di validità dell'atto costitutivo, a tutte le disposizioni della legge italiana*.". L'espressione "sede dell'amministrazione" si trova ancora impiegata nell'art. 25 della Legge 218/95.

[88] Fermo restando l'obbligo di verificare se tale interpretazione è compatibile con le specificità della disciplina tributaria. In tal senso si vedano A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino, 1997, p. 186; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 1999, p. 188; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1999, p. 93.

(diretta ad individuare i criteri che determinano la tassazione mondiale dei redditi di una società) da quella internazional-privatistica (diretta ad individuare la legge regolatrice della società).

In dottrina[89], non sono mancati quanti hanno lamentato una scarsa determinatezza dello stesso concetto di residenza, insufficiente a superare le annose disquisizioni tra residenza ai fini civilistici, valutari e tributari. Tuttavia, la dottrina maggioritaria si è espressa a favore della piena equivalenza di significato tra i concetti di residenza e di domicilio descritti dal codice civile e definiti dalla giurisprudenza e dalla dottrina civilistica, con quelli tributari. Secondo la dottrina dominante, infatti, l'evoluzione del concetto di "residenza" in ambito civile non può che riflettersi su quello di "residenza fiscale" che, pur appartenendo ad un ambito differente, ne resta condizionato e muta al mutare del primo.

Resta, invece, tutto da chiarire il rapporto con altre nozioni di sede (diversa da quella legale) utilizzate dal legislatore del codice civile ed in particolare con la nozione di "sede effettiva" (art. 46 cod. civ.)[90] e di "sede dell'impresa" (art. 2196 cod. civ.)[91].

Con riferimento al concetto di "sede effettiva" la giurisprudenza tributaria[92] ha riconosciuto un'analoga corrispondenza di significato tra il concetto di *sede dell'amministrazione* e quello di *sede effettiva*[93].

---

[89] Cfr. C.C. CARLI, La soggettività passiva delle società e degli enti non residenti, in AA.VV., *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, Padova, 1988, p. 722.

[90] Cfr. art. 46 cod. civ. - *Sede delle persone giuridiche*: "*Quando la legge fa dipendere determinati effetti dalla residenza o dal domicilio, per le persone giuridiche si ha riguardo al luogo in cui è stabilita la loro sede.*

Nei casi in cui la sede stabilita ai sensi dell'articolo 16 o la sede risultante dal registro è diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche questa ultima.".

[91] Cfr. art. 2196 cod. civ. - *Iscrizione dell'impresa*: "*Entro trenta giorni dall'inizio dell'impresa l'imprenditore che esercita un'attività commerciale deve chiedere l'iscrizione all'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione stabilisce la sede, indicando:*

1) il cognome e il nome, il nome del padre, la cittadinanza e la razza;

2) la ditta;

3) l'oggetto dell'impresa;

4) la sede dell'impresa;

5) il cognome e il nome degli institori e procuratori.".

[92] Commissione Tributaria Centrale, decisione n. 2677 del 22 maggio 1996.

[93] Nella decisione n. 2677 del 22 maggio 1996 la Commissione Tributaria Centrale afferma: "*[n]el caso della <<Società …>> si ritiene che venga a configurarsi il domicilio in Belgio, dove la società ha la sede legale, e la residenza in Svizzera, dove la società ha la sede amministrativa,*

E' quindi possibile affermare fin d'ora che la "sede effettiva", da un lato, presenta connotati molto simili a quelli della sede dell'amministrazione che saranno esaminati *infra*, e dall'altro lato, sembra anche avvicinarsi anche al concetto di *place of effective management* previsto nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

C'è anche chi in dottrina ha sostenuto che la "sede effettiva" riunisce in sé le caratteristiche della sede dell'amministrazione e dell'oggetto principale, in quanto essa riunisce la sede della direzione generale dove si esplica l'oggetto principale e la sede amministrativa.[94]

Con riferimento al concetto di "sede effettiva", inoltre, la Cassazione[95] ha affermato che si tratta del luogo "*dove hanno in 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 altra occasione, la Corte di Cassazione[96] ha precisato che la "sede effettiva" "*non coincide […] con il luogo in cui si trova un recapito della persona giuridica, oppure una persona che genericamente ne cura gli interessi o sia preposta ad uffici di rappresentanza, dipendenza o stabilimenti, ma si identifica con il luogo dove si svolge la preminente attività direttiva ed amministrativa dell'impresa.*" né con il luogo in cui si trovano i beni sociali.[97]. Ed ancora, la stessa Corte, sempre nell'ultima sentenza citata, si è espressa nel senso che la "sede effettiva" di una persona giuridica non è il luogo ove si trovano i beni, gli stabilimenti e nel quale si svolge l'attività produttiva, bensì quello in cui abbia effettivo svolgimento l'attività direzionale ed amministrativa.

Per quanto attiene al concetto di *sede dell'amministrazione*, la dottrina civilistica ed

---

cioè effettiva." (sottolineatura aggiunta). Inoltre, si evidenzia che nel testo della decisione la società fa indifferentemente riferimento al concetto di *sede dell'amministrazione* piuttosto che a quello di *sede effettiva*.

[94] G. NOVARA, op. cit., p. 20

[95] Cfr. Cassazione, 16 giugno 1984, n. 3604, in *Giust. civ. Mass*., 1984, fasc. 6.

[96] Cfr. Cassazione, 9 giugno 1988, n. 3910, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 6; Cass. 2515/76 e Cassazione, sez. lav., 24 aprile 1981 n. 2472, in *Giust. civ. Mass*., 1981, fasc. 4.

[97] Cfr. Cassazione, 13 ottobre 1972, n. 3028 in *Imposte Dirette Erariali*, 1973, Parte Seconda, p. 19, Volume XVI.

internazional-privatistica[98], generalmente, interpreta il requisito della sede dell'amministrazione come *"il luogo dal quale gli impulsi volitivi inerenti l'attività amministrativa della società provengono"* e dal quale si organizza e si dirige effettivamente la gestione sociale.

Secondo questi Autori non rileva tanto chi sono gli amministratori, nel senso di chi possiede formalmente questa qualifica, ma chi "*forma la vera volontà sociale e i veri indirizzi di tale attività amministrativa*".[99] Gli Autori, infatti, in omaggio al principio della prevalenza della sostanza sulla forma, non ritengono necessario accertare chi formalmente ricopra nella società la carica di amministratore, in quanto deve solo individuarsi chi, in concreto, assume le decisioni che orientano l'attività della società. Qualora i soggetti che formalmente ricoprono il ruolo di amministratori siano, in concreto, privi di un reale potere decisionale ed operino esclusivamente come meri esecutori di direttive provenienti da altri soggetti residenti in altro Stato, senza esercitare il benché minimo sindacato di merito e/o di opportunità sulle decisioni assunte da costoro, la *sede dell'amministrazione* dovrebbe comunque localizzarsi nello Stato di residenza dei secondi. Come si avrà meglio modo di illustrare *infra*, tale distinzione è rilevante anche in ambito tributario.

Un consolidato orientamento giurisprudenziale ha individuato la *sede dell'amministrazione* nel luogo in cui si svolge l'attività direttiva ed amministrativa, ossia dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per l'esplicazione ed il raggiungimento degli obiettivi sociali.[100]

In modo del tutto analogo, la dottrina di matrice tributaria[101] che si è occupata della

---

[98] A. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1973, p. 99; E. SIMONETTO, *Delle società*, in Commentario al codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1976, p. 389.

[99] Cfr. E. SIMONETTO, loc. ult. cit.

[100] Cfr. Cass. 4 ottobre 1988, n. 5359, in *Giust. civ. Mass*., 1988, fasc. 10; Cass. 9 giugno 1988, n. 3910., in *Giust. civ. Mass*., 1988, fasc. 6. Tribunale di Genova, 31 marzo 1967, in *Rivista di diritto internazionale privato e procedurale*, 1967, 809, citata, da G. Marino, in *"La residenza nel diritto tributario"*, *op. cit.*, p. 107, nota 32.

[101] Vedasi, D. LAMEDICA, *Residenza – II) Residenza e cittadinanza – dir. trib.*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, *op. cit.*, p. 2; C. GARBARINO, La tassazione del reddito transnazionale, Cedam Padova, 1990, p. 186; G. ZIZZO, *"Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)"*, *op. cit.*, p. 650; G. Novara, *Residenza di enti e società nell'imposizione personale sui redditi"*, *op. cit.*, p. 20; G. PEZZUTO – S. SCREPANTI, *"La verifica fiscale, seconda edizione"*, *op. cit.*, p. 358. Vedasi inoltre la dottrina citata da G. MARINO in "*La residenza nel diritto tributario"*, *op. cit.*, p. 118, nota 51.

sede dell'amministrazione ritiene che essa debba intendersi come il luogo dal quale promanano gli impulsi volitivi sulla gestione attribuendo significato decisivo al luogo dove abitualmente si incontrano gli amministratori per definire le linee direttive dell'impresa e per svolgere le attività amministrative che competono loro.

Sono stati quindi individuati alcuni elementi che possono rappresentare importanti indizi ai fini dell'esistenza nel territorio dello Stato della *sede dell'amministrazione* di una società, riconducibili all'attività di negoziazione e sottoscrizione di contratti, telefonate, fax, e-mail, lettere di convocazione ed, in generale, ogni atto inerente alla gestione dell'impresa[102]. È stato poi individuato nella residenza degli amministratori un ulteriore elemento indiziario ai fini dell'individuazione della *sede dell'amministrazione* della società[103]. Tuttavia, trattasi solo di un elemento indicativo, atteso che, qualora gli amministratori si riunissero all'estero e ivi prendessero le decisioni inerenti alla gestione sociale tale presunzione sarebbe priva di alcun pregio.

E' stata, inoltre, segnalata[104] l'opportunità di tenere conto di eventuali facoltà, concesse al consiglio di amministrazione, di delegare le proprie funzioni, soprattutto quando i poteri trasferiti siano significativi sia sotto il profilo decisionale che della rappresentanza verso i terzi. Ciò in quanto è configurabile un legame saldo con il territorio dello Stato se, a prescindere dal luogo in cui si riunisce formalmente il consiglio di amministrazione, vengono ivi esercitate le funzioni direttive assegnate al comitato esecutivo o all'amministratore delegato. Parimenti, laddove il direttore generale sia investito di ampie attribuzioni di gestione, non è da escludere che la presenza di costui nel territorio dello Stato possa ivi attrarre la *sede dell'amministrazione* della società.

Con riferimento alla dimensione spazio-temporale della *sede dell'amministrazione*, osserva Simonetto[105] come nell'espressione "*sede*" sia rinvenibile sia un riferimento spaziale sia un riferimento temporale. Infatti, da un lato, in essa è implicita la continuità che deve caratterizzare l'attività volitiva affinché si possa parlare di *sede* (*dell'amministrazione*.) Non è cioè sufficiente che ivi si localizzi, occasionalmente,

---

[102] Vedasi, G. MARINO, *"La residenza nel diritto tributario", op. cit.*, p. 119.

[103] Si potrebbe, infatti, affermare che una società sia (probabilmente) residente nel territorio dello Stato qualora i membri del suo consiglio di amministrazione siano (tutti, ovvero a maggioranza) persone fisiche fiscalmente residenti nel territorio dello stesso.

[104] A.M. GAFFURI – S. COVINO, "*Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società holding*", in *Dialoghi di diritto tributario*, n. 1/2006, p. 78.

[105] E. SIMONETTO, *Commentario al codice civile, op. cit.*, p. 390 e ss..

un solo atto, anche se proveniente dalle persone che effettivamente amministrano la società, bensì occorre una continuità temporale affinché detto luogo possa assumere lo *status* di *sede* (*dell'amministrazione*). Con riferimento all'elemento spaziale, invece, il legislatore richiede il requisito dell'attualità quale ulteriore caratteristica che l'attività volitiva esercitata in un determinato luogo deve possedere per poter configurare la *sede dell'amministrazione*. Essa deve cioè essere immanente nell'ambito temporale in cui si pretende di far risalire ad essa gli effetti specificati dalla legge. Ciò implica che qualora gli impulsi volitivi in cui si concretizza l'attività amministrativa della società dovessero, in un momento successivo, provenire da altra sede situata al di fuori del territorio dello Stato, la residenza di detta società non sarà più[106] nel territorio dello Stato[107].

Come ricordato un tratto comune che è possibile rintracciare nella giurisprudenza che si è espressa in tema di *sede dell'amministrazione* delle società è l'applicazione del principio della sostanza sulla forma. Secondo la Suprema Corte di Cassazione[108], nell'individuazione della *sede dell'amministrazione* (e dell'*oggetto principale* dell'attività), occorre avere riguardo alla situazione sostanziale ed effettiva, senza limitarsi a quella formale ed apparente[109] che potrebbe risultare, ad esempio, dai libri sociali ovvero da altre risultanze documentali

Si pensi al caso di certe società con sede legale all'estero e amministratori, a volte anche unici, scelti tra professionisti locali o *trust companies*. Il fenomeno della "*mailbox companies*" è caratterizzato, infatti, dalla presenza di un organo amministrativo che, di fatto, è svuotato di effettivi poteri, in quanto soggetto a precise istruzioni da parte di altri soggetti, spesso espressione della società controllante.[110]

A tal riguardo si ricorda che la risoluzione n. 387/E del 19 dicembre 2002 ha chiarito che "*affinché un'attività di commercializzazione … possa effettivamente considerarsi*

---

[106] Fermo restando le considerazioni dianzi svolte con riferimento alla dimensione temporale,

[107] Sul presupposto che la *sede dell'amministrazione* sia l'unico requisito ad attrarre la residenza di una società in Italia.

[108] Cass., sez. III, 10 dicembre 1974, n. 4172, in *Dir. prat. trib*, 1975, II, p. 948.

[109] *"[…] [P]er stabilire se una società costituita all'estero sia, o meno, soggetta alle disposizioni della legge italiana […] occorre avere riguardo alla realtà effettiva, e non fermarsi alle risultanze degli atti ufficiali, che a tale realtà potrebbero non corrispondere."*.

[110] Su questo tema si rinvia alla analisi dettagliata di G. MARINO, *La residenza….*, cit. p. 121 ss. In merito si rinvia anche alle proposte elaborate nel 2003 dal TAG dell'OCSE per la modifica del Commentario all'art. 4(3) del Modello OCSE che saranno esaminate nel successivo Capitolo III.

localizzata in un territorio estero … occorre che in tale territorio si svolga, oltre alla fase prettamente esecutiva, anche un'autonoma attività strategica e decisionale", non essendo sufficiente che "*sul posto la società (estera) si avvalga unicamente di un servizio di company secretary per la gestione meramente formale dei locali adempimenti legali*". In questo caso, la *sede dell'amministrazione* non si troverà nel paese dove gli amministratori gestiscono giorno dopo giorno la società, ma nel luogo dove si trovano i soggetti che assumono le decisioni più significative per la vita dell'impresa.

Tale principio è condiviso altresì dall'Agenzia delle Entrate, la quale ha avuto modo di affermare[111] che *"la localizzazione dell'oggetto principale o l'esistenza della sede dell'amministrazione 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, che può non corrispondere con quanto indicato nell'atto costitutivo o nello statuto"*. In senso conforme si è espressa anche la dottrina[112].

Ai fini dell'accertamento della residenza di una società non rileva il domicilio di uno o più dei suoi amministratori, bensì il luogo dove questi assumono le scelte relative all'attività della società e impartiscono le direttive per la loro realizzazione. Come affermato dalla Cassazione con riferimento al disposto degli artt. 2505 e 2509 cod. civ. "*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*".[113]

Su questo punto, ossia della non coincidenza della sede con la residenza degli amministratori, concorda anche la dottrina che sottolinea come il termine sede implica la continuità dell'attività volitiva, rendendo irrilevanti tutti i luoghi in cui vengano assunte decisioni occasionalmente e non su base continuativa.

La stessa dottrina tributaria rileva che per *sede dell'amministrazione* non si deve intendere soltanto il luogo di effettivo svolgimento dell'attività sociale, ma anche il

---

[111] Nella circolare n. 28/E del 4 agosto 2006, paragrafo 8.

[112] Vedasi M. Piazza, M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale"*, Milano, 2004, p. 103.

[113] Cfr. Cass. 10 dicembre 1974, n. 4172, cit. Nella specie, è stato escluso che avesse in Italia l'oggetto principale una società di diritto svizzero il cui amministratore unico, cittadino italiano ivi residente e socio al 90%, aveva acquistato un immobile in Italia.

luogo dove abitualmente si incontrano gli amministratori per definire le linee direttive dell'impresa.[114] Se, tuttavia, gli amministratori sono tutte persone fisiche residenti in Italia sarebbe logico concludere che anche la società è residente in Italia[115], semprechè non si dimostri che gli amministratori si incontrano sempre fuori dall'Italia e lì prendano tutte le decisioni più rilevanti per la vita della società.[116]

In questo senso, assumono rilievo sia il luogo dove si svolgono le assemblee, sia il luogo ed il contesto dove si formano le decisioni (anche se successivamente siano formalmente assunte all'estero). Rilevano dunque l'eventuale utilizzo di strumenti quali la posta elettronica, il fax, la video e la teleconferenza. Qualora, infatti, nonostante le riunioni del consiglio di amministrazione avvengano formalmente all'estero, sussistano documenti o prove di altro genere dell'esistenza di un'attività gestoria della società estera condotta dall'Italia, la società sarebbe residente in Italia.[117]

Più recentemente, anche la giurisprudenza di merito[118] si è espressa sul concetto di *sede dell'amministrazione* in connessione con la residenza della maggioranza dei membri dell'organo amministrativo. In tale contesto, essa ha confermato che il luogo in cui risiede la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione di una società non assume di per se rilevanza determinante ai fini dell'individuazione della sede dell'amministrazione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 73, comma 3, del TUIR[119].

In linea con quanto sopra esposto in tema di residenza degli amministratori (di diritto o di fatto) e di residenza della società, la Commissione tributaria centrale[120], in una delle pochissime pronunce in tema di residenza ai fini tributari di una società, ha

---

[114] Si veda R. SCHIAVOLIN, cit., p. 99;

[115] Così P.M. TABELLINI, voce "Persone giuridiche (imposta sulle)", in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1983.

[116] In tal senso G. MARINO, *La residenza….*, cit. p. 120.

[117] G. PEZZUTO – S. SCREPANTI, *op. cit*, p. 359.

[118] Commissione Tributaria Regionale di Firenze, sentenza n. 61 del 3.12.2007.

[119] Commissione Tributaria Provinciale di Belluno, sez. I, 14 gennaio 2008, n. 174; Commissione Tributaria Provinciale di Belluno, sez. I, 14 gennaio 2008, n. 173.

[120] Comm. Trib. centr., sez. VII, 10 ottobre 1996, n. 4992, in *Riv. dir. trib.*, 1998, IV, p. 164, con nota di A. MANZITTI, Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società. La sentenza è annotata anche da T. ARAGNO, Brevi note in tema di residenza fiscale e stabile organizzazione di società estera di navigazione, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1999, II, p. 87.

ritenuto che la presenza in Italia dell'unico soggetto che gestiva una società armatoriale fosse sufficiente a stabilire in Italia la residenza della società.

Il caso verteva l'imponibilità in Italia dei redditi di una società panamense che, nella ricostruzione dei giudici, agiva per mezzo di un institore (un "*vero e proprio amministratore delegato*") residente in Italia che peraltro era "*l'unico soggetto preposto all'esercizio dell'impresa nella sua totalità*". In tale decisione, l'organo giudicante ha considerato residente in Italia una società armatoriale panamense il cui institore svolgeva la sua attività di amministrazione in Italia in maniera stabile e continuativa.

Più in particolare, la figura dell'institore *"preposto all'esercizio dell'impresa"* in capo al soggetto qualificato come tale, era stata delineata sulla base di indizi rinvenuti dall'Amministrazione finanziaria nel domicilio di costui. Tra questi, il più significativo consisteva in una procura dalla portata molto ampia[121] rilasciatagli dagli amministratori della società. Dai controlli eseguiti era altresì emerso che la società non si riservava nei suoi confronti nessuna forma di controllo o di sindacato e che egli era l'unico soggetto preposto all'esercizio dell'impresa. Tutto ciò fece presumere all'Amministrazione finanziaria che egli fosse non un semplice institore bensì l'unico esercente, in fatto, dei poteri di amministrazione della società e degli interessi economici formalmente intestati alla stessa. Poiché, infine, dai documenti rinvenuti era incontroverso che egli svolgesse la sua attività di direzione amministrativa e di gestione imprenditoriale stabilmente e continuativamente nella sua residenza italiana, l'Amministrazione finanziaria concluse che quest'ultima fosse la *sede dell'amministrazione* della società e nello stesso tenore sono le conclusioni della

[121] Nel dettaglio, i poteri conferiti a tale soggetto dalla procura erano i seguenti (si riporta il passo della sentenza): "*1) dirigere, gestire ed amministrare sia attivamente che passivamente tutte le navi di proprietà o noleggiate dalla U. ovunque si trovino (…); 2) portare a termine atti di gestione ordinaria (…); 3) arruolare equipaggi per le navi possedute o noleggiate dalla società (…) nominare o destituire agenti in tutti quei porti dove le navi arrivassero o fossero previste arrivare (…); 4) concludere contratti di noleggio per le navi di proprietà della società come pure ottenere l'uso di navi di terzi mediante contratti di noleggio (…); 5) ricevere tutto il denaro e le somme che fossero dovute alla società ed effettuare pagamenti (…); 6) aprire e intrattenere conti presso le banche (…); 7) firmare, sigillare, girare ed accettare polizze di carico (…) presentare a qualsiasi autorità in qualsiasi paese le domande o le istanze che fossero necessarie in relazione all'uso ed all'esercizio delle navi (…); 8) compiere tutti gli atti sia verbali che scritti, di ordine amministrativo, presso i Ministeri e gli uffici pubblici, compresi quelli di carattere finanziario presso qualsiasi paese; 9) rappresentare la società ed agire in suo nome presso le ambasciate e i consolati di qualsiasi paese.*".

Commissione tributaria centrale[122].

I fatti oggetto della causa suggeriscono invero che si fosse in presenza di uno schema, piuttosto comune nella prassi, che consisteva nell'utilizzo di società costituite in paesi a fiscalità privilegiata possedute (e spesso anche in concreto gestite) da soggetti italiani attraverso intestazioni fiduciarie, complesse catene partecipative o azioni al portatore.[123]

Ancora con riferimento al luogo di residenza degli amministratori, autorevole dottrina ha affermato che la norma pone l'accento sull'attività amministrativa e non sulla persona degli amministratori, sicché la sede di cui trattasi non può essere fatta discendere dalla nazionalità o dalla residenza di questi[124] (ovviamente al di fuori della presunzione di cui al comma 5-bis dell'art. 73). Non si può tuttavia negare che il luogo di dimora abituale ovvero il domicilio degli amministratori rappresenti un elemento di suggestione per chi, come l'Amministrazione finanziaria od il giudice tributario, sia chiamato ad individuare la sede ove effettivamente si organizza o si dirige la gestione di una società.

Meno persuasivo risulta il riferimento alla residenza fiscale degli amministratori nella misura in cui questa contempla anche una fattispecie - quella della semplice iscrizione anagrafica - del tutto formale e non rispecchiante una situazione di reale e stabile presenza sul territorio[125]. Tuttavia, è opportuno considerare che, con l'introduzione del comma 5-*bis* nell'art. 73 del TUIR, si rafforza la tendenza a supporre, in assenza

---

[122] "*poiché è sostanzialmente incontroverso che A.O. ha svolto la sua attività di direzione amministrativa e di gestione imprenditoriale stabilmente e continuativamente nella sua residenza, in Napoli, è giocoforza concludere che questa era la sede amministrativa ed il centro dell'attività imprenditoriale della società*".

[123] Nella sentenza non si entra nel merito (in quanto circostanza irrilevante ai fini della decisione) della titolarità effettiva della società, ma l'ampiezza dei poteri dell'institore fanno sospettare alla Corte che "*il sig. A.O., piuttosto che un semplice institore, fosse in realtà il vero titolare dei rapporti giuridici e degli interessi economici formalmente intestati alla società*".

[124] Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, cit., 196; ORDINE DEI DOTTORI DI MILANO E LODI - COMMISSIONE PER I RAPPORTI INTERNAZIONALI, *Il trasferimento della sede sociale all'estero e dall'estero*, Milano, 1988, 33; A. MANZITTI, *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, Riv. Dir. Trib., 1988, IV, 186; S. GUISO-GALLISAY, *I principi generali del diritto tributario internazionale ed il concetto di residenza ai fini fiscali*, in Boll. trib., 1995, 175; Trib. Roma 2 maggio 1963, in Giust. civ., 1964, I, 698; Cass., 10 dicembre 1974, n. 4172; Comm. trib. reg. Toscana, 18 gennaio 2008, n. 61 in GT - Riv. giur. trib., 2008, 429, con nota di D. STEVANATO, *Prova dell'esterovestizione e luogo di effettuazione delle notifiche: viene prima l'uovo o la gallina?*

[125] Vd. però P. TABELLINI, *op. cit.*, pag. 486.

di prova contraria, l'esistenza della sede dell'amministrazione nello Stato di residenza degli amministratori, anche fuori dai casi in cui opera la predetta disposizione[126].

Sempre in tema di "*substance over form*" un'opposta (ed assai criticabile) posizione è stata assunta, invece, dalla Commissione tributaria di I grado di Verona[127]. Il caso è quello di una società con sede legale nell'Isola di Man, sede operativa in Svizzera e, secondo l'ufficio, "sede effettiva" in Verona presso la sede di una società italiana il cui titolare era anche, nella stessa ricostruzione dei giudici, "il dominus o l'amministratore di fatto" della società estera.

I giudici, pur avendo constatato che questo signore gestiva la società estera avvalendosi "*della struttura organizzativa e di mezzi di cui disponeva in qualità di titolare*" della società italiana, non ha ritenuto di ravvisare in Italia né la residenza della società estera, né una sua stabile organizzazione (e questo nonostante i giudici avessero stabilito che "*gran parte delle attività la cui paternità appare ascrivibile alla X L.* [la società estera, n.d.A.] *veniva in realtà posta in essere a Verona nella sede della Y srl*, [la società italiana, n.d.A.] *direttamente da questi* [l'amministratore di fatto, n.d.A.] *o da persone dallo stesso incaricate*").

Un ulteriore elemento di complessità rinvenibile nell'individuazione della *sede dell'amministrazione* è dovuto alla facoltà, concessa dal codice civile[128], di tenere i consigli di amministrazione della società in video/teleconferenza. Nell'ipotesi in cui vi sia un consiglio d'amministrazione i cui membri sono fisicamente ubicati in Stati diversi ed assumono decisioni riguardanti la gestione della società collegandosi tramite supporti di teleconferenza, vi è una oggettiva difficoltà nell'individuare la *sede dell'amministrazione* posto che essa sarebbe rappresentata da un luogo virtuale in cui gli amministratori "si incontrano", ovvero, in alternativa, da tutti i luoghi da cui si collegano gli amministratori. Si viene cioè a creare una situazione tale per cui la (portata storica della) norma non riesce a cogliere l'esatta dimensione del fenomeno, non essendo stata pensata per prendere in considerazione luoghi diversi da quelli fisici e palesando, per il che, la sua inadeguatezza a governare una realtà in continua evoluzione e di sempre maggiore diffusione.

---

[126] R. BAGGIO, *Sede dell'amministrazione, sede di direzione effettiva e gruppi di società*, Riv. Dir. Trib., Vol. XX, pag. 706 e seguenti.

[127] Comm. trib. I grado Verona, sez. IV, 28 febbraio 1996, n. 64, in banca dati *fisconline* con nota di S. RIZZUTO.

[128] Art. 2388, 1° comma.

Considerata la frequenza con cui i consigli di amministrazione si svolgono per tele/videoconferenza, una possibile soluzione a tale dilemma potrebbe essere quella di considerare quale *sede dell'amministrazione* il luogo in cui si riunisce la maggioranza dei consiglieri collegati (se esistente).

Al fine di individuare la *sede dell'amministrazione* ed in armonia con l'orientamento giurisprudenziale che si è espresso nel merito[129], un ulteriore elemento valutativo potrebbe essere quello di considerare l'adunanza tenuta nel luogo in cui intervengono coloro che fungono da presidente e da segretario. A tal proposito, ed al fine di dare certezza al luogo in cui il consiglio di amministrazione si considera tenuto, non è irragionevole ipotizzare che tali verbalizzazioni siano fatte alla presenza di un notaio ovvero attraverso altri presidi volti a dare certezza giuridica alla data ed al luogo dell'adunanza.

Riassumendo quanto sino ad ora riportato, è possibile affermare che la dottrina e la giurisprudenza italiana siano concordi nell'attribuire alla *sede dell'amministrazione* il significato di luogo nel quale vengono assunte le decisioni inerenti alla vita della società. Non è stata posta in dottrina né in giurisprudenza una particolare enfasi su quale sia il livello decisionale necessario affinché si possa configurare la *sede dell'amministrazione*.

Tali osservazioni mettono in luce un aspetto non del tutto chiaro in dottrina in merito alla portata effettiva del concetto di *sede dell'amministrazione*. Non v'è, infatti, ampio consenso se per *amministrazione* debba intendersi soltanto la direzione strategica della società, ossia l'insieme delle decisioni normalmente riservate al consiglio di amministrazione (*i.e.* la scelta delle politiche di investimento e di finanziamento, la nomina e l'attribuzione di poteri ai dirigenti, le linee strategiche da seguire, etc.), ovvero anche la mera gestione ordinaria[130]. Anche l'Amministrazione finanziaria sul punto si è espressa in modo decisamente ambiguo sebbene in una recente corrispondenza intercorsa con la Commissione europea in relazione alla presunzione di estero vestizione introdotta dall'art 73, commi 5-*bis*, *ter* e *quater*, TUIR essa abbia assunto una posizione volta a ritenere rilevanti anche le decisioni

---

[129] Tribunale di Udine, 19 dicembre 1997; Tribunale di Roma, 24 febbraio 1997; Tribunale di Milano, 15 marzo 1996.

[130] G. MARINO, La residenza nel diritto tributario, Padova, 1999, p. 292 s.

gestionali di livello qualitativo più basso rispetto a quelle strategiche[131].

A tal proposito mi pare si possa affermare che per *sede dell'amministrazione* debba intendersi unicamente la direzione strategica e le scelte di alta direzione in relazione alle attività della società poiché, come si vedrà nel prosieguo, la gestione ordinaria dovrebbe potersi classificare nel concetto di *oggetto principale*[132].

Come si avrà modo di meglio argomentare in seguito (cfr. capitolo IV), la diversa intensità e consistenza delle attività amministrative richieste dalla norma interna dei singoli Stati può generare conflitti sulla (doppia) residenza della società con l'altro Stato contraente in sede di applicazione delle convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni.

2.3 Il requisito dell'oggetto principale nel territorio dello Stato

L'*oggetto principale*, al pari della *sede dell'amministrazione* delle società, è concetto noto al nostro ordinamento civilistico ancor prima che a quello fiscale[133].

La dottrina civilistica[134] definisce l'*oggetto principale* come l'insieme delle attività poste in essere dalla società al fine di perseguire il proprio scopo sociale. Dette

---

[131] Nella risoluzione 387/E del 2002 l'Amministrazione finanziaria, con riferimento ad una società residente a Singapore controllata da una società italiana, ha affermato che l'attività "*strategica e decisionale*" doveva intendersi direttamente riferibile alla società italiana posto che la prima era gestita da un amministratore unico dipendente di quest'ultima. L'amministrazione finanziaria ha quindi posto l'enfasi sull'attività "*strategica e decisionale*" della società senza però fornirne alcuna delucidazione di contenuto. In proposito, si desidera rilevare come l'uso della congiunzione "*e*" renda non inequivoco il rilievo ascrivibile alla sola attività "*strategica*". Più recentemente, l'amministrazione finanziaria si è espressa a favore di un livello qualitativo più modesto rispetto a quello strategico; in proposito è interessante analizzare il contenuto della nota dell'Agenzia delle Entrate - Direzione Centrale Normativa, prot. 39678 del 19 marzo 2010, p. 7 e ss, osservazioni in merito alla "*richiesta di informazioni dalla Commissione europea in merito alla presunzione di residenza fiscale in itali di società ed enti aventi sede in altri Stati membri. Art. 73 del DPR n. 917 del 22.12.1986 (TUIR), commi 5 bis, ter e quater*". In tale documento viene affermato che la sussistenza della sede di direzione effettiva "*un elemento di prova può essere rappresentato dalla dimostrazione dell'effettivo svolgimento in loco della gestione operativa della società estera. Sotto tale profilo, assume rilevanza il grado di autonomia funzionale della società, dal punto di vista organizzativo, amministrativo, finanziario e contabile. Rileva, in particolare,, l'autonomia accordata ai country managers con riferimento all'organizzazione del personale, alle decisioen di spesa, alla stipula dei contratti*"

[132] In senso conforme, M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale", op. cit.*, p. 109.

[133] L'*oggetto principale* come criterio per l'individuazione della nazionalità era infatti citato dall'art. 2505 del codice civile, successivamente abrogato e sostituito dall'art. 25 della legge n. 218 del 31.5.1995.

[134] Vedasi, per tutti, E. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 391 e ss..

operazioni si configurano, alternativamente ovvero congiuntamente, come un'attività di produzione, scambio o intermediazione di beni o servizi ed hanno per oggetto tanto il lato attivo che quello passivo delle medesime attività.

L'art. 87 (ora 73), comma 3 TUIR aveva sostituito la nozione di "oggetto principale dell'attività" contenuta nell'art. 2 del D.P.R. 598/73 con quella di"oggetto principale", anche in questo caso (come per la sede dell'amministrazione) per renderla omogenea al testo dell'art. 2505 cod. civ.

Si tratterebbe, dunque, non tanto del luogo in cui si effettuino i singoli affari, ma del "*luogo ove sia fissata – nel complessivo ambito della gestione societaria – la sede di direzione, controllo ed impulso della molteplice e complessa attività economica della società*".[135]

Con riferimento agli artt. 2505 e 2509 cod. civ. la Cassazione ha avuto modo di affermare che "*per localizzare in Italia l'oggetto principale di una impresa sociale e dichiaratamente esplicabile in ogni parte del mondo, … non basta dedurre (oltretutto in modo dubitativo) che all'operazione compiuta in Italia non ne sarebbero seguite altre*".[136]

La dottrina ha correttamente rilevato che il criterio dell'oggetto principale è relativo e che sarebbero necessari criteri di misura – quantitativi e temporali – al fine di stabilire quale sia l'attività principale.[137]

Nell'individuazione dell'*oggetto principale* della società, la dottrina e la giurisprudenza (sia civilistica[138] che tributaria[139]) sono per lo più concordi[140]

---

[135] Così C.C. CARLI, La soggettività passiva delle società e degli enti non residenti, *op. cit*, p. 726 che riprende le statuizioni di Tribunale di Roma, 2 maggio 1963 e Appello di Torino, 17 maggio 1958.

[136] Cfr. Cassazione, sez. III, 10 dicembre 1974, n. 4172, citata nella precedente nota 113.

[137] Si veda C.C. CARLI, La soggettività passiva delle società e degli enti non residenti, *op. cit*, p. 721 s.

[138] In dottrina vedasi T. BALLARINO, *"Le società per azioni nel diritto internazionalprivatistico"*, in *Trattato delle società per azioni*, UTET, vol. 9°, p. 67 e ss.. In giurisprudenza, vedasi Cassazione, sez. III, 10 dicembre 1974, n. 4172, la quale afferma che *"quando si tratta di stabilire se una società costituita all'estero si trovi nelle condizioni previste dagli artt. 2505 e 2506 c.c. e debba perciò essere assoggettata alla legge italiana, il giudice deve condurre la propria indagine sulla situazione sostanziale ed effettiva, senza limitarsi a quella formale e apparente."*.

[139] Cassazione, Sez. I, 4 ottobre 1991, n. 10409; Commissione Tributaria Centrale, 22 gennaio, 1992, n. 415.

[140] In senso contrario alla prevalenza della sostanza sulla forma si è espresso G. ZIZZO, in "*Reddito*

nell'adottare un'impostazione sostanzialistica. In altri termini, l'*oggetto principale* non deve necessariamente essere quello risultante dalle indicazioni programmatiche dello statuto, le quali non sono determinanti se smentite dalla realtà dei fatti[141]. Sarebbe, infatti, inadeguato il riferimento a criteri formali nell'ambito di definizione di un elemento, quale l'oggetto sociale, che per sua stessa natura richiama la sostanza e non la forma[142].

In senso ulteriormente conforme, si è recentemente espressa l'Agenzia delle Entrate[143], la quale ha affermato che "*la localizzazione dell'oggetto principale o l'esistenza della sede dell'amministrazione 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, che può non corrispondere con quanto rappresentato nell'atto costitutivo o nello statuto.*".

In coerenza con tale impostazione, si ritiene inoltre condivisibile quanto espresso da quella parte della dottrina[144] che dubita che lo stesso possa essere desunto in base alle

---

delle persone giuridiche (imposta sul)", *op. cit.*, p. 651. In particolare egli ritiene che la "*ambiguità di matrice testuale* (*i.e.* il fatto che il legislatore abbia inserito una disposizione sulla distinzione tra enti commerciali e non commerciali, data dai commi 4 e 5 dell'art. 73 TUIR, all'interno della norma sulla residenza dei soggetti Ires, n.d.r.) *si risolve prontamente se si rivolge l'attenzione ad un'altra disposizione del medesimo documento legislativo, e cioè dell'art. 5, comma terzo, lett. d), il quale applica la stessa metodica descritta nell'art. 87, comma quarto, all'attività di determinazione dell'oggetto principale delle società di persone (e delle organizzazioni assimilate) da esperire ai fini di stabilire la loro residenza.*". Egli ritiene, infatti, che non vi sia alcun ragionevole motivo per discriminare, sotto tale aspetto, le società di persone da quelle di capitali e dalle altre organizzazioni soggette all'Ires. La prevalenza della forma sulla sostanza deve quindi ritenersi ugualmente valida per le società di capitali.

[141] Sul punto si rileva come altra dottrina, di estrazione ministeriale (G. PEZZUTO – S. SCREPANTI, *La verifica fiscale*, *op. cit.*, p. 359), assume un'impostazione di fatto utilitaristica nel senso di non attribuire rilevanza agli elementi sostanziali qualora gli elementi formali quali l'atto costitutivo o lo statuto indichino che la sede di svolgimento dell'oggetto sociale sia fissata nel territorio dello Stato. In tal caso, essendo l'oggetto sociale statutariamente fissato in Italia, la società si dovrebbe, a parere di tali autori, considerare ivi residente anche nel caso in cui la sede legale sia collocata all'estero, senza procedere a verifiche ulteriori.

[142] In senso conforme, vedasi A. MANZITTI, *op. cit.*, p. 176 e ss.; G. MARINO, *La residenza delle persone giuridiche*, *op. cit.*, p. 125 e ss..

[143] Circolare 28/E del 4 agosto 2006, paragrafo 8.

[144] Cfr. A. MANZITTI, Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società (Nota a Comm. centr., sez. VII, n. 4992/1996), *op. cit*, p. 180 s. e G. MARINO, *La residenza….*, cit. p. 138; a favore di questa tesi, si veda anche la Circ. 12 maggio 1998, n. 124/E; *contra* seppur con riferimento al testo dell'art. 87, comma 4 anteriore alla modifica che ha portato all'introduzione del nuovo comma 4-*bis* da parte del D.Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, S. GUISO-GALLISAY, I principi generali del diritto tributario internazionale ed il concetto di residenza ai fini fiscali, *op. cit*, p. 175.

regole previste dall'art. 73, commi 4 e 5[145] (corrispondenti ai commi 4 e 4-*bis* del vecchio art. 87).

Ma ciò non tanto perché le stesse fanno riferimento agli "enti", dato che il riferimento nei precedenti commi 1, lettere b) e c) e 2 dello stesso art. 73 agli "*enti diversi dalle società"* lascia intendere che, ove non espressamente chiarito, la nozione di "ente" comprende anche le società.

Piuttosto ritengo che le norme in questione siano dirette ad identificare la commercialità o meno dell'ente (che per le società di capitali è presunta) e non ad identificare l'oggetto principale ai fini della residenza. Ciò mi sembra trovare conferma nella stessa lettera del comma 5, secondo cui per gli enti non residenti l'oggetto principale si desume sempre "*in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato*".

Ma se ai fini di capire a quel criterio ricorrere per identificare l'oggetto principale (la legge, l'atto costitutivo o lo statuto, da un lato, l'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato, dall'altro) devo prima aver definito se l'ente è o meno residente, allora significa che quei criteri intervengono dopo che è già stata risolta la questione della residenza e che, in ultima analisi, non sono strumentali alla soluzione di questo problema.

A prescindere dalla rilevanza del disposto dell'art. 73, commi 4 e 5, mi sembra comunque che l'*oggetto principale* debba essere ricavato esaminando l'attività effettivamente svolta dalla società (in Italia ed all'estero). Le ragioni che sottendono alla considerazione dianzi espressa sono di natura prettamente antielusiva. Non può, infatti, non essere rilevato come l'attività effettivamente svolta dalla società costituisca la più concreta manifestazione dell'*oggetto principale* e sia, pertanto, idonea a collegare l'attività della società con un determinato territorio. Si osserva, quindi, come una diversa interpretazione di questo criterio di collegamento,

---

[145] Art. 73, commi 4 e 5 TUIR: "*4. L'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.*

5. In mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato; tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti.".

svincolata dall'attività realmente svolta dalla società, consentirebbe facili manipolazioni della disciplina sulla residenza fiscale.

Alla luce di quanto dianzi riportato, al fine di identificare l'*oggetto principale*, si rende necessario dapprima localizzare l'*oggetto* della società e, successivamente, nel caso di individuazione di molteplici centri operativi, occorre rinvenire quelle attività, funzionalmente coordinate, che assumano nella loro coesione il carattere della "principalità" rispetto ad altre.

L'*oggetto principale* è, invero, per sua stessa natura, intimamente connesso con il luogo ove l'attività viene in fatto svolta dalla società. A tal proposito, si precisa che il luogo di esercizio dell'attività non deve essere confuso con il luogo di prevalente ubicazione dei beni posseduti dalla stessa[146], sebbene per certi tipi di attività è inevitabile concludere per una coincidenza dell'*oggetto principale* e dei beni sociali. Ad esempio, una società che possiede un unico immobile sito in Italia, avrà in Italia l'*oggetto principale*.

Le stesse conclusioni potrebbero valere, più in generale, per le società di mero godimento. L'amministrazione finanziaria ha, infatti, affermato che le società estere proprietarie di beni immobili in Italia sono da considerarsi residenti ai fini fiscali in Italia per avere l'oggetto principale dell'attività in Italia.[147]

Tuttavia, lo stesso non è necessariamente vero nel caso in cui una società possieda delle partecipazioni in società italiane. In effetti, con riferimento alle *holding*, sarebbe scorretto attirare la residenza fiscale della società nello Stato di residenza delle partecipate. E questo vale, più in generale, per le attività che generano i cosiddetti *passive income* (dividendi, interessi e canoni).

È stato osservato[148] che questa conclusione sarebbe condivisa anche dall'amministrazione finanziaria, la quale, nella risoluzione 29 gennaio 2003, n. 18/E, rispondendo ad un interpello proposto ai sensi dell'art. 167, comma 5, del Tuir, ha affermato che "*Come si è riscontrato dall'esame del bilancio allegato all'istanza,*

---

[146] Vedasi, a tal proposito, il successivo paragrafo 7.3.2 del Capitolo V quando si critica la Osservazione italiana al concetto di POEM.

[147] Si veda la relazione del Secit sull'attività svolta dal servizio nell'anno 1984 (in *Dir. prat. trib*., 1985, I, p. 1518).

[148] A. BALLANCIN, La nozione di "beneficiario effettivo" nelle Convenzioni internazionali e nell'ordinamento tributario italiano, in *Rassegna tributaria*, 2006 , p. 209.

*infatti, l'attività di detta società (*società *holding,* n.d.r.) *è limitata alla mera detenzione delle partecipazioni, tra cui quella nella Z do Brasil, conseguendo redditi (dividendi ed interessi) che non possono considerarsi "prodotti" ai fini di che trattasi nello Stato del Brasile. Tali redditi infatti, in quanto derivanti da una fonte produttiva (il capitale) situata in Lussemburgo, devono considerarsi essi stessi prodotti in Lussemburgo. Gli interessi pagati dalla società brasiliana e contabilizzati quali dividendi dalla controllata lussemburghese, in particolare, si considerano prodotti nello Stato del percipiente e, quindi, in Lussemburgo, in capo alla società che rientra nella fattispecie a fiscalità privilegiata di cui alla citata* black list"

Secondo questo Autore, l'amministrazione finanziaria, quindi, nel ritenere che la fonte del reddito non può essere localizzata nello Stato di residenza della società partecipata, ma debba essere individuata nello Stato in cui si trova il capitale della controllante, implicitamente riconosce che anche l'oggetto principale della *holding* debba essere localizzato esclusivamente in tale ultimo menzionato Stato.

Le cose si complicano ulteriormente quando si tratti di un'attività di *trading*: la società non dispone di stabilimenti, impianti, ecc.. L'*oggetto principale* potrebbe desumersi dall'analisi della distribuzione del fatturato nei diversi paesi.[149]

Il requisito dell'*oggetto principale* potrebbe, dunque, trovare una certa somiglianza con il criterio che si fonda sul luogo dove viene esercitata la "*prevalente attività*" e che rileva ai fini dell'individuazione del domicilio fiscale dei soggetti, diversi dalle persone fisiche, che non abbiano in Italia né la sede legale, né la sede dell'amministrazione e neppure una sede secondaria o stabile organizzazione.[150]

In altri termini, riprendendo la dicotonia di natura civilistica tra le nozioni di "società" ed "impresa", si potrebbe affermare che il luogo in cui sono assunte le decisioni strategiche e di alta direzione inerenti alla "società" (intesa quale persona giuridica) configura il concetto di *sede dell'amministrazione*: Diversamente, le decisioni, anche di livello non ordinario, inerenti alla gestione dell'impresa (intesa quale attività economica ed organizzata) configurano il concetto di *oggetto sociale* in quanto esse costituiscono un elemento indifettibile della realizzazione organizzata e coordinata di

---

[149] Così suggerisce G. MARINO, *La residenza….*, cit. p. 142 che tuttavia ritiene che possano esistere anche delle imprese il cui mercato più importante è quello di approvvigionamento, non quello nel quale sono ceduti i prodotti.

[150] Cfr. art. 58, comma 3, del D.P.R. n. 600/1973. Cfr. Cass, sez. trib., 27 gennaio 2003, n. 8962.

un'attività economica che altro non è che un' "impresa" così come si evince dal nostro codice civile (art. 2082), cioè a dieunattività economica organizzata per la produzione o scambio di beni e servizi.

Si è inoltre dell'opinione che tra l'*oggetto* e la *sede dell'amministrazione* sia rinvenibile un nesso di causalità. Il contenuto dell'attività amministrativa, per sua stessa natura costituito da impulsi volitivi inerenti all'attività di gestione della società, si pone, infatti, in un rapporto di causa ed effetto con l'oggetto sociale, essendo il secondo la necessaria e coerente conseguenza della prima. Nell'identificare l'*oggetto* occorre dunque fare riferimento ai rapporti produttivi e negoziali nonché a quelli economici che la società pone in essere con i terzi, distinguendo così l'attività propriamente operativa da quella eminentemente direzionale che caratterizza la *sede dell'amministrazione* e che ne rappresenta il necessario presupposto.

Per quanto concerne il requisito della "principalità" che l'*oggetto sociale* deve possedere per poter attrarre nel territorio dello Stato la residenza della società, lo stesso, ad evidenza, va ricercato solo nel caso in cui l'attività è esercitata sia in Italia che all'estero.

Se l'attività è svolta in parte in Italia e in parte all'estero, rendendosi necessario accertare la prevalenza quantitativa dell'attività italiana su quella estera[151], tale prevalenza deve essere verificata anche tenendo conto di elementi qualitativi quali l'accessorietà di un'attività rispetto ad un'altra, escludendo, peraltro, le attività meramente strumentali o accessorie in quanto il presupposto in esame è sempre l'*oggetto principale*[152].

Pertanto, riassumendo quanto sino ad ora riportato, con riferimento al concetto di *oggetto principale*, è possibile concludere che esso debba identificarsi con l'insieme

---

[151] Vedasi E. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 391 e ss..

[152] E' stata infine segnalata l'opportunità di fare riferimento alla nozione di prevalenza relativa qualora l'attività sia svolta in tre o più Stati in nessuno dei quali vi sia una prevalenza assoluta rispetto agli altri. Vedasi, in ambito civilistico, E. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 393, condiviso, in ambito tributario da M. PIAZZA, *op. cit.*, p. 10. In particolare, Simonetto afferma: *"[s]e l'attività è svolta in Italia e in altri due paesi in modo tale che essa sia quantitativamente prevalente rispetto a ciascuna attività estera, ma non prevalente rispetto all'insieme dell'attività degli altri paesi sommata insieme, noi riteniamo che la prevalenza relativa possa essere valutata ugualmente sufficiente per dare la prevalenza richiesta dalla norma."*. Piazza, conferma tale impostazione affermando che "*[q]uando l'attività sia svolta in più Stati in nessuno dei quali l'attività prevale in modo assoluto, si ritiene in dottrina che debba farsi riferimento alla nozione di <<prevalenza relativa>>.*".

delle attività economiche e gestionali (sebbene di livello non strategico o di alta direzione) in fatto esercitate dalla società al fine di perseguire le finalità per le quali la stessa è stata costituita. Si ritengono pertanto errato affermare l'esistenza di una sovrapposizione tra il concetto di *oggetto* (*principale*) e di *sede dell'amministrazione*.

Questa (errata) sovrapposizione origina invero da una non chiara definizione, sia normativa sia giurisprudenziale, dei due concetti che ha portato ad una loro parziale sovrapposizione *de facto*. Nondimeno, si ritiene corretto ed opportuno ribadire la loro diversità di contenuto.

2.4 Il requisito temporale

Il requisito temporale è una novità del TUIR del 1986. Si tratta di una modifica rilevante, finalizzata, in primo luogo, ad evitare di attrarre a tassazione in Italia i redditi mondiali prodotti, nell'arco del periodo d'imposta, da parte di una società che abbia ivi avuto la sede legale o dell'amministrazione, anche per un periodo molto breve (magari un solo giorno).

Tale intendimento emerge chiaramente dal testo della relazione governativa allo schema di testo unico del 1986, secondo cui la precisazione su introdotta "*poiché si tratta di accertare, ai fini dell'obbligo della dichiarazione e dell'esercizio del potere di accertamento, il presupposto di un'obbligazione tributaria 'di periodo' ed è perciò necessario precisare per quanta parte del periodo deve sussistere la condizione richiesta*".[153]

In altri termini, come correttamente rilevato dal legislatore, è opportuno stabilire una sorta di requisito integrativo di ciascuno dei criteri di collegamento indicati nell'art. 73, comma 3 TUIR, in quanto nessuno di essi – se non fosse accompagnato da una certa permanenza e stabilità – sarebbe idoneo, di per sé a giustificare un'imposizione sui redditi ovunque prodotti da un certo soggetto. Un requisito di tipo temporale-quantitativo quindi che va ad integrare i requisiti qualitativi (definiti attraverso i tre criteri alternativi della sede legale, della sede dell'amministrazione e dell'oggetto principale).

[153] Così la relazione governativa allo schema di testo unico del 1986, con riferimento alla norma - di identica formulazione rispetto a quella in commento – riguardo la residenza delle persone fisiche.

Invero, come correttamente rilevato dalla dottrina, "*sarebbe iniquo assoggettare a tassazione il reddito mondiale prodotto nell'esercizio da un'impresa che assume la qualifica di residente per un periodo assai limitato nel periodo d'imposta e successivamente trasferisce all'estero i criteri di collegamento di cui all'art. 87* [ora 73] *del testo unico*".[154]

La scelta di misurare la permanenza temporale al "periodo d'imposta" delle tre fattispecie teoricamente costitutive della residenza, come peraltro chiaramente spiegata dal citato passaggio della relazione governativa, rappresenta una diretta conseguenza del fatto che il nostro sistema delle imposte sui redditi si fonda sul principio secondo cui a ciascun periodo di imposta corrisponde un'autonoma obbligazione tributaria.[155]

Una volta acquisito lo *status* di residente, una società è soggetta ad imposta in Italia sui redditi dell'intero anno, anche, dunque, per la parte del periodo in cui il soggetto non aveva ancora trasferito la residenza in Italia.

Per effetto di questo ulteriore requisito, una società non potrà essere considerata residente in Italia, ancorché vi abbia la sede legale, la sede dell'amministrazione o la sede principale se, nel caso di periodo d'imposta pari a 365 giorni, questi requisiti non sono stati mantenuti per un periodo di 183 giorni (184 in caso di anno bisestile) [156].

In merito a questo requisito sorgono due interrogativi principali. Il primo riguarda la possibilità che i 183 giorni non siano consecutivi. A tale riguardo, mi sembra che si possa dare risposta affermativa, atteso che nulla, nella previsione normativa, lascia intendere il contrario e che ciò sia anche pacificamente riconosciuto in dottrina[157].

---

[154] Così G. MAISTO, Brevi riflessioni sul concetto di residenza di società ed enti nel diritto interno e convenzionale, in *Diritto e pratica tributaria*, 1988, I, p. 1364.

[155] Si veda l'art. 76, comma 1 TUIR secondo cui: " L'imposta è dovuta per periodi di imposta, a ciascuno dei quali corrisponde una obbligazione tributaria autonoma salvo quanto stabilito negli articoli 80 e 84".

[156] In senso conforme, si è espresso C. GARBARINO, *"Manuale di tassazione internazionale"*, IPSOA, 2005, p. 244. A tal proposito si evidenzia che l'Onorevole Usellini, nella propria Relazione al progetto di Testo Unico sulle Imposte sui Redditi, aveva proposto di sostituire l'espressione *"per la maggior parte del periodo d'imposta"* con l'espressione *"per più di sei mesi all'anno"* al fine di evitare dubbi sull'esatta durata del periodo negli anni bisestili. Sebbene tale proposta non sia stata recepita nel testo definitivo della norma, l'osservazione dell'Onorevole Usellini lascia intendere che con tale espressione si volesse appunto indicare un periodo temporale di durata superiore a sei mesi.

[157] D. LAMEDICA, *Residenza – II) Residenza e cittadinanza – dir. trib.*, in *Enciclopedia Giuridica*

Il secondo attiene alla possibilità di maturare i 183 giorni sommando non già diversi periodi con riferimento al medesimo requisito bensì con riferimento a diversi requisiti.

Si supponga, ad esempio, una società costituita in Italia che abbia un consiglio di amministrazione composti da persone fisiche residenti in Italia in carica per i primi tre mesi dell'anno (la sede legale e quella dell'amministrazione saranno dunque - ragionevolmente - in Italia per quel periodo). Supponiamo, poi, che tale società si trasferisca in altro paese e dismetta tutti gli altri beni entro settembre, eccetto un bene sito in Italia (e, dunque, abbia - ragionevolmente - in Italia l'oggetto principale da settembre a dicembre).

In questo caso, la società ha maturato più di 183 giorni di sussistenza dei requisiti per la residenza fiscale, ma non con riferimento ad uno soltanto ma a due requisiti diversi.

A mio giudizio, stante il tenore letterale della norma la società non potrebbe essere considerata residente in Italia. L'art. 73, comma 3 impone, infatti, che la società abbia in Italia "*per la maggior parte del periodo di imposta*" uno dei tre requisiti il che sembra escludere la possibilità di far concorrere i periodi maturati rispetto a ciascuno di essi.

L'amministrazione finanziaria ha avuto modo di affrontare il tema del computo dei 183 giorni in una relativamente recente risoluzione[158] la quale tuttavia non analizza alcuno dei quesiti evidenziati, limitandosi ad analizzare il riferimento temporale, calcolato senza soluzione di continuità.

Il documento di prassi contiene la risposta ad un interpello proposto da una società spagnola che ha trasferito la sede legale in Italia. Poiché il diritto spagnolo riconosce che il trasferimento della sede non costituisce causa di estinzione della società, l'amministrazione conclude che quest'ultima deve essere considerata residente in Italia soltanto se dal trasferimento della sede legale al termine del periodo di imposta sono decorsi almeno 183 giorni.

Treccani, op. cit., p. 1.

[158] Risoluzione n. 9/E del 17 gennaio 2006. Il tema del trasferimento della residenza fiscale in Italia da parte di società estre è stato altresì affontato nella risoluzione n. 345/E del 5 agosto 2008, laddove nel merito di quanto in argomento l'amministrazione finanziaria ha espresso una posizione totalmente adesiva a quanto in precedenza indicato nella risoluzione n. 9/E del 17 gennaio 2006.

In tale circostanza secondo l'amministrazione "[*p*]*reso atto, sulla base dei documenti prodotti, che il trasferimento di sede in Italia non ha pregiudicato la continuità giuridica dell'ente si ritiene necessario, ad evitare soluzioni di continuità nel periodo di imposta, che la data di detto trasferimento sia quella assunta come rilevante ai fini fiscali dall'ordinamento tributario di provenienza. Infatti, se l'operazione avviene in continuità giuridica, la data del trasferimento fiscale della sede statutaria non può che essere la stessa nei due ordinamenti*.".

A parere dell'amministrazione finanziaria, quindi, in caso di trasferimento che non determini l'estinzione della persona giuridica e la sua ricostituzione in Italia, la data di cessazione della sede legale all'estero deve necessariamente coincidere con la data in cui la stessa è trasferita in Italia.

Viene, dunque, attribuito rilievo alla data di cancellazione della società dal registro delle imprese spagnolo[159] e "*poiché detto trasferimento è avvenuto nella prima metà del periodo d'imposta 2004, la società deve essere considerata, per tale intero periodo, fiscalmente residente in Italia*".[160]

Diversamente, qualora il trasferimento non fosse avvenuto in continuità giuridica, "*la società, costituita ex novo secondo l'ordinamento italiano, inizia un nuovo periodo d'imposta e sarà considerata da subito residente, alla stregua delle società neocostituite*".

La risoluzione non prende in esame il requisito della sede dell'amministrazione, probabilmente perché l'istanza di interpello investiva soltanto il tema del trasferimento della sede legale. È, tuttavia, evidente che mentre il trasferimento della sede legale può essere agevolmente fissato in un determinato momento storico, lo stesso non vale per il requisito dell'*oggetto principale* e della *sede*

---

[159] E non, si badi, alla data posteriore dell'iscrizione nel registro delle imprese in Italia.

[160] Tale scelta sembra motivata dall'esigenza di evitare che la società, per il periodo di imposta in cui è avvenuto il trasferimento, non sia considerata residente ai fini fiscali in nessun paese: non in Spagna dal cui registro delle imprese si era cancellata prima che fossero trascorsi 183 giorni dall'inizio del periodo di imposta, non in Italia nel cui registro delle imprese si era iscritta quando oramai mancavano meno di 183 giorni alla fine del periodo di imposta: "*Qualora, con i presupposti di continuità giuridica descritti, si accedesse alla tesi dell'istante (che assume come riferimento il …… 2004, data di deposito nel registro delle imprese italiano) ne conseguirebbe che la società dalla data di cancellazione dal registro delle imprese spagnolo non sarebbe più residente in Spagna né lo sarebbe in Italia poiché il trasferimento avrebbe effetto nella seconda metà del periodo di imposta*.".

dell'amministrazione. Questi requisiti, infatti, per loro stessa natura si fondano su valutazioni di carattere estimativo e su elementi fattuali, volte ad individuare in quale momento l'oggetto dell'attività d'impresa svolto in Italia acquista natura preminente rispetto a quello svolto altrove, ovvero a partire da quando gli impulsi volitivi della società promanino dall'Italia.

Per concludere, la locuzione "per la maggior parte del periodo di imposta" deve essere interpretata con riferimento ad uno solo dei requisiti indicati dall'articolo 73 del TUIR sebbene ciascheduno dei tre sia in grado, da solo, di configurare la residenza fiscale italiana di una società.

CAPITOLO IV: LA RESIDENZA NEI GRUPPI DI SOCIETÀ: "SEDE DI DIREZIONE EFFETTIVA" ED ATTIVITÀ DI "DIREZIONE E COORDINAMENTO"

1. LA NOZIONE DI ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO.

Meritevole di analisi è, ai fini del presente studio, la questione della verifica della ubicazione della *sede dell'amministrazione* nel contesto di società appartenenti a gruppi multinazionali.

Queste società sono, infatti, soggette a notevoli ingerenze da parte della capogruppo nello svolgimento di quella che è definita come un'attività di direzione e coordinamento del gruppo. In questo contesto, la capogruppo spesso provvede a svolgere una serie di compiti (nel settore contabile, legale, *marketing*) che ineriscono all'organizzazione ed al funzionamento delle attività del gruppo, siccome suddivise tra le varie entità legali costituenti lo stesso. In tal caso, sorge legittimamente il dubbio se la residenza della controllata debba ritenersi collocata nello Stato della capogruppo, in quanto luogo ove deve ritenersi sussistente la sue sede dell'amministrazione.[161]

Più precisamente, con riferimento alle società appartenenti ad un gruppo, è opportuno verificare se l'attività di direzione e coordinamento, tipicamente svolta dalla società capogruppo, possa configurare quell'insieme di impulsi volitivi che caratterizza la *sede dell'amministrazione* della società, con la conseguenza di attrarre la residenza delle consociate nello stesso Stato di residenza delle società capogruppo.

A tale proposito, si rammenta che la nozione di attività di direzione e coordinamento trova fondamento giuridico nel capo IX del codice civile, rubricato appunto "Direzione e coordinamento di società", all'articolo 2497 e seguenti, il quale, tuttavia, non ne fornisce una nozione compiuta.

È ampiamente riconosciuto che, in base al disposto del richiamato articolo 2497, la società madre possa intervenire (legittimamente) sulle altre società del gruppo,

[161] In questo senso si rinvia anche alle proposte elaborate nel 2003 dal TAG dell'OCSE per la modifica del Commentario all'art. 4(3) del Modello OCSE che saranno esaminate nel successivo Capitolo III.

emanando direttive che queste ultime sono chiamate ad eseguire, purché adeguatamente motivate e ciò nell'ottica di una limitazione della sua responsabilità[162].

In particolare, è stato affermato che il potere di gestione della società a capo di un gruppo è qualitativamente prossimo a quello degli amministratori, in quanto potere finale, non sottoposto ad ulteriore sindacato da parte di organi esecutivi[163]. L'azione della società capogruppo sembra addirittura che possa tradursi, legittimamente, in una pretesa di esercitare fino in fondo le prerogative proprie del gestore, ingerendosi stabilmente nelle scelte di gestione delle società controllate.

I poteri di eterodirezione possono trovare una precisa formalizzazione in clausole statutarie o contrattuali (cfr. art. 2497-*septies* del codice civile)[164] ed ovviamente possono, anzi sperabilmente debbono, assumere diversi connotati e diversi livelli di ingerenza e di condizionamento nell'esercizio dell'attività di amministrazione dell'organo a ciò deputato nella società sottoposta.

Si può fondatamente affermare che, nell'eventualità in cui l'attività di direzione e di coordinamento determini di fatto un'abdicazione od uno spossessamento dei poteri gestori dell'organo amministrativo della società sottoposta, la sede dell'amministrazione di quest'ultima coincida con la sede della capogruppo ovvero con il luogo nel quale l'organo di governo della società capogruppo esercita stabilmente le sue prerogative. E ciò indipendentemente dalla questione se tale pregnante ed invasiva attività di direzione e di coordinamento si traduca o no in abusi generanti una responsabilità della capogruppo ai sensi degli artt. 2497 e seguenti del

---

[162] Va segnalato peraltro che "il gruppo di società è frutto dell'inventiva imprenditoriale: non già creazione legislativa, bensì creazione dell'autonomia privata; e quando la legge è intervenuta - come, per prima, la legge tedesca del 1965 - essa è intervenuta per prendere atto di un già consolidato fenomeno e solo per corregge me alcuni effetti distorsivi" (così F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario,* in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da Galgano, XIX, Padova, 2003, p. 65.

[163] M. MOZZARELl.I, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l..* Torino, 2007, pag. 236; SCOGNAMIGLlO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003,* in Scognamiglio (a cura di), Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società, Milano, 2003, pag. 202; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese,* in Giur. comm., 2004, I, p. 61 e segg. (il quale testualmente afferma che l'ordinamento sembra attribuire alla capogruppo un potere diretto capace di imporre le proprie direttive, che finisce per incidere sostanzialmente sulle regole di funzionamento e sull'interesse sociale della società sottoposta all'altrui attività di direzione e coordinamento).

[164] Sulle quali v. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto,* in Abbadessa-Portale (diretto da), Il nuovo diritto delle società, Torino 2007, III, 876 e segg..

codice civile.

Evidentemente, tra la totale indipendenza di azione gestoria della società sottoposta e l'eclatante rappresentato dalla totale abdicazione delle sue prerogative amministrative è possibile ipotizzare una grande varietà di possibili situazioni e di gradazioni dell'influenza esercitata dalla società capogruppo, che non sempre conducono a ritenere che l'amministrazione e, dunque, la sede ove questa è esplicata, si trovi in una dimensione spaziale differente da quella che appare osservando esclusivamente la società sottoposta.

Anzi, in molti casi, l'attività di direzione e di coordinamento si traduce "semplicemente" in un'unità di indirizzi gestionali finalizzata al raggiungimento del massimo risultato economico di gruppo, limitando e disciplinando la concorrenza tra imprese del gruppo medesimo, coordinando le varie attività d'impresa, convogliando i mezzi finanziari in sistemi più o meno sofisticati di tesoreria unica, scambiando esperienze e tecnologie ecc., ma anche, ed al limite, concentrando nella capogruppo l'organizzazione e la gestione di determinati servizi.

Il coordinamento delle società del gruppo può, infatti, essere concepito come una modalità della direzione unitaria delle attività di impresa del gruppo medesimo, consistente nella riconduzione ad unità della direzione delle stesse, in modo tale da omogeneizzare i fini, standardizzarne i processi e uniformare le singole operazioni. Già in questa azione esercitata dalla società controllante verso le società controllate si può riscontrare la manifestazione concreta della direzione unitaria, in un rapporto al tempo stesso di coercizione e regolazione, coordinamento e composizione.

E' importante sottolineare che la mera appartenenza di una società ad un gruppo, con il necessario corollario della sua adesione alle (e quindi rispetto delle) relative politiche, non può fondare alcun assunto di residenza fiscale delle controllate nel Paese in cui è localizzata la controllante[165]. Appare, dunque, opportuno soffermarsi sulle possibili interrelazioni riscontrabili tra il concetto civilistico di direzione e

[165] Se così non fosse, le società partecipate estere di una qualunque società capogruppo potrebbero essere "meccanicamente" considerate residenti nel paese in cui è localizzata la capogruppo medesima. Secondo la citata sentenza della Comm. Trib. Prov. di Firenze, 3 dicembre 2007, n. 61, 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*". Su questo punto si vedano anche le considerazioni svolte nella già citata sentenza della Comm. Trib. Prov. di Reggio Emilia, n. 197/2009.

coordinamento e quello di *sede dell'amministrazione* il quale, associato ad altri elementi, individua la residenza fiscale delle società ed enti.

La circostanza che una società italiana sia soggetta alla direzione e coordinamento della sua capogruppo estera non determina *ex se* che la sua *sede dell'amministrazione* sia ubicata all'estero con la conseguenza che essa perde la propria nazionalità italiana ai sensi dell'art. 25 della L. n. 218 del 31 maggio 1995 o, viceversa, che una società capogruppo italiana che esercita le proprie prerogative sulle società controllate estere determina in automatico la nazionalità (nonché la residenza fiscale) italiana di quest'ultime.

La dottrina[166] che si è espressa sul punto concorda con la tesi in forza della quale il rispetto delle politiche di gruppo non vale di per sé a mettere in discussione la residenza di tali società nello Stato in cui operano.

Tuttavia, si è dell'opinione che, in presenza di gruppi societari, il concetto di *sede dell'amministrazione* debba essere parzialmente ripensato, o comunque adeguatamente ponderato, al fine di tenere in considerazione le peculiarità di tale fattispecie. Ciò implica riconoscere, da una parte, la legittima aspettativa della società capogruppo di poter influenzare (si badi, non imporre) le scelte decisionali delle proprie controllate e, dall'altra, la legittimità delle medesime di esercitare, nell'ambito della non limitata autonomia ad esse concessa, le proprie prerogative decisionali sia con riferimento ai singoli accadimenti di gestione che con riferimento a scelte importanti una più ampia prospettiva strategica.

2. ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO SVOLTA DALLA CAPOGRUPPO E RESIDENZA FISCALE DELLE SOCIETÀ CONTROLLATE

I temi della "direzione unitaria" dei gruppi di 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

---

[166] Cfr. nota S. COVINO - R. LUPI, *"<<Sede dell'amministrazione>>, oggetto principale e residenza fiscale delle società", op. cit.*, p. 927 e ss.; A. M. GAFFURI - S. COVINO, *"Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società holding"*, cit., pag. 77; R. Baggio, *Sede dell'amministrazione, sede di direzione effettiva e gruppi di società*, cit.; R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Giuffré Editore 2009; P. VALENTE, *Esterovestizione e eterodirezione: equilibri(smi) tra sede di direzione e coordinamento, direzione unitaria e sede di direzione effettiva*, Riv. Dir. Trib. 2010.

ingerenza gestionale e amministrativa, al limite della sostituzione nell'attività gestoria delle partecipate estere. A tale proposito, va considerato in concreto il contenuto dell'attività di direzione e coordinamento della società capogruppo per distinguerlo dalla funzione di conduzione aziendale in loco da parte della controllata.

L'espressione "direzione unitaria", infatti, racchiude in sé la concreta esplicitazione dell'influenza dominante, quale elemento ulteriore rispetto al concetto di controllo. La direzione unitaria organizzata e condotta dalla società capogruppo indirizza l'attività economica delle singole società controllate, la regola e la definisce così che il gruppo possa realizzare un interesse comune superiore a quello raggiungibile dalle singole imprese in modo autonomo e non coordinato.

L'autonomia giuridica dei singoli soggetti societari, spesso localizzati nel territorio di più Stati, che compongono il gruppo (società capogruppo compresa) comporta, in un'ottica organizzativa e funzionale, che ciascuna società è deputata ad assumere un ruolo e ad assolvere una funzione all'interno 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.

In linea generale, la definizione corrente di "attività di direzione e coordinamento" è costruita intorno alla sottoposizione di più imprese ad una unità di indirizzo (la cui vincolatività si esplicita spesso mediante nessi di natura funzionale) e l'attività viene descritta, a seconda della conformazione del gruppo, in termini di accentramento e/o coordinamento di uno o più settori di attività e/o funzioni aziendali.

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'articolo 2497 del codice civile il quale, nel regolamentare 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. Pertanto, gli atti mediante i quali la società capogruppo impartisce le direttive per una direzione unitaria del gruppo di imprese sono idonei, in linea di principio, a dimostrare che essa svolge attività di coordinamento, gerarchicamente sovraordinata e rientrante nella nozione di cui agli articoli 2497 e seguenti del codice civile.

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[167].

La valutazione in merito a contenuto e forma delle direttive impartite dalla *holding* di vertice al fine di accertare il suo eventuale esercizio in vi surrettizia delle prerogative gestorie demandate al consiglio di amministrazione, va effettuata, di volta in volta, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto[168].

Un altro aspetto di rilievo a fini soprattutto probatori di un'attività di direzione e coordinamento che "sconfina" in attività di gestione, attiene alla considerazione secondo la quale le direttive, in quanto informali e fondate sul sottostante rapporto di fiducia (di mero fatto), non sono giuridicamente coercibili da parte di chi le impartisce. Del resto, se esse si sostanziassero in un'attività di amministrazione della partecipata estera da parte della capogruppo italiana, dovrebbero essere contenute in atti formali di immediata applicazione e caratterizzati dalla necessaria coercibilità giuridica nei confronti della società estera[169]. Pertanto, siffatta "impalpabilità" di

---

[167] P. VALENTE, *Residenza ed esterovestizione. Profili probatori e schema multi-test*, Il Fisco n. 22 del 2 giugno 2008.

[168] A titolo esemplificativo, la natura ed i caratteri degli impulsi direttivi e dei loro indici documentali potrebbero involgere:

- aspetti relativi all'organizzazione strutturale del gruppo ed a rapporti tra più società del gruppo;
- risvolti concreti relativi ad una determinata operazione di una controllata estera;

e potrebbero consistere:

- in prospetti di organizzazione del gruppo;
- appunti manoscritti;
- *e-mail* dal carattere più o meno dispositivo.

In talune circostanze, si potrebbe sostenere che la documentazione (*i.e.*, *e-mail*, appunti autografi, bozze di progetti di riorganizzazione) sia riferibile, almeno per la maggior parte, ad una pianificazione generale dell'intero gruppo, o di parti di esso, e non ai dettagli operativi della gestione delle singole società controllate.

[169] In tale ipotesi, inoltre, le direttive sarebbero formalizzate all'estero dagli amministratori della partecipata e tale formalizzazione equivarrebbe, per questi ultimi, ad un'assunzione di responsabilità in relazione alle operazioni svolte (tale responsabilità scaturisce dagli obblighi che essi hanno, secondo la rispettiva legislazione di riferimento, quali amministratori di un ente giuridicamente autonomo rispetto alla capogruppo). Ecco che la non coercibilità delle direttive e la loro formalizzazione soltanto all'estero da parte degli amministratori, con la conseguente assunzione di responsabilità, potrebbe far ritenere che questi ultimi esplicano un'attività decisoria effettiva, idonea ad escludere l'ipotesi di una amministrazione italiana della partecipata estera.

determinate direttive rendono vieppiù difficile prova sia l'esistenza sia il loro contenuto gestorio.

In conclusione, l'attività di *amministrazione* va esclusa in favore di quella di direzione e coordinamento quando gli impulsi organizzativi impartiti dalla società capogruppo 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. Come già rimarcato, infatti, assai differente è la sistematica compressione da parte della società controllante degli interessi della società partecipata, laddove quest'ultima viene privata dell'autorità e del potere di esercitare l'impresa, spogliata delle proprie prerogative gestionali e delle proprie responsabilità, fino al punto da essere totalmente e integralmente *de facto* sostituita nell'esercizio dell'attività di impresa da parte della società controllante stessa.

A tale proposito, la recente giurisprudenza di merito[170] ha avuto modo di affermare che "*il ruolo della capogruppo, 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 un altro Stato.

Altra giurisprudenza tributaria di merito[171] ha altresì sostenuto che l'attività di indirizzo gestionale che la società controllante esercita sulla controllata, che costituisce prerogativa tipica del controllo societario disciplinato dall'art. 2359 del codice civile, non può essere confusa con l'attività rilevante ai fini dell'individuazione della *sede dell'amministrazione* di quest'ultima, ovvero, in altri termini, "*non si può configurare la collocazione della sede amministrativa di una società presso un'altra soltanto perché tra le due società vi è uno stretto collegamento che riguarda essenzialmente il coordinamento delle rispettive attività e finalità*" nell'ambito del medesimo gruppo imprenditoriale. Infatti, la medesima giurisprudenza di merito ha affermato che il coordinamento delle attività e finalità imprenditoriali da parte della società controllante rispetto alla società controllata è "*un fenomeno che la normativa codicistica ben consoce, al punto che l'art. 2359 c.c. elabora la nozione di società controllate, fra l'altro ricomprendendovi casi in cui vi*

---

[170] Comm. Trib. Prov. di Reggio Emilia, sentenza n. 197 del 1° luglio 2009.

[171] Commissione Tributaria Regionale di Firenze, sentenza n. 61 del 3.12.2007.

siano società che sono <<sotto l'influenza dominanate>> di altre società in virtù di particolari vincoli contrattuali ed elabora anche la nozione di società collegate quando una società <<esercita un'influenza notevole>> sull'altra. Ma è evidente che tutti questi casi non hanno niente a che vedere con l'individuazione della sede amministrativa dell'una e dell'altra società la cui collocazione non influisce minimamente sulla nozione codicistica".

Infine, con riferimento al contenuto delle direttive impartite dalla *holding* di vertice, l'OCSE, nel Commentario all'art. 4, ha precisato che l'attività di direzione è 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 riferiti ad una specifica operazione societaria. Nel merito, si rimanda a quanto riportata al paragrafo 7 del Capitolo V.

3. ELEMENTI DISTINTIVI DELL'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO RISPETTO A QUELLA DI DIREZIONE EFFETTIVA

Come si è avuto modo di notare, nei paragrafi precedenti, in relazione alla definizione dei concetti di "*amministrazione*" e di "*direzione e coordinamento*", nell'ambito dei gruppi societari (nazionali e transnazionali) e avuto riguardo alle attività svolte dalla società controllante, non è sempre facile tracciare il confine tra comportamenti mirati ad una mera tutela dell'interesse del gruppo, e condotte che, invece, prevaricano le regole fondamentali che tutelano l'autonomia giuridica nella gestione della società controllante.

I due concetti sopra richiamati si riferiscono ad attività completamente differenti, dal punto di vista concettuale e giuridico (benché non perfettamente discernibili e talora sovrapponibili sotto il profilo economico).

L'attività di *direzione e coordinamento*, che si manifesta in direttive di indirizzo di tipo gestionale della società controllante, è innanzitutto diretta a consentire e verificare che le società controllate 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. Siffatto obiettivo legittima, pertanto, la sovraordinazione della società controllante, fondata sul concreto svolgimento ed esplicitazione di una molteplicità di atti contraddistinti da una volontà unitaria.

L'attività di *amministrazione* (rilevante ai fini della residenza fiscale della società), si manifesta nella identificazione delle modalità imprenditoriali (organizzative e funzionali) attraverso i singoli soggetti giuridici partecipati dalla società capogruppo conseguono gli obiettivi di (alto, medio e basso) livello loro assegnati, realizzando in tal modo il più vasto progetto imprenditoriale al quale essi appartengono, ovvero quello del gruppo di appartenenza.

In tale scenario ed al fine di individuare la *sede dell'amministrazione* è stato affermato[172] che adeguato peso deve essere ascritto al Paese in cui vengono assunte le decisioni relative all'amministrazione propria dell'ente partecipato, ossia il luogo in cui viene gestita e diretta quotidianamente la società "figlia". Conseguentemente, assumerebbero rilievo le attività sia "straordinarie" sia quelle caratterizzate da una certa continuità, quali, ad esempio, "*l'attività di organizzazione e di controllo dei processi e dei fattori produttivi, di gestione del personale, le attività di relazione con i terzi, la stipula di contratti inerenti alla gestione ordinaria, gli incassi e i pagamenti*"[173]. Un'interpretazione differente rispetto a quella sopra proposta, porterebbe, a parere dell'autore, "*alla non ammissibile conclusione secondo cui la sede di direzione effettiva di tutte (o quasi tutte) le società appartenenti al gruppo coincida con le strutture di comando della casa madre*"[174].

In sostanza, i flussi di indicazioni e direttive strategiche - espressione della gerarchia societaria e del coordinamento funzionale - che promanano dalla capogruppo alle controllate, sebbene coinvolgano tutti gli aspetti della vita aziendale delle partecipate stesse, non individuano, di per sé, alcuna sostituzione nell'esercizio dell'impresa sul territorio, ma esprimono soltanto il potere di direzione unitaria e dimostrano l'esistenza di un rapporto di sovraordinazione (della società controllante) e di

---

[172] M. THIONE, *L'esterovestizione societaria: disciplina sostanziale e profili operativi*, Il Fisco n. 4 del 25 gennaio 2010.

[173] Con riferimento a quest'ultimi risulterà significativo stabilire chi abbia l'effettiva titolarità dei conti correnti intestati all'ente e chi di fatto ne disponga.

[174] Si veda, conformemente, la circolare 20 novembre 2009, n. 7, della Fondazione Centro Studi U.N.G.D.C., ove si sottolinea che "*si assisterebbe all'inaccettabile conclusione che il 'place of effective management' di tutte (o quantomeno gran parte) delle società appartenenti ad un gruppo debba essere ricondotto presso le strutture di comando della capogruppo, con la conseguenza che, qualora non sia evidente il radicamento delle società nel territorio degli Stati esteri in cui sono situate le loro sedi legali, esse potrebbero essere considerate fiscalmente residenti nello Stato della capogruppo, con buona pace della libertà di stabilimento garantita in sede comunitaria*".

subordinazione (della società controllata).

In altri termini, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento attraverso uno o più atti di indirizzo (e non di amministrazione) strategico e/o operativo dimostra la semplice subordinazione della società partecipata (estera) alla propria capogruppo (residente) e connota uno stato di dipendenza degli interessi propri (della consociata) a vantaggio del gruppo nella sua globalità. Conseguentemente, tale forma di "eterodirezione" (ben individuata e diversa, in termini giuridici, dall'attività di *amministrazione*) non può - di per sé - configurare in modo alcuna ipotesi di attrazione in Italia della residenza fiscale di una società partecipata estera.

Invero, affinché nei rapporti infragruppo si possa configurare l'attrazione in Italia della residenza fiscale di una società partecipata estera, è, in sintesi, necessario un *quid pluris* in termini di (i) assenza di radicamento della direzione operativa (*i.e.*, dell'impulso imprenditoriale) nel territorio dello Stato ove la società partecipata è localizzata, (ii) avocazione alla, ovvero usurpazione ad opera della, controllante delle funzioni operative in precedenza assegnate, nell'economia del gruppo di imprese, alla partecipata, (iii) compressione forzosa da parte della controllante di prerogative sovrane della società partecipata.

Ne deriva che, per poter ipotizzare fenomeni di "esterovestizione"- per così dire - 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[175].

In tutti gli altri casi in cui non sono verificate le condizioni dianzi riportate, come già detto sopra, è da escludere che l'attività di direzione e di coordinamento di una capogruppo italiana dia luogo ad un fenomeno di "spostamento" della sede di amministrazione della partecipata estera nel territorio dello Stato.

Fintantoché le maggior parte delle competenze - anche in termini qualitativi, in rapporto alla conduzione della gestione sociale - rimane in capo agli amministratori della società controllata, è difficile prefigurare la spostamento della sede

[175] Così P. VALENTE, *Esterovestizione e eterodirezione: equilibri(smi) tra sede di direzione e coordinamento, direzione unitaria e sede di direzione effettiva*, op. cit, pag. 253.

dell'amministrazione nello Stato della capogruppo, pur in presenza di direttive volte ad informare, disciplinare e coordinare le attività di impresa (non le società a cui dette imprese appartengono) del gruppo.

Le stesse considerazioni dovrebbero peraltro valere in tutte i casi in cui non sia dimostrabile, da parte dell'Amministrazione finanziaria, un asservimento dell'organo amministrativo della società controllata alle direttive ed alle decisioni della società controllante, quando - in sostanza - non sia dimostrabile una situazione nella quale la società controllante assume i connotati di un vero e proprio amministratore indiretto della società controllata.

Non va peraltro sottaciuto come la rilevanza giuridica dell'attività di direzione e coordinamento abbia reso più facile e più familiare agli interpreti dell'ordinamento interno il contatto con i fenomeni di eterodirezione, i quali impongono l'esigenza di accertare i confini tra concertazione e perseguimento di interessi di gruppo e riduzione a meri satelliti o dipendenze delle entità facenti parte dello stesso[176]. Senza dimenticare poi che molte di queste situazioni possono debordare in fattispecie di interposizione elusiva di persona[177], una sorta di "abuso di residenza" che impedisce, tra l'altro, l'operare della protezione accordata dal diritto comunitario alla libertà di stabilimento[178] [179].

---

[176] Non deve quindi stupire che nelle situazioni in cui emergono dati e documenti che descrivono un quadro di inesistente o precaria autonomia della società partecipata, il cui organo amministrativo si limiti a formalizzare le decisioni assunte altrove senza alcun filtro che dimostri un'attività valutativa da parte di tale organo, sia probabile il riconoscimento dell'esistenza della sede dell'amministrazione nel territorio dello Stato. Ci si riferisce, in particolare, a Comm. trib. prov. di Belluno 14 gennaio 2008, cit. (su questa v. anche il recente commento di P. VALENTE - I. CARACCIOLI, *Ancora su residenza ed esterovestizione: ulteriori considerazioni sulle sentenze della Comm. trib. prov. di Belluno,* in Riv. Dir. Trib., 2008, III, 124 ss.), e Comm. Trib. Prov di Firenze 13 luglio 2007, cit., sulle quale pendono tuttavia non poche riserve, dovute ad un impreciso inquadramento sistematico, nonché all'attribuzione di un'eccessiva rilevanza (specialmente nella decisione del giudice bellunese) di alcuni aspetti non chiari (come i luoghi di tenuta della contabilità). Più attenta nel valutare gli elementi su cui l'ufficio basava la presunzione di esistenza in Italia della sede dell'amministrazione è la Comm. trib. reg. Toscana, 18 gennaio 2008, cit., in linea con quanto compiuto dal giudice emiliano nella sentenza n. 197/2009, cit..

[177] G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario,* Padova, 2008, spec. 290; A. BALLANCIN, *Note in tema di esterovestizione societaria tra i criteri costitutivi della nozione di residenza fiscale e l'interposizione elusiva di persona,* in Riv.Dir. Trib., 2008, I, 975.

[178] In particolare, la sentenza della Corte di Giustizia europea sul caso *Cadbury Schweppes* (sent. 12 settembre 2006, causa C-196/04).

[179] Con riguardo all'influenza del controllo societario sul concetto di *"place of effective management",* va innanzitutto osservato che la bozza di rapporto OCSE del 2003 dal titolo *"Piace of Effective Management Concept: Suggestions for Changes to the Oecd Model Tax Convention",*

4. UN CASO PARTICOLARE: LE SOCIETÀ *HOLDING*

La configurazione dei gruppi di società prevede, spesso, l'esistenza di una società capogruppo le cui attività sono sostanzialmente riconducibili alla detenzione di partecipazioni e alla predisposizione delle politiche di gruppo. Alla luce di quanto riportato in precedenza con riferimento ai criteri che determinano la residenza delle società, tale configurazione può avere degli effetti sia sull'interpretazione del concetto di *oggetto principale* (per la società *holding*) che di *sede dell'amministrazione* (per le società controllate in relazione al loro conformarsi alle politiche di gruppo).

Più precisamente, la circostanza che una società detenga un unico bene ubicato in uno Stato diverso da quello di costituzione, ha portato in passato, una parte della dottrina[180] nonché l'Amministrazione finanziaria[181] ad affermare, a mio parere

---

suggeriva l'inserimento di nuovi paragrafi nel Commentario allo scopo di tenere conto del controllo azionario per la verifica di quella che nella versione italiana è chiamata sede di direzione effettiva. In particolare, si prevedeva che, qualora il soggetto titolare di una partecipazione di controllo assumesse le decisioni chiave sul piano gestorio e commerciale necessarie per la conduzione dell'ente, la sede di direzione effettiva dovesse essere localizzata nel luogo di adozione di tali decisioni, sempre che le decisioni oltrepassassero lo svolgimento degli ordinari compiti di amministrazione e pianificazione strategica delle attività del gruppo (v. MARINO – MARZANO, *La residenza*, delle società e controllo tra schemi OCSE ed episodi giurisprudenziali interni (con postilla di R. Lupi), in Dialoghi Tibutari, 2008, p. 91 ss.; G. MELIS, *La residenza fiscale dei soggetti Ires e l'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 73, commi 5-bis e 5-ter t.u.i.r., in Dir. e Prat. Trib., 2007, p. 797 e segg.*.). Tali suggerimenti sono del tutto coerenti con l'approccio del Commentario 2000, ribadendo essi la centralità dell'oggetto della verifica, ossia il luogo di determinazione delle decisioni chiave sul piano gestorio e commerciale. Nell'eventualità di un diverso approccio e di una diversa interpretazione del concetto di "*place of effective management*", in cui dovesse essere assegnata primaria importanza al luogo di quotidiano esercizio della attività d'impresa (secondo le tendenze che sembrano emergere dall'osservazione al Commentario posta dall'Italia), il controllo societario è destinato, nella grande maggioranza dei casi, ad assumere un ruole centrale e debordante rispetto agli assunti fondamentali sui quali è costruita il concetto di POEM. In effetti, se la mera attività di direzione e coordinamento viene ritenuta sussumere quelle proprie della sede di direzione effettiva (*rectius* sede dell'amministrazione) è difficilmente immaginabile una situazione in cui la controllata non possa considerarsi residente nello Stato di residenza della controllante (ovvero di quella società che esercita le attività di direzione e coordinamento).

[180] G. MARINO, in *"La residenza nel diritto tributario"*, *op. cit.*, p. 141, afferma che *"se una società <<non residente>> avesse come patrimonio solo immobili (o stabilimenti) situati in Italia, o partecipazioni qualificate in società di (<<nazionalità>> e) <<residenza>> italiana, si potrebbe argomentare che l'<<oggetto principale>> sia in Italia. Lo stesso potrebbe argomentarsi per i marchi e i brevetti che fossero solo utilizzati nel territorio dello Stato."*. Vedasi anche G. PEZZUTO – S. SCREPANTI, *"La verifica fiscale"*, *op. cit.*, p. 361, i quali affermano che nel caso in cui una società non residente possieda esclusivamente immobili o stabilimenti produttivi in Italia o anche soltanto partecipazioni (o titoli obbligazionari) emesse da società di diritto italiano, sarebbe agevole sostenere che l'*oggetto principale* di tale società sia localizzato in Italia.

erroneamente, che il suo *oggetto principale* possa di fatto coincidere con i beni da essa posseduti e quindi essere ubicato nell'altro Stato, con le ovvie conseguenze in termini di residenza.

Con riferimento all'*oggetto principale* della società *holding*, la dottrina[182], sebbene in merito al caso concettualmente analogo di società estera con solo un immobile in Italia, ha avuto modo di affermare che lo stesso potrebbe localizzarsi nel territorio dello Stato in cui si trovano gli immobili ovvero le partecipazioni che detta società possiede.

In senso conforme, si ricorda, si è espresso il Secit[183], il quale ha sostenuto che le società estere proprietarie di immobili in Italia possono considerarsi ivi residenti ai fini fiscali in quanto è verosimile che ivi si svolga la loro attività d'impresa.

Difformemente dalla dottrina e dalla prassi dianzi richiamate, è mia opinione che non si debba confondere l'*oggetto principale* con i beni posseduti dalla società. Ciò in quanto, come ricordato, l'*oggetto principale* vuole significare l'attività economica svolta dalla società, la quale deve essere, ad evidenza, separata dai beni impiegati per l'esercizio della stessa.

In senso conforme, si rimanda ad una, ormai non più recente, sentenza della Sprema Corte[184] già commentata in precedenza la quale, si ricorda, ha avuto modo di affermare che la *sede effettiva* di una persona giuridica non è il luogo ove si trovano i beni, gli stabilimenti e nel quale si svolge l'attività produttiva, bensì quello in cui abbia effettivo svolgimento l'attività direzionale ed amministrativa.

Inoltre, quand'anche si accedesse alla tesi per cui l'*oggetto principale* equivarrebbe, di fatto, ai beni posseduti dalla società, si desidera richiamare una presa di posizione dell'Amministrazione finanziaria[185], anch'essa già commentata in precedenza, nella quale è stato implicitamente affermato che le partecipazioni che una *holding* detiene

---

[181] Secit, relazione sull'attività svolta nel 1984 (si veda il testo della relazione riportato in *Diritto e pratica tributaria*, 1985, I, p. 1544 e ss.).

[182] Cfr. G. MARINO, La residenza nel diritto tributario, *op. cit.*, in nota 69.

[183] Cfr il testo della relazione sull'attività svolta nel 1984 riportato in *Diritto e pratica tributaria*, 1985, I, p. 1544 e ss..

[184] Cfr. Cassazione, n. 3028 del 13 ottobre 1972, in *Imposte Dirette Erariali*, 1973, Parte Seconda, p. 19, Volume XVI.

[185] Risoluzione n. 18/E del 29 gennaio 2003.

in società estere debbono considerarsi esistenti nel suo stato di residenza. La conseguenza di tale impostazione sarebbe che l'*oggetto principale* della società *holding* dovrebbe considerarsi ubicato nel suo Stato di costituzione. Inoltre, a dimostrazione dell'erroneità dell'equivalenza tra beni e oggetto principale ci si pone il quesito di dove debba considerarsi quest'ultimo nel caso di una *holding* che detiene partecipazioni in diversi Stati. In tale circostanza, infatti, bisognerebbe probabilmente ricorrere al criterio della prevalenza relativa con tutte le incertezze e perplessità ad esso connesse.

Si ritiene quindi che per le società *holding*, non diversamente dalla altre tipologie di società, l'oggetto principale debba essere ricondotto all'attività in fatto svolta, la quale è del tutto indifferente allo Stato di residenza delle società controllate. Invero, per tale tipologia di società, l'attività è sostanzialmente riconducibile al possesso ed alla gestione delle partecipazioni ed essa avviene, di norma, nel luogo in cui le decisioni vengono assunte, essendo a tal proposito del tutto irrilevante l'ubicazione delle società controllate.

A tal proposito, come rilevato da autorevole dottrina[186], una società con *sede dell'amministrazione* estera che come unico bene possieda uno stabilimento produttivo in Italia avrà senz'altro l'*oggetto principale* dell'attività in Italia. La stessa società che come unico bene possieda una partecipazione in una società italiana, la quale, a sua volta, possieda uno stabilimento produttivo in Italia, non necessariamente avrà l'*oggetto principale* in Italia. Infatti, nel primo caso, l'oggetto principale dell'attività consiste nello svolgimento di un'attività industriale che, per l'appunto, viene svolta in Italia; nel secondo caso, l'oggetto dell'attività consiste nella gestione di partecipazioni azionarie ed il luogo dove si svolge tale attività di gestione non può essere influenzato dalla residenza della società partecipata.

5. CONCLUSIONI IN TEMA DI RESIDENZA E DI ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

In conclusione, si è dell'opinione che i requisiti analizzati in precedenza con riferimento alla residenza fiscale della società[187] non debbano ritenersi alterati

---

[186] A. MANZITTI, *"Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società", op. cit.*, p. 181.
[187] Limitando l'analisi agli aspetti della *sede dell'amministrazione*.

dall'esistenza di attività di coordinamento e controllo esercitate da capogruppo italiane o estere.

Una siffatta impostazione sembra essere condivisa dall'OCSE, la quale, nella bozza di rapporto del 2003[188], afferma[189] che affinché il "*place of effective management*" (in seguito, anche **POEM**) di una società si intenda coincidente con il POEM della sua società controllante[190] è necessario che le decisioni strategiche assunte dalla capogruppo eccedano quelle che sono le ordinarie attività di individuazione, gestione ed implementazione delle politiche di gruppo. A parere dell'OCSE, infatti, tali politiche altro non sono che la naturale (e per ciò stesso legittima) conseguenza delle esigenze di direzione, controllo e coordinamento che la capogruppo deve avere su tutte le attività delle consociate[191].

Alla luce di quanto evidenziato è quindi possibile affermare che la circostanza che una società italiana capogruppo prescriva delle politiche di gruppo, anche rigorose, in merito alle modalità operative secondo le quali determinate attività debbano essere necessariamente condotte dalle società affiliate estere ovvero indichi delle linee programmatiche che debbono essere dalle stesse rispettate non può avere l'effetto di far diventare le stesse fiscalmente residenti in Italia. Analogamente, la circostanza che le varie società del gruppo siano obbligate ad informare la capogruppo delle decisioni assunte dai loro consigli di amministrazione ovvero anche delle decisioni considerate avere un forte impatto sull'operatività/redditività della singola società controllata non può essere assolutamente assunto quale testimonianza del fatto che la "reale" attività di amministrazione sia effettuata dalla capogruppo. Le stesse conclusioni dovrebbero

---

[188] Cfr. la bozza del rapporto denominato *Place of Effective Management concept: Suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention* rilasciato in data 27 maggio 2003.

[189] Cfr. paragrafo 7 del rapporto che suggerisce il nuovo paragrafo 24.3 del Commentario all'art. 4(3) del Modello OCSE.

[190] Con la conseguenza che anche la residenza fiscale della società coinciderà con quella della sua controllante.

[191] Il rapporto recita come segue:

"[i]f there is a person such as a controlling interest holder (e.g. a parent company or associated enterprise) that effectively makes the key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business, the place of effective management will be where that person makes these key decisions. For that to be the case, however, the key decisions taken by that person must go beyond decisions related to the normal management and policy formulation of a group's activities (e.g. the type of decisions that a parent company of a multinational group would be expected to take as regards the direction, co-ordination and supervision of the activities of each part of the group)." (sottolineatura aggiunta).

considerarsi altrettanto valide anche se il visto di conformità della decisione alle politiche di gruppo debba essere chiesto dalla singola società controllata in via preventiva rispetto alla effettiva assunzione ed implementazione della decisione.

Da un lato, infatti, una efficace ed efficiente gestione delle politiche di gruppo e quindi, *inter alia*, dell'attività di controllo e di coordinamento dello stesso non può che essere, ad evidenza, preventiva al fine di evitare frettolose quanto sconvenienti decisioni atte a sconfessare quelle delibere assunte dalle società controllate in contrapposizione od anche solo in deroga alle politiche di gruppo; dall'altro lato, la verifica ed il controllo (preventivo e/o successivo) delle decisioni assunte dalle società controllate non solo è auspicato ma anche esplicitamente richiesto alle società capogruppo quotate nei mercati regolamentati ad opera dei competenti organi di vigilanza. Conseguentemente, tale imposizione di controllo e coordinamento da parte della capogruppo nei confronti delle sue controllate, non può tradursi in un'attrazione indiscriminata della residenza di queste ultime nello Stato della prima.

Tale fattispecie può essere riscontrata, a parere di chi scrive, solo in quelle situazioni patologiche in cui, di fatto, tutte o quasi le principali attività decisionali della controllata siano assunte direttamente dal personale della capogruppo ed al suo consiglio di amministrazione sia *de facto* demandata la trascrizione dei verbali di consiglio di tali decisioni. In altre parole, come definito dalla Suprema Corte britannica[192] in un caso che fa tutt'ora Stato nei contenziosi[193] riguardanti la residenza delle società, è necessario che le funzioni del consiglio di amministrazione della società controllata siano "usurpate" dalla società controllante affinché sia possibile accertare la modifica della residenza fiscale.

---

[192] Cfr. *Unit Construction Co Ltd v Bullock* [1960] AC 455 emessa dalla *House of Lords.*

[193] Cfr. *Mr R.J. Wood and Mrs R.J. Wood* v. *Mrs L.M. Holden (HM Inspector of Taxes)*, High Court Of Justice Chancery Division, [2005] EWHC 547 (Ch) ed il relativo giudizio di appello Supreme Court Of Judicature Court Of Appeal (Civil Division), [2006] EWCA Civ 26.

CAPITOLO V: LA RESIDENZA DELLE SOCIETÀ NELLE CONVENZIONI PER EVITARE LE DOPPIE IMPOSIZIONI

1. IL CONCETTO DI RESIDENZA ACCOLTO NELLE CONVENZIONI PER EVITARE LE DOPPIE IMPOSIZIONI

Nel capitolo che precede sono stati analizzati i presupposti per la residenza fiscale delle società nel diritto italiano. Tali presupposti sono piuttosto ampi e suscettibili, pertanto, di far considerare residenti in Italia società che sono state considerate assoggettabili a tassazione mondiale anche da parte di altri ordinamenti sulla base di criteri analoghi.[194]

Allo scopo di evitare che il contemporaneo riconoscimento dell'esistenza dei presupposti per la tassazione del reddito mondiale di una società da parte di più ordinamenti si risolva in una doppia imposizione (giuridica) a danno della stessa, gli stati sono soliti concludere convenzioni per evitare le doppie imposizioni (per lo più bilaterali[195]).

Anche nell'ambito delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, il concetto di soggetto residente, o meglio "*resident*" (al fine di distinguerlo da chi è residente ai fini tributari interni italiani) ha un ruolo fondamentale. Esso in primo luogo determina l'applicabilità della convenzione stessa ad un determinato soggetto.

Nei paragrafi che seguono sarà esaminata la funzione della nozione di *residence* nell'ambito delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni. Per semplicità si farà riferimento al Modello di convenzione per evitare le doppie imposizioni adottato dall'OCSE (il "Modello OCSE"), anche perché su di esso si basano i trattati conclusi dall'Italia, eventualmente mettendo in risalto le differenze rispetto agli altri principali modelli, quello adottato dalle Nazioni Unite ("UN Model") e quello utilizzato dagli Stati Uniti[196] ("US Model").

---

[194] Il presente lavoro prescinde dall'esame dettagliato dei diversi criteri di collegamento con il territorio che sono stati identificati dai diversi stati ai fini dell'applicazione della *worldwide taxation*, semprechè questo non si renda necessario ai fini della comprensione della giurisprudenza che sarà analizzata nei prossimi capitoli.

[195] Esistono, invero, delle convenzioni multilaterali, ma si tratta di casi eccezionali. Ad esempio la Convenzione nordica del 23 settembre 1996 tra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia.

[196] *United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006*.

2. LA RESIDENZA COME PRESUPPOSTO PER L'ACCESSO ALLA PROTEZIONE DELLA CONVENZIONE PER EVITARE LE DOPPIE IMPOSIZIONI: L'ART. 1 DEL MODELLO OCSE

Come noto, i principali scopi di una convenzione che si ispira al Modello OCSE sono (i) evitare le doppie imposizioni sui redditi mediante il riconoscimento da parte dello Stato di residenza del contribuente del credito d'imposta o dell'esenzione sui redditi che in base alla convezione possono essere tassati nello stato della fonte, (ii) prevenire l'evasione fiscale e, infine, (iii) allocare i diritti impositivi tra gli stati contraenti.

La nozione di *residence* ha una valenza centrale rispetto a tutte queste funzioni. L'art. 1 del Modello OCSE impone per l'applicazione della Convezione che il soggetto che invoca l'applicazione della stessa sia residente di (almeno) uno degli Stati contraenti:

> *"This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States."*

La prima bozza di modello di convenzione, pubblicata dalla Lega delle Nazioni nel 1928, stabiliva che la Convezione si applicasse a tutti i contribuenti degli Stati contraenti:

> *"The present Convention is designed to avoid double taxation in the sphere of direct impersonal or personal taxes, in the case of the taxpayers of the Contracting Parties, whether nationals or otherwise*".[197]

Dalla lettura del Commentario[198] a questa norma si evince che potevano beneficiare della Convenzione sia i soggetti assoggettati a tassazione piena in uno Stato contraente (i "*nationals*") sia coloro i quali ricevevano redditi da una fonte situata in

---

[197] Cfr. Art. I.

[198] Come spiegato dal Commentario a questa norma, il contribuente dello Stato contraente poteva essere anche un soggetto non cittadino, ma anche un soggetto avente il "*fiscal domicile*" in quello Stato o che riceve un reddito da quello Stato. Si veda il paragrafo 13: "*Supposing, for instance, that two States A and B have concluded a convention on these lines, the nationals of a third State C which had not concluded a similar agreement will nevertheless be entitled to the benefits of the treaty, if they are taxpayers of States A and B, either because they have their fiscal domicile in these States or derive income from them*". È interessante notare, tuttavia, che la legittimazione a tassare da parte dello Stato in cui il contribuente ha il suo "*fiscal domicile*" o da cui deriva il reddito in entrambi i casi deriva a quello Stato, in qualità di Stato della fonte.

uno degli Stati contraenti (questi soggetti erano identificati come coloro che avevano il "*fiscal domicile*" in uno degli Stati contraenti).

Una formulazione simile si trova anche nel Modello di Convenzione della Lega delle Nazioni del 1943 (Messico) e del 1946 (Londra), il cui art. I prevedeva:

> "*The present Convention is designed to prevent double taxation in the case of the taxpayers of the contracting States, whether nationals or not*.".

Un segno di cambiamento rispetto alla bozza del 1928 si evince dal paragrafo 11 dell'introduzione al Commentario di entrambi i Modelli:

> "*The Convention is intended to apply to all taxpayers in the contracting States, whether nationals or foreigners, provided that they have their "fiscal domicile" in one of the two contracting States. Indeed, since foreigners with their fiscal domicile in a country are generally subject therein to a general tax liability on their total income from domestic and foreign sources, it is legitimate that they should enjoy the double-taxation relief provided by the Convention. Nationals of the contracting States who have their "fiscal domicile" in a third State do not come under the provisions of the Convention, since most countries do not tax their nationals having their fiscal domicile abroad, except, of course, on the income they derive from their country*".

È dunque dal Commentario che si evince il nuovo ruolo che, negli anni '40, è stato ormai acquisito dalla residenza fiscale (indicata come "*fiscal domicile*"): possono beneficiare della convezione i cittadini di uno Stato contraente purché abbiano il "*fiscal domicile*" in uno Stato contraente. In caso contrario, non possono avere accesso ai benefici della Convenzione, dal momento che la maggior parte degli Stati non assoggetta a tassazione mondiale i propri cittadini che abbiano però il "*fiscal domicile*" in un altro paese.

In sostanza, nonostante sia la bozza del 1928 sia i Modelli del 1943 e 1946 facciano riferimento al termine "contribuente", il significato che questo termine ha è del tutto diverso. Mentre nella bozza del 1928 il "*fiscal domicile*" identificava uno Stato della fonte[199], nei Modelli del 1943-6 il "*fiscal domicile*" ha ormai acquistato tutta la sua rilevanza come criterio volto ad identificare lo Stato che può assoggettare a tassazione i redditi mondiali di un certo soggetto.

È da questo momento che nasce la necessità che il "*fiscal domicile*" ai fini convenzionali sia uno soltanto:

---

[199] Si veda la precedente nota 197.

> "*Should a taxpayer possess a residence in both the contracting States, the competent administration shall determine ... the place of his main residence, which shall be considered his fiscal domicile*"[200]

Il concetto di "*fiscal domicile*", fino ad allora utilizzato per identificare l'oggetto delle Convenzioni, lascia spazio al concetto di *resident* a partire dal primo dei quattro Rapporti del *Fiscal Committee of the Organisation for European Economic Co-operation* (OEEC)[201]. Tale scelta si spiega con la volontà di identificare un termine più efficace per descrivere il legame di un determinato soggetto al suo territorio di provenienza:

> *"The Conventions usually refer to the State of 'domicile' in several Articles. It was felt that, for terminological reasons, it would be useful if a 'shorthand expression' could be used in all cases where the State of 'domicile' is mentioned. In the Article it is suggested to use the expression 'resident'.".*[202]

Lo stesso Commentario spiega anche cosa si intenda per *resident* ai fini della Convezione: un soggetto "*liable to taxation therein by reason of his domicile, residence, place of management or any similar criterion*". È la prima volta che tale concetto appare, ed esso è destinato a sostituire le formulazioni precedenti che utilizzavano la nozione di "contribuente".[203]

L'art. 1 del Modello OCSE deve essere letto in correlazione con due altre norme che forniscono la definizione dei termini utilizzati nello stesso art. 1. Si tratta dell'art. 3(1)(a) che contiene la definizione di persona:

> "*For the purposes of this Convention, unless the context otherwise requires:*
> *a) the term "person" includes an individual, a company and any other body of persons;*"

e dell'art. 4(1), che dà la definizione di *resident*:

> "*For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State"*

---

[200] Cfr. art. II(2) del Protocollo ai modelli del Messico e di Londra.

[201] *Report of the Fiscal Committee of the OEEC, The Elimination of Double Taxation*, Parigi, 1958. I quattro Rapporti presentati dal *Fiscal Committee* tra il 1956 e il 1961 diedero successivamente vita al Modello OCSE del 1963.

[202] Commentario all'art. III(1).

[203] È, tuttavia, nel Terzo Rapporto del *Fiscal Committee* che viene introdotta (Art. XVIII) la formulazione che ora troviamo nell'art. 1 del Modello OCSE: "*The Convention applies to persons who are residents of one or both of the Contracting States.*", ma si tratta di una mera specificazione di quanto già affermato nel Primo Rapporto.

means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof. This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein.".

3. LA NOZIONE DI "*RESIDENT OF A CONTRACTING STATE*"

Come si è visto nel paragrafo che precede, la nozione di *resident* ai fini dell'applicazione delle Convenzioni che si basano sul Modello OCSE non è quella propria della legislazione di ciascuno Stato contraente, ma è quella prevista dall'art. 4 dello stesso Modello OCSE.

Come si evince dall'art. 4, paragrafo 1 del Modello OCSE, un soggetto, per essere considerato *resident* ai fini del Modello deve essere:

(i) "*liable to tax*", ossia assoggettato ad imposta;

(ii) in ragione di un criterio di collegamento quale "*domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature*", ossia domicilio, residenza e sede di direzione o altro criterio di natura analoga.

3.1 Il concetto di "*liability to tax*"

Il concetto di "*liability to tax*" può essere tradotto come assoggettamento ad imposta. Si tratta di un requisito che afferisce al soggetto e non al singolo reddito con riferimento al quale il contribuente invoca l'applicazione della convenzione.[204]

Il principale interrogativo che questo requisito pone è se l'assoggettamento deve essere concreto o soltanto potenziale.

Secondo una parte della dottrina nonostante l'espressione "*liable to tax*" (nella versione francese del Modello OCSE "*assujettie à l'impôt*") sembri suggerire l'attuale assoggettamento ad imposta, non si può escludere che esso possa essere diversamente interpretato come "*liable to be liable to tax*", con ciò intendendo far riferimento ad

[204] Così, ad esempio, ai fini dell'applicazione della ritenuta ridotta convenzionale sui dividendi da parte delo Stato di residenza della società che li distribuisce, non rileverà la circostanza che il dividendo sia esente da imposta nello Stato di residenza del percettore.

una tassazione soltanto potenziale del soggetto.[205]

La questione non è di scarsa importanza dal momento che, se tale requisito fosse inteso come assoggettamento in concreto ad imposta, i soggetti che usufruiscono di esenzioni nel loro Stato di residenza non potrebbero beneficiare delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni e potrebbero essere tassate dallo Stato della fonte dei loro redditi senza alcuna limitazione (vanificando parzialmente, peraltro, il riconoscimento dell'esenzione).[206]

Una parte delle dottrina ritiene che tali soggetti siano "*liable to tax*" qualora gli stessi beneficino di una esenzione di carattere oggettivo (su determinati elementi di reddito) e non soggettiva (esenzione *in toto* dell'ente stesso).

Secondo altri autori, invece, anche in caso di esenzione di carattere soggettivo sussisterebbe ugualmente la "*liability to tax*" in quanto la stessa sarebbe comunque condizionata al rispetto di una serie di condizioni. In sostanza, si dovrebbe distinguere tra il concetto di "*liable to tax*" (ciò che potremmo definire un "assoggettamento formale") e quello di "*subject to tax*" (un "assoggettamento in concreto"). In altri termini, se un soggetto possiede tutte le caratteristiche che ne determinerebbero il normale assoggettamento concreto ad imposta, ma, per effetto di un regime di carattere speciale previsto dal suo Stato di residenza, non sconta alcuna imposta, lo stesso potrebbe essere ugualmente considerato un soggetto "*liable to tax*" ai fini delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

Questa distinzione tra assoggettamento formale e concreto sembra essere stata alla base di una recente sentenza della Corte di Appello di Amsterdam del 15 febbraio 2006.[207]

Una società costituita e residente nei Paesi Bassi, avente ad oggetto la gestione di alcuni investimenti finanziari facenti capo al suo unico socio ed amministratore, trasferisce la propria residenza in Grecia, come conseguenza del trasferimento

---

[205] Questa tesi suggestiva è stata proposta da R. COUZIN, *Corporate Residence and International Taxation*, Amsterdam, 2002, p. 107.

[206] La questione è stata oggetto di analisi nel contesto di uno dei seminario dell'International Fiscal Association nel 1985. Cfr. *International tax problems of charities and other private institutions with similar tax treatment*, proceedings of a seminar held in London in 1985 during the 39th Congress of the International Fiscal Association, Deventer, 1986.

[207] In *Tax News Service*, 2006, n. 12, p. 4 s.

dell'unico socio e amministratore. A causa di un ritardo nella burocrazia greca, la società non viene registrata come residente in Grecia, nonostante sia ivi amministrata.

L'amministrazione finanziaria olandese contesta che la residenza della società si trovi in Grecia per effetto del prevalere della residenza greca (fondata sul criterio dell'incorporazione o su quello della sede dell'amministrazione) su quella olandese (fondata sul luogo di costituzione) per effetto della *tie-breaker rule* di cui all'articolo 4(4) della convenzione tra Grecia e Paesi Bassi.[208]

La contestazione si fonda sul mancato assoggettamento ad imposta in Grecia della società. La Corte di Appello di Amsterdam, facendo anche riferimento al Commentario OCSE, respinge la pretesa del fisco statuendo che, nonostante la società non sia concretamente assoggettata ad imposta in Grecia, essa nondimento è *liable to tax* in Grecia avendo la sede dell'amministrazione in Grecia.

In dottrina c'è stato chi ha paragonato il riconoscimento dei benefici derivanti da un trattato a soggetti esenti ad un *tax sparing credit*, ossia a quel particolare tipo di credito per le imposte versate all'estero che è previsto in alcune convenzioni con i paesi in via di sviluppo e che prevede il riconoscimento del credito d'imposta a prescindere dall'effettiva tassazione nello Stato della fonte, al fine di non vanificare l'effetto di determinate agevolazioni fiscali riconosciute da quello Stato agli investitori esteri. [209]

A tal riguardo il Commentario OCSE all'art. 4 (paragrafo 8.6) non prende una posizione precisa. Si limita, infatti, ad osservare che molti Stati considerano certe entità esenti (come i fondi pensione e gli enti caritatevoli) assoggettate ad imposta, e dunque *resident* anche ai fini delle convenzioni:

> "[…] *In many States, a person is considered liable to comprehensive taxation even if the Contracting State does not in fact impose tax. For example, pension funds, charities and other organisations may be exempted from tax, but they are exempt only if they meet all of the requirements for exemption specified in the tax laws. They are, thus, subject to the tax laws of a Contracting State. Furthermore, if they do not meet the standards specified, they are also required to pay tax. Most States would view such entities as residents for purposes of the Convention (see, for example, paragraph 1 of Article 10 and paragraph 5 of Article 11)*".

---

[208] L'articolo 4(4) della convenzione tra Grecia e Paesi Bassi del 16 luglio 1981, in vigore dal 17 luglio 1984 corrisponde all'articolo 4(3) del Modello OCSE.

[209] Si veda R. COUZIN, *Corporate Residence and International Taxation*, cit., p. 114.

Ciò non toglie, tuttavia, che tale approccio possa non essere condiviso dall'altro Stato contraente.

Infatti, il successivo paragrafo 8.7 afferma che:

> "*In some States, however, these entities are not considered liable to tax if they are exempt from tax under domestic tax laws. These States may not regard such entities as residents for purposes of a convention unless these entities are expressly covered by the convention. Contracting States taking this view are free to address the issue in their bilateral negotiations.*".

ed in effetti alcune Convenzioni disciplinano espressamente l'applicabilità delle loro previsioni anche a certi soggetti che beneficiano di esenzioni da imposta. Così l'art. IV(1) della convenzione tra Stati Uniti e Canada[210] stabilisce quanto segue:

> "[…] *The term "resident" of a Contracting State is understood to include:*
>
> (a) […]
>
> *(b) (i) a trust, organization or other arrangement that is operated exclusively to administer or provide pension, retirement or employee benefits; and*
>
> *(ii) a not-for-profit organization*
>
> *that was constituted in that State and that is, by reason of its nature as such, generally exempt from income taxation in that State.*".

Alla luce di quanto sopra esposto, si può ritenere che la soluzione migliore sarebbe di includere una previsione apposita nei trattati al fine di estendere i benefici convenzionali a determinati soggetti esenti da imposta.

Altra fattispecie che richiede un certo approfondimento è quella di un soggetto che sarebbe assoggettato ad imposta ma i cui redditi sono inferiori ai costi deducibili o alle perdite riportabili, con la conseguenza che, di fatto, non sconta alcuna imposta. In tal caso ritengo che non sarebbe ragionevole negare al soggetto la qualifica di *resident* per il solo fatto di non avere debito d'imposta per quel certo periodo di imposta. In effetti, in questo caso, la presenza di un reddito imponibile si compensa con i costi di periodo o erode la perdita riportata dai precedenti periodi d'imposta, il che, in qualche modo, può essere considerata una modalità (indiretta) di

[210] *Convention between the United States of America and Canada with respect to taxes on income and on capital* del 26 settembre 1980 in vigore dal 16 agosto 1984.

assoggettamento ad imposta.[211]

In questo senso si esprime anche autorevole dottrina. In particolare Baker[212] afferma che:

> "*It seems clear that a person does not have to be actually paying tax to be "liable to tax" - otherwise a person who had deductible losses or allowances, which reduced his tax bill to zero would find himself unable to enjoy the benefits of the convention. It also seems clear that a person who would otherwise be subject to comprehensive taxing but who enjoys a specific exemption from tax is nevertheless liable to tax, if the exemption were repealed, or the person no longer qualified for the exemption, the person would be liable to comprehensive taxation.*"

Il significato dell'espressione "*liable to tax*" è stato al centro di una recente sentenza della Corte Suprema dell'India.[213] Il caso verteva circa il diritto di una serie di società costituite secondo il diritto di Mauritius di beneficiare di non essere assoggettate ad imposizione in India sulle plusvalenze derivanti dalla cessione di azioni in società indiane.

Le società in questione erano state costituite si sensi del *Mauritius Offshore Business Activities Act* ("MOBA") del 1992: pertanto non potevano possedere immobili in Mauritius o azioni di società mauriziane, né avere un conto corrente in rupie mauriziane (se non per quanto necessario allo svolgimento di transazioni derivanti dall'attività ordinaria).

Secondo l'amministrazione finanziaria indiana tali società erano delle "*shell-companies*" che non svolgevano alcuna attività di impresa a Mauritius e che erano state costituite al solo scopo di consentire il realizzo di capital gain non tassati (né in India in forza del Trattato con Mauritius, né in Mauritius).

Il problema del riconoscimento dello *status* di residente in capo a società *off-shore* che, di solito non scontano praticamente alcuna imposta, è affrontato anche dal Commentario al Modello OCSE che, tuttavia, non prende una posizione precisa. Afferma, infatti, che se in linea teorica alle società *off-shore* potrebbe essere negato lo

---

[211] Nel senso che, in assenza di quel reddito, i costi di periodo sarebbero divenuti una perdita riportabile e la perdita utilizzata in quell'anno sarebbe invece stata utilizzata a riduzione del carico fiscale di alti periodi di imposta.

[212] Cfr. P. BAKER, *Double Taxation Conventions and Internazional Tax Law*, Londra, 2003, paragrafo 4B.05.

[213] Sentenza della *Supreme Court of India* del 7 ottobre 2003.

status di residente attraverso l'utilizzo del secondo paragrafo dell'art. 4(1) (che, come illustrato *supra*, esclude che siano residenti ai fini del trattato quei soggetti che sono assoggettati ad imposta in uno Stato contraente soltanto sul reddito di fonte locale), tale soluzione dovrebbe essere valutata con estrema cautela:

> "8.1 *In accordance with the provisions of the second sentence of paragraph 1, however, a person is not to be considered a "resident of a Contracting State" in the sense of the Convention if, although not domiciled in that State, he is considered to be a resident according to the domestic laws but is subject only to a taxation limited to the income from sources in that State or to capital situated in that State. That situation exists in some States in relation to individuals, e.g. in the case of foreign diplomatic and consular staff serving in their territory.*
>
> 8.2 *According to its wording and spirit the second sentence also excludes from the definition of a resident of a Contracting State foreign held companies exempted from tax on their foreign income by privileges tailored to attract conduit companies. It also excludes companies and other persons who are not subject to comprehensive liability to tax in a Contracting State because these persons, whilst being residents of that State under that State's tax law, are considered to be residents of another State pursuant to a treaty between these two States. The exclusion of certain companies or other persons from the definition would not of course prevent Contracting States from exchanging information about their activities (see paragraph 2 of the Commentary on*". (sottolineatura aggiunta)[214]

Secondo la Corte Suprema dell'India sebbene le società beneficiassero di regimi di esenzione su determinati redditi, esse rimanevano comunque soggetti di imposta, "*liable to tax*" ancorché, di fatto, non fossero soggette ad alcuna imposta:

> "*We are inclined to agree with the submission of the appellants that, merely because exemption has been granted in respect of taxability of a particular source of income, it cannot be postulated that the entity is not 'liable to tax' as contended by the respondents.* […]
>
> *The respondents, shifted ground to contend that the fact that a company incorporated in Mauritius is liable to taxation under the Income Tax Act there may be true only in respect of certain class of companies incorporated there. However, with respect to companies which are incorporated within the meaning of the Mauritius Offshore Business Activities Act, 1992 (hereinafter referred to as "MOBA"), this would be wholly incorrect.*
>
> […]
>
> *In our view, the contention of the respondents proceeds on the fallacious premise that liability to taxation is the same as payment of tax. Liability to taxation is a legal situation; payment of tax is a fiscal fact. For the purpose of application of Article 4 of the DTAC, what is relevant is the legal situation, namely, liability to taxation, and not the fiscal fact of actual payment of tax. If this were not so, the DTAC would not have used the words 'liable to taxation',*

[214] Cfr. paragrafi 8.1 e 8.2 del Commentario all'art. 4 del Modello OCSE.

hut would have used some appropriate words like 'pays tax'. On the language of the DTAC, it is not possible to accept the contention of the respondents that offshore companies incorporated and registered under MOBA are not 'liable to taxation' under the Mauritius Income-tax Act; nor is it possible to accept the contention that such companies would not be "resident' in Mauritius within the meaning of Article 3 read with Article 4 of the DTAC.".[215]

È interessante notare in pendenza della sentenza, l'amministrazione finanziaria indiana emetteva una nuova circolare in merito al riconoscimento dello *status* di residente ai fini del trattato India – Mauritius.

In tale documento – il cui testo integrale è di seguito sotto – l'amministrazione finanziaria indiana identifica una interessante linea argomentativa per contrastare il problema della sussistenza di un formale assoggettamento ad imposizione delle società *off-shore* mauriziane.

Essa, infatti, afferma che sebbene tali società siano formalmente assoggettate ad imposta in Mauritius (e ottengono pertanto un certificato di residenza) esse non sono immuni dalla verifica in merito l'eventuale sussistenza di una residenza anche in India. Qualora invero fosse accertato che la società *off-shore* è residente anche in India, ai fini convenzionali prevarrebbe (ai sensi dell'art. 4, paragrafo 3 del Trattato tra India e Mauritius) lo Stato nel quale la società ha il suo "*place of effective management*".

Income Tax Department – Department of Revenue, Ministry of Finance, Government of India

Circular No. 1 of 2003, dt. 10th Feb., 2003.

Sub. Clarification regarding residential status under Indo-Mauritius Double Taxation Avoidance Convention (DTAC)-Reg.

Reference is invited to the Circular No. 789, dt. 13th April, 2000 issued by the Board where it was clarified that "wherever the certificate of residence is issued by the Mauritian authorities, such certificate will constitute sufficient evidence for accepting the status of residence, as well as beneficial ownership for applying DTAC accordingly." The said circular specified the mode of proof of residence of an entity in Mauritius.

Certain doubts have been raised regarding the effect of the aforesaid circular, particularly whether the said circular would also apply to entities which are resident of both India and, Mauritius. In order to remove all doubts on the subject, it is hereby clarified that where an assessee is a resident of both the Contracting States, in accordance with paragraph 1 of article 4 of Indo-

[215] Sentenza della *Supreme Court of India* del 7 ottobre 2003, cit., paragrafi 84-85 e 92.

Mauritius DTAC, then, his residence is to be determined in accordance with paragraph 3 of the said article, which reads as under:

"3. Where, by reason of the provisions of paragraph 1, a person other than an individual is resident of both the Contracting States, then it shall be deemed to be a resident of the Contracting State in which the place of effective management is situated."

In view of the above, where an Assessing Officer finds and is satisfied that a company or an entity is resident of both India and Mauritius, he would be free to proceed to determine the residential status under paragraph 3 of article 4 of DTAC. Where it is found as a fact that the company has its place of effective management in India, then notwithstanding its being incorporated in Mauritius, it would be taxed under the DTAC in India.

The contents of the circular may be brought to the notice of all Commissioners of Income-tax and Assessing Officers in your Region.

[F. No. 500/60/2000-FTD (Pt.)--From Central Board of Direct Taxes]

3.2 Il concetto di *"by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature"*

Come si è detto in precedenza, l'assoggettamento ad imposta che consente l'accesso ai benefici convenzionali deve conseguire dalla circostanza che il contribuente ha il proprio domicilio, la propria residenza, la sede di direzione o altro collegamento simile con lo Stato di cui è *resident* a fini convenzionali.

Si tratta di criteri di collegamento che dovrebbero determinare l'assoggettamento ad imposta sui redditi mondiali (*worldwide taxation*) [216], quantomeno con riferimento agli Stati che la prevedono.

Il fatto che il riferimento del paragrafo 4(1) sia da intendesi come rivolto ai criteri che determinano la tassazione mondiale, o comunque la forma più ampia di imposizione prevista da un determinato ordinamento, si può desumere, tra l'altro, dal tenore letterale del secondo periodo dello stesso paragrafo 4(1); in esso, infatti, si afferma che una persona che è considerata residente in base alla legge di uno degli Stati contraenti, non può essere considerata tale ai fini della Convenzione se è soggetta ad imposta soltanto sul reddito che produce in quello Stato.[217]

---

[216] Vogel, infatti, si esprime in termini di "*full liability to tax, i.e. the most comprehensive form of taxation of a person under the law of that State*". Cfr. K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 229, m. n. 24. Sul punto si rinvia anche a R. COUZIN, op. cit., p. 133 s.

[217] Cfr. Art. 4(1), secondo periodo: "*This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein*.". Lo stesso Commentario avverte, tuttavia che "*Thus it has to be interpreted restrictively*

I termini domicilio, residenza e sede di direzione non sono definiti dal Modello, per cui essi devono essere interpretati sulla base della legge domestica dei singoli Stati contraenti, secondo quanto previsto dall'art. 3, paragrafo 2 del Modello, salvo che il contesto non richieda una interpretazione differente.[218]

Tuttavia, secondo alcuni, tale ultima eccezione (*i.e.* "salvo che il contesto non richieda una interpretazione differente") significa che un ordinamento può applicare qualsivoglia concetto di residenza, domicilio o sede dell'amministrazione tali da far sì che essi includano anche soggetti che non presentano un vero collegamento con il territorio. In altri termini, i termini in questione potrebbero essere interpretati alla luce della normativa domestica degli Stati contraenti ma con alcune limitazioni legate (i) al contenuto ed alle finalità di una convenzione per evitare le doppie imposizioni e (ii) all'applicazione del principio della buona fede nell'interpretazione dei trattati di cui all'art. 31, paragrafo 1 della Convenzione di Vienna[219] sul diritto dei trattati.[220]

Tale interpretazione è ragionevole, anche tenendo conto che l'art. 4(1) richiama anche "*any other criterion of a similar nature*", ossia qualsiasi altro criterio previsto dalla legge degli Stati contraenti che presenti le medesime e caratteristiche dei tre criteri richiamati dalla norma. Una tale nozione ha senso nella misura in cui si possa dare

---

because it might otherwise exclude from the scope of the Convention all residents of countries adopting a territorial principle in their taxation, a result which is clearly not intended.". Questa tesi, sostenuta da K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, terza ed., The Hague – London – Boston, 1997, p. 229 m. n. 24, ma è avversata da R. COUZIN, op. cit., p. 147 che ricorda che la funzione del secondo periodo dell'art. 4(1) è quella di escludere lo *status* di residente ai fini del trattato in capo a quei soggetti, in particolare il personale diplomatico, che risiedono temporaneamente in un certo Stato e che sono assoggettati ad imposizione soltanto sul reddito di fonte locale.

[218] Cfr. art. 3, paragrafo 2: "*As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.*". Su questa norma si rinvia a J. F. Avery Jones et al., The interpretation of tax treaties with particular reference to Art. 3(2) of the OECD Model, in *British Tax Review*, 1984, p. 50 e J. F. AVERY JONES, Art. 3(2) of the OECD Model Convention and the Commentary to it: treaty interpretation, in *European Taxation*, 1993, p. 255.

[219] L. 12 febbraio 1974, n. 112 di Ratifica ed esecuzione della convenzione sul diritto dei trattati, con annesso, adottata a Vienna il 23 maggio 1969..

[220] Si veda R. COUZIN, op. cit., p. 135. Sul ruolo della Convenzione di Vienna nell'interpretazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, si veda E. VAN DER BRUGGEN, Unless the Vienna Convention otherwise requires: notes on the relationship between Article 3(2) of the OECD Model Tax Convention and Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, in *European Taxation*, 2003, p. 142.

un'interpretazione di massima circa il contenuto dei tre criteri.

È interessante rilevare, peraltro, che dal momento che le convenzioni per evitare le doppie imposizioni hanno la funzione di limitare la tassazione dello Stato della fonte, nella maggior parte dei casi è irrilevante che uno Stato si arroghi a torto il ruolo di Stato della residenza. Qualora, invece, sia in discussione quale dei due Stati contraenti sia quello di residenza di un certo soggetto, le *tie-breaker rules* dei paragrafi 4(2) e 4(3) porterebbero alla sconfitta dello Stato con cui il contribuente non presenti un rapporto effettivo.[221]

Si tratta ora di valutare il ruolo dei tre criteri citati dal Modello OCSE (*residence*, *domicile*, *place of management*) ed il loro rapportarsi ai criteri previsti nella legislazione degli Stati contraenti.

Una certa ambiguità deriva dal richiamo del "*place of management*" come criterio di collegamento per la tassazione mondiale, dal momento che l'art. 5 del Modello OCSE utilizza lo stesso termine come fattispecie esemplificativa di una stabile organizzazione. Si deve ritenere, tuttavia, che ad esso possa essere dato rilievo come criterio di *residence* ai fini della Convenzione soltanto nei casi in cui la sede di direzione comporti la tassazione mondiale dell'impresa e non nei casi in cui esso operi al fine di stabilire la tassazione come Stato della fonte (*i.e.* stato di ubicazione di una stabile organizzazione).

Se uno Stato prevede direttamente nella propria legge tributaria uno di quei criteri, allora si potrà subito affermare che tale Stato rispetta le condizioni previste dall'art. 4(1).

Così, dal momento che l'Italia utilizza il concetto di residenza ai fini fiscali, il quale – per quanto attiene alle persone fisiche – fa, a sua volta, riferimento alle nozioni di residenza e domicilio ai sensi del codice civile e all'iscrizione anagrafica, si potrà dire che un soggetto residente ai fini fiscali in Italia è "*liable to tax by reason of his*

---

[221] In questo senso il paragrafo 4 del Commentario OCSE all'art. 4 statuisce che "*Conventions for the avoidance of double taxation do not normally concern themselves with the domestic laws of the Contracting States laying down the conditions under which a person is to be treated fiscally as "resident" and, consequently, is fully liable to tax in that State. They do not lay down standards which the provisions of the domestic laws on "residence" have to fulfil in order that claims for full tax liability can be accepted between the Contracting States. In this respect the States take their stand entirely on the domestic laws.*".

residence", a prescindere dal fatto che la residenza fiscale possa essere stata desunta sulla base del criterio della residenza o del domicilio ai sensi del codice civile ovvero della residenza anagrafica (anche se per la residenza anagrafica potrebbero sussistere dei dubbi in ragione del fatto che questo criterio di tipo eminentemente formale prescinde totalmente da un concreto collegamento con il territorio italiano).

Allo stesso modo, anche per le società, si considererà "*liable to tax by reason of its residence*", una società che sia considerata residente ai fini fiscali in Italia, senza dovere andare ad indagare sulla natura dei criteri della sede legale, della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale e senza dovere verificare se tali criteri possano rientrare nel concetto di *place of management* o siano un "*other criterion of a similar nature*".

Qualora, per contro, uno Stato non utilizzi uno dei tre criteri richiamati dal Modello OCSE per stabilire l'assoggettamento a tassazione mondiale degli individui o delle società, si renderà necessario indagare sulla natura del criterio utilizzato e sulla possibilità di considerarlo un "*other criterion of a similar nature*".

È opinione di chi scrive che per "*other criterion of a similar nature*" si debba comunque intendere un criterio di collegamento *(i)* che comporti un certo collegamento fisico con il territorio dello Stato e *(ii)* che determini la tassazione del reddito mondiale[222] o comunque la più ampia forma di tassazione prevista da quell'ordinamento.[223]

La dottrina[224] si interroga se "*other criterion of a similar nature*" copra tutti i criteri che hanno la stessa *funzione* degli altri criteri menzionati nell'art. 4(1) (nel senso di determinare la più ampia forma di tassazione prevista da quell'ordinamento) o soltanto quei criteri che, oltre ad avere la stessa *funzione* di quelli menzionati, abbiano anche lo stesso *contenuto* (nel senso di essere criteri di tipo sostanziale invece che

---

[222] In tal senso si veda il caso canadese deciso dalla Corte Suprema canadese, *The Queen v. Crown Foresr Industries Limited*, 95 DTC 5389 che definisce "*other criterion of a similar nature*" come "*a basis on which states generally impose full tax liability on world-wide income*".

[223] Per il caso in cui un ordinamento non preveda la tassazione mondiale dei propri residenti. È il caso della Francia, della Corea del Sud, dell'India, del Giappone, dell'Australia e della Nuova Zelanda. Secondo Couzin i criteri menzionati nell'articolo 4 si caratterizzano per determinare una tassazione personale, invece che basata sulla fonte del reddito. Cfr R. COUZIN, op. cit., p. 150 secondo cui "*Article 4(1) residents are meant to be persons whose liability is premised on a personal or locative attachment rather than a connecting factor based on the source of income*".

[224] K. VAN RAAD, Dual residence, in *European Taxation*, 1988, p. 241.

formale).[225]

Quanto sopra affermato in merito alla necessità che l'"*other criterion of a similar nature*" comporti la tassazione mondiale (negli ordinamenti che la prevedono) ha trovato espressa conferma nella nota sentenza della Corte Federale d'Appello canadese nel caso *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*.[226]

Il caso riguardava la possibilità di una società incorporata nelle Bahamas di beneficiare del trattato tra Stati Uniti e Canada[227] e, dunque, della ritenuta ridotta del 10% su certi canoni pagati dalla società canadese Crown Forest Industries.

La società in questione era assoggettata ad imposta negli Stati Uniti in virtù del fatto che vi svolgeva un'attività di impresa ("*conducts a trade or business which is effectively connected with the United States and has income arising from that business which is also effectively connected with the United States*").

Uno dei fattori determinanti la condotta dell'attività di impresa era il possesso di un "*place of management*" negli Stati Uniti che effettivamente è uno dei criteri previsti per la determinazione della residenza ai fini del Trattato.

Il *thema decidendi* è, dunque, essenzialmente se una società che sia assoggettata ad imposta in ragione di un criterio diverso da quelli citati dall'art. IV, paragrafo 1, ma

---

[225] In favore di questa teoria si pronuncia K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 233 m. n. 29 secondo cui "*other criterion of a similar nature*" "*should be understood to mean any locality-related attachment that attracts residence-type taxation*", con ciò escludendo criteri come la sede statutaria, il luogo di costituzione e la nazionalità.

[226] *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada* [1995] 2 S.C.R. Il caso è commentato, in dottrina, anche da D. A. WARD ET AL., A resident of a Contracting State for tax treaty purposes: a case comment on Crown Forest Industries, in *Canadian Tax Journal*, 1996, p. 408.

[227] *Convention between the United States of America and Canada with respect to taxes on income and on capital* del 26 settembre 1980, in vigore dal 16 agosto 1984.

L'Articolo IV, paragrafo 1 del Trattato prevede che: "*For the purposes of this Convention, the term "resident" of a Contracting State means any person that, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of that person's domicile, residence, citizenship, place of management, place of incorporation or any other criterion of a similar nature* […]".

Il successivo paragrafo 3 prevede invece che "*Where by reason of the provisions of paragraph 1 a company is a resident of both Contracting States, then if it was created under the laws in force in a Contracting State, it shall be deemed to be a resident of that State. Notwithstanding the preceding sentence, a company that was created in a Contracting State, that is a resident of both Contracting States and that is continued at any time in the other Contracting State in accordance with the corporate law in that other State shall be deemed while it is so continued to be a resident of that other State.*".

che a sua volta si fonda indirettamente su uno dei criteri richiamati da quella norma ("*place of management*") possa essere considerato residente ai fini del Trattato in ragione di un "*other criterion of a similar nature*".

La Corte Federale d'Appello canadese esamina la questione sotto due diversi profili. Prima di tutto valuta se la società possa essere considerata residente "*by reason of* […] *his place of management*". La risposta della Corte è giustamente negativa in quanto il presupposto per l'assoggettamento ad imposta della società non era il possesso di un "*place of management*" negli Stati Uniti, ma lo svolgimento di un'attività di impresa.[228]

In secondo luogo, la Corte si interroga se il requisito dello svolgimento di un "*trade or business*" possa essere considerato un "*other criterion of a similar nature*".

Anche in questo caso la risposta della Corte è negativa. La condotta di un'attività d'impresa negli Stati Uniti, infatti, determina la tassazione in quello Stato soltanto del reddito prodotto localmente e non del reddito mondiale, come invece dovrebbe accadere all'esito del riconoscimento dello *status* di residente ai fini del Trattato:

> "*In this respect, the criteria for determining residence in Article IV, paragraph 1 involve more than simply being liable to taxation on some portion of income (source liability); they entail being subject to as comprehensive a tax liability as is imposed by a state. In the United States and Canada, such comprehensive taxation is taxation on world-wide income. However, tax liability for the income effectively connected to a business engaged in the U.S., pursuant to s. 882 of the Internal Revenue Code, amounts simply to source liability. Consequently, the "engaged in a business in the U.S." criterion is not of a similar nature to the enumerated grounds since it is but a basis for source taxation.*"[229] (sottolineatura aggiunta)

In altri termini, secondo la Corte, dal momento che la forma più ampia di tassazione prevista sia dal Canada sia dagli Stati Uniti è la tassazione *worldwide*, residente ai fini del Trattato è soltanto un soggetto che presenti un collegamento con l'ordinamento che ne comporta l'assoggettamento a tassazione sul reddito ovunque prodotto.

È interessante notare come la Corte giunga a tale conclusione nonostante l'articolo IV

---

[228] *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, cit. paragrafo 33: "*In fact, the place of management criterion was found not to be a factor which in itself would determine the corporation's income to be effectively connected with the conduct of its U.S. trade or business* […]" e ancora, più avanti al paragrafo 36 "[…] *the veritable lynch-pin of Norsk's U.S. tax liability is the "engaged in a trade or business" criterion, not the "place of management* […]".

[229] *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, cit. paragrafo 40.

del Trattato non includa la statuizione – prevista invece nel corrispondente articolo del Modello OCSE e dello US Model[230] – che esclude la qualifica di residente ai fini delle convenzioni ai soggetti che siano tassati soltanto sul reddito prodotto localmente.

Correttamente, infatti, la Corte rileva che la norma citata è stata introdotta per disciplinare la particolare situazione del personale diplomatico e non per stabilire un criterio (ossia che residente è colui che è assoggettato alla forma di imposizione più ampia prevista dagli Stati contraenti e, dunque, nella maggior parte dei casi alla *worldwide taxation*) che è già pienamente desumibile dal primo periodo dell'art. 4:

> "*The authority for the proposition that only those who are liable to tax on their world-wide income can be justifiably considered residents for the purposes of international taxation conventions is found in the first sentence in Article 4 of the OECD Model Convention and the absence of the second sentence in the Canada-United States Income Tax Convention (1980) does not detract therefrom. This is because the second sentence is relevant to a situation in which a person is considered a resident under domestic law but where that person, by reason of a special privilege, nevertheless is not subject to tax on the basis of world-wide income.*".[231]

La Corte giunge, in sostanza, alla conclusione che l'intento degli Stati contraenti era di riconoscere lo *status* di residente ai fini del Trattato soltanto a soggetti sottoposti alla tassazione mondiale in uno degli Stati contraenti.[232] In caso contrario, infatti,

---

[230] Articolo 4, paragrafo 1, second periodo dello US Model: " *This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or of profits attributable to a permanent establishment in that State*". La formulazione del modello statunitense è, dunque, più ampia rispetto a quella del Modello OCSE, in quanto esclude anche dalla nozione di residente ai fini del trattato anche i soggetti che siano tassati in un certo Stato soltanto sul reddito delle loro stabili organizzazioni. Le Technical Explanation allo US Model spiega la prima parte della disposizione riprendendo l'esempio dei diplomatici usato dal Modello OCSE: *A person who is liable to tax in a Contracting State only in respect of income from sources within that State or capital situated therein or of profits attributable to a permanent establishment in that State will not be treated as a resident of that Contracting State for purposes of the Convention. Thus, a consular official of the other Contracting State who is posted in the United States, who may be subject to U.S. tax on U.S. source investment income, but is not taxable in the United States on non-U.S. source income (see Code section 7701(b)(5)(B)), would not be considered a resident of the United States for purposes of the Convention. Similarly, an enterprise of the other Contracting State with a permanent establishment in the United States is not, by virtue of that permanent establishment, a resident of the United States. The enterprise generally is subject to U.S. tax only with respect to its income that is attributable to the U.S. permanent establishment, not with respect to its worldwide income, as it would be if it were a U.S. resident.*".

[231] Cfr. *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, cit., paragrafo 58.

[232] Cfr. *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, cit., paragrafo 62: "*I find persuasive the*

sarebbe fin troppo facile realizzare manovre di *treaty shopping* instaurando un "*place of management*" negli Stati Uniti che svolge un'attività di impresa modesta, ma che consente alla società di avere lo *status* di residente ai fini del Trattato con il Canada:

> "[…] *under the respondent's interpretation, a foreign corporation whose place of management is in the U.S. would be a resident of the U.S. for purposes of the Convention notwithstanding that such a corporation may not have any effectively connected income to the U.S. and hence no U.S. tax liability at all. I find this possibility to be highly undesirable. "Treaty shopping" might be encouraged in which enterprises could route their income through particular states in order to avail themselves of benefits that were designed to be given only to residents of the contracting states. This result would be patently contrary to the basis on which Canada ceded its jurisdiction to tax as the source country, namely that the U.S. as the resident country would tax the income. On this point, see also Richard G. Tremblay, "Crown Forest -- Tax Treaty Interpretation Bonanza" (1994), 4 Can. Curr. Tax C41.".*[233]

Alla luce di quanto sopra, si ritiene pertanto possibile affermare, che qualora uno Stato determini la residenza delle società sulla base di criteri diversi da quelli citati nell'art. 4, si tratterà di verificare se gli stessi possiedono tratti in comune rispetto ai criteri citati e possano essere considerati, pertanto criteri "*of a similar nature*".

Così ad esempio nel caso in cui uno Stato consideri residenti le società in base al criterio del *place of incorporation*.

Non è infrequente, tuttavia, che gli Stati che considerano residenti ai fini interni le società ivi costituite inseriscano nelle loro convenzioni il criterio del luogo di costituzione all'interno dell'articolo 4. L'art. 4 del Modello di Convenzione degli Stati Uniti del 2006, ad esempio, a differenza del Modello OCSE, menziona anche il *place of incorporation* e la cittadinanza.[234]

In merito al *place of incorporation*, analogamente ai criteri della cittadinanza e della nazionalità, si ritiene debbano valere le osservazioni dianzi riportate con riferimento all'esistenza di due possibili interpretazioni del concetto di "*other criterion of a similar nature*", l'una nel senso che esso valga ad includere tutti i criteri che

---

submission that only those corporations that are liable to taxation for the full amount of their world-wide income meet the definition of "resident" in the Canada-United States Income Tax Convention (1980). This appears to me to be the intention of the contracting parties.".

[233] Cfr. *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, cit., paragrafo 52.

[234] Cfr. Art. 4, paragrafo 1 dello US Model 2006: "*For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, citizenship, place of management, place of incorporation, or any other criterion of a similar nature ….*".

determinano una tassazione mondiale (o comunque la più ampia prevista dall'ordinamento interessato), l'altra che esso comprende soltanto i criteri che condividono la stessa natura sostanziale dei criteri richiamati dall'art. 4(1).

È opinione di chi scrive che la lettera del Modello OCSE non autorizzi a restringere la nozione di "*other criterion of a similar nature*" fino a negarne l'applicazione nei confronti di criteri che comunque determinano la tassazione mondiale del soggetto. Scopo dell'articolo 4 è essenzialmente, infatti, quello di attribuire lo *status* di residente ai fini del trattato soprattutto allo scopo di limitare la tassazione dello Stato della fonte.

Non vi è dubbio, dunque, che un soggetto sottoposto a tassazione illimitata in base a qualsivoglia criterio di collegamento previsto da un determinato Stato sia meritevole di beneficiare delle previsioni del trattato stipulato tra gli Stati di residenza e della fonte. È chiaro, del resto che in caso di conflitto di residenza tra i due Stati contraenti, la residenza determinata sulla base di criteri che non condividano le stesse caratteristiche sostanziali dei criteri citati nell'art. 4(1) è destinata a soccombere al *test* del *place of effective management*.

In effetti, negli ordinamenti in cui è previsto, esso determina l'applicazione della tassazione mondiale della società. Inoltre, in molti Stati – come l'Italia[235] – esso determina la nazionalità della società e, dunque, anche la legge regolatrice della stessa, di modo che tale criterio può essere ritenuto atto a creare un sufficiente collegamento tra la società ed il territorio dello Stato.[236]

Discorso a parte merita la cittadinanza. Vi sono almeno due ordinamenti – Stati Uniti e Filippine – che prevedono l'assoggettamento a tassazione mondiale dei propri cittadini, ancorché residenti all'estero.

Si tratta di verificare, dunque, se la tassazione in base alla nazionalità possa essere assimilata alla tassazione in base agli altri tre criteri menzionati dall'articolo 4(1) sia, dunque, un "*other criterion of a similar nature*".

È opinione di chi scrive, infatti, che, in assenza di apposita previsione del trattato tale

---

[235] Art. 25 L. n. 218 del 31 maggio 1995.

[236] *Contra* K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, terza ed., The Hague – London – Boston, 1997, p. 233, m. n. 30.

criterio non possa essere considerato un "*other criterion of a similar nature*" in quanto, se è vero che esso determina la tassazione *worldwide* del soggetto, non presenta, però, un collegamento geografico con il territorio.[237]

E' tuttavia evidente che qualora – come espressamente previsto dal Modello di convenzione degli Stati Uniti – la cittadinanza sia espressamente inclusa tra i criteri del paragrafo 4(1), qualsiasi ulteriore ragionamento circa la natura di questo criterio sarà inutile.

A tal riguardom si ricorda che gli Stati Uniti spesso impongono l'inclusione, nei loro trattati, della c.d. *saving clause* di cui all'art. 1(4) del Modello di convenzione degli Stati Uniti che stabilisce:

> *"Except to the extent provided in paragraph 5, this Convention shall not affect the taxation by a Contracting State of its residents (as determined under Article 4 (Resident)) and its citizens. Notwithstanding the other provisions of this Convention, a former citizen or former long-term resident of a Contracting State may, for the period of ten years following the loss of such status, be taxed in accordance with the laws of that Contracting State."*

Per effetto di tale previsione, dunque, gli Stati Uniti si riservano di applicare le limitazioni previste dal trattato ai soli *non resident aliens* (ossia agli stranieri non residenti), mentre non incontreranno alcuna limitazione nell'applicare la loro legislazione domestica ai cittadini o ai residenti statunitensi.

In considerazione di quanto sopra, si è dell'opinione che qualora il singolo trattato non includa espressamente la nazionalità tra i criteri dell'art. 4(1), si deve ritenere che essa non possa essere considerata ricompresa nella locuzione "*other criterion of a similar nature*" in quanto se è vero che essa determina la tassazione *worldwide* del soggetto, non presenta, però, un collegamento geografico con il territorio.

4. LA *TIE-BREAKER RULE* DELL'ART. 4, PARAGRAFO 3 DEL MODELLO OCSE

Come si è visto all'inizio del paragrafo 2 di questo Capitolo, le Convenzioni che si ispirano al Modello OCSE si applicano nei confronti di un soggetto che sia *resident* di uno o entrambi gli Stati contraenti.

---

[237] Concorde sul punto anche K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 233 m. n. 30.

In questa seconda ipotesi, tuttavia, la Convenzione prevede dei criteri attraverso i quali una soltanto delle due residenze finisce per prevalere.

Ciò in quanto, ai fini di una Convenzione per evitare le doppie imposizioni, soltanto uno degli Stati contraenti potrà essere considerato lo Stato di residenza ai fini dell'applicazione della stessa Convenzione.

A tale scopo, i paragrafi 2 e 3 dell'art. 4 del Modello OCSE stabiliscono le così dette *tie-breaker rules*, ossia delle regole per dirimere i conflitti di residenza tra gli Stati contraenti.[238]

Secondo il Commentario OCSE – che sul punto tuttavia risulta tutt'altro che convincente per le ragioni che saranno più diffusamente spiegate nel Capitolo VI – modo l'art. 4 risolverebbe tutti i problemi di c.d. *concurrent full liability to tax* (ossia di coesistenza della pretesa di due Stati alla tassazione mondiale).[239]

L'articolo 4(2) opera al fine di stabilire lo Stato di residenza di un individuo, attraverso una serie di criteri volti a identificare sostanzialmente lo Stato che presenta

---

[238] Il Commentario all'art. 4 del Modello OCSE, al paragrafo 21 afferma che i conflitti di residenza sono piuttosto rari: "*This paragraph concerns companies and other bodies of persons, irrespective of whether they are or not legal persons. It may be rare in practice for a company, etc. to be subject to tax as a resident in more than one State, but it is, of course, possible if, for instance, one State attaches importance to the registration and the other State to the place of effective management. So, in the case of companies, etc., also, special rules as to the preference must be established*.".

[239] Cfr. il Commentario all'articolo 23 A e 23B, paragrafo 3 s.: "*3. International juridical double taxation may arise in three cases:*

a) where each Contracting State subjects the same person to tax on his worldwide income or capital (concurrent full liability to tax, cf. paragraph 4 below);

b) where a person is a resident of a Contracting State (R)1 and derives income from, or owns capital in, the other Contracting State (S or E) and both States impose tax on that income or capital (cf. paragraph 5 below);

c) where each Contracting State subjects the same person, not being a resident of either Contracting State to tax on income derived from, or capital owned in, a Contracting State; this may result, for instance, in the case where a non-resident person has a permanent establishment in one Contracting State (E) through which he derives income from, or owns capital in, the other Contracting State (S) (concurrent limited tax liability, cf. paragraph 11 below).

4. The conflict in case a) is reduced to that of case b) by virtue of Article 4. This is because that Article defines the term "resident of a Contracting State" by reference to the liability to tax of a person under domestic law by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature (paragraph 1 of Article 4) and by listing special criteria for the case of double residence to determine which of the two States is the State of residence (R) within the meaning of the Convention (paragraphs 2 and 3 of Article 4).".

con quel determinato soggetto il collegamento più stretto[240] (identificato come il centro degli interessi vitali o il luogo della dimora abituale).

Con riferimento alle società e più in generale ai soggetti diversi dalle persone fisiche, la *tie-breaker rule* è alquanto più semplice dal momento che il paragrafo 3 dell'art. 4 prevede un unico criterio:

> "*Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated.*".

La maggior sinteticità della norma, tuttavia, non deve affatto lasciare intendere che la risoluzione dei conflitti di residenza dei soggetti diversi dalle persone fisiche sia più facile di quella di quest'ultimi Tutt'altro, le società e gli enti non hanno una presenza fisica ed un'esistenza indipendente (dal punto di vista materiale, non legale) rispetto ai suoi membri, il che rende più complessa l'identificazione di criteri di connessione con il territorio.

Come si evince dalla lettera della norma, l'effetto dell'art. 4(3) è soltanto quello di stabilire quale sia lo Stato di residenza ai fini dell'applicazione di quella particolare Convenzione, privando in tal modo l'altro Stato della possibilità di assoggettare ad imposizione i redditi di quel soggetto rispetto ai quali non sia Stato della fonte.

Con riferimento ad una società il risultato dell'applicazione dell'art. 4(3) sarà che lo Stato "perdente" potrà assoggettare ad imposizione soltanto quei redditi che si considerano prodotti in quello Stato sia in base alla sua legislazione interna e sia in base alle disposizioni della convenzione (redditi di impresa prodotti da una stabile

---

[240] Cfr. art. 4(2) del Modello OCSE: "*Where by reason of the provisions of paragraph 1 an individual is a resident of both Contracting States, then his status shall be determined as follows:*

a) he shall be deemed to be a resident only of the State in which he has a permanent home available to him; if he has a permanent home available to him in both States, he shall be deemed to be a resident only of the State with which his personal and economic relations are closer (centre of vital interests);

b) if the State in which he has his centre of vital interests cannot be determined, or if he has not a permanent home available to him in either State, he shall be deemed to be a resident only of the State in which he has an habitual abode;

c) if he has an habitual abode in both States or in neither of them, he shall be deemed to be a resident only of the State of which he is a national;

d) *if he is a national of both States or of neither of them, the competent authorities of the Contracting States shall settle the question by mutual agreement.*".

organizzazione, dividendi, interessi, ecc).

Deve essere precisato che l'applicazione dell'art. 4(3) non determina il venir meno del diritto dello Stato "perdente" di considerare, ai soli fini domestici, la società come residente di quello Stato, ma soltanto del suo diritto di assoggettare a tassazione il suo reddito mondiale. L'art. 4, paragrafo 3, stabilisce, infatti, soltanto la residenza ai fini dell'applicazione del trattato.

In linea teorica, l'effetto dell'art. 4(3) non dovrebbe influenzare i rapporti con altri Stati contraenti. Pertanto, lo Stato perdente dovrebbe essere considerato lo Stato di residenza ai fini dell'applicazione di una Convenzione per evitare le doppie imposizioni stipulata con uno Stato terzo. Tuttavia e con riserva di un maggiore approfondimento in seguito, è opportuno segnalare fin da ora che tale interpreazione non appare più condivisa dall'OCSE. Con le modifiche al Commentario del 2008, infatti, l'OCSE ha adottato un approccio che, confermando quanto la prassi statunitense e la massima giurisprudenza olandese avevano in precedenza affermato (sebbene in circostanze particolari di cui si darà conto nel Capitolo VI), disconoscono la qualità di *resident* nei confronti di una *persona* che ha perso la residenza a favore di un altro Stato nel contesto di una convenzione per evitare le doppie imposizioni.

4.1 Il significato autonomo del criterio del *place of effective management*

In dottrina ci si è posti il quesito se il *place of effective management* debba essere interpretato (anche) in base alla legge interna dei due Stati contraenti (con il rischio di avere due possibili interpretazioni per la stesa locuzione) ovvero se ad esso debba essere attribuito un significato autonomo e quindi indipendente dalla legislazione degli stessi.

Invero, il dubbio origina dalla circostanza che il *place of effective management* non è definito nel Modello OCSE; conseguentemente, torna applicabile il paragrafo 2[241] dell'art. 3 il quale richiede che per l'interpretazione dei termini non ivi definiti sia necessario rifarsi al significato ad essi attribuito dalla legislazione degli Stati

[241] Il paragrafo 2 dell'art. 3 del Modello OCSE recita come segue:

"As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State".

contraenti, salvo che il contesto del trattato non richieda un significato autonomo (*i.e.* indipendente dalle leggi degli Stati contraenti).

La risposta che la dottrina[242] si è data è a favore di un significato autonomo della locuzione "*place of effective management*"; trovando tale autonomia una giustificazione eziologica nella essenza stessa della sua funzione di *tie-breaker rule*.

In altri termini, la locuzione in commento ha la funzione di risolvere un conflitto tra i due Stati contraenti che si è originato dall'interpretazione del termine "residente" da essi eseguita in base alle loro rispettive leggi interne; conseguentemente, la interpretazione circa il significato e la portata del *place of effective management* non può essere dipendente e fare riferimento alle medesime leggi interne (degli Stati contraenti) che hanno creato il conflitto. Diversamente operando, infatti, quest'ultimo rimarrebbe insoluto e la locuzione in questione sarebbe strutturalmente inadatta a conseguire lo scopo per il quale essa è stata inserita. La conseguenza del permanere di tale conflitto, infatti, sarebbe proprio quella doppia imposizione giuridica che le convenzioni si prefiggono di eliminare.

In senso del tutto conforme e si ritiene decisivo, si segnala anche il contenuto del rapporto[243] dell'Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea (predecessore dell'OCSE) che aveva suggerito il testo di una previsione[244] del tutto analoga all'attuale art. 4(3) del Modello; orbene, nel commentario a tale articolo, viene esplicitamente evidenziato che nessuna soluzione alla doppia residenza fiscale

---

[242] In senso conforme si segnala, *ex pluribus*, E. BURGSTALLER E K. HASLINGER, *Place of Effective Management as a Tie-Breaker-Rule-Concept, Developments and Prospetcs*, in Intertax, Volume 32, 2004, p. 380; J.D.B.O., *British Tax Review*, 2001, p. 290; L. HINNEKENS, *Revised OECD-TAG Definition of Place of Effective Management in Treaty Tie-Breaker Rule*, Intertax, 2003, p. 315; S. SHALHAV, The Evolution of Article 4(3) and Its Impact on the Place of Effective Management Tie Breaker Rule, Intertax, 2004, p. 460 e segg.; M. LANG, *Doppelbesteuerungsabkommen und innerstaatliches Recht*, 1992, p. 104; K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 262 m. n. 104. Sull'interpretazione autonoma dei termini utilizzati nei trattati si veda la decisione della Corte Amministrativa austriaca del 31 luglio 1996 riportata da D. AIGNER – T. VETTER, 'Autonomous' interpretation of tax treaties? Administrative court provides guidance, in *European Taxation*, 1998, p. 95 e della Corte Suprema (*Hoge Raad*) olandese del 3 luglio 1991 annotata da P. M. SMIT, Classification of income under a tax treaty – application of the Vienna Convention on treaty law?, in *European Taxation*, 1992, p. 57.

[243] *The Elimination of Double Taxation*, Report of the Fiscal Committee of the OEEC (Paris, 1958).

[244] "[*W*]*here by reason of the provisions of paragraph 1 a legal person is a resident of both contracting states, then it shall be deemed to be resident of the contracting state in which its place of effective management is situated. The same provision shall apply to partnerships and associations, which are not legal persons under the laws by which they are governed*"..

può essere raggiunta se si interpreta la disposizione in base alle leggi interne degli Stati contraenti, affermando quindi che tale locuzione deve necessariamente avere un significato pattizio autonomo[245].

Per il che, avendo a riferimento l'oggetto e le finalità delle convenzioni contro le doppie imposizioni, si deve necessariamente concludere che il "contesto" del trattato imponga una interpretazione del *place of effective management* fondata su un concetto autonomo dalle leggi interne dei due Stati contraenti.

5. IL CRITERIO DEL "*PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT*"

Come si avrà meglio modo di illustrare in seguito, le origini del *place of effective management* possono esser fatte risalire alla relazione degli esperti incaricati dal Segretario Generale della Lega delle Nazioni nel 1922.[246] In tale relazione si afferma infatti che ai fini delle imposte dirette:

> "*the fiscal domicile should be the place where the concern has its effective center i.e. the place where the "brain", management and control of the business are situated.*
> *If this definition is accepted, businesses will be prevented from nominally transferring their head-quarters to a place where the taxes are lower than in the country where the effective center of the business is situated*".

La *tie-breaker rule* dell'articolo 4(3) del Modello ed il relativo Commentario provengono dal Modello del 1963 e sono rimasti sostanzialmente inalterati fino al 2000 per poi subire delle (in parte) contrastanti modifiche in quell'anno e nel Commentario del 2008 (rimanendo, invece, inalterata in quello del 2010).

Ma che tipo di sede di direzione è il *place of effective management*? La migliore dottrina risponde: la più effettiva possibile, quella che assume le decisioni e adotta le strategie più importanti.[247]

Nello stesso senso anche una significativa giurisprudenza in materia[248], secondo cui

---

[245] In senso conforme, si segnala Sarig Shalhav, *The Evolution of Article 4(3) and Its Impact on the Place of Effective management Tie Breaker Rule*, Intertax, Volume 32, issue 10, p. 467.

[246] Si veda League of Nations Doc. F212, *Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations*, Ginevra, 1925.

[247] Così J.D.B. OLIVER, Effective management, in *British Tax Review*, 2001, p. 291.

[248] *Wensleydale's Settlement Trustees v. IRC* (1996) STC (SCD) 241. Il caso riguardava un trust, i cui trustee erano l'uno residente in Irlanda, l'altro nel Regno Unito e la questione era quella della residenza del trust (inteso come a *person other than an individual*) ai fini del trattato tra Irlanda e

“"effective" implies realistic, positive management. The place of effective management is where the shots are called, to adopt a vivid transatlantic colloquialism”.

Le nozioni di sede di direzione e di sede di direzione effettiva sono utilizzate dal Modello in più occasioni. Non soltanto nell’art. 4(1) già esaminato (“*place of management*”), ma anche nell’art. 5(2)(a) come esempio di stabile organizzazione (“*place of management*”) e nell’art. 8(1) e (2)[249] sulla tassazione delle imprese che operano nel traffico internazionale e che sono assoggettate ad imposizione soltanto nello Stato dove si trova il “*place of effective management*” (cui corrisponde anche l’art. 13(3)[250] sull’alienazione dei mezzi di trasporto usati nel traffico internazionale, l’art. 15(3) sulla tassazione del reddito di lavoro prodotto a bordo di mezzi impegnati nel traffico internazionale e nell’art. 22(3) sulla tassazione patrimoniale).

La dottrina, tuttavia, ritiene di ravvisare una sostanziale differenza tra “*place of management”* e “*place of effective management”*. Infatti, mentre l’espressione “*place of management*” deve essere interpretata sulla base della legge domestica di ciascuno Stato contraente, il “*place of effective management*” dell’articolo 4(3) deve essere interpretato in modo autonomo rispetto alla legislazione domestica degli Stati contraenti.

In effetti, come illustrato in precedenza, poiché tale concetto serve come *tie-breaker rule* per dirimere un conflitto tra gli Stati contraenti, è ragionevole che l’interpretazione di tale criterio non sia rimessa ai singoli Stati.[251]

L’autonomia della nozione di “*place of effective management”* trova poi un’ulteriore conferma nella circostanza che l’OCSE negli ultimi anni, a partire dal 2000, si è più

Regno Unito. Poiché entrambi gli Stati consideravano il trust ivi residente, la causa si incentrava sul concetto di *place of effective management* ai fini dell’applicazione della *tie-breaker rule*.

[249] Cfr. Art. 8(1) e (2) del Modello OCSE: “*Profits from the operation of ships or aircraft in international traffic shall be taxable only in the Contracting State in which the place of effective management of the enterprise is situated. Profits from the operation of boats engaged in inland waterways transport shall be taxable only in the Contracting State in which the place of effective management of the enterprise is situated.*”.

[250] Cfr. Art. 13(3) del Modello OCSE: “*Gains from the alienation of ships or aircraft operated in international traffic, boats engaged in inland waterways transport or movable property pertaining to the operation of such ships, aircraft or boats, shall be taxable only in the Contracting State in which the place of effective management of the enterprise is situated.*”.

[251] In tal senso si veda anche J.F. AVERY JONES, Place of effective management as a residence tie-breaker, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, p. 22.

volte preoccupata di (cercare di) ridefinire e chiarire questa nozione. [252]

Pertanto, se è vero, dunque, che la nozione di "*place of effective management*" deve essere interpretata alla luce dello spirito delle convenzioni contro le doppie imposizioni ed in via autonoma rispetto alla legge domestica degli Stati contraenti, diviene allora è necessario cercare di identificare le caratteristiche autonome di questa nozione.

È opinione di chi scrive che i principi relativi all'interpretazione del "*place of effective management*" debbano essere desunti dalla ricostruzione storica di tale locuzione nell'ambito delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni[253] nonché dalla giurisprudenza degli Stati fondatori dell'OCSE[254] ed infine anche in ragione delle specificazioni riportate del Commentario OCSE.[255] [256]

In primo luogo, il "*place of effective management*" origina dal criterio che in molti Stati OCSE è il (quantomeno principale) criterio di determinazione della residenza ai fini domestici. In particolare, tale criterio assume due diverse connotazioni a seconda dell'ordinamento di provenienza.

Mentre la giurisprudenza dei paesi di *common law* si incentra sul criterio del "*central management and control*", in diversi Stati di *civil law* si utilizza la sede dell'amministrazione ("*place of management*").

Nondimeno, entrambi i criteri presentano importanti momenti di somiglianza rispetto al *place of effective management* del Modello OCSE. La stessa OCSE riconosce che "[*i*]*n the absence of any specific definition of "place of effective management", many commentators have been influenced by concepts used in domestic tax law residence*

---

[252] Così J.D.B. OLIVER, Effective management, cit. p. 290.

[253] A tal proposito si rimanda al successivo paragrafo 6.

[254] A tal proposito si rimanda al successivo paragrafo 9.

[255] A tal proposito si rimanda al successivo paragrafo 7.

[256] Sul ruolo del Commentario OCSE nell'interpretazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni si rinvia a K. VOGEL, The influence of the OECD Commentaries on treaty interpretation, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, p. 616; M. J. ELLIS, The influence of the OECD Commentaries on treaty interpretation - Response to Prof. Dr Klaus Vogel, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, p. 617; M. LANG, "Later Commentaries of the OECD Committee on Fiscal Affairs, not to affect the interpretation of previously concluded tax treaties", in *Intertax*, 1997, p. 8; H. AULT, The role of the OECD Commentaries in the interpretation of tax treaties, in *Intertax*, 1994, p. 144.

rules, such as "central management and control" and "place of management", when considering the meaning of the term "place of effective management"".[257]

A ben vedere, la dottrina, la giurisprudenza e la prassi più che avere preteso di applicare le definizioni domestiche di "*central management and control*" o di "*place of management*", hanno cercato di individuare le similitudini tra queste ed il "*place of effective management*".

Vogel[258], ad esempio, afferma che sussistono elevate somiglianze tra il significato attribuito dalla giurisprudenza a "*Ort der Geschäftsleitung*" (la sede di direzione) e il *place of effective management*.

Analogamente, Oliver[259] ravvisa una sostanziale somiglianza tra *central management and control* e *place of effective management*.[260]

La stessa giurisprudenza inglese, in una pronuncia[261] che contiene un'analisi dettagliata del *place of effective management* osserva: "*In relation to a company the place of its effective management is the place where 'its business is managed and controlled'*".

Anche la prassi concorda. Un recente Ruling australiano[262] afferma, infatti, che "*'Effective management' has a similar meaning to 'central management and control'*".[263]

---

[257] OECD, *The impact of the communications revolution on the application of "place of effective management" as a tie breaker rule – A discussion paper from the technical advisory group on monitoring the application of existing treaty norms for the taxation of business profits*, 2001, paragrafo 16.

[258] Cfr. K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 262 m. n. 104.

[259] Cfr. J.D.B. OLIVER, Effective management, cit., p. 293.

[260] In termini ancora più decisi P. OWEN, Can effective management be distinguished form central management and control?, in *British Tax Review*, 2003, p. 296 afferma l'identità dei due concetti. Ciò trova conferma nel commento inserito dal Regno Unito al Modello OCSE del 1963 (e non ripreso nel Modello del 1977) secondo cui "*a company shall be regarded as resident in the state in which 'its business is managed and controlled', it has been made clear, on the United Kingdom side, that this expression means the 'effective management' of the enterprise*".

[261] *Wensleydale's Settlement Trustees v Commissioners of Inland Revenue*, cit.

[262] Australian Government – Australian Taxation Office: Interpretative Decision 2005/73. Il testo integrale del *ruling* è riportato nell'Appendice Documentale.

[263] Nello stesso senso ci pare esprimersi la giurisprudenza inglese che nel caso *Wood* (si veda *infra* al paragrafo 9) in cui si afferma: "*For those reasons I would uphold the judge's decision to reverse the special commissioners' finding as to the residence of Eulalia on the basis of the central management and control test. That makes it unnecessary for me to consider what the position*

Tuttavia, non sono mancate alcune voci discordanti. Ad esempio l'*Inland Revenue* inglese[264], come si avrà modo di meglio illustrare *infra*, ha affermato:

> "*It is now considered that effective management may, in some cases, be found at a place different from the place of central management and control. This could happen, for example, where a company is run by executives based abroad but the final directing power rests with non-executive directors who meet in the UK. In such circumstances the company's place of effective management might well be abroad but, depending on the powers of the non executive directors, it might be centrally managed and controlled (and therefore resident) in the UK*".

L'esempio dell'amministrazione finanziaria inglese appare comunque abbastanza contraddittorio[265] perché, come l'OCSE ha chiarito nel Commentario nel 2000 il "*place of effective management"* è il luogo dove "*the actions to be taken by the entity as a whole are determined*" e, dunque, nell'esempio precedente, il Regno Unito, con conseguente sovrapposizione di *central management and control* e *place of effective management*.

Nei paragrafi che seguono saranno esaminati i tratti tipici dei due diversi criteri con particolare enfasi ed approfondimento per quello di matrice anglosassone ("*central management and control*") in quanto è opinione di chi scrive che, alla luce della ricostruzione storica di seguito proposta, ad esso debba corrispondere il significato della locuzione "*place of effective management"* (nel senso quindi di una sorta di primazia del primo rispetto al secondo).

6. ALLA RICERCA DELLE ORIGINI DEL CRITERIO DEL *PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT*

6.1 Considerazioni introduttive sulle origini di tale espressione

6.1.1 Il criterio del "place of management"

Nei paesi dell'Europa continentale, la residenza delle società è spesso determinata utilizzando un criterio che potrebbe essere identificato con il termine "*place of management*" (così in Belgio, Italia, Paesi Bassi, Norvegia, Svizzera, Portogallo,

---

would have been if the effective place of management test posed by the double tax convention had become relevant. I have already indicated that I find it very difficult to see how, in the circumstances of this case, the two tests could lead to different answers".

[264] UK Inland Revenue, Statement of practice – "*Company residence*", SP1/90, 1990.

[265] Concorda J.D.B. OLIVER, Effective management, cit., p. 293.

Austria e Germania).

Secondo la giurisprudenza del Reichsfinanzhof e poi del Bundesfinanzhof tedeschi, ma anche del Verwaltungsgerichtshof austriaco, l'individuazione del "*place of management*" è una questione di fatto, esattamente come per il "*place of effective management*".

In base alla legge tedesca ed austriaca il "*place of management*" si rifà al centro delle decisioni di vertice della società.

E lo stesso vale, come abbiamo già avuto modo di vedere nel Capitolo II, anche con riferimento alla sede dell'amministrazione prevista dall'art. 73 TUIR, nel senso che la sede dell'amministrazione si trova nel luogo da cui provengono gli impulsi volitivi della vita amministrativa della società.

Inoltre, mentre inizialmente si era ritenuto che potesse esistere un unico "*place of management*" (in quanto luogo dove si assumono le decisioni di vertice), l'evoluzione delle nuove tecnologie ha recentemente messo in crisi l'unicità del "*place of management*", esattamente come accaduto per il "*place of effective management*". Si è dunque affermato, in due recenti decisioni del Bundesfinanzhof tedesco[266] che, se è vero che una società deve avere almeno un "*place of management*", può risultare che essa ne abbia più di uno.

6.1.2 Il criterio del "central management and control"

La prevalenza del criterio del luogo di gestione della società rispetto al luogo di costituzione ai fini della determinazione della residenza fiscale delle società si è andata affermando nella giurisprudenza inglese già nel diciannovesimo secolo.

Nel 1874 la sentenza *Attorney General v. Alexander*[267] affermava che una banca costituita e avente sede in Turchia non fosse residente nel Regno Unito, nonostante avesse ivi una *branch*, perché la residenza fiscale doveva determinarsi in base alla sede della banca.

Soltanto un paio di anni più tardi, però, nelle cause riunite *Calcutta Jute Mills*,

---

[266] Bundesfinanzhof, 15 ottobre 1997, IR 76/95, Deutsches Steuerrecht - Entscheidungsdienst 1998, p. 233; Bundesfinanzhof , 16 dicembre 1998, R 138/97, Bundessteuerblatt II 1999, p. 437.

[267] *Attorney General v. Alexander*, (1874) LR 10 Ex 20 (Exchequer Court, England).

Limited[268] e *Cesena Sulphur Company, Limited* si affermava che la residenza fiscale di due società inglesi, l'una operante in India, l'altra in Italia, doveva trovarsi nel luogo dove si svolgeva l'attività effettiva delle società (*"real business" test*) quest'ultima intesa però dai giudici inglesi come il luogo in cui si riunivano gli amministratori della società.[269]

Il *"real business" test* venne successivamente affinato nella successiva sentenza *De Beers Consolidated Mines, Limited*[270] che costituisce ancora oggi una pietra miliare nella giurisprudenza in tema di residenza delle società.[271] In tale sentenza si afferma che: "*a company resides, for purposes of income tax, where its real business is carried on* […] *I regard that as the true rule; and the real business is carried on where the central management and control actually abides*".[272]

L'abbandono del criterio della sede viene giustificato in *De Beers* sulla base di ragioni di carattere prettamente antielusivo: "*An individual may be of foreign nationality, and yet reside in the United Kingdom. So may a company. Otherwise it might have its chief seat of management and its centre of trading in England under the protection of English law, and yet escape the appropriate taxation by the simple*

---

[268] *Calcutta Jute Mills, Limited v. Nicholson (Surveyor of Taxes), Cesena Sulphur Company, Limited v. Nicholson (Surveyor of Taxes),* (1876) 1 TC 83, 88 (House of Lords, England).

[269] "*Then what is the residence of this artificial person? I think that all Counsel are agreed here, that the residence of an artificial person, like a trading corporation, must be considered to be where he carries on his business, where the real trade and business is carried on* ..... (omissis) ... *then I have to ask myself where was the place where the real and substantial business was carried on – where was le centre de l'entreprise, the central point? Looking at the facts I can only answer that question by saying that in both cases it was in England.* ..... (omissis) ... *At first it did seem that the centre if the business was in Italy* [tuttavia dopo aver considerato lo Statuto della società il giudice Huddleston B.si esprime come segue:] *It seems, indeed, that almost every act of the company connected with the administrative part of the business is to be done n London* ..... (omissis) ... *I think, therefore, that the main place of business if the company is in England and that there is at Cesena merely an agency, as it were, of the principal house, that agency being confined to he manufacture and sale of the sulphur, but under the direction of the principal house"*.

[270] *De Beers Consolidated Mines, Limited v. Howe (Surveyor of Taxes),* (1905-1906) 5 TC 198 (King's Bench Division, Court of Appeal, House of Lords, England).

[271] Nel diritto inglese il criterio del "*central management and control*" è stato parzialmente superato dalla presunzione secondo cui tutte le società incorporate nel Regno Unito sono ivi residenti ai fini fiscali, ancorché il "*central management and control*" sia all'estero. Tale criterio continua, dunque, a trovare applicazione nei confronti delle società costituite all'estero.

[272] "*una società risiede ai fini fiscali nel luogo dove si svolge l'effettiva attività di impresa* […] *Considero questa la vera regola; e l'effettiva attività di impresa è svolta dove si trova la sua gestione e controllo centrali*" (sottolineatura aggiunta). Il verbo è utilizzato al singolare in quanto "*central management and control*" viene considerata come una locuzione unitaria.

expedient of being registered abroad and distributing its dividends abroad".

Già in questa pronuncia si avverte nettamente l'esigenza di identificare il luogo dove la società è effettivamente ("*actually*") gestita e non il luogo da dove si suppone che dovrebbe esserlo: "[*t*]*his is a pure question of fact, to be determined, not according to the construction of this or that regulation or byelaw, but upon a scrutiny of the course of business and trading*".[273]

Il "*central management and control test*" affermato in *De Beers* colloca, dunque, la residenza di una società nel luogo in cui si concentra la gestione dell'attività amministrativa centrale della società.

La società De Beers venne considerata residente nel Regno Unito in quanto, nonostante i suoi uffici amministrativi si trovassero in Sud Africa e in quel luogo si svolgesse anche l'attività di estrazione dei diamanti, nonché una parte delle riunioni dei suoi direttori, "*it is clearly established that the majority of directors and life governors live in England, that the directors' meetings in London are the meetings where <u>the real control is always exercised in practically all the important business of the company except the mining operations</u>. London has always controlled the negotiation of the contracts with the diamond syndicates, has determined policy in the disposal of diamonds and other assets, the working and development of mines, the application of profits, and the appointment of directors. London has also always controlled matters that require to be determined by the majority of all the directors, which include all questions of expenditure except wages, materials, and such-like at the mines, and a limited sum which may be spent by the directors at Kimberley*" (sottolineatura aggiunta).

Come ribadito anche dalla giurisprudenza successiva a *De Beers* "*the paradigm of central management and control of the business of the company is the exercise of such management and control by directors of a company sitting as a board*".[274]

Di solito, dunque, il "*central management and control*" si trova nel luogo dove si riuniscono gli amministratori. Così afferma, ad esempio una (relativamente) recente

---

[273] Cfr. anche *American Thread Co v. Joyce* (1913) - 108 LT 353: "*the real test ... and that which has been accepted as a test, is where what we should call the head office in popular language is, and where the business of the company is really directed and carried on in that sense*.".

[274] Cfr. *R. v. Allen* (1999) STC 846 (Court of Appeal, Criminal Division, England).

circolare dell'amministrazione finanziaria australiana:[275]

> "*a board meeting is treated as being held in Australia when the majority of directors of the company meet in Australia. If the location of the directors at board meetings is evenly split within and outside Australia, then the location of any directors with special powers may be decisive. This is also subject to the exception for cases where the circumstances indicate an artificial or contrived CM&C outcome.*"

Il "*central management and control*" si trova nel luogo dove vengono trattate le decisioni strategiche per la società, gli accordi fondamentali e le questioni finanziarie:

> "*This level of management and control involves the high level decision making processes, including activities involving high level company matters such as general policies and strategic directions, major agreements and significant financial matters. It also includes activities such as the monitoring of the company's overall corporate performance and the review of strategic recommendations made in the light of the company's performance*".[276] (sottolineatura aggiunta"

Soltanto eccezionalmente qualora il consiglio di amministrazione sia stato svuotato di ogni potere e la società sia, in effetti, amministrata da altri soggetti in altro luogo, lì si trova la sede della società.[277]

Nello stesso senso si esprime anche l'amministrazione finanziaria australiana[278]:

> "*The exception to this is cases where the circumstances indicate an artificial or contrived CM&C outcome. For example, where there is no business reason for the location of the meeting or where the decisions are made by someone other than the Board.*".

In considerazione dei possibili significati ascrivibili, ed in fatto ascritti, nei vari Stati alla locuzione "*place of effective management*", si ritiene opportuno condurre una ricostruzione storica di tale sintagma al fine di accertarne l'esistenza di un unico significato di tale locuzione.

---

[275] Australian Government – Australian Taxation Office: Taxation Ruling TR 2004/15. Il testo integrale è riportato nell'Appendice Documentale.

[276] Taxation Ruling TR 2004/15, cit..

[277] Si veda nella giurisprudenza inglese *Unit Construction Co Ltd v. Bullock (Inspector of Taxes)* [1960] AC 351: "*the boards of directors of the African subsidiaries (who are people on e would have expected to find exercising control and management) were standing aside in all matters of real importance and in any matters of minor importance affecting the central management and control, and we find that the real control and management was being exercised by the board of directors of Alfred Booth & Co., in London*". Su questa sentenza, si rinvia più diffusamente al successivo paragrafo 9 di questo Capitolo.

[278] Taxation Ruling TR 2004/15, cit.

Si è quindi analizzato il significato attribuito al concetto di residenza delle società nonché a locuzioni aventi analoga funzione di *tie-breaker rule* con riferimento, dapprima, ai lavori in tema di convenzioni contro le doppie imposizioni condotti in seno alla Lega delle Nazioni ed all'Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea (OCEE) e, successivamente, in seno all'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE).

6.2 I lavori in seno alla Lega delle Nazioni

6.2.1 I Quattro Economisti

Negli studi[279] condotti dai Quattro Economisti[280] su mandato della Lega delle Nazioni si può facilmente osservare come la questione della residenza societaria sia stata quasi completamente ignorata. E', infatti, interessante notare come il riferimento alle problematiche inerenti alle società sia pressoché inesistente.

Le uniche eccezioni sono costituite dalla menzione del problema della doppia tassazione economica connessa alla tassazione dei dividendi e da un breve cenno alle possibili ripercussioni delle decisioni degli azionisti nella gestione di una società[281].

Non vi sono, invece, considerazioni in merito alla residenza della società. In proposito, è tuttavia interessante notare come già a quel tempo i Quattro Economisti riconobbero la possibilità che una società fosse gestita "a distanza" e non solo dal luogo in cui essa svolge attualmente la propria attività di impresa[282].

Nel concludere il loro rapporto i Quattro Economisti espressero l'opinione che la questione della doppia tassazione avrebbe potuto essere efficacemente risolta attraverso un sistema di imposizione basato sulla tassazione esclusiva alla fonte

---

[279] League of Nations, *Report on Double Taxation* (*Document EFS73 F19*). Il documento può essere reperito al seguente indirizzo internet http://setis.library.usyd.edu.au.

[280] G W J *Bruins*, Luigi *Einaudi*; Edwin Robert Anderson *Seligman* e Sir Josiah *Stamp*.

[281] RICHARD VANN, "Liable to tax and company residence under tax treaties", *Sydney Law School -Legal Studies Research Paper*, 2010, pp. 210-211.

[282] "*It is true that the manager of the factory can generally do the most effective work on the spot, but it no necessarily so. In not a few instances the real brains of the management may be found at distance*" (p. 30 del Report on Double Taxation). "*While in most cases the commercial manager can do most effective work on the spot or in the place where the head office is situated, there are many exceptions to the rule, and control at a distance is far more possible than before*" (p. 31 del Report on Double Taxation).

(specialmente per quei redditi direttamente o indirettamente correlati all'impresa o ai beni immobili) ovvero nello stato della residenza (*rectius*, "domicile" - specialmente per quei redditi direttamente o indirettamente correlati ai beni mobili).

Essi non si soffermarono sul tema della residenza (*rectius*, "domicile") delle società se non in via incidentale facendo riferimento al luogo in cui le persone che controllano e gestiscono l'impresa sono ubicate[283].

6.2.2 Il Comitato degli Esperti ed il Comitato Fiscale

In parallelo al mandato assegnato ai Quattro Economisti, nel 1922 il Segretariato Generale della la Lega delle Nazioni richiese ai principali Stati europei di nominare degli esperti (il "Comitato degli Esperti") con il mandato di analizzare le questioni della doppia tassazione e dell'evasione fiscale, con particolare enfasi sullo studio delle convenzioni allora in essere. Tale comitato presentò un *report* nel 1925[284], una bozza di modello nel 1927 e più bozze nel corso del 1928.

Nel *report* del 1925 la nozione di residenza riferita alle società ("*fiscal domicile*") non ricevette alcuna attenzione se non una superficiale affermazione volta a riconoscere che vi dovrebbe essere una diversa definizione di residenza societaria rispetto a quella della residenza degli individui.

La definizione di residenza societaria, quale concetto completamente indipendente rispetto alla normativa interna degli Stati contraenti, è stata considerata dal Comitato degli Esperti come il modo più efficace per eliminare qualsiasi confusione riguardo a questo problema.

Più in particolare, la residenza societaria doveva considerarsi esistente dove si trova il "*centro effettivo dell'attività di impresa*". Procedendo con l'elaborazione del

---

[283] In senso conforme, SHALID SHALHAV, "The evolution of article 4(3) and its impact on the place of effective management tie-breaker rule', 32 *Intertax* (2004), p.464.

[284] League of Nation Doc. F212, "Report and Resolution" presentato dal Comitato degli Esperti al Financial Committee della Lega delle Nazioni (Ginevra, 1925). Il rapporto è suddiviso in quattro sezioni, La sezione I costituisce una introduzione al rapporto; la Sezione II affronta il tema della doppia imposizione; la Sezione III affronta il tema dell'evasione fiscale e la Sezione IV è costituita dalle conclusioni ai cui è giunto il Comitato degli Esperti. Per un'analisi approfondita del rapporto cfr. anche J.G. HERNDON, "Relief from International Double Taxation: *The Development of International Reciprocity for the Prevention of Double Income Taxation* ", Callaghan and Company, Chicago, 1932.

concetto, essi spiegarono come il centro effettivo è quello dove si trova "*il "cervello", la gestione ed il controllo delle attività di impresa*" (traduzione dell'autore)[285].

Il riferimento all'effettiva attività di gestione è espressamente riconosciuto come criterio atto ad impedire pratiche elusive volte a trasferire solo formalmente la residenza della società[286].

In merito all'origine della locuzione utilizzata, essi espressamente affermarono che il concetto di "centro effettivo dell'attività di impresa" venne mutuato dall'analisi delle attività di trasporto marittimo internazionale. In tale contesto, infatti, addivenire ad una ripartizione equa tra i vari Stati del reddito prodotto sarebbe stato praticamente impossibile[287]; conseguentemente, il Comitato degli Esperti si risolse nel senso che, su base di reciprocità, l'unico Stato legittimato ad assoggettare a tassazione il reddito prodotto dall'imprese di trasporto marittimo avrebbe dovuto essere quello nel cui territorio era situato il "centro effettivo dell'attività di impresa".[288]

E' quindi possibile inferire che, data la (allora presunta) univocità di tale criterio, esso venne adottato per identificare, in modo altrettanto univoco, la residenza delle società.

La scarsa attenzione dimostrata nei confronti del concetto di residenza fiscale riferita alle società è in qualche modo giustificabile in relazione alla suddivisione dei criteri di imposizione da essi individuati: imposizione "personale" ed imposizione "reale". Mentre la prima era incentrata sulla figura dell'individuo (con la conseguenza che la definizione di residenza ricevette adeguata attenzione), la seconda era imperniata

---

[285] "*The fiscal domicile should be the place where the concern has its effective centre i.e. the place where the "brain", management and control of the business are situated". If this definition is accepted, business will be prevented from nominally transferring their headquarter to a place where the taxes are lower than in the country where the effective centre of the business is situated*" (p. 21 del "*Report and Resolution*" presentato dal Comitato degli Esperti al *Financial Committee* della Lega delle Nazioni).

[286] La sezione del report rilevante recita come segue: "*2. Fiscal Domicile of Companies or Corporate Bodies. The State which has the right to levy the tax is the State in which the head office is situated or, if that office is not the real centre of management and control of the undertaking, the State in which this centre is situated.*".

[287] Cfr. "Report and Resolution" presentato dal Comitato degli Esperti al Financial Committee della Lega delle Nazioni, p. 16.

[288] Cfr. Resolution I, Double Taxation, Impersonal or Schadular Taxes, Letter C(2)(a) del "Report and Resolution" presentato dal Comitato degli Esperti al Financial Committee della Lega delle Nazioni.

sulle cose; le società furono evidentemente considerate alla stregua di cose atteso che, come si vedrà in seguito, nella bozza di modello del 1927 alla residenza delle società non venne dedicata alcuna attenzione. In proposito, è utile notare come, in entrambi i criteri di imposizione sopra indicati, il soggetto sia comunque determinato; nondimeno, nelle imposte "reali" l'oggetto dell'imposizione è costituito dal singolo presupposto impositivo e, a differenza di quanto accade per le imposte "personali", le condizioni del soggetto non assumono alcun rilievo, poiché il presupposto è valutato in modo isolato. Un'ulteriore differenza tra le imposte "personali" e quelle "reali" si ravvisa nel fatto che queste ultime sono tendenzialmente applicate su base territoriale e non su base mondiale come avviene per le prime.

Nel corso dell'incontro tenutosi a Londra nell'aprile del 1927 il Comitato degli Esperti approvò ben quattro bozze di convenzione ed emise risoluzioni e raccomandazioni su alcune questioni ancora aperte in tema di fiscalità internazionale. Il primo testo di bozza convenzione per evitare le doppie imposizioni approvata riguardava le imposte personali ed impersonali.[289]

Il modello di convenzione assegnava i diritti di imposizione agli Stati contraenti in conformità alle conclusioni a cui erano pervenuti sia i Quattro Economisti sia il Comitato degli Esperti.

L'ambito di applicazione della bozza di convenzione in commento riguardava quelle persone (fisiche e giuridiche) che erano "contribuenti" degli Stati contraenti. Nel merito della definizione di "contribuente", la bozza non contiene una definizione precisa, limitandosi ad indicare che lo stesso può essere riferito a quelle persone che sono soggetto di imposta in quello Stato poiché ha ivi hanno il proprio domicilio fiscale ovvero perché conseguono in quello Stato elementi di reddito. [290]

Come menzionato in precedenza, né la bozza di convenzione né il commentario ad esso relativo descrissero il concetto di "*fiscal domicile*" sebbene fosse riconosciuta la

---

[289] Cfr. LON (League of Nation) Doc. C216, M. 85, 1927, p. 10.

[290] P. JOHAN HATTINGH nel suo articolo ("Article 1 of the OCD Model: Historical Bacjground and the Issues Surrounding It", *Bullettin of International Fiscal Documentation*, vol. 57 - 2003 -, n. 5) descrive in modo compiuto la definizione di "contribuente di uno Stato contraente" come una "persona che è soggetto di imposta in quello Stato poiché ha ivi il propri domicilio fiscale ovvero perché consegue in quello Stato elementi di reddito" (traduzione non ufficiale). L'autore evidenzia che tale tipo di definizione si rifà a concetti sostanziali e tralascia quelle formali non sussistendo alcun cenno a criteri formali quale, ad esempio, quello della nazionalità.

possibilità di contribuenti con "*fiscal domicile*" in entrambi gli Stati contraenti e fossero stati di conseguenza indicati opportuni criteri di allocazione sia dei diritti impositivi sia delle fonti del reddito[291]. Con riferimento alle persone giuridiche, il domicilio fiscale poteva essere fatto coincidere con la loro sede legale, ancorché confermata da evidenze fattuali.[292]

Un possibile contributo alla identificazione del significato da attribuire alla locuzione "*place of effective management*" (POEM) può essere rintracciato nell'articolo 4 della bozza di convenzione in commento laddove, con riferimento alla tassazione dei redditi derivanti dalle azioni o titoli similari, si afferma che "*il reddito della azioni e dei titoli similari sarà tassato nello Stato in cui il reale centro di gestione e controllo dell'impresa è situato"* (traduzione dell'Autore).[293] Il commentario a tale disposizione definisce, in modo un po' tautologico, il concetto di *"reale centro di gestione e controllo dell'impresa"* come (lo Stato nel quale) *"la gestione ed il controllo dell'impresa*" (è situata).

Inoltre, l'articolo 5, paragrafo 5, della bozza di convenzione dispone che "*il reddito riveniente dall'esercizio dell'impresa di trasporto marittimo sarà tassato solo nello Stato in cui l'effettivo centro di gestione è ubicato*" (traduzione dell'Autore).[294] Tale riferimento al concetto di "*real centre of management*" è stato spiegato nel commentario a tale disposizione come "*gestione e controllo delle attività di impresa*" (traduzione dell'Autore).[295]

Di fatto l'articolo 5, paragrafo, 5 costituisce una deroga agli ordinari criteri di tassazione dei redditi di impresa previsti dall'articolo 5, paragrafo 1, in forza del quale gli stessi sono tassati nello Stato in cui è ubicata la stabile organizzazione.

---

[291] Cfr. documento citato alla nota 291, p. 12.

[292] Come indicato da S. SHALHAV, supra nota 285, p. 465 "*Where the fiscal domicile of a legal entity is concerned, such* [*i.e.* il termine "*fiscal domicile*", n.d.A] *could be understood to be 'their fictional presence as borne out by physical facts' "*.

[293] Il testo in lingua inglese riportato a p. 14 del documento citato alla nota 291 è il seguente: "Income from shares or similar interest shall be taxable in the state in which the *real centre of management and control* of the undertaking is situated " (enfasi aggiunta).

[294] Il testo in lingua inglese riportato a p. 15 del documento citato alla nota 291 è il seguente: "*Income from maritime shipping shall be taxable only in the state in which the* <u>*real centre of management*</u> *is situated* " (sottolineatura aggiunta).

[295] Il testo in lingua inglese riportato a p. 15 del documento citato alla nota 291 con riferimento al significato della locuzione "*real centre of management*" è il seguente: "*management and control of the enterprise*".

Diversamente, per quelle imprese con attività sparse nel mondo come quelle marittime, la bozza di convenzione riconosce l'esclusivo diritto di imposizione allo Stato contraente in cui è ubicato il cervello dell'impresa di navigazione[296]. Ciò è di assoluta rilevanza poiché, come si vedrà in seguito, dall'analisi dei lavori preparatori dell'OCEE emerge in modo incontroverso che il significato attribuito alla locuzione "*real centre of management*" relativo alle attività di trasporto marittimo costituisce il fondamento legale del significato da attribuirsi alla locuzione "*place of effective management*" inserita all'articolo 4, paragrafo 3 del Modello OCSE.

Il concetto di "*real centre of management*" è contenuto, sebbene formalmente definito come "*fiscal domicile*", in tutte le bozze di convenzione predisposte in seno alla Lega delle Nazioni. Tuttavia, nella bozza di convenzione del 1928[297] non esiste alcuna definizione ulteriore di "*fiscal domicile*" né una sua ulteriore spiegazione o delucidazione è contenuta nel relativo commentario.[298]

Nel 1928 vennero approvati due differenti modelli di convenzione al fine di conformarsi alle principali forme di tassazione (imposizione reale o personale) adottate dagli Stati membri nonché alle differenti modalità di imposizione (alla fonte o in base al criterio della residenza) con riferimento ai *passive income*. Nella prospettiva del concetto di residenza, non fa aggiunto alcunché rispetto a quanto riportato nel 1925 e nel 1927.

Al concetto di residenza delle società non fu dato particolare rilievo se non con riferimento a principi per contrastare possibili manovre elusive volte ad artificialmente mutarne l'ubicazione (*rectius*, la residenza). Tale circostanza non deve destare stupore se si considera che a quel tempo la maggior parte degli Stati tassava esclusivamente i redditi che avevano fonte in quello Stato e nessuna o scarsa rilevanza era attribuito al concetto di residenza[299].

---

[296] Cfr nota 87.

[297] League of Nations, General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Double Taxation and Tax Evasion, Report Presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion (Document C 562 M 178 1928 II).

[298] In proposito, è curioso notare come la bozza di convenzione del 1928 venne presentata in tre versioni (I-a, I-b e I-c) e l'articolo 1° della versione I-b, diversamente dalle altre due, prevedeva che il reddito fosse impossibile solo nello Stato del "*fiscal doimicile*" del contribuente essendo del tutto irrilevante che lo stesso avesse una stabile organizzazione nell'altro Stato contraente.

[299] Cosi si esprime VANN, *op. cit.*, p. 216.

Nel corso della riunione del Comitato degli Esperti tenutasi a Ginevra nel 1928, il Consiglio della Lega delle Nazioni decise di nominare un comitato fiscale ("Comitato Fiscale") con il mandato di approfondire le questioni rimaste insolute a seguito del lavoro del Comitato degli Esperti.

Nel corso del 1930 una proposta di convenzione multilaterale[300] fu presentata dal Comitato Fiscale. Sebbene l'ipotesi di testo convenzione multilaterale fu rinviata dal Comitato Fiscale per futuri approfondimenti stante la presa d'atto dei suoi membri che i "tempi non erano ancora maturi"[301], si ritiene utile ripercorrere le bozze dei testi presentati poiché dalla loro lettura e dalla lettura dei relativi commentari si possono trarre importanti spunti ai nostri fini.

La proposta di testo di convenzione multilaterale del 1930 recitava come segue:

> *"The profit derived by a company from the operation of industrial, commercial or agricultural undertakings shall not be taxable in a country other than that in which the <u>real centre of management of the company</u> is situated unless the company has one or more permanent establishments in such other country.*
>
> *Branches, mines and oilfields, fixed plants, factories, workshops, agencies, warehouses, offices and depots shall be regarded as permanent establishments"* (sottolineatura aggiunta)

Si tratta, nei fatti, di una versione di testo che assomiglia alle attuali disposizioni dell'articolo 7, comma 1, del Modello OCSE.

Nel merito della nostra indagine si rileva che lo Stato in cui è ubicato il "*real centre of management*" non è espressamente definito come lo Stato ove è ubicato il "*fiscal domicile*". Tuttavia, la circostanza che la ragione della imposizione in uno Stato non sia ascrivibile alla presenza di una stabile organizzazione ovvero di una fonte del reddito in quello Stato costituisce un forte indizio che esso costituisca, seppur implicitamente, la definizione di "*fiscal domicile*"[302]. Inoltre, e del tutto

---

[300] League of Nations Fiscal Committee: Report to the Council on the Work of the Second Session of the Committee (Document C 340 M 140 1930 II).

[301] Cosi si esprime VANN, *op. cit.*, p. 219, dopo aver letto i verbali degli incontri del Comitato degli Esperti.

[302] Cosi si esprime VANN, *op. cit.*, p. 216.

coerentemente con tale interpretazione, nella definizione di "stabile organizzazione" venne eliminato ogni riferimento al concetto di "*real centre of management*". Nondimeno, l'intera questione venne riassegnata ai sottocomitati di lavoro per ulteriori approfondimenti.

Nel corso di un ulteriore incontro tenutosi nel 1931, al Comitato degli Esperti vennero presentati tre modelli di convenzione multilaterale, a testimonianza delle profonde differenze interpretative e di impostazione allora esistenti.

Di queste tre versioni è meritevole notare che esse contengono un testo dell'articolo in tema di "*business profit*" che assomiglia molto a quello dell'attuale articolo 1 del Modello OCSE, sebbene imperniato con concetto di "*fiscal domicile*":

> *"Taxable persons and entities having their fiscal domicile in the territory of one of the contracting States and deriving, in whole or in part, from the territory of one or more of the other contracting States any of the forms of income to which this Convention relates, shall, in so far as such income is concerned, be accorded the special treatment defined in the following articles.*
>
> *For the purposes of the present Convention, the fiscal domicile of a natural person is the place of his normal residence, in other words, his permanent home, while <u>the fiscal domicile of a juristic person is its real centre of management</u>."* (sottolineatura aggiunta).

Il Comitato degli Esperti, cambiò il testo del "*business profit*" come segue:

> *"The income of industrial, commercial or agricultural enterprises shall only be taxable in the States in which they have permanent establishments, each of these States being authorised to tax the profit derived from the permanent establishments situated in its territory. …*
>
> *For the purposes of the present article, the following shall be regarded as <u>permanent establishments</u>; <u>real centres of management</u>, branches, mines and oilfields, permanent installations, factories, workshops, agencies, warehouses offices and depots."* (sottolineatura aggiunta).

Pertanto, alla luce del cambiamento operato del Comitato degli Esperti alle proposte

di convenzione multilaterale, la questione se il concetto di "*real centres of management*" determini la (sola) emersione di una stabile organizzazione ovvero il "*fiscal domicile*" di una persona giuridica è rimasto ancora insoluto. Purtroppo, i lavori su questi aspetti sembrano essersi fermati perché non ne esiste alcuna traccia ulteriore nei verbali delle sottocommissioni.

Nondimeno, sempre a questo proposito è interessante notare come il Comitato degli Esperti aveva anche iniziato ad approfondire la questione del "*transfer pricing*". All'assistente (Mr. Carroll) del delegato statunitense (Mr. Adams) venne affidato il compito di studiare la materia e di redigere il rapporto al Comitato degli Esperti. Sebbene le conclusioni dei suoi studi in tema di "*transfer pricing*" siano illuminanti per la loro attualità, si desidera richiamare l'attenzione su un passaggio della sua relazione[303] che tratta della questione del "*fiscal domicile*":

> *"The General Meeting of Governmental Experts, 1928,29 adopted as the test of fiscal domicile for all types of business enterprises, whether belonging to an individual, a partnership or a corporation, the place where the real centre of management is situated. The real centre of management will, of course, coincide with the statutory seat as a general rule, but, if it is situated in a different place, then the location of the real centre of management determines fiscal domicile. This concept coincides with the British criterion of "central management and control", but obviously conflicts with the existing criteria in many countries."* (sottolineatura aggiunta).

Nel corso della sessione di lavoro tenutasi a Ginevra nel giugno del 1933, il Comitato Fiscale ha approvato una bozza di convenzione per evitare le doppie imposizioni relative alle sole attività di impresa e del relativo commentario[304]. La bozza di convenzione aveva un struttura multilaterale essendo questa l'impostazione preferita nel consesso della Lega delle Nazioni. Con riferimento alla tassazione dei redditi di impresa, la bozza di convenzione mantenne, per quanto qui di interesse, l'impianto

---

[303] *"Taxation of Foreign and National Enterprises Volume 4: Methods of Allocating Taxable Income"* reperibile al seguente indirizzo internet http://setis.library.usyd.edu.au/oztexts/parsons.html item 5.

[304] Cfr. LON (League of Nation) Doc. C399, M.204, II A, June 1933 (reperibile al seguente indirizzo: http://setis.library.usyd.edu.au/pubotbin/toccer-new?id=brulegi.sgml&images=acdp/gifs&data=/usr/ot&tag=law&part=8&division=div1).

delle precedenti bozze.

L'articolo 1[305] assegna il diritto primario di imposizione allo Stato in cui l'impresa ha il "*fiscal domicile*", derogato laddove il reddito sia attribuibile ad una stabile organizzazione. L'articolo 2(a) della bozza Protocollo al modello afferma che il termine "*impresa*" comprende "*ogni forma di attività economica esercitata da un individuo, da una società di persona, una società o da un'altra entità*" (traduzione dell'Autore)[306] mentre l'articolo 2(b) definisce il termine "*fiscal domicile*" come il luogo in cui è ubicato il "*real centre of management*" dell'impresa[307]. Nella definizione di "stabile organizzazione"[308] è ricompreso anche il concetto di "*centre of management*" il che è, all'evidenza, abbastanza curioso. Il commentario non fornisce alcun ulteriore ausilio interpretativo essendo del tutto silente sul punto.

Da quanto sommariamente indicato, è chiaro come il concetto di "*fiscal domicile*" si applichi non solo alle società ma anche agli individui e come lo stesso (*rectius*, il concetto di "*real centre of management*") trovi espressione anche nella definizione di "stabile organizzazione". Tutto ciò appare abbastanza contraddittorio se analizzato con il prisma interpretativo attuale laddove i sistemi fiscali sono improntati alla tassazione su base mondiale imperniata sulla residenza del contribuente; è invece meno incongruente se calato nella realtà dell'epoca ove la maggior parte della tassazione avveniva in base al principio della tassazione alla fonte.

Nella versione della bozza di convenzione multilaterale definitivamente approvata dal

---

[305] L'articolo 1 recita come segue: "*An enterprise having its fiscal domicile in one of the contracting States shall not be taxable in another contracting State except in respect of income directly derived from sources within its territory and, as such, allocable, in accordance with the articles of this Convention, to a permanent establishment situate in such State. If a permanent establishment of an enterprise in one State extends its activities into a second State in which the enterprise has no permanent establishment, the income derived from such activities shall be allocated to the permanent establishment in the first State.*".

[306] Il testo in lingua inglese recita come segue: "*As used in this Convention, the term "enterprise" includes every form of undertaking, whether carried on by an individual, partnership, corporation or any other entity*".

[307] Il testo in lingua inglese recita come segue: "*The term "fiscal domicile" for the purposes of this Convention means the place where an enterprise, as defined under (a) above, has its real centre of management*".

[308] Il testo in lingua inglese recita come segue: "*The term "permanent establishment" includes real centre of management, branches, mines and oil-wells, plantations, factories, workshops, warehouses, offices, agencies, installations, and other fixed places of business, but does not include a subsidiary company*".

Comitato degli Esperti nel 1935[309], il testo dell'articolo sui "*business profit*" era sostanzialmente coincidente con la bozza del 1931 ed assomiglia all'attuale articolo 7, paragrafi 1 e 2 del Modello OCSE:

> *"An enterprise having its fiscal domicile in one of the contracting States shall not be taxable in another contracting State except in respect of income directly derived from sources within its territory and, as such, allocable, in accordance with the articles of this Convention, to a permanent establishment situate in such State. …*
>
> *If an enterprise with its fiscal domicile in one contracting State has permanent establishments in other contracting States, there shall be attributed to each permanent establishment the net business income which it might be expected to derive if it were an independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions."*

Nel merito della questione del "*fiscal domicile*", analizzando il Protocollo alla bozza di convenzione permane, purtroppo, una certa ambiguità atteso che la locuzione "*real centre of management*" viene impiegata sia con riferimento al concetto in questione[310] sia a quello di "stabile organizzazione"[311].

Rimane pertanto una certa ambiguità circa il significato di "*fiscal domicile*" e la sua relazione con il concetto di "*real centre of management*" in seno alla varia documentazione predisposta dai diversi comitati che, in seno alla Lega delle Nazioni, si sono occupati della questione.

6.3 Il Modello di Londra e del Messico

Nel 1946, nonostante la seconda guerra mondiale, i lavori dei vari comitati (e il loro

---

[309] League of Nations Fiscal Committee: Report to the Council on the Fifth Session of the Committee (Document C 252 M 124 1935 II A).

[310] L'art. 2(b) del Protocollo recita come segue: "*The term "fiscal domicile" for the purposes of this Convention means the place where an enterprise, as defined under (a) above, has its real centre of management*".

[311] L'art. 2(c) del Protocollo recita come segue: "*The term "permanent establishment" includes real centres of management, branches, mines and oil-wells, plantations, factories, workshops, warehouses, offices, agencies, installations, and other fixed places of business, but does not include a subsidiary company.*

impatto sulla nozione di residenza societaria o "*fiscal domicile*") si conclusero con la stesura dei modelli di convenzione di Londra e del Messico[312].

Come rilevato dalla dottrina[313], questi modelli di convenzione sembrano essere un ritorno a modelli del 1928 seppure si intravedono i progressi compiuti nel corso degli anni '30.

I due modelli presentano molti elementi in comune ed una significativa differenza sul tema della residenza fiscale. Invero, la definizione del Modello del Messico era coerente con quella adottata dalla maggior parte dei sistemi legali americani che erano fautori della cd. dottrina della "costituzione", in forza della quale, una società è residente nello Stato nel quale essa è costituita. Il Modello di Londra era, invece, coerente con la dottrina del "*real centre of management*" alla quale si ispirava la maggior parte dei trattati di doppia imposizione conclusi da paesi europei, in forza della quale una società è residente nello Stato in cui è ubicato i suo "*central management and control*".

Tale impostazioni sono riscontrabili nei commentari[314] di entrambi i modelli. Nondimeno, con riferimento al Modello di Londra e come riscontrato da autorevole dottrina[315], il numero di trattati che riportava tale locuzione era in apparenza assai ridotto avendone l'autore riscontrati solo due[316]. Come si vedrà successivamente, l'esiguità dei trattati che facevano riferimento a tale locuzione risulta altresì confermata dal secondo rapporto del 1957 del *Working Party 2* dell'OCEE laddove viene espressamente indicato che "*il termine proposto dal Modello di Londra "real centre of management is situated" è raramente utilizzato*"(traduzione dell'autore).

Analizzando il Modello di Londra, in quanto maggiormente in linea con il Modello OCSE è possibile rilevare quanto segue.

---

[312] League of Nations Fiscal Committee: Report on the Work of the Tenth Session of the Committee. (Document C 37 M 37 1946 II A) League of Nations Fiscal Committee London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text (Document C 88 M 88 1946 II A).

[313] Cosi si esprime VANN, *op. cit*., p. 222.

[314] I Commentari al London and Mexico Model Tax Conventions, League of Nations, Geneva (1946), Commentary at Art. 1, Legislative History of US Tax Conventions,Vol. 4 ("Legislative History"), at 4331, sono reperibili sul sito dell'Università di Sydney: setis.library.usyd.edu.au/oztexts/parsons.html.

[315] J.F. AVERY. JONES, 2008 OECD Model: Place of Effectiva Management – What One Can Learn from the History, in *Bullettin for International Taxation*, May/June, 2009, p. 183.

[316] Il trattato tra Francia e Svizzera del 1937 e quello tra Ungheria e Romania del 1932.

La limitazione prevista nell'articolo 1 delle tre bozze di convenzione del 1933 è stata sostituita con una formulazione dell'articolo 1[317] che tuttavia, avuto riguardo alle altre previsioni riportate nella bozza di convenzione, ha nei fatti il medesimo effetto.

Il diritto alla tassazione mondiale dei redditi è riconosciuto allo Stato contraente nel cui territorio la società ha il proprio "*fiscal domicile*" mentre le norme di allocazione dei diritti impositivi nel caso dei redditi di impresa ("*business profit*") fa unicamente riferimento al concetto di stabile organizzazione.[318] Tuttavia il concetto di "*real centre of management*" non è più associato a quello di "stabile organizzazione"; nondimeno l'*head office* rientra nella definizione di "stabile organizzazione"[319]

La definizione di "contribuente di uno Stato contraente" al quale, di fatto, ai sensi dell'articolo 1 si applica la convenzione è contenuta all'articolo 1 del Protocollo. Un contribuente si qualifica quale "contribuente di uno Stato contraente" se in tale Stato è ubicato il suo domicilio fiscale[320] (nella stessa misura una impresa si qualifica quale impresa di uno Stato contraente" se in tale Stato è ubicato il suo domicilio fiscale)[321].

Il domicilio fiscale di un contribuente, diverso da una persona fisica, viene definito come il luogo nel quale è ubicato il "*real centre of management*"[322]; secondo il

---

[317] L'articolo I recita come segue: "*The present Convention is designed to prevent double taxation in the case of the taxpayers of the contracting States, whether nationals or not as regards the following taxes*". Il Modello del Messico è sotstanzialmente identifco.

[318] L'articolo IV recita come segue: "*1. Income derived from any industrial, commercial or agricultural enterprise and from any other gainful occupation shall be taxable in the State where the taxpayer has a permanent establishment.*

2. If an enterprise in one State extends its activities to the other State without possessing a permanent establishment therein, the income derived from such activities shall be taxable only in the first State.

3. If an enterprise has a permanent establishment in each of the contracting States, each State shall tax only that part of the income which is produced in its territory.".

[319] L'articolo V del protocolla recita come segue: " *1. The term "permanent establishment" includes* <u>*head offices*</u>*, branches, mines and oil-wells, plantations, factories, workshops, warehouses, offices, agencies, installations, professional premises and other fixed places of business having a productive character. …omissis …"* (sottolineatura aggiunta).

[320] L'espressione "domicilio fiscale" è utilizzata, in questo caso, con un significato differente da quello indicato all'art. 58 del Decreto Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 600.

[321] L'articolo I del Protocollo recita come segue: *"The terms "taxpayer of a contracting State" and "enterprise of a contracting State" mean a taxpayer or an enterprise whose fiscal domicile is in the said State".*

[322] L'articolo II del Protocollo recita come segue: "*1. For the purpose of the foregoing Convention, the term "fiscal domicile" means, in the case of an individual or of an enterprise belonging to an individual, the place where the individual has his normal residence, the term "residence" being*

Modello del Messico, invece, il domicilio fiscale di un contribuente, diverso da una persona fisica, viene individuato nello Stato contraente sulla base della cui legislazione è esso è stato costituito.[323]

In modo del tutto coerente, una analoga differenziazione tra i due modelli la si ritrova negli articoli in materia di tassazione del traffico marittimo (e trasporto aereo) e relativi commentari. Il diritto di imposizione, anche in questo caso, viene assegnato secondo criteri diversi. Il Modello del Messico prevede che il diritto di imposizione siano assegnati allo Stato dove la nave ha la sua bandiera (*i.e.* nel cui registro navale è registrata), mentre con il Modello di Londra assegna la potestà impositiva nello Stato in cui il "*real centre of management*" dell'impresa è ubicato.

Dopo il Modello del Messico ed il Modello di Londra non si registra nessuna ulteriore evoluzione fino all'inizio dei lavori in sede di Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea (OCEE).

6.4 I lavori (1956 – 1958) in sede di Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea (OCEE)

Con riferimento alla questione del "*fiscal domicile*", nel maggio del 1956 il Comitato Affari Fiscali dell'OCEE istitutì il *Working Party n. 2* con il mandato di approfondire lo studio di tale concetto. Il *Working Party n. 2* era composto da delegati danesi e lussemburghesi.

Nel *primo rapporto* del 1956[324], il *Working Party n. 2* riconosce come, nelle legislazioni nazionali, il concetto di "*fiscal domicile*" sia assolutamente variegato e di fatto estremamente ampio[325]. Di talché, esso riconosce la probabilità che, per le persone fisiche, emerga un conflitto di doppia residenza tra gli Stati contraenti con la conseguenza che si rende necessario identificare una regola ("*preference criterion*"),

---

understood to mean permanent home. …omissis…

4. The fiscal domicile of a partnership, company and any other legal entity or de facto body shall be the State in which its real centre of management is situated." (sottolineatura aggiunta).

[323] L'articolo II, paragrafo 4, del Protocollo del Modello del Messico recita come segue: "*The fiscal domicile of a partnership, company and any other legal entity or de facto body shall be the State under the laws of which they were constituted.*". (sottolineatura aggiunta).

[324] FC/WP/2(56)1 reperibile all'indirizzo http://www.taxtreatieshistory.org/.

[325] "*In modern times there has been a general tendency in the legislation of the various countries towards extending the cases of full tax liability on account of personal attachment*.".

ovvero un insieme di regole, che consentano di dirimere tale conflitto/sovrapposizione[326].

Tuttavia, in tale Rapporto l'indicazione delle circostanze sulle quali si dovrebbe fondare il "*preference criterion*" non assume un valore gerarchico bensì meramente illustrativo avendo, ogni possibile riferimento, la medesima importanza delle altre. Tale equivalenza è stata superata a partire dal *secondo rapporto*[327] laddove è stata inserita una gerarchia di criteri volti a determinare lo Stato in cui è ubicato il "*fiscal domicile"* dell'individuo.

Con riferimento alle società, invece, il *Working Party n. 2* relega la questione della doppia residenza a casi residuali, sebbene riconosca la opportunità di dare loro una disciplina attraverso la determinazione di un "*preference criterion*" che consenta di individuare, in modo univoco, lo Stato in cui è ubicato il "*fiscal domicile*" della società. [328]

A tale proposito, nel rapporto in questione si da contezza delle soluzioni adottate dal Modello del Messico e dal Modello di Londra e, con riferimento a quest'ultimo, si riconosce come la scelta di attribuire rilevanza al "*real centre of management*" sia la conseguenza di una preferenza attribuita ad un'analisi di tipo fattuale piuttosto che formale (quale quella adottata dal Modello del Messico, imperniata sullo Stato di costituzione della società).[329]

---

[326] Nel primo rapporto viene affermato che *"At a clash of the internal concepts of domicile of several states there is a conflict of interests which, in the events here discussed, must, and only can, be solved by agreement on the application of a Preference criterion laying down which of the two countries is to take priority with respect to their claims for tax based on their internal legislation concerning domicile and thereby limiting the national concepts of domicile of the two countries."*.

[327] Documento n. FC/WP2(57)1 del 27 maggio 1957.

[328] *"That a corporation is regarded as fully liable to tax by two states as a consequence of attachment to each of them may be a rare occurrence in practice, but is not theoretically unimaginable. If, e.g., one state attaches importance to the registration and the other to the place where the real management has its headquarters. Also in the case of corporations, a preference criterion must, therefore, be established"*.

[329] *"The fact that the London Draft Convention attaches importance to "the real centre of management" must presumably be seen as an expression of the view that the determination must be made on the basis of considerations of facts and not merely on the basis of a formal registration. The term "real centre of management" and similar terms suffer, however, from the defect that they are not exact and that the question may be raised whether the real management of a joint-stock company is the general meeting (i.e. the shareholders), the board of directors or the managers."*.

Nel *secondo rapporto* del 1957, il *Working Party n. 2* propose *inter alia* una bozza di (attuali articolo 1 e 4 del Modello OCSE, allora) articoli I e II. Come dianzi detto, con riferimento alle persone fisiche venne proposta una *tie-breaker rule* fondata su criteri dotati di importanza gerarchica, al pari di quanto attualmente previsto dal Modello OCSE. Per quanto concerne, invece, le società, venne fatto esclusivo riferimento allo Stato di ubicazione della sua direzione ("*managed and controlled*") [330].

Nella bozza di Commentario venne chiarito che questa locuzione è quella normalmente usata dalla maggior parte degli Stati membri nell'ambito delle proprie convenzioni per evitare le doppie imposizioni; esisteva, inoltre, uno Stato (il Regno Unito) che la utilizzava sempre in tutte le sue convenzioni e che tutti gli Stati membri hanno adottato tale locuzione nell'ambito delle convenzioni sottoscritte con il Regno Unito. Per tale ragioni, il *Working Party n. 2* ritiene che tale locuzione sia quella preferibile[331].

Nondimeno, lo stesso *Working Party n. 2* riconosce la non univocità del significato di tale locuzione nei casi, ad esempio, in cui la partecipazione di controllo sia ubicata in uno Stato, l'alta direzione ("*board of directos*") in un altro e la gestione dell'impresa in un terzo Stato. Tuttavia, esso conclude che, poiché tale fattispecie si verifica in casi assai rari, non si è ritenuto opportuno investigare ulteriormente nel merito del significato di tale locuzione e quindi di lasciare che i (pochi) casi siano gestiti attraverso accordi da parte delle autorità fiscali degli Stati contraenti.[332]

---

[330] L'articolo II, paragrafo 2 recita come segue*: "In the case of a company or other body corporate (excluding estates of deceased persons), to the country in which its business is managed and controlled. Should any doubt exist as to the country in which the business of a company or other body corporate is managed and controlled, the competent authorities shall determine the question by agreement between themselves;"*.

[331] *"A study of the agreements in force has shown that the great majority of these accord the right to tax to the country where the corporation is managed and controlled. Only as a rare exception is importance attached to the place where the corporation has been registered. The actual formulation of the criterion varies from one agreement to another; one country only appears to have been consistent, namely the United Kingdom, which in all its agreements uses the term "managed and controlled It may further be mentioned that the term proposed in the London model tax Convention: "Real centre of management is situated" is but rarely used. The Working Party considered that it was natural not to attach importance to a purely formal criterion like registration, but to attach importance to the State in which the corporation is actually managed, and it is proposed to choose the term "managed and controlled", because all the continental countries have been able to accept that term in their agreements with the United Kingdom, and because, in addition, the term is also used in other agreements than those with the United Kingdom."*.

[332] *" However, the term "managed and controlled" is not in itself clear. Normally no doubt would*

Nel corso del *terzo rapporto*[333], il *Working Party n. 2* commenta, sostanzialmente respingendole, le osservazioni alla bozza dell'articolato contenuta nel *secondo rapporto* proposte dalla delegazione svizzera. A tal proposito, è necessario notare che nella bozza di articolato proposta dalla delegazione svizzera si ritrova per la prima volta la locuzione "*place of effective management*"[334]. Purtroppo nei commenti della delegazione svizzera non si trova alcuna spiegazione di tale concetto.[335]

Con riferimento alle critiche proposte dalla delegazione svizzera ed alla sua bozza di articolato, è opportuno notare come esse siano state derubricate dal *Working Party n. 2* con la motivazione che la bozza da esso proposta nel *secondo rapporto* e quella proposta dalla delegazione svizzera si differenziano principalmente per questione terminologica[336]; pertanto, quanto da esso proposto mantiene intatto il proprio rilievo.

---

supposedly exist, but in the case of a company which satisfies the conditions for full liability to tax in several countries the question may arise whether it is "managed and controlled" by the managers, the board of directors or the shareholders (the general meeting) . If, say, the controlling interest (the majority of the shares) is to be found in one country, the board of directors has its seat in another, and the company is managed from a third, there appears to be a problem which must be solved. As the question will hardly be of practical importance, it has been found reasonable and natural to reserve such cases for agreement between the interested parties.".

[333] Documento n. FC/WP2(57)2 del 19 settembre 1957.

[334] Il primo paragrafo della bozza di articolo che tratta del "dimicilio fiscale" proposta dalla delegazione svizzera recita come segue: "*For the purposes of this Convention, an individual or a legal person shall be deemed to be domiciled in the State in which he or it is fully liable to taxation under the internal law, by reason of his or its domicile, head office or residence or by reason of any other similar criterion."*. Per quanto concerne le società, tale primo paragrafo deve essere letto in connessione con il paragrafo 4 che recita: "*If it results from the application of paragraph 1 that a legal person is domiciled in each of the two States, then the place in which its effective management is situated shall be determinative of its domicile."* (sottolineatura aggiunta).

[335] Nel commentare il concetto di "*fiscal domicile*" per le persone giuridiche, la delegazione afferma quanto segue: "*The recent Conventions concluded by Switzerland provide that the domicile of legal persons is to be determined by reference to the taxation law of each of the two contracting State. If this results in a domicile in each State, the criterion to be applied in certain Conventions is the place Where the effective management is situated and, in some others, the place where the head office is situated."*.

[336] Il Working Party 2 nel suo *terzo rapporto* afferma esplicitamente che "*To the Working Party the Swiss draft does not seem to be essentially different from its own; the differences appear rather to be those of method and terminology In the opinion of the Working Party it would facilitate the application and understanding of the agreements on double taxation if a clear distinction were made between the two confecting situations Which the agreements are meant to solve and if their solution were clearly indicated. As the same criterion cannot, as previously pointed out be applied in both conflicting situations, the Working Party is still of the opinion that its own draft is preferable apart from the fact that as far as can be seen, there is practically on difference between this draft and the Swiss draft"*.

In proposito, deve essere rilevato come la bozza di articolo allegata[337] al *terzo rapporto* del *Working Party n. 2*, riproponga la locuzione "*managed and controlled*" e l'accordo tra le autorità fiscali dei due Stati contraenti in caso di domicilio fiscale ubicato nel territorio di entrambi gli Stati.[338]

Nel *quarto rapporto*[339], la locuzione "*fiscal domicile*" viene per la prima volta sostituita con la parola "*residence*"[340], la locuzione "*managed and controlled*" è sostituita da "*place of effective management*" [341] e scompare il ricorso alla procedura amichevole nel caso di società con residenza in entrambi gli Stati contraenti[342]. Tali modifiche sono rimaste, nella sostanza, immutate fino al Modello OCSE attuale.

Per quanto concerne l'utilizzo della parole "*residence*" essa viene giustificata con la necessità di utilizzare nel corso degli altri articoli della convenzione un'espressione che significa assoggettamento alla più ampia forma di imposizione nello Stato senza dover necessariamente ripetere ogni volta l'intera locuzione.[343]. Il termine venne identificato nella parola "*residence*" in considerazione del fatto che la stessa era

---

[337] Cfr. il numero 2 del secondo paragrafo della bozza di articolo in tema di "domicilio" costituente l'allegato 3 al *terzo rapporto* del *Working Party n. 2*.

[338] Il numero 2 del secondo paragrafo recita come segue: "*in the case of a company or other body corporate (excluding estates of deceased persons).to the country in Which its business is managed and controlled. Should any doubt exist as to the country in which the business of a company or other body corporate is managed and controlled, the competent authorities shall determine the question by agreement between themselves;"*.

[339] Documento n. FC/WP2(57)3 del 5 novembre 1957.

[340] Il primo periodo della bozza di articolo recita come segue: "*Where under the provisions of this Convention the right to tax belongs to the State of residence, and in accordance with the national laws of the contracting State a person is subject to tax as a resident in more than one of them, this conflict shall be solved in the following way:… omissis"*

[341] Il numero 2 della bozza di articolo recita come segue: *"A company or other body corporate (excluding estates of deceased persons) shall be regarded as resident in the State in whose territory its place of effective management is situated."*

[342] Nella bozza del commentario alla *Section B – Special Comment*st, tale decisione viene motivata con la modifica del criterio da "*managed and controlled*" a favore di "*place of effective management*" con la conseguenza che difficilmente si potranno riproporre questioni controverse. *"In paragraph (2) a provision was proposed to the effect that, in cases whore doubt might arise, the competent authorities should determine the question by a special agreement. <u>This provision it is proposed to omit as it will hardly ever be required</u>; for the rest, reference is made to the comments on paragraph (1), at the end,"* (sottolineatura aggiunta).

[343] Il paragrafo 8 del commentario recita come segue: "[…] *This would mean that in the subsequent artiche of the Convention the brief expression: "the State in which he is fully liable to taxation" could not be used, but it would be necessary to say: "the State in which he is liable to taxation by reason of domicile, residence, etc.". For terminological reasons it would be desirable if "a shorthand expression" could be used in all cases where the State of "domicile" is mentioned."*.

comunemente utilizzata dal Regno Unito e dagli Stati Uniti d'America nei loro trattati ed altresì accettata dalla Francia nel suo trattato con il Regno Unito.[344]

Quale allegato alla bozza di commentario il *Working Party n. 2* propone altresì la definizione del termine "residente" nei termini che sono sostanzialmente oggi recepiti dal Modello OCSE.[345] Nella bozza di Commentario viene data evidenza che tale definizione fa perno sulla definizione fornita dalla legge interna degli Stati contraenti.[346] Tale circostanza può quindi portare a casi di doppia residenza che sono affrontati dal *Working Party n. 2* ricorrendo alla innovativa (nell'ambito dei suoi lavori) espressione di "*place of effective management*".

Nel bozza di Commentario all'articolo proposto dal *Working Party n. 2* nel suo *quarto rapporto* il tema della impossibilità di convivere con casi di doppia residenza viene opportunamente evidenziato:

> *"The Working Party has pointed out that <u>in the case of a conflict between two domiciles</u> it is not sufficient to refer to the concept of domicile adopted in the internal laws of the State concerned . It is precisely because both States apply their internal laws to the person concerned that the double taxation arises. In these cases <u>special provisions must be established</u> in the Convention to determine which of the two concepts of domicile is to be given preference (cf. Paragraph 10 below)"*. (sottolineatura aggiunta)

Al tema della soluzione dei casi di doppia residenza viene dedicate una apposita sezione della bozza di commentario ("*Section B – Special Comments*"). Nel merito

---

[344] Il paragrafo 9 del commentario recita come segue: "*In view of this position, the Working Party though it should find a brief term as stated and endeavour to makes its meaning clear by means of a definition. Consequently the Working Party has fixed upon the term "resident, which is used in Conventions concluded by the united Kingdom and by the United States of America. In the Convention between the United Kingdom and France the term "un resident" is used in the French text."*.

[345] *"The term "resident" of a state means any person who, under the national laws of that State, is subject to tax in that State as a resident."*

[346] Il paragrafo 9 del Commentario recita come segue: [….] *"In an Annex to this Commentary the Working Party submits a draft definition of the term "resident". The draft presupposes that the Convention will contain an Article giving various definitions. According to the draft a "resident" means any person who, under the national laws of a State, is subject to tax in that State as a resident. As will be seen, this definition refer to the concept of residence (domicile) adopted in the national law, and the word "*[as]*a resident" show that he is subject to tax according to the internal rules applying to residents."*.

della doppia residenza relativa alle società, permane in capo al *Working Party n. 2* la convinzione che si tratti di un caso residuale.[347] Tuttavia, ritenendo in ogni caso necessario affrontare l'argomento, egli non ritiene opportuno fare affidamento ad un criterio puramente formale quale quello che attribuisce rilievo allo Stato di costituzione della società preferendo ad esso quello relativo al luogo in cui la società è gestita ed amministrata.[348]

Tuttavia, il *Working Party n. 2* riconosce che tale concetto ha assunto nella pratica dei trattati diverse formulazioni linguistiche. Per tale ragione e per ragioni di coerenza espositiva, esso ritiene opportuno rifarsi alla terminologia utilizzata dal *Working Party n. 5* in tema di tassazione del trasporto marittimo ed aereo internazionale. In tale documento si nota che viene spesso utilizzata la locuzione "*place of effective management*" al fine di identificare lo Stato che ha diritto esclusivo di tassazione dei redditi dell'impresa di navigazione. Sempre a tale proposito, viene rilevato che nelle convenzioni sottoscritte dal Regno Unito tale locuzione è sostituita da quella "*managed and controlled*" e che il delegato inglese al *Working Party n. 5* ha affermato che il significato attribuito a tale ultima espressione in base al diritto interno inglese corrisponde al significato attribuito in tale contesto a quello di "*place of effective management*".[349] Sulla scorta di questo chiarimento, il *Working Party n. 2* ha quindi deciso di sostituire la locuzione "*managed and controlled*" fino ad allora utilizzata, con quella di "*place of effective management*", in ragione di esigenze di

---

[347] *"It may be rare in practice for a corporation to be subject to tax as a resident in more than one State, but it is, of course possible if, for instance, one State attaches importance to the registration and another State to the place where the real management has its headquarters."*.

[348] *"The Working Party is of the opinion that it would not be natural to attach importance to a purely formal criterion like registration. This criterion is used but rarely in double taxation Conventions. Generally they attach importance to the place where the corporation is actually managed, but the formulation of this criterion varies from one convention to another."*.

[349] "*While discussing this question of the formulation of the preference criterion in the case of corporations, the Working Party takes the opportunity of calling attention to the Report of 6th may, 1957, submitted by Working Party No. 5 on the taxation of income and capital of shipping and air transport enterprises and of their crews. In this Report an account is given of the provisions in existing bilateral agreement for the avoidance of double taxation of profit from international shipping and air transport. According to what is stated, a number of Conventions accord the taxing power to the State In which the place of management of the enterprise is situated; other Conventions attach importance to "its place of effective management", others again to "the final domicile" of the operator. The Conventions concluded by the United Kingdom in recent years provide, as regards corporate bodies, that a company shall be regarded as resident in the State in which "its business is managed and controlled". In this connection it has been made clear on the United Kingdom side that this expression means the effective management" of the enterprise."*.

omogeneità espositiva con quanto previsto all'articolo 8, avuto riguardo al medesimo significato ad esse sotteso.[350]

Nel *rapporto finale*[351] proposto dal *Working Party n. 2* non si ravvisano modifiche rispetto a quanto descritto e concluso nel *quarto rapporto*.

Pertanto, per quanto concerne l'ambito di analisi del presente scritto (*i.e.* residenza delle società), la bozza di ciò che sarebbe successivamente divenuto l'articolo 4 del Modello OCSE del 1963 recitava come segue:

> *I. For the purposes of this Convention, the expression "resident of a State" means any person who, under the national law of that State, is liable to taxation therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other similar criterion.*
>
> *II. Where under the provisions of the preceding article a person is considered to be a resident of more than one State, this conflict shall be solved in accordance with the following rules*
>
> (1) *[omissis]*
>
> (2) *A company or other legal person shall be deemed to be a resident of the State in whose territory its place of effective management is situated.*
>
> *The same provision shall apply to partnerships of individuals which, under the national laws by which they are governed, are not legal persons*

6.5 Il significato del temine "*managed and controlled*" nella giurisprudenza inglese e nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni sottoscritte

[350] *"In view of these considerations it was proposed that "Income..... and capital ..... are to be taxed only in the State in whose territory the place of effective management .....is situated". ([...] Minutes of the 4th Session, III). In its former reports Working Party No. 2 proposed to adopt a preference criterion the term used in the Conventions concluded by the United Kingdom: "where its business is managed and controlled". As it has been stated that this term means the effective management of the enterprise, and as it must appear natural to use the same criterion in the two Articles, the Working Party now proposed the same formula in paragraph (2) as proposed in the Article on shipping and air transport enterprises."*.

[351] Documento n. FC/WP2(58)1 del 10 gennaio 1958.

nel Regno Unito[352]

Come indicato nel proprio *secondo rapporto* del 1957, il *Working Party n. 2* propose una *tie breaker rule* fondata sul concetto di "*management and control"*, motivando tale decisione con la circostanza che tale locuzione era quella sempre utilizzata dal Regno Unito nelle proprie convenzioni e coerentemente utilizzata da tutti gli altri Stati europei nelle convenzioni sottoscritte con il Regno Unito.

Inoltre, sempre il *Working Party n. 2*, nel suo *quarto rapporto*, propose di modificare la locuzione "*managed and controlled*" con quella di "*place of effective nanagement"* stante la conferma, fornita dal delegato inglese al *Working Party n. 5*, delle identità di significato del secondo concetto rispetto al primo tradizionalmente utilizzato dal Regno Unito nelle sue convenzioni.

A tal proposito, è opportuno ricordare come la legislazione inglese, fino al 1988, non abbia mai definito il concetto di residenza di una società, con la conseguenza che lo stesso è tuttora sostanzialmente ascrivibile alle elaborazioni giurisprudenziali, fatta eccezione per quelle società che sono costituite secondo la legge inglese, le quali a partire dal 1988 sono residenti nel Regno Unito[353].

Tali elaborazioni traggono spunto dalle legge del 1846 in tema di competenza della giurisdizione dei tribunali delle contee inglesi; tale legge prevedeva, quale foro competente, il tribunale della contea del luogo in cui il convenuto "risiedeva o esercitava la propria impresa"("*dwells or carries on his business*").

Per quanto concerne le persone fisiche questi due criteri erano alternativi, tuttavia con riferimento alle società i giudici inglesi ritennero che gli stessi si sovrapponessero fino a divenire un unico criterio, essendo difficile identificare il luogo in cui una società dimora ("*dwell*")[354], ritenendo quindi rilevante il luogo in cui essa esercita la propria attività di impresa.

---

[352] L'autore nel redigere questo paragrafo ha fatto ampio riferimento alla ricostruzione proposta da JOHN F. AVERY JONES, "Corporate Residence in Common Law: The Origins and Current Issues", in *Residence of Companies under tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, p. 121-179. Da tale pubblicazione sono stati estratti le porzioni di testo delle sentenze riportate.

[353] JOHN F. AVERY JONES, "Corporate Residence in Common Law: The Origins and Current Issues", op. cit., p. 123.

[354] JOHN F. AVERY JONES, "Corporate Residence in Common Law: The Origins and Current Issues", op. cit. 123-124.

Tale attività venne originariamente intesa come il luogo in cui l'esercizio effettivo dell'attività economica trovava esecuzione e non come il luogo in cui la stessa veniva diretta ("*head office*"). Sennonché tale criterio venne messo in crisi dalle società di trasporto ferroviario. Tali società, infatti, gestivano le proprie linee ferroviarie in numerose contee con la conseguenza che attribuire rilievo al luogo di esercizio fattuale dell'attività di impresa (ad esempio, le singole stazioni ferroviarie) non rappresentava un criterio accettabile atteso che non si sarebbe mai potuto addivenire ad un unico foro competente. Di talché, fu deciso[355] che il foro competente fosse quello nella cui giurisdizione era ubicato la sede centrale dell'impresa ("*head office*") perché in tal senso si doveva interpretare la locuzione "*dwells or carries on his business*".

La giurisprudenza citata non ineriva tuttavia a questioni fiscali attinenti alla residenza delle società. La prima giurisprudenza in materia di residenza fiscale delle società data 1876.[356]

A quel tempo, il rilievo attribuito al concetto di *head office* (sostanzialmente rilevante al fine di determinare il foro competente) era estremamente rilevante nell'ambito della giurisprudenza inglese; le società di trasporto ferroviario, infatti, costituivano una parte consistente del traffico legale dell'epoca. La conseguenza di ciò fu che le società erano considerate residenti laddove esse esercitavano la propria attività di impresa e quest'ultima doveva essere intesa nel luogo in cui era ubicato l'*head office*.

Con riferimento alla questione della residenza delle società, appare interessante leggere alcune delle considerazioni effettuate dal giudice (Huddleston B.) che tanto effetto hanno avuto nei decenni successivi (e tuttora hanno) al fine di identificare la residenza delle società in base alla legislazione inglese:

> *"The use of the word "residence" is founded upon the habits of a natural man, and is therefore inapplicable to the artificial and legal person whom we call a corporation. But for the purpose of giving effect to hw words of the legislature an artificial residence must be assigned to this artificial person, and one formed on the*

---

[355] *Brown v London and North Western Rail Co* (1863) [1861-73] All ER Rep 487.

[356] *The Calcutta Jute Mills Co Ltd v Nicholson* e *The Cesena Sulphur Co Lts v Nicholson (1878) 1 ExD 428.*

> *analogy of an individual. There is not much difficulty in defining the residence of an individual: it is where he sleeps and lives. I adopt Mr. Matthews'* [avvocato difensore della società The Calcutta Jute Mills Co Ltd, n.d.a.] *suggestion that* [l'Income Tax Act del 1853, n.d.a.] *when it speaks of "residing" does not mean an artificial residence. It means an actual residence. Mr. Matthewss argues, therefore, that when you deal with a trading corporation it means the place not where the form or shadow of business, but where the real trade and business is carried on, and that definition seems to be almost conceded by all the counsels. There is a German expression applicable to it which is well known to foreign jurists – der Mittelpunkt der Geschafte; and the French term is "le centre de l'entreprise", the central point of the business"*

L'ultima locuzione "*the central point of the business*" appare di assoluto rilievo ai fini della identificazione del concetto di residenza. A tal proposito, è opportuno notare come nei contenziosi in questione, si trattava di due società costituite nel Regno Unito e con maggioranza di amministratori ivi residenti, tuttavia tutte le loro attività di impresa si svolgevano all'estero (India o Italia) ove erano ubicati i beni utilizzati per l'esercizio dell'impresa e dove erano residenti le persone che si occupavano di gestire l'impresa (intesa come attività economica organizzata) e dove altresì risiedeva la maggiorparte degli azionisti di entrambe le società.

In tale contesto di fatto e di diritto, il giudice ritenne che importanza dirimente dovesse essere attribuita al luogo di ubicazione dell'*head office* piuttosto che a quello di ubicazione delle attività d'impresa. Nel giungere a tale conclusione il giudice fu, ad evidenza, fortemente influenzato dalla giurisprudenza che si era formata in tema di competenza di giurisdizione con riferimento alle società ferroviarie.[357]

E' opportuno notare come i due casi in commento non presentino la peculiarità tipica delle società di trasporto ferroviario vista in precedenza laddove in esse coesistevano molteplici luoghi di esercizio delle attività di impresa. Nondimeno, essi presentano e forse in maniera viepiù accentuata la dicotomia *head office*-luogo di esercizio

---

[357] JOHN F. AVERY JONES, "Corporate Residence in Common Law: The Origins and Current Issues", op. cit. 134.

dell'attività ("*branch*").

Nei casi in questione, il tema quindi era quello di accertare se la residenza fosse nel Regno Unito dove si riunivano gli amministratori della società ovvero in Italia o in India ove la totalità delle attività di impresa aveva luogo. In altre parole, dove deve ritenersi ubicato "*the central point of the business"*?

Il giudice decise in entrambi i casi a favore del Regno Unito luogo di ubicazione dell'*head office* delle società. Anche in tale circostanza si ritiene opportuno riportare la parte rilevante del testo della decisione:

> *"But I do not think that the principle of law is really disputed, that the artificial residence which must be assigned to the artificial person called a corporation is the place where the real business is carried on. The difficulty is in applying that principle to the facts of each case. I admit that the onus of providing the residence lying upon the Crown [….] and if the Crown fails to satisfy the Court that the place of residence is within the area of taxation, the company ought not to be taxed. Then I have to ask myself where was the place where the real and substantial business was carried on – where was l centre de l'entreprise, the central point? Looking at the facts I can only answer that question by saying that in both these cases it was in England."*

Il giudice quindi analizzò lo statuto delle società che prevedeva che le assemblee degli azionisti dovessero tenersi a Londra e dopo aver altresì analizzato l'ampiezza dei poteri attribuiti agli amministratori delle società egli affermò (con riferimento alla causa "*The Calcutta Jute Mills Co Ltd v Nicholson*") che "[*w*]*e also find that the board may in general do everything with reference to the company*".

In modo del tutto analogo, con riferimento al caso che coinvolgeva la società italiana egli affermò che:

> *"It first it did seem that the centre of business was in Italy.* [Tuttavia, dopo aver analizzato lo Statuto della società abbe modo di affermare che] *"it seems, indeed, that almost every act of the company connected with the administrative part of the busines is to be done in London. No doubt that the manufacturing part was done*

in Italy and the company might have found sulphur in another country, and carried on the manufacturing part of the business in that other country, but the administrative part would be carried on at the place from which all the order flowed, where officers and agents were appointed and recalled, where their powers were granted and revoked ì, where whatsoever money was sent was received, and where the dividends were declared and were payable. All these acts were performed in London. I think, therefore, that the main place of business of the company is in England, and that there is at Cesena merely an agency, as it were, of the principal house, that agency being confined to the manufacture and sale of the sulphur, but under the direct of the principal house"

Di talché si ritiene possibile affermare che il giudice abbia, da una parte, prestato attenzione all'ampiezza dei poteri attribuiti agli amministratori e, dall'altra, al luogo del loro esercizio cioè a dire al luogo in cui essi si riunivano per amministrare la società.

Sebbene con argomentazioni leggermente differenti anche il secondo giudice (Kelly CB) posa un accento determinante al luogo in cui era ubicato il centro di direzione strategica dell'impresa essendo lo stesso sussunto nel luogo ove "*the real business was carried on*" e quindi in ultima istanza il luogo ove risiede l'impresa.

Le sentenze in commento ebbero un impatto determinante nell'ambito della giurisprudenza inglese in tema di residenza fiscale della società. Una eco di tale rilievo la si ritrova nella sentenza che ancora oggi fa stato, nel Regno Unito e più in generale nei paesi di *common law*, in tema di residenza di società (*de Beers Consolidated Mines Ltd v Howe*[358]). Ebbene in tale sentenza il giudice Lord Loreblum fece espresso riferimento alle sentenze in commento in un passaggio fondamentale:

"The decision of Chief Baron Kelly and Baron Huddleston in the Calcutta Jute Mills v Nicholsion and the Cesena Sulphur Company v Nicholson, now thirty years ago, involved the principle that a Company resides, for purposes of Income Tax, where its real

[358] (1906) AC 455.

business is carried on. Those decisions have been acted upon ever since. I regard that as the true rule; and the real business is carried on where the central management and control actually abides." (sottolineatura aggiunta).

A differenza dei casi *Calcutta Jute Mills v Nicholsion* e *Cesena Sulphur Company v Nicholson* il presente caso trattava di una società (*de Beers Consolidated Mines Ltd)* che non era stata costituita nel Regno Unito bensì in Sud Africa. Tale circostanza non fu tuttavia ritenuta di alcun rilievo.

Considerata le tecnologie allora disponibili, e quindi le modalità di gestione di una società, il concetto di "*central management and control*" deve ritenersi riferito alle attività direzionali di natura strategica e di elevato valore aggiunto ("*head office*"), mentre non può, ad evidenza, ricomprendere quelle attività gestionali inerenti alla condotta quotidiana delle attività di impresa le quali debbono necessariamente essere esercitate in loco là ove l'attività economica organizzata trova realizzazione ("*branch*").

Per utilizzare le parole di autorevole dottrina[359] circa i riferimenti geometrici attraverso i quali descrivere la teoria della residenza delle società in base alla giurisprudenza inglese, la concezione sottostante a questa sentenza in è quella che concepisce la società come un cerchio il cui centro è rappresentato dal luogo in cui viene esercitato il "*central management and control*".

Tuttavia, in una successiva importante decisione[360] venne riconosciuto come una società potesse avere più luoghi ove viene esercitato il "*central management and control*". In altre parole, data la peculiarità della fattispecie sottoposta ai giudici inglesi[361],venne ammesso che la società potesse avere due luoghi in cui era esercitato il "*central management and control*": uno nel Regno Unito e l'altro in Svezia. Tale circostanza venne chiarita molto bene da Lord Radcliffe nell'ambito di un altro caso

---

[359] JOHN F. AVERY JONES, "Corporate Residence in Common Law: The Origins and Current Issues", op. cit., 140.

[360] *Swedish Central Railway Company v Thompson*, 9TC342 (caso discusso dalla High Court); [1924] 2 KB 255 (CA), [1925]I AC 495 (HL).

[361] Si trattava di una società costituita nel regno Unito che aveva costruito una ferrovia in Svezia che era stata affittata per 50 anni ad una società che aveva anche tutti gli obblighi di manutenzione delle linee ferroviarie, con la conseguenza che un'attività assai ridotta doveva essere esercitata dalla società sia in Svezia che nel Regno Unito.

di residenza[362] laddove egli ebbe ad affermare che:

> *"To all appearances that laid down the pro position that, although there was a residence in Sweden by virtue of central management and control being exercised there, there was at the same time residence in England by virtue of incorporation there and the performance here of administrative duties such as exercising the custody of the company' seal and registration of transfers. The novel idea thus appeared that there were some circumstances that could establish residence for a company* [nel Regno Unito, n.d.a.], *even though its central management and control were being concurrently exercised elsewhere".*

In breve, si passò dalla teoria della società come cerchio concentrico, con al centro il luogo ove viene esercitato il "*central management and control*"alla teoria della società come un ellisse ove possono esistere due (o più) luoghi ove viene esercitato il "*central management and control*"[363].

Successivamente vi fu un altro caso in cui venne riconosciuta l'esistenza di più luoghi ove viene esercitato il "*central management and control*"[364] ed in quella circostanza la *Court of Appeal* ebbe modo di (ri)affermare l'importanza attribuibile alle attività di decisione strategiche o comunque alle attività di direzione non di carattere quotidiano o routinario:

> *"For our part we feel some doubt whether it is right to treat the phrase "keeping house" as referring only to administrative management: but we think…. That there must, in order to constitute residence, be not only some substantial business operations in any given country but also present some part of the superior and directing authority".*

---

[362] *Unit Construction v Bullock* [1959] I Ch 147, 315, [1960] I AC 351; (1959) 38 TC 712.

[363] JOHN F. AVERY JONES, "Corporate Residence in Common Law: The Origins and Current Issues", op. cit., 146.

[364] *Union Corporation Ltd v IRC* [1952] I All ER 646, [1953] I AC 482; (1953) 34 TC 207. Tal caso presenta numerose similarità con il caso *de Beers*: società costituita in Sud Africa con impresa esercitata in Sud Africa, amministratori che si riunivano nel Regno Unito ma vi era una minoranza di amministratori sud africani con ampi poteri di gestione in loco.

Le decisione della *Court of Appeal* volta ad individuare una fattispecie qualificante la residenza ai fini fiscali britannici anche in un luogo (ubicato nel Regno Unito) nel quale veniva esercitata una attività di "*management and control*" di "livello inferiore" rispetto a quella esercitata all'estero, identifica un'altra figura geometrica a cui ascrivere la residenza: dalla teoria ellittica (ove sussistono due o più luoghi di "*central management and control*") alla teorica ovoidale (ove sussiste un luogo principale di "*central management and control*" ed un altro luogo in cui viene esercitata l'attività di "*management and control*" ma di livello meno elevato e nondimeno sufficiente a far attrarre la residenza fiscale nello Stato - Regno Unito - in cui questo luogo è ubicato)[365].

Nell'accertare il luogo di esercizio delle attività di "*central management and control*", la giurisprudenza inglese ha fatto riferimento sia agli aspetti formali e statutari[366] sia agli aspetti fattuali, laddove i giudici hanno totalmente disconosciuto gli aspetti formali qualora la realtà dei fatti portava a conclusioni differenti:

> *"At all material time the board of director of the African subsidiaries did not and for all practical purposes could not manage and control the businesses of their respective companies. If they had tried to manage and control their companies' businesses (otherwise than in accordance with instructions from the directors of Alfred Booth & Co. Ltd), Alfred Booth & Co. Ltd would have removed them from office"*[367].

Ed ancora, sempre a proposito della prevalenza degli aspetti sostanziali e fattuali su quelli formali i giudici inglese affermarono che:

> *"We find that the position was at the material times that the board of directors of the African subsidiaries (who are the people one would have expected to find exercising control and management) were standing aside n all matters of real importance and in many matters of minor importance affecting the central management and*

---

[365] In questo senso, JOHN F. AVERY JONES, "Corporate Residence in Common Law: The Origins and Current Issues", op. cit., 152.

[366] *Calcutta Jute Mills v Nicholson* e *Cesena Sulphur Company v Nicholson.*

[367] *Unit Construction v Bullock.*

control, and we find that the real control and management was being exercised by the board of directors of Alfred Booth & Co. Ltd in London".

In base alla ricostruzione testé proposta, il concetto di residenza ai fini della giurisprudenza inglese attiene al più alto livello decisionale e strategico che inerisce alla gestione della società nel suo insieme piuttosto che al *day-to-day management* ovvero alla gestione quotidiana delle sue singole articolazioni produttive. Ed ancora, prevalenza deve essere data alla realtà dei fatti rispetto alla loro rappresentazione formale (cd. "*substance over form approach*").

Fino ad ora si è avuto riguardo alla definizione di residenza di matrice giurisprudenziale; tuttavia, anche analizzando le definizioni convenzionali di "società residenti" nell'ambito di trattati sottoscritti dal Regno Unito[368] nella prima metà del secolo scorso, il rilievo esclusivo e determinante attribuito al concetto di "*central management and control*" non appare minimamente alterato.

A tale conclusione si perviene sia avendo a riferimento i trattati sottoscritti in tema di esenzione dalle imposte sui redditi per le imprese di navigazione[369] (laddove il concetto di "*central management and control*" si riferiva alla impresa di navigazione e non alla società a cui tale impresa faceva capo) sia alle convenzioni che avevano un più ampio spettro di contribuenti ed attività, assimilabili quindi ai modelli di convenzione proposti dall'OCEE prima e dall'OCSE dopo.

Ala luce di quanto sommariamente riportato è quindi possibile affermare che la residenza delle società nel Regno Unito fosse correlata al più alto livello di potere di decisione strategica inerente alla persona giuridica *ex se* piuttosto che con riferimento alle singole attività di impresa da essere esercitate. Tale impostazione trova piena corrispondenza nella prassi convenzionale del Regno Unito.

Ed è con riferimento a tale impostazione che deve essere chiamata l'affermazione fatta dal *Working Party n. 5* in merito al significato ascrivibile alla locuzione "*place*

---

[368] Per un'ampia analisi della definizione convenzionale di residenza si rimanda all'ampia analisi condotta da JOHN F. AVERY JONES in "Corporate Residence in Common Law: The Origins and Current Issues", op. cit., paragrafo 5.3, p. 162.

[369] Ad esempio,gli accordi sottoscritti dal Regno Unito con la Danimarca, la Norvegia, la Svezia e la Finlandia del 1925

of effective management" (utilizzato in sede OCEE) nell'ambito dell'articolo che tratta delle imprese di trasporto aereo e marittimo. Come dianzi ricordato, infatti, il *Working Party n. 5* ebbe modo di affermare come tale concetto fosse del tutto sovrapponibile a quello di "*central management and control*", utilizzato dalla prassi convenzionale del Regno Unito ai fini della imposizione delle imprese di trasporto aereo e marittimo.

Ed ancora, il contenuto della locuzione "*central management and control*" utilizzato con riferimento alle imprese di trasporto aereo e marittimo deve intendersi del tutto identico a quello utilizzato per identificare la residenza delle società; l'unica differenza risiede nella dimensione di riferimento. Con riferimento alla prima realtà, infatti, esso deve intendersi riferito alla impresa di navigazione mentre con riferimento alla seconda realtà, esso deve intendersi riferito alla persona giuridica e non alla/e attività di impresa in fatto da essa esercitata/e. In altre parole, cambia l'oggetto di riferimento (dalla attività di impresa alla persona giuridica che la esercita) ma non il livello qualitativo delle attività manageriali rilevanti che sono sempre quelle di elevato tenore strategico e direzionale; il tutto in totale coerenza, come visto, con la giurisprudenza britannica in tema di residenza delle società.

Ebbene, attesa la identicità del concetto sotteso alle locuzioni "*place of effective management*" (utilizzato all'articolo 8 con riferimento alle imprese di trasporto aereo e marittimo) e "*central management and control*" (utilizzato all'articolo 4 con riferimento al concetto di residenza ai fini convenzionali), il *Working Party n. 2* ritenne opportuno, per ragioni di mera coerenza espositiva, sostituire, nell'ambito dell'articolo 4 in tema di *tie-breaker rule*, la seconda locuzione con la prima, non comportando, appunto, tale sostituzione alcuna variazione di significato.[370]

---

[370] Così infatti si esprime iI Rapporto Finale del 10 gennaio 1958 (FC/WP2(58)1): "*The formulation of the preference criterion in the case of companies etc. was considered in connection with the question of the taxation of income and capital of shipping and air transport enterprises.A study of the existing bilateral agreements for the avoidance of double taxation on such income and capital has shown that a number of conventions accord the taxing power to the State in which the place of management of the enterprise is situated; other conventions attach importance to "its place of effective management", others again to the "fiscal domicile of the operator". The conventions concluded by the United Kingdomin recent years provide, as regards corporate bodies, that a company shall be regarded as resident in the state in which "its business is managed and controlled". In this connection it has been made clear on the United Kingdom side that this expression means "the effective management" of the enterprise.* [tale affermazione venna fatta dal delegato britannico a proposito dell'utilizzo nella prassi convenzionale britannica dell'espressione "*management and control*" nell'ambito dell'articolo relativo alla tassazione delle

Come si avrà meglio modo di argomentare oltre, siffatta origine ed identità di significato, hanno, a parere di chi scrive, una importanza fondamentale nell'attribuire un significato univoco (e possibilmente compiuto) alla locuzione "*place of effective management*". Tale origine e significato assumono una importanza ancora maggiore alla luce del tormentato, contraddittorio e tuttora incompiuto percorso intrapreso in sede OCSE al fine di attribuire a tale espressione un significato condiviso.

7. LA NOZIONE DI "*PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT*" NEL COMMENTARIO AL MODELLO OCSE

7.1 I criteri di interpretazioni dei trattati ed il ruolo del Commentario

Prima di analizzare il significato attribuito alla nozione in questione ed ai fini di una sua maggiore comprensione nel contesto delle convenzioni contro le doppie imposizioni, si ritiene opportuna una breve introduzione circa i relativi criteri ermeneutici ed il ruolo ascrivibile al Commentario in tale contesto.

In tema di interpretazioni delle disposizioni dei trattati, dal principio di uguaglianza degli Stati contraenti discende che nessuno Stato è depositario della "corretta esegesi" delle stesse ed ha buon diritto di applicare le proprie interpretazioni se date in buona fede e se coerenti con le finalità e l'oggetto della convenzione oggetto di interpretazione.

In breve, i metodi di interpretazione dei trattati (tra cui anche quelli finalizzati ad evitare le doppie imposizioni) sono sostanzialmente riconducibili a tre scuole di pensiero. In base alla prima (metodo *soggettivo*), nell'interpretare un trattato occorre investigare le volontà delle parti ricorrendo, ove necessario, alle posizioni e/o intenzioni espresse nel corso dei negoziati e nei lavori preparatori; in base alla seconda (metodo *oggettivo*), nell'interpretare un trattato occorre conferire prevalenza alla volontà dichiarata come risulta dal significato loro proprio delle parole utilizzate nel testo; secondo la terza scuola di pensiero (metodo *teleologico*), infine, nell'interpretare un trattato occorre fare riferimento al suo oggetto ed alle finalità a presidio delle quali esso è stato convenuto.

---

imprese di trasporto marittimo ed aereo - Doc FC/WP5(57)2 of 6 May 1957]. *As a result of these considerations it is proposed to adopt as a preference criterion in the case of companies etc. "the place of effective management"."*

La Convenzione di Vienna sulla Legge dei Trattati (la "Convenzione di Vienna")[371] ha dato prevalenza all'interpretazione *soggettiva*, integrata con il criterio *teleologico*, atteso che ai sensi dell'articolo 31 un trattato deve esser interpretato, in buona fede, in conformità al senso ordinario che deve essere attribuito alle espressioni utilizzate nel corpo del testo ed alla luce del suo oggetto e del suo fine[372].

Come indicato al paragrafo 12 del commentario al citato articolo 31, il principio di buona fede è la diretta ed immediata conseguenza del principio del *pacta sunt servanda* statuiti dall'articolo 26 della Convenzione di Vienna e costituisce il contesto all'interno del quale deve operare l'interprete al fine di domandarsi *in buona fede* quale sia il significato da attribuire ad una determinata locuzione che possa essere condiviso dagli Stati contraenti.

Come ricordato, quindi, il procedimento interpretativo deve necessariamente muovere dal testo scritto che esprime il significato ed il risultato voluto dalle parti costituendone l'espressione autentica ed immediata delle volontà, secondo il senso comune da attribuirsi alle relative espressioni letterali. Nondimeno, siffatte espressioni debbono essere interpretate unitamente all'insieme delle altre disposizioni del trattato, tenendo cioè conto del suo *contesto*[373] il quale comprende, oltre al preambolo ed agli allegati, ogni altro accordo relativo al trattato.

Nonostante l'indubbio rilievo del criterio *oggettivo* occorre ricordare l'importanza

---

[371] L'articolo 31, comma 1, rubricato come "*regola generale di interpretazione*", della Convenzione di Vienna sulla Legge dei Trattati adottata a Vienna in data 23 maggio 1969 e ratificata in Italia con Legge 12 febbraio 1974, n. 112 recita come segue:

"Un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo."(sottolineatura aggiunta).

[372] In tal senso e con riferimento ai canoni ermeneutici di una convenzione contro le doppie imposizioni si è espressa, *inter alia*, la Corte Suprema canadese nel caso *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802 laddove al paragrafo 5 ha avuto modo di affermare che ''*[i]n interpreting a treaty, the paramount goal is to find the meaning of the words in question. This process involves looking to the language used and the intentions of the parties*".

[373] Ai sensi dell'articolo 31, comma 2, della Convenzione di Vienna:

"Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, il preambolo e gli allegati ivi compresi:

(a) ogni accordo in rapporto col trattato e che è stato concluso fra tutte le parti in occasione della conclusione del trattato;

(b) ogni strumento posto in essere da una o più parti in occasione della conclusione del trattato e accettato dalle parti come strumento in connessione col trattato.".

che lo stesso articolo 31, comma 1 della Convenzione di Vienna attribuisce al criterio *teleologico* il quale richiede di privilegiare quell'interpretazione che meglio si concilia con le finalità e con l'oggetto del trattato. In altri termini, esso consente di definire il significato di una locuzione avendo a riferimento le, e consentendo il conseguimento delle, finalità del trattato nel quale essa è inserita. Il "*testo deve quindi essere interpretato in modo da consentire alle sue disposizioni di operare e di svolgere pienamente e in modo appropriato i loro effetti*"[374].

Sebbene il criterio teleologico possa presentare alcuni margini di eccesso di soggettività legati all'individuazione da parte dell'interprete dell'oggetto e della finalità del trattato è indubbio che le convenzioni *de quibus* sono finalizzate ad evitare forme di doppia imposizione (giuridica) e, sebbene contrastato da alcuna autorevole dottrina[375], anche ad evitare forme di doppia non imposizione. Inoltre, nello specifico della disposizione dell'articolo 4, paragrafo, 3 del Modello OCSE deve essere ricordato come, nell'economia del funzionamento del trattato essa svolga un ruolo fondamentale in difetto del quale il trattato sarebbe del tutto inefficace. Tale norma ha, infatti, la funzione di allocare la residenza, ai fini convenzionali, ad uno dei due Stati contraenti al fine di eliminare la pretesa impositiva concorrente[376] dei due Stati, riconducendo per il che tale antinomia alla normale dicotomia Stato della residenza-Stato della fonte sulla quale è imperniato il funzionamento delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni basate sul Modello OCSE.

Sempre con riferimento ai canoni ermeneutici dei trattati non può sottacersi come l'articolo 32[377] della Convenzione di Vienna, rubricato come "*mezzi complementari di interpretazione*", consenta all'interprete il ricorso ai lavori preparatori ed alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso (*i.e.* il ricorso al metodo *soggettivo*) per interpretare le sue espressioni in tutte quelle circostanze in cui il metodo *oggettivo*

---

[374] G. STROZZI, *Il diritto dei trattati*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 59.

[375] Cfr. M. LANG in *Cahier de droit fiscal International*, 2004, 89°, pp. 77-119.

[376] Quale Stato della residenza della società.

[377] L'articolo 32 della Convenzione di Vienna recita come segue:

"Si può fare ricorso ai mezzi complementari di interpretazione, e in particolare ai lavori preparatori e alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, allo scopo, sia di confermare il senso che risulta dall'applicazione dell'art. 31, sia di determinare il senso quando l'interpretazione data in conformità all'articolo 31:

- *lascia il senso ambiguo o oscuro; oppure*
- *conduce ad un risultato che è manifestamente assurdo o irragionevole"*

risulta insufficiente a chiarirne il significato (laddove cioè il criterio *oggettivo* lascia il senso incerto o conduce ad un risultato ambiguo o irragionevole) ovvero al fine di confermare il significato a cui si è pervenuti per il tramite dello stesso.

Ciò premesso, diviene a questo punto utile verificare quale sia, in punta di diritto, il ruolo del Commentario nell'interpretazione e nell'applicazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni. Si vuole, in altri termini, accertare se ed eventualmente in quale misura le specificazioni contenute nel Commentario possano avere un rilievo in tema di interpretazione del Modello OCSE così come il loro diverso contenuto nel corso del tempo.

In considerazione della complessità dell'argomento e senza quindi alcuna presunzione di esaustività[378], si desidera di seguito ricordare il ruolo attribuibile al Commentario nell'interpretazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni.

In proposito, si deve ricordare come la Suprema Corte di Cassazione abbia più volte[379] espressamente sancito il "*valore non normativo*" e quindi la natura non vincolante delle disposizioni del Commentario "*che costituisce al più una raccomandazione*[380] [e, in quanto tale, non vincolante[381], n.d.a.] *diretta ai Paesi aderenti all'OCSE*"[382].

Nondimeno, ancorché privo di un valore cogente la stessa Corte di Cassazione ha più volte[383] (esplicitamente ovvero implicitamente) riconosciuto il Commentario quale strumento utile nell'interpretazione delle disposizioni delle convenzioni contro le doppie imposizioni ad esse conformi avendo fatto ad esso ripetutamente riferimento

---

[378] Per un ampio contributo sul tema si veda M. CERRATO, *La rilevanza del Commentario OCSE ai fini interpretativi: analisi critica dei più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in *Rivista di Diritto Tributario*, Parte V, Vol. XIX, gennaio 2009, pp. 11-21.

[379] *Ex pluribus* Cass. Civ., sez. trib., 15 febbraio 2008 n. 3889.

[380] Contemplate dall'articolo 5, lettera a) della Convenzione istitutiva dell'OCSE firmata a Parigi il 14 dicembre 1960.

[381] In senso conforme cfr. N. BLOKKER "*Skating on Thin Ice? On the Law of International Organizations and the Legal Nature of the Commentaries on the OECD Model Tax Convention*" in AA.VV., a cura di S. Douma e F. Engelen, *The Legal Status of the OECD Commentaries*, Amsterdam 2008, pp. 13-27 a p. 22.

[382] Cass., sez. trib., 15 febbraio 2008 m. 3889.

[383] Oltre alla sentenza sopra citata Cass. Civ., sez. trib., 25 maggio 2002 m. 7682; Cass. Civ., sez. trib., 7 marzo 2002 n. 3367 e n. 3368; Cass. Civ., sez. trib., 6 dicembre 2002 n. 17373 e Cass. Civ., sez. trib., 17 ottobre 2008 m. 25374.

nelle motivazioni delle proprie decisioni.

La dottrina di matrice internazionale ha in genere riconosciuto, sebbene sotto prospettive e quindi con vincoli giuridici differenti, la rilevanza del Commentario nell'interpretazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

Parte della dottrina[384] sostiene che il Commentario rientra nell'alveo dei mezzi primari di interpretazione quale "… *accordo in rapporto col trattato e che è stato concluso fra tutte le parti in occasione della conclusione del trattato*" di cui all'art 31, comma 2. Tale tesi desta qualche perplessità atteso che tale tipologia di accordi presuppone la contestualità con la stipulazione del trattato[385].

Nondimeno, a tal proposito, si è sostenuto[386] che se gli Stati contraenti sono membri dell'OCSE e se il trattato in fatto stipulato è conforme al Modello OCSE allora la mancanza di contestualità del Commentario alla stipulazione del trattato perde di rilievo atteso che lo stesso dovrebbe intendersi implicitamente richiamato dagli Stati contraenti nell'ambito delle relative negoziazioni con al conseguenza che esso acquisisce *de facto* la prevista contestualità.

Altra dottrina[387] sostiene che il Commentario costituisca un *mezzo primario di interpretazione* (*ex* art. 31 della Convenzione di Vienna) delle convenzioni contro le doppie imposizioni sottoscritte dagli Stati aderenti all'OCSE poiché detti Stati avrebbero l'obbligo di adottare il Modello OCSE in base alle regole di funzionamento di tale organizzazione. In realtà, si è visto in precedenza che la raccomandazione (la "Raccomandazione") adottata dal Consiglio dell'OCSE in data 23 ottobre 1997[388] non

---

[384] K. VAN RAAD, *Interpretatie van belastingsferdragen*, in Maandblad Belasting-Beschouwingen, 1978, p. 55.

[385] S. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, p. 193.

[386] A.A. SKAAR, *Permanent Establishment. Erosion of a Tax Treaty Principle*, Series on International Taxation, 13, Deventer-Boston, 1991, p. 48.

[387] KLAUS VOGEL, *Klaus Vogel on Double Taxation Convention*, Londra, 1997, p. 65.

[388] Più precisamente, il tenore dispositivo della raccomandazione recita some segue:

"*The Council…..* [omissis] ..... *recommends the Governments od Member countries* [i] ….. [omissis] ..... [ii] *when concluding new bilateral conventions or revising existing bilateral conventions, to conform to the Model Tax Convention, as interpreted by the Commentaries thereon*; [iii] *that their tax administrations follows the Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention as modified from time to time, when applying and interpreting the provisions of their bilateral tax conventions that are based on these Articles*".

costituisce per gli Stati aderenti un vincolo di tipo legale; ne consegue la mancanza di alcun valore precettivo della Raccomandazione e quindi del rilievo della tesi che ad essa fa riferimento.

Altra dottrina[389], anch'essa criticata[390], avendo a riferimento i principi dell'*acquiescence* e dell'*estoppel*[391] afferma che in tutte quelle situazioni in cui (i) gli Stati contraenti appartengono all'OCSE e hanno votato a favore della Raccomandazione (ii) nessuno degli Stati contraenti ha posto delle Riserve al Modello OCSE ovvero delle Osservazioni al Commentario (iii) il testo del trattato sottoscritto è conforme al Modello OCSE e (iv) nessuno degli Stati contraenti ha manifestato nel corso delle negoziazioni dello specifico trattato la propria volontà di non aderire alle interpretazioni proposte dal Commentario, allora essi sono vincolati dallo stesso nell'applicazione e nell'interpretazione della convenzione sottoscritta. Il ragionamento di fondo è che gli accordi taciti equivalgono a quelli scritti con la conseguenza che essi ricadono nella previsione dell'articolo 31, comma 2, lettera a) della Convenzione di Vienna e quindi il Commentario è parte del "*contesto*" a cui bisogna fare riferimento nell'interpretare il trattato giusta previsione dell'articolo 31, comma 1 della citata convenzione.

Ulteriormente, è stato sostenuto[392] come il Commentario possa essere ricondotto tra i *mezzi primari di interpretazione* di cui all'articolo 31, comma 4 della Convenzione di Vienna[393] costituendo lo stesso uno strumento attraverso il quale attribuire il

---

[389] FRANK ENGELEN, "*How "Acquiescenze" and "Estoppel" Can Operate to the Effect That the States Parties to a Tax Treaty Are Legally Bound to Interpret the Treaty in Accordance With the Commentaries on the OECD Model Tax Convention*" in AA.VV., a cura di S. Douma e F. Engelen, *op. cit*, pp. 51-72 a p. 62; F. ENGELEN, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, Amsterdam, 2004, p. 463; F. ENGELEN, Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model, in *Bullettin for Internation Fiscal Documentation*, 2006, p. 105.

[390] D.A. WARD, *The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process*, in Bulletin for International Fiscal Documentation, 2006, p. 100; J. SASSEVILLE, *Court Decisions and the Commentary to the OECD Model Convention*, in AA.VV. a cura di G. Maisto, *Courts and Tax Treaty Law*, Amsterdam, 2007, p. 193.

[391] Per una loro compiuta descrizione ed analisi vedasi H. THIRLWAY, *The Role of the International Law Concepts of Acquiescence and Estoppel*, in AA.VV., a cura di S. Douma e F. Engelen, *op. cit*, pp. 29-49.

[392] H.J. AULT, *The Role of the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties*, in Intertax, 1994, p. 144 e segg.

[393] L'articolo 31, comma 4 della Convenzione di Vienna recita come segue:

"*Un termine verrà inteso in un senso particolare se risulta che tale era l'intenzione delle parti*".

significato "particolare" ai termini riportati in una convenzione laddove lo stesso non consegua dal criterio di interpretazione *oggettivo* proposto dai commi 1, 2 e 3 del medesimo articolo.

Se, come visto, la relazione tra il Commentario OCSE la natura di mezzo *primario* di interpretazione ai sensi dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna è, al contempo, proposta e criticata dalla dottrina, esiste un consenso[394] sulla sua qualificazione quale mezzo *complementare* di interpretazione ai sensi dell'articolo 32 della medesima convenzione poiché le esemplificazioni ivi riportate (*i.e.* i lavori preparatori e le circostanze della conclusione del trattato) non hanno natura esaustiva bensì esemplificativa.

Ne consegue che il Commentario può validamente costituire uno strumento interpretativo laddove l'interpretazione delle convenzioni ai sensi dell'articolo 31 "*lascia il senso ambiguo o oscuro; oppure conduce ad un risultato che è manifestamente assurdo o irragionevole*".

Si deve in ogni caso rilevare come, nonostante le incertezze e le perplessità sollevate dalla dottrina circa la possibilità di classificare il Commentario all'interno dei *mezzi primari o complementari di interpretazione* dei trattati e la sua natura in relazione agli stessi, esista un generale consenso nella dottrina internazionale[395] nel considerare il Commentario quale "contesto" rilevante nell'interpretazione dei trattati.

Infine, il ricorso al Commentario nell'interpretazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni è raccomandato dall'OCSE le cui *raccomandazioni*[396] sebbene non vincolanti per gli Stati aderenti hanno indubbiamente un elevato valore di indirizzo.

Inoltre, tra i *considerando* della Raccomandazione è espressamente ricordata la

---

[394] A tal proposito, vedasi M. CERRATO, La rilevanza del Commentario OCSE ai fini interpretativi: analisi critica dei più recenti indirizzi giurisprudenziali, op. cit, e dottrina ivi citata, pp. 19-20.

[395] J. Sasseville, *Court Decisions and the Commentary to the OECD Model Convention*, op. cit., p. 195; AA.VV., *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to Commentaries on the OECD Model*, Amsterdam, 2005, pp. 111-114.

[396] L'articolo 5, lettera b) della *Convention on the Organization for Economic Co-operation and development* recita come segue:

"*In order to achieve this aims, the Organisation may* … [*omissis*] … *b) make recommendations to Members*…… [*omissis*] …".

necessità di "*incoraggiare una comune applicazione ed interpretazione*"[397] delle disposizioni delle convenzioni che si conformano al Modello OCSE, al fine di eliminare la doppia tassazione giuridica internazionale[398]. In senso analogo si esprime il paragrafo 3[399] dell'introduzione al Commentario nonché qualche pronuncia delle corti nazionali[400].

Resta da stabilire se nell'interpretare un certo trattato si possa utilizzare soltanto il Commentario vigente al momento della conclusione del trattato (c.d. interpretazione "*static*") o anche versioni successive (c.d. interpretazione "*ambulatory*").[401]

In altri termini, un altro punto che merita di essere accennato è quello degli effetti sull'interpretazione dei trattati delle modificazioni[402] del Commentario ("Commentario Posteriore") adottate successivamente alla conclusione della singola Convenzione.

In proposito, il Commentario sembra adottare il cd. *ambulatory approach*[403]. Siffatta posizione, è criticata ad opera di parte della dottrina e della giurisprudenza ricordata, soprattutto quando impone delle interpretazioni restrittive che riducono, di fatto,

---

[397] Più precisamente, il testo del *considerando* recita come segue; "*Considering further the need to encourage the common application and interpretation of the provisions of tax conventions that are based on those of the Model tax Convention on income and on Capital*".

[398] Il testo di un precedente *considerando* della Raccomandazione recita come segue: "*Considering the need to remove the obstacles that international juridical double taxation presents to the free movements of goods, services, capital and persons between such conventions to all Member countries and where appropriate to non-Member countries*" (sottolineatura aggiunta).

[399] Il paragrafo 1 dell'Introduzione al Commentario recita come segue:

"This is the main purpose of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, which provides a means of settling on a uniform basis the most common problems that arise in the field of international juridical double taxation. As recommended by the Council of the OECD , Member countries, when concluding or revising bilateral conventions, should conform to this Model Convention as interpreted by the Commentaries thereon and having regard to the reservations contained therein and their tax authorities should follow these Commentaries, as modified from time to time and subject to their observations thereon, when applying and interpreting the provisions of their bilateral tax conventions that are based on the Model Convention"(sottolineatura aggiunta).

[400] Come sancito dalla Suprema Corte del Canada nella sentenza *Crown Forest Industries*, il Commentario costituisce parte del "*legal context*" e, su tale base, gioca un importante ruolo all'interno del processo di interpretazione delle Convenzioni.

[401] In merito alla distinzione tra interpretazione "*static*" ed "*ambulatory*" si rinvia a K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 64 m. n. 124c ss.

[402] Attraverso l'introduzione di nuove interpretazioni ovvero la modifica di precedenti interpretazioni.

[403] Cfr. paragrafi da 33 a 36.1della Introduzione al Commentario.

l'ambito di applicazione del Modello e quindi, in ultima istanza, comprimono i diritti dei destinatari.

Nell'ambito delle fonti previste dalla convenzione di Vienna le versioni successive del Commentario potrebbero rilevare forse come strumenti da considerare insieme al "*context*" ai sensi dell'articolo 31(3)(a) della convenzione di Vienna ("*any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions*").[404]

Sul punto la dottrina e la giurisprudenza internazionale sono divise. Da un parte, vi è chi sostiene l'applicabilità del c.d. *ambulatory approach* in base al quale l'interpretazione dei trattati internazionali deve avvenire sulla base delle circostanze e dei chiarimenti esistenti al momento in cui le disposizione della Convenzione viene applicata; dall'altra parte, vi è chi propende per l'applicabilità del c.d. *static approach*, in base al quale l'interpretazione dei trattati internazionali deve avvenire sulla base delle circostanze e dei chiarimenti esistenti al momento in cui la Convenzione è stata conclusa.

La questione della rilevanza del Commentario Posteriore è stata affrontata in una recente sentenza dei giudici tributari della Gran Bretagna e in tale occasione è stato affermato che esso non possa essere ignorato e che debba essere, invece, considerato ai fini dell'analisi e delle valutazioni del caso sebbene non necessariamente vincolante[405].

La tesi del c.d. *ambulatory approach* parrebbe essere sostenuta da autorevole dottrina

---

[404] Concordano J. F. AVERY JONES ET AL., *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to Commentaries on the OECD Model*, Amsterdam, 2005, p. 96; M. J. ELLIS, The influence of the OECD Commentaries on treaty interpretation - Response to Prof. Dr Klaus Vogel, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, p. 617. *Contra* K. VOGEL, *The influence of the OECD Commentaries On Treaties Interpretation*, *op. cit*, p. 614 e M. LANG, Later Commentaries of the OECD Committee on Fiscal Affairs, not to affect the interpretation of previously concluded tax treaties, op. cit, p. 8.

[405] J. F. AVERY JONES, quale *Special Commissioner* nel caso *Trevor Smallwood Trust v. Revenue & Customs* ha sostenuto che "*[t]he relevance of Commentaries adopted later than the Treaty is more problematic because the parties cannot have intended the new Commentary to apply at the time of making the treaty. However, to ignore them means that one would be shutting one's eyes to advances in international thinking, such as how to apply the treaty to payments for software that had not been considered when the Treaty was made. The safer option is to read the latter Commentary and then to decide in the light of its content what weight should be given to it*" (Sottolineatura aggiunta). Cfr. [2008] UKSPC SPC00669 (19 febbraio 2008), par. 99.

internazionale[406] con riguardo, tuttavia, ad alcune specifiche fattispecie. Tale dottrina suddivide le modifiche introdotte da un Commentario Posteriore in quattro categorie:

a. quelle che colmano una lacuna esistente nel Commentario in vigore antecedente le modifiche mediante l'inserimento di fattispecie non precedentemente previste;

b. quelle che chiariscono alcune fattispecie attraverso la semplice aggiunta di nuovi esempi ovvero di argomenti già presenti nel Commentario;

c. quelle che recepiscono quanto la prassi attuata dagli Stati contraenti e pertanto già accettata;

d. quelle che contraddicono e, di conseguenza, superano quanto previsto dal Commentario esistente.

Secondo l'autore, nel caso *sub* (a) vi sarebbe scarso (se non addirittura nullo) fondamento giuridico per l'uso del Commentario Posteriore.

Nel caso *sub* (b) il Commentario Posteriore può assumere rilevanza quale interpretazione dell'OCSE del significato di una particolare disposizione del Modello OCSE.

Nel caso *sub* (c) la prassi adottata dagli Stati contraenti e recepita nel Commentario può produrre gli effetti nell'ambito dei rapporti tra le parte contraenti a condizione che entrambe le parti contraenti abbiano adottato tale prassi; tali modifiche rappresentano, pertanto, un accordo tra gli Stati contraenti riguardo l'interpretazione della Convenzione e non un effettivo cambiamento all'interno della Convenzione stessa.

Nel caso *sub* (d) un Commentario Posteriore che contraddice (e quindi supera) le precedenti interpretazioni non dovrebbe mai essere considerato quale strumento interpretativo delle Convenzioni esistenti.

E' opinione dell'autore che il Commentario Posteriore che (i) rappresenta una corretta interpretazione del Modello OCSE, (ii) le cui interpretazioni chiaramente derivano

---

[406] D.A. Ward, *The interpretation of income tax treaties with particular referenced to the commentaries on the OECD Model*, Kingston (Ontario), IFA 2005, cap. 6.

dal testo del Modello stesso e che (iii) non si pone in contrasto con le interpretazioni fornite dal Commentario esistente al momento in cui la specifica Convenzione è stata stipulata, possa essere considerato quale strumento interpretativo emanato dal Comitato per gli Affari Fiscali dell'OCSE del significato di una particolare disposizione del Modello OCSE; tuttavia, esso non può essere considerato come strumento interpretativo predisposto dagli Stati contraenti con specifico riguardo alla singola Convenzione da essi stipulata[407].

La principale critica alla possibilità di considerare il Commentario Posteriore quale valido strumento interpretativo della Convenzione deriva dalla circostanza che la Convenzione di Vienna considera, quale parte del contesto, esclusivamente gli accordi successivamente intervenuti fra le parti contraenti in materia di interpretazione del trattato o della applicazione delle sue disposizioni, e qualsiasi prassi successivamente seguita nell'applicazione del trattato, attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo[408].

Inoltre, potrebbe verificarsi che le parti contraenti (ovvero anche una soltanto di esse) della singola Convenzione siano Stati che non appartengono all'OCSE. Da ciò consegue che le modifiche e le integrazioni introdotte nel Commentario non potrebbero essere considerate come un accordo (successivo) e quindi vincolante (ovvero rilevante per) gli Stati contraenti.

Senza voler in questa sede approfondire ulteriormente il confronto di opinioni che vige nel contesto della dottrina[409] e della giurisprudenza internazionale circa l'applicabilità del cd. *ambulatory approach*[410] o del cd. *static approach*, si desidera

---

407 D.A. Ward sostiene che "*in our view, later commentaries that represent a fair representation of the Model and that clearly arise from the words of the Model (e.g. new amplification commentary) and that do not conflict with commentaries current at the time the tax treaty was negotiated can be given weight as persuasive interpretations by the CFA of the meaning of the particular Article of the Model, but they cannot be considered to have been adopted by treaty negotiators for purpopes of this particular tax treaty*" (sottolineatura aggiunta).

408 Cfr. articolo 31(3) della Convenzione di Vienna.

409 Si segnala, fra i diversi contributi, P.J. Wattel - O. Marres, *The legal status of the OECD Commentary and static or ambulatory approach of tax treaties*, European Taxation, July/August 2003, 222.

410 Per completezza si segnala che la giustizia tributaria e l'amministrazione finanziaria degli Stati Uniti d'America sembrano seguire la tesi dell'*ambulatory approach*. Infatti, nel caso *United States v AL Burbank & Co., 525 F2d 9, 15-16 (1975)* è stato utilizzato il Commentario del 1975 al fine di interpretare le disposizioni di una Convenzione stipulata nel 1942. Ancora, nel caso *Taisei Fire & Marine Ins. Co. v Commissioner, 104 TC 535, 548 (1995)*, dopo avere espresso alcune riserve

meramente ricordare come il Commentario sembra adottare il cd. *ambulatory approach* laddove afferma "*le modifiche agli articolo del Modello di Convenzione e i cambiamenti apportati ai Commentari che sono direttamente connessi a tali modifiche, non devono essere tenuti in considerazione per l'interpretazione o l'applicazione di convenzioni concluse in precedenza laddove le disposizioni di quelle convenzioni differiscano sostanzialmente dagli articoli modificati. Tuttavia, tutte le altre modifiche o aggiunte ai Commentari sono normalmente rilevanti per l'interpretazione e l'applicazione di convenzioni concluse prima dell'adozione di tali modifiche o aggiunte in quanto essere riflettono il consenso degli Stati membri dell'OCSE in merito alla corretta interpretazione delle disposizioni esistenti e della loro applicazione a situazioni specifiche*"[411].

Provando a sintetizzare il contenuto di quanto sopra riportato, si può affermare che non esista una unanimità di opinioni sul valore interpretativo del Commentario sia esso anteriore ovvero posteriore alla stipula della singola Convenzione.

È altresì possibile affermare che i principi forniti dal Commentario, qualora non siano manifestamente in contrasto con (ovvero espressamente derogati da) disposizioni contenute nella singola Convenzione, possono essere utilmente applicati nella sua interpretazione.

Poiché dal 1997 le posizioni di alcuni Stati non membri dell'OCSE sono state incluse nel Commentario si potrebbe, altresì, argomentare che se le Convenzioni stipulate da tali Stati sono conformi al Modello OCSE e gli stessi non hanno espresso specifiche posizioni sia con riferimento allo stesso che al Commentario, allora anche tali Stati concordano con le disposizioni contenute nel Modello OCSE e con le precisazioni del Commentario quale strumento interpretativo delle disposizioni pattizie.

---

circa l'interpretazione di una Convenzione sulla base di un Commentario Posteriore, la Corte ha tuttavia interpretato una disposizione della Convenzione tra USA e Giappone facendo riferimento a quanto contenuto in un Commentario Posteriore. La decisione della Corte statunitense trae fondamento dalla considerazione che le previsioni del Commentario Posteriore presumibilmente riflettono le originali intenzioni degli Stati contraenti meglio di quelle previste nel Commentario vigente al momento della stipula della predetta Convenzione. Sul punto, si rinvia a R. Matteotti, *Interpretation of Tax Treaties and Domestic General Anti-Avoidance Rules – A Sceptical Look at the 2003 Update to the OECD Commentary*, Intertax, Vol. 33, Issue 8/9, 336.

411 Cfr. paragrafi da 34 a 36.1 della Introduzione al Commentario. Il testo indicato è tratto dalla traduzione a cura di G. Maisto, *Modello di Convenzione fiscale sui redditi e sul patrimonio*, Giuffrè, Milano, 2004.

Di conseguenza, si potrebbe sostenere che le interpretazioni fornite dal Commentario Posteriore possano essere considerate un utile strumento interpretativo delle singole Convenzioni qualora (i) queste ultime siano conformi al Modello OCSE ed (ii) entrambi gli Stati contraenti[412] non abbiano espresso la propria volontà di non aderire alle interpretazioni proposte nel corso delle negoziazioni delle modifiche al Commentario.

Da ultimo, con riferimento al ruolo del Commentario (anche del Commentario Posteriore) sull'interpretazione delle disposizioni di una Convenzione in cui (almeno) una delle parti contraenti sia uno Stato non membro dell'OCSE (altresì privo della facoltà di esprimere la propria posizione circa il Modello OCSE ed il Commentario), si è dell'opinione che lo stesso non abbia il valore ermeneutico indicato in precedenza, neanche sotto una prospettiva consuetudinaria. In senso conforme, ancorché in merito al ruolo del Commentario Posteriore, si è espressa parte della dottrina internazionale[413].

7.2 Il significato di "*Place of Effective Management*" nell'ambito del Commentario

7.2.1 Dal Commentario del 1963 al Commentario del 2000

Dal 1958 al 1963, anno della prima pubblicazione del Modello OCSE, l'articolo 4 rimase sostanzialmente immutato per le parti qui di interesse. Esso infatti recitava come segue:

> 1. *For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who, under the law of that State, is liable to taxation therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature.*

---

[412] Sia gli Stati membri dell'OCSE sia gli Stati che, sebbene non siano membri dell'OCSE, hanno comunque la possibilità di esprimere la propria posizione con riferimento al Modello OCSE ed al Commentario.

[413] F. Engelen, "*How "Acquiescence" and "Estoppel" Can Operate to the Effect That the States Parties to a Tax Treaty Are Legally Bound to Interpret the Treaty in Accordance With the Commentaries on the OECD Model Tax Convention*" in AA.VV., a cura di S. Douma e F. Engelen, *op. cit*, 51-72 a p. 71.

2. [testo disciplinante i casi di doppia imposizione per individui - *omissis*]

3. *Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident of the Contracting State in which its place of effective management is situated".*

Nel corso degli ormai quasi 50 anni di vita del Modello OCSE, se si esclude l'integrazione al primo paragrafo con l'aggiunta del secondo periodo[414] avvenuta nel 1977 e di cui si dirà nel successivo capitolo, il testo è rimasto sostanzialmente immutato.

Con riferimento al primo paragrafo, anche il Commentario è rimasto sostanzialmente immutato con l'eccezione della importante modifica interpretativa proposta nel 2008 volta a contrastare il fenomeno delle "*dual resident company*" di cui, come dianzi accennato, si dirà nel successivo capitolo.

Per quanto concerne il terzo paragrafo, invece, deve rilevarsi come lo stesso abbia subito tre modifiche nel corso degli anni, non sempre tra loro coerenti circa il significato da attribuire alla locuzione "*place of effective management*".

Nella versione del 1963, il Commentario, analogamente a quanto affermato in sede di lavori dell'OCEE, afferma che i casi di doppia residenza di società sono rari nella realtà.[415] Tuttavia, laddove tali casi si manifestano esso evidenzia la propria contrarietà dell'OCSE ad accettare un criterio puramente formale quale quello dello Stato di costituzione della società.[416]

---

[414] Il secondo periodo recita come segue: "*But this term does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein*".

[415] Il paragrafo 17 recita come segue: "[*t*]*his paragraph concerns companies and other bodies of persons not being individuals, irrespective of whether they are or not legal persons. It may be rare in practice for a company, etc. to be subject to tax as a resident in more than one State, but it is, of course, possible if, for instance, one State attaches importance to the registration and the other State to the place of effective management. So, in the case of companies, etc., also, special rules as to the preference must be established.*

[416] Il paragrafo 18 recita come segue: "[*i*]*t would not be natural to attach importance to a purely formal criterion like registration which is used but rarely in double taxation Conventions. Generally, these attach importance to the place where the company is actually managed, but the formulation of this criterion varies from one Convention to another.*".

L'OCSE, inoltre, riconosce come una pluralità dei suoi Stati membri nelle proprie convenzioni per evitare le doppie imposizioni abbia attribuito importanza al concetto di effettiva gestione della società preferendolo a quello di sua costituzione[417].

In proposito, la stessa OCSE ammette che non esiste una formulazione univoca per esprimere tale concetto. Il Commentario, tuttavia, chiarisce che il significato dell'espressione "*place of effective management*" è influenzato dalla prassi del Regno Unito che fa ampiamente ricorso al concetto di "*managed and controlled*". Esso, inoltre, ricorda che l'uso di tale locuzione al posto di quella effettivamente utilizzata nella prassi britannica origina da esigenze di omogeneità espositiva che hanno suggerito di utilizzare la medesima locuzione impiegata nell'articolo 8 ("*place of effective management*"), con riferimento alla quale i rappresentanti del Regno Unito hanno confermato la identicità di significato. Di fatto, il Commentario riporta quanto già contenuto nel rapporto Finale dell'OCEE del 1958 illustrato in precedenza[418].

Nella versione del Modello e del Commentario del 1977, questa parte del Commentario rimane sostanzialmente inalterata se non per la "osservazione" inclusa dalla Nuova Zelanda (che era divenuta membro dell'OCSE nel 1973) la quale, invece, poneva enfasi sul concetto di *day-by-day management*, quale criterio rilevante al fine di identificare il "*place of effective management*".[419]

.[417] Nel *Discussion Paper* dell'OCSE, *The impact of the communications revolution on the application of "place of effective management" as a tie breaker rule*, Febbraio 2001, paragrafo 57 si paragona il luogo di costituzione al luogo di nascita di un individuo: "*Using the place of incorporation or establishment as a tie-breaker for companies would produce a result similar to looking to where an individual was born as opposed to where they live. Transposing this scenario of changing the place of incorporation to that of an individual would be to recognise place of birth as the sole residency test.*".

[418] Il paragrafo 19 recita come segue: *"The formulation of the preference criterion in the case of persons other than individuals was considered in connection with the question of the taxation of income of shipping, inland waterways transport and air transport enterprises. A study of the existing bilateral Conventions for the avoidance of double taxation on such income has shown that a number of Conventions accord the taxing power to the State in which the 'place of management' of the enterprise is situated; other Conventions attach importance to its 'place of effective management', others again to 'the fiscal domicile of the operator'. The Conventions concluded by the United Kingdom in recent years provide, as regards corporate bodies, that a company shall be regarded as resident in the State in which 'its business is managed and controlled'. In this connection it has been made clear on the United Kingdom side that this expression means the 'effective management' of the enterprise."*.

[419] L'osservazione della Nuova Zelanda recitava come segue: "*New Zewland's interpretation of the term "effective management" is practical dayby-day management, irrespective of where he overriding control is exercised"*

Tale concetto appariva in aperta contraddizione con quello propugnato dall'OCSE e mutuato dalla giurisprudenza del Regno Unito. L'uno, infatti, sembrerebbe attribuire rilievo alle attività di gestione e decisione, certamente di profilo elevato, ma pur sempre inerenti all'esercizio concreto delle attività dell'impresa (intesa quale attività economica organizzata) mentre l'altro attribuisce rilievo alle attività di supervisione e controllo ("*central management and control*") della società, intesa nel suo complesso, normalmente attribuite al consiglio di amministrazione della società.

Nel 1992, al paragrafo 23 venne cancellata l'affermazione ivi contenuta che faceva riferimento al Regno Unito al fine di chiarire che l'interpretazione da dare alla locuzione "*managed and controlled*" dovesse intendersi del tutto sovrapponibile a quella della locuzione "*place of effective management*"[420]. Tale eliminazione è posteriore di ben nove anni alla presa di posizione ufficiale delle autorità fiscali inglesi[421] laddove esse affermarono, invero in modo un po' contradditotrio e confuso, che in talune circostanze i due concetti divergono.

A tal proposito, è opportuno confrontare il significato della locuzione "*central management and control*" operata dall'amministrazione finanziaria inglese ed il loro successivo commento sul significato della locuzione "*place of effective management*".

Con riferimento al primo concetto l'amministrazione finanziaria inglese afferma che "[*t*]*he case law concept of central management and control is, in broad terms, directed at the highest level of control of the business of a company. It is to be distinguished from the place where the main operations of a business are to be found, though those two places may often coincide. Moreover, the exercise of control does not necessarily demand any minimum standard of active involvement: it may, in*

---

[420] Il paragrafo 23 prima del 1992 recitava come segue e la parte di testo barrata corrisponde alla eliminazione apportata in tale anno: "*The formulation of the preference criterion in the case of persons other thanindividuals was considered in particular in connection with the taxation of income from shipping, inland waterways transport and air transport. A number of conventions for the avoidance of double taxation on such income accord the taxing power to the State in which the "place of management" of the enterprise is situated; other conventions attach importance to its "place of effective management", others again to the "fiscal domicile of the operator"* ~~*concerning conventions concluded by the United Kingdom which provide that a company shall be regarded as a resident in the State in which "its business is managed and controlled", it has been made clear, on the United Kingdom side, that this expression means the "effective place of management" of the enterprise*~~*"*.

[421] *HMRC Statement of Practice* 6/83 del 27 luglio 1983 successivamente sostituito dallo *Statement of Practice* 1/90 (reperibile al seguente indirizzo: http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm120200.htm).

appropriate circumstances, be exercised tacitly through passive oversight." (sottolineatura aggiunta).

Con riferimento al secondo concetto, invece, e significativamente alla sua assimilazione al primo contenuta nel Commentario allora in essere, l'amministrazione finanziaria inglese afferma che "[*t*]*he Commentary in paragraph 3 of Article 4 of the OECD Model records the UK view that, in agreements (such as those with some Commonwealth countries) which treat a company as resident in a state in which `its business is managed and controlled`, this expression means `the effective management of the enterprise`. More detailed consideration of the question in the light of the approach of Continental legal systems and of Community law to the question of company residence has led HM Revenue & Customs to revise this view. It is now considered that effective management may, in some cases, be found at a place different from the place of central management and control. This could happen, for example, where a company is run by executives based abroad, but the final directing power rests with non-executive directors who meet in the UK. In such circumstances the company's place of effective management might well be abroad but, depending on the precise powers of the non-executive directors, it might be centrally managed and controlled (and therefore resident) in the UK.*" (sottolineatura aggiunta).

Pertanto, anche alla luce di tale precisazione, nel Commentario del 1992 viene eliminato il riferimento al Regno Unito ed alla identità di significato delle due locuzioni.

Successivamente, una importante modifica al Commentario all'articolo 4, paragrafo 3 del Modello OCSE avviene nel 2000 con l'integrazione al paragrafo 24 attraverso l'aggiunta del seguente testo "*The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business are in substance made. The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given and all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time.*".

Tale integrazione aveva finalità meramente illustrative (*i.e.* fornire una migliore spiegazione di tale concetto) e non conteneva alcuna "nuova" interpretazione o specificazione di tale locuzione. [422]

Secondo il paragrafo 24 del Commentario del 2000 all'art. 4 il *place of effective management* coincide con il luogo dove sono assunte le decisioni fondamentali dal punto di vista gestionale e commerciale che riguardano la società[423] nel suo insieme ("*the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business are in substance made*"). Invero, se è possibile che una società abbia più sedi di direzione ("*place of managements"*) essa non può che avere una sola "*sede di direzione effettiva*"[424] atteso che, normalmente, è in un solo Stato che vengono assunte le decisioni strategiche inerenti alla gestione della stessa, intesa quest'ultima nella sua unitarietà e non nella sua sotto-composizione di azienda o rami d'azienda che ben possono avere dei centri decisionali locali per la gestione dei propri affari.

Come è stato osservato[425], la prima frase aggiunta poteva dirsi sostanzialmente condivisa sia dagli Stati di *common law* che da quelli di *civil law*. La natura delle attività gestorie ivi indicate, invero, poteva ben riferirsi sia a quelle dell'alta direzione aziendale - *top management* (visione propria degli Stati di *civil law*) sia a quelle del consiglio di amministrazione (visione propria degli Stati di *common law*).

Il Commentario del 2000 specifica che tale luogo coincide tendenzialmente con il luogo dove l'amministratore o il consiglio di amministrazione assume le proprie decisioni ("*The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined*").[426]

---

[422] In senso conforme circa il fatto che le integrazioni al Commentario hanno una portata meramente clarificatoria si veda E. BURGSTALLER e K. HASLINGER, *op. cit.*, p. 379.

[423] In verità, la norma di non parla di "società" bensì di ogni "persona" (cosi come definiti ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) del Modello OCSE) diversa da una persona fisica. Tuttavia, per semplicità di riferimento d'ora innanzi si farà menzionerà solo la società.

[424] L'ultima frase del paragrafo 24 del Commentario all'art. 4, paragrafo 3, recita: "*An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time*".

[425] JACQUES SASSEVILLE, The Meaning of "Place of Effective Management" in *Residence of Companies under tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, p. 293.

[426] In occasione dell'inserimento di queste modifiche, la Nuova Zelanda ha ritirato la sua riserva

Tale frase sembra invece supportare la concezione anglosassone espressa nella più volte citata sentenza *de Beers* laddove venne fatto esplicito riferimento al ruolo del consiglio di amministrazione, con la conseguenza che, sebbene espunto dal Commentario nel 1992, il concetto di "*central management and control*" sembrerebbe assumere nuovamente rilievo nell'ambito del Commentario del 2000.

Si tratta, come riconosciuto dallo stesso Commentario, di un indirizzo di massima, non di una regola insuperabile: infatti "*no definitive rule can be given and all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management*". Invero, come ricordato il Commentario del 2000 indica che, in linea di massima, il *place of effective management* deve considerarsi coincidente con il luogo dove si riunisce il Consiglio di Amministrazione della società. Tuttavia, esso chiariva che laddove esso dovesse divergere dal luogo in cui si riuniscono le persone con gli effettivi poteri di alta direzione della società e tali persone ivi esercitano detti poteri (ancorché tali persone non siano formalmente consiglieri di amministrazione della stessa), allora tale luogo si configura quale il vero *place of effective management*. Tale affermazione sembra, quindi, ricalcare quanto affermato dalla giurisprudenza inglese nella citata sentenza *Unit Construction v Bullock* laddove venne suggerito che al fine di identificare l'ubicazione del "*central management and control*"si dovesse fare riferimento ad un'analisi di tipo fattuale e non meramente formale.

Si è quindi voluto, da una parte, attribuire importanza al concetto di prevalenza della sostanza sulla forma e, dall'altra, enfatizzare il rilievo che deve essere attribuito alle decisioni di importanza strategica per la società[427].

In occasione dell'inserimento dell'integrazioni al Commentario del 2000, la Nuova Zelanda ha ritirato la sua riserva secondo cui "*New Zeland's interpretation of the term 'effective management' is practical day to day management, irrespective of where the overriding control is exercised*".

Alla luce di quanto riportato in precedenza circa una sorta di "ritorno alle origini" del significato di "*place of effective management*" tendente a sovrapporsi con quello di "*central management and control*", il ritiro dell'osservazione della Nuova Zelanda

---

secondo cui "*New Zeland's interpretation of the term 'effective management' is practical day to day management, irrespective of where the overriding control is exercised*".

[427] Si segnala che il secondo periodo dell'attuale paragrafo 24 del Commentario all'art. 4 considera il *place of effective management* "*the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business are in substance made*".

appare quanto mai curioso. Infatti, il significato da essa attribuito alla locuzione "*place of effective management*" sembra essere più vicino a quello degli Stati di *civil law* (attività di *day-by-day management* condotte dal *top management* della società) e quindi opposto al senso della modifica al Commentario in discussione, avuto soprattutto riguardo alla seconda frase inserita.

Pertanto, sebbene con il consueto stile ellittico che contraddistingue l'OCSE, il Commentario del 2000 sembra fornire un'indicazione chiara circa il significato di *place of effective management* (cioè a dire il luogo in cui si assumono le alte decisioni di carattere strategico o gestionale). Esso, inoltre, appare (giustamente) molto più possibilista in merito alla sua identificazione con il luogo di riunione del consiglio di amministrazione rimandando tuttavia ad un'analisi fattuale caso per caso ed esprime l'unica certezza con riferimento al fatto che "*an entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time*".

Questa conclusione, tuttavia, contrasta con quanto affermato dal Technical Advisory Group (TAG) della stessa OCSE con riferimento all'impatto delle nuove tecnologie sul *place of effective management*.[428] In tale documento, infatti, il TAG afferma che l'evoluzione delle telecomunicazioni rende inutile la compresenza nello stesso luogo delle persone, il che può avere un certo impatto sulle *tie-breaker rules*. Ed ancora, la facilità dei trasporti può determinare una ubicazione itinerante, o quantomeno, non così stanziale come in passato l'ubicazione del *place of effective management*

Qualora, infatti, gli amministratori di una società adottino le loro decisioni durante una conferenza telefonica mentre si trovano in Stati diversi, può essere difficile individuare il *place of effective management* della società. Lo stesso vale nel caso in cui le decisioni vengano assunte da persone che viaggiano continuamente e da un consiglio di amministrazione che si incontra in luoghi di volta in volta diversi.

Del resto la possibilità che una società possa essere gestita in luoghi diversi era già stata ventilata nella sentenza *Unit Construction* più volte citata:

> "*Though such instances must be rare, the managements and control may be*

[428] Cfr. OECD, *The impact of the communications revolution on the application of "place of effective management" as a tie breaker rule*, cit., paragrafi 34 ss. Nello stesso senso nella dottrina italiana A. M. GAFFURI – S. COVINO, Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società *holding*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2006, p. 78.

divided or even, at any rate in theory, peripatetic.".

La dottrina tedesca[429] suggerisce che in caso di pluralità di *place of management*, si dovrebbe far ricorso al luogo di residenza di quegli stessi amministratori della società le cui decisioni radicano il "*place of effective management*" in un determinato luogo.

Il TAG[430] osserva correttamente, tuttavia, che in casi come questi è anche possibile che i *top level managers* risiedano in Stati diversi tra loro. In ogni caso, a parere di chi scrive, è dubbio che il conflitto di residenza delle società debba trovare una soluzione fondata sui legami personali dei suoi amministratori con un certo territorio, anche perché la residenza dei *managers* potrebbe, a sua volta, essere stata determinata da scelte di carattere fiscale.

7.2.2 Il Discussion Draft del 2001: L'impatto delle nuove tecnologie sul "place of effective management"

Da tempo l'OCSE[431] ha evidenziato che le nuove tecnologie rischiano di rendere più difficile l'individuazione della residenza fiscale delle società, soprattutto qualora gli Stati riconducano la residenza al criterio della sede dell'amministrazione.

Non vi è dubbio, infatti, che la possibilità di tenere consigli di amministrazione in video o in teleconferenza – con ciascuno dei consiglieri che partecipa dal proprio Stato di residenza (magari in Stati diversi) – renda assai difficile l'individuazione del luogo dove si "tiene" il consiglio.

Ecco allora che in dottrina[432] è stato proposto di individuare criteri interpretativi di carattere sussidiario, quali ad esempio di dare prevalenza al luogo in cui si trova il presidente del consiglio di amministrazione, sull'assunto che quello sia il luogo in cui si trova il centro propulsivo dell'attività gestionale.

Resta il fatto che queste difficoltà non sono altro che un indice della sopravvenuta inadeguatezza e delle difficoltà applicative di un criterio (quello della sede

---

[429] Cfr. K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 262 m. n. 105.

[430] Cfr. OECD, *The impact of the communications revolution on the application of "place of effective management" as a tie breaker rule*, cit., paragrafo 28.

[431] Cfr. il *Discussion Paper* dell'OCSE, *The impact of the communications revolution on the application of "place of effective management" as a tie breaker rule*, cit., paragrafo 34.

[432] A. M. GAFFURI – S. COVINO, cit., p. 78.

dell'amministrazione).

Anche l'amministrazione finanziaria australiana[433] ha recentemente riconosciuto l'esistenza di questi problemi ed ha evidenziato la necessità di ricondurre la sede dell'amministrazione (il *central management and control*) nel luogo dove si trovano i soggetti i cui impulsi volitivi sono maggiormente rilevanti per la vita della società:

> "*Where board meetings are conducted via electronic facilities (rather than physical attendance) the focus is on where the participants contributing to the high level decisions are located rather than where the electronic facilities are based. The fact that a majority of these high level decision makers regularly participate from a jurisdiction other than Australia would support a conclusion that the CM&C is not located in Australia, particularly where the majority of decision makers usually undertake their company duties and participate in the company's high level decision making processes in that other jurisdiction. Where the range of locations using electronic means makes this judgment difficult, regard may need to be had to other factors, for example, where the key functions of the board are undertaken, where the decision makers usually undertake their company duties and participate in the company's high level decision making processes, where the high level decision makers are resident and where the secretariat is located*." (sottolineatura aggiunta).

Emerge dunque l'esigenza di superare l'unicità del criterio della sede dell'amministrazione, inteso come il luogo dove si riunisce il consiglio.

Si potrebbe allora dare rilievo al luogo dove si trovano e svolgano le loro funzioni i soggetti a cui siano state delegate una parte significativa delle funzioni del consiglio di amministrazione.

In tale modo si finirebbe per recuperare l'originale valenza del criterio della sede dell'amministrazione, inteso come luogo da cui promanano le decisioni fondamentali per la vita dell'impresa.

Considerazioni analoghe valgono anche per il criterio del *"place of effective management"* adottato dal Modello OCSE che abbiamo assunto coincidere sostanzialmente con quello della sede dell'amministrazione:

Così il *Discussion Paper* dell'OCSE sull'impatto delle nuove tecnologie sulla regola della sede di direzione effettiva osserva che:

> "*However, the communications and technological revolution is fundamentally changing the way people run their business. Due to sophisticated*

[433] Cfr. paragrafo 50 del Ruling australiano 2004/15 cit..

telecommunication technology and fast, efficient and relatively cheap transportation, it is no longer necessary for a person or a group of persons to be physically located or meet in any one particular place to run a business. This increased mobility and functional decentralisation may have a significant impact on the incidence of dual resident companies, and the application of the place of effective management tie-breaker rules.".

Di fatto, in sede OCSE, anche in considerazione delle divisioni degli Stati membri in relazione all'effettivo significato da ascrivere all'espressione "*place of effective management*", non si è prevenuti ad una posizione definitiva in merito alle conseguenze imposte dalla rivoluzione tecnologica delle telecomunicazioni al concetto spaziale sotteso a tale locuzione.

Nondimeno, se da un punto di vista teorico è indubbio che le nuove tecnologie possano idealmente consentire di dematerializzare il "*place of effective management*", è altresì indubbio che nella realtà (sia quella dei grandi gruppi che delle società di più modeste dimensioni), le decisioni strategiche continuano ad essere assunte nell'ambito di luoghi fisici e non di spazi virtuali creati dalle tele-video conferenze.

Pertanto, a parere di chi scrive, l'impatto delle nuove tecnologie rappresenta più una sfida sul piano concettuale che sul piano della realtà. Le nuove tecnologie hanno indubbiamente limitato la necessità di effettivi spostamenti da parte del *top management* ovvero dei membri del consigli di amministrazione (qualora differenti dai primi). Tuttavia, le decisioni strategiche, quelle cioè qualificanti la nozione di "*place of effective management*" (sia essa intesa nella accezione anglosassone relativa cioè alla società nel suo insieme sia quella di matrice più continentale inerente, quindi, alle attività di impresa), continuano ad essere, in realtà, assunte nel contesto di riunioni effettive e non virtuali. Di talché, si è dell'opinione che le nuove forme di telecomunicazione non abbiano alterato la realtà di gestione delle società in una misura tale da far considerare arretrate le varie interpretazioni della espressione "*place of effective management*".

7.2.3 Il Discussion Draft del 2003

Nel 2003 il TAG dell'OCSE ha predisposto due Discussion Draft i quali, sebbene non abbiamo mai portato ad effettive modifiche del Commentario, sono tuttavia utili ai fini di una migliore comprensione del significato da attribuire alla locuzione "*place of effective management*".

Più precisamente, nel *Discussion Draft* del 27 marzo 2003,[434] sono elaborate due proposte che incidono sia sul concetto di *place of effective management* sia sul suo ruolo all'interno dell'art. 4, paragrafo 3.

La prima proposta, intitolata "*Refinement of the place of effective management concept*" intende rielaborare la nozione di *place of effective management* contenuta nel Commentario.

La seconda, intitolata "*Hierarchy of tests*" incide direttamente sul Modello OCSE, ristrutturando il testo dell'art. 4, paragrafo 3, e creando una serie di *tie-breaker rules* che operano secondo un ordine gerarchico, analogamente all'art. 4, paragrafo 2 per gli individui.

La necessità di rivedere l'articolo 4, paragrafo 3 e, o soltanto, il Commentario nasce dalla constatazione dell'insufficienza dell'attuale impianto normativo in determinati casi. Già nel 2001, l'OCSE,[435] infatti, aveva rilevato che "[*t*]*hus to the extent that the place of effective management test fails to provide a clear allocation of residence to one country, albeit in a limited number of cases, it may be seen to be an ineffective rule*.".

Come si è detto la seconda proposta contiene in sé anche la prima, avente ad oggetto il chiarimento sul concetto di "*place of effective management*" e l'esame di alcuni casi tipici di consiglio di amministrazione svuotato di poteri di gestione effettiva.

La seconda proposta, tuttavia, alterando sostanzialmente l'attuale impostazione delle *tie-breaker rules*, impone una modifica non soltanto al Commentario, ma anche al Modello OCSE.

Come noto vi è una sostanziale differenza tra modificare il Commentario e modificare il Modello.

La dottrina sottolinea, infatti, che le modifiche del Commentario possono avere efficacia immediata, mentre le modifiche al Modello potranno avere efficacia soltanto

---

[434] Technical Advisory Group on Monitoring the Application of Existing Treaty Norms for the Taxation of Business Profits ("TAG"), *Discussion Draft – Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention*, 27 May 2003.

[435] OECD, *The impact of the communications revolution on the application of "place of effective management" as a tie breaker rule*, cit., paragrafo 47.

con riferimento a quei trattati che siano stati conclusi dopo le modifiche e che le abbiano recepite. In altri termini, le modifiche al Modello OCSE richiedono decenni prima di affermarsi nella prassi degli Stati.

Questi autori arrivano, pertanto, ad affermare che "*changing the OECD Commentary is preferable to changing the Model Convention*".[436]

Negli ultimi anni (a partire dal 1992) l'OCSE ha cercato di accrescere l'autorità del Commentario nell'interpretazione delle convenzioni. In particolare, i paragrafi 33 ss. dell'introduzione al Commentario prevedono:

> "*RELATION WITH PREVIOUS VERSIONS*
>
> *33. When drafting the 1977 Model Convention, the Committee on Fiscal Affairs examined the problems of conflicts of interpretation that might arise as a result of changes in the Articles and Commentaries of the 1963 Draft Convention. At that time, the Committee considered that existing conventions should, as far as possible, be interpreted in the spirit of the revised Commentaries, even though the provisions of these conventions did not yet include the more precise wording of the 1977 Model Convention. It was also indicated that Member countries wishing to clarify their positions in this respect could do so by means of an exchange of letters between competent authorities in accordance with the mutual agreement procedure and that, even in the absence of such an exchange of letters, these authorities could use mutual agreement procedures to confirm this interpretation in particular cases.*
>
> *34. The Committee believes that the changes to the Articles of the Model Convention and the Commentaries that have been made since 1977 should be similarly interpreted.*
>
> *35. Needless to say, amendments to the Articles of the Model Convention and changes to the Commentaries that are a direct result of these amendments are not relevant to the interpretation or application of previously concluded conventions where the provisions of those conventions are different in substance from the amended Articles. However, other changes or additions to the Commentaries are normally applicable to the interpretation and application of conventions concluded before their adoption, because they reflect the consensus of the OECD Member countries as to the proper interpretation of existing provisions and their application to specific situations.*
>
> *36. Whilst the Committee considers that changes to the Commentaries should be relevant in interpreting and applying conventions concluded before the adoption of these changes, it disagrees with any form of* a contrario *interpretation that would necessarily infer from a change to an Article of the Model Convention or to the Commentaries that the previous wording resulted in consequences different from those of the modified wording. Many amendments are intended to simply clarify, not change, the meaning of the Articles or the Commentaries, and*

[436] La citazione – di HELMUT LOUKUTA al Convegno IFA di Eilat – è riportata da K. VOGEL, The influence of the OECD Commentaries on treaty interpretation, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, p. 612.

such a contrario *interpretations would clearly be wrong in those cases.*

36.1 Tax authorities in Member countries follow the general principles enunciated in the preceding four paragraphs. Accordingly, the Committee on Fiscal Affairs considers that taxpayers may also find it useful to consult later versions of the Commentaries in interpreting earlier treaties." (sottolineatura aggiunta).

Secondo il Commentario OCSE, dunque, le modiche apportate al Commentario dovrebbero trovare applicazione immediata anche ai trattati conclusi prime della loro introduzione, perché esse riflettono il consenso degli Stati membri dell'OCSE su quel particolare punto.

L'unica eccezione – secondo il Commentario – vale per il caso in cui le modifiche al Commentario siano diretta conseguenza delle modifiche apportate al Modello. In tal caso le nuove disposizioni del Commentario troverebbero applicazione soltanto nei confronti dei trattati conclusi utilizzando la nuova formulazione del Modello.[437]

Applicando tale ragionamento alla due proposte del TAG che saranno esaminate in dettaglio nei paragrafi che seguono, si dovrebbe concludere che le proposte di ridefinizione del concetto di *place of effective management* dovrebbero, una volta approvate dall'OCSE, applicarsi a tutte le convenzioni che utilizzano tale criterio come *tie-breaker rule*.

Per contro, ovviamente, le modifiche al Commentario che sono imposte dalla creazione di una gerarchia di test alternativi rispetto a quello del *place of effective management* troverebbero applicazione soltanto rispetto alle convenzioni successive all'introduzione delle modifiche e che le recepissero.

La tesi secondo cui le modifiche al Commentario sarebbero applicabili retroattivamente alle convenzioni già concluse non è immune da critiche. In particolare si rileva[438] che i cambiamenti al Commentario possono ritenersi immediatamente applicabili anche ai trattati conclusi prima della loro introduzione soltanto qualora si tratti di cambiamenti di natura prettamente formale.

---

[437] Recentemente J. AVERY JONES e P. BAKER hanno proposto di adottare in sede OCSE un modello standard di protocollo che gli Stati legati da convenzioni bilaterali dovrebbero firmare allo scopo di incorporare nei trattati esistenti le modifiche apportate al Modello OCSE. Cfr. J.F. AVERY JONES – P. BAKER, The multiple amendment of bilateral double taxation conventions, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2006, p. 20.

[438] Così K. VOGEL, The influence of the OECD Commentaries on treaty interpretation, cit., p. 612.

Qualora i cambiamenti rivestano una natura sostanziale, per contro, l'OCSE non potrebbe imporre la sua interpretazione come quella corretta e, dunque, applicabile anche con effetto retroattivo ai trattati già conclusi, dal momento che il Commentario è semplicemente uno strumento di ausilio interpretativo, non vincolante.

Fatte queste premesse, si passa all'esame delle due proposte.

La prima proposta, come anticipato, intende includere nuovi e più precisi criteri per l'individuazione del "*place of effective management*".

In sostanza si propone di modificare il testo del paragrafo 24 del Commentario all'art. 4(3) del Modello OCSE. Il testo risultante è il seguente[439]:

> "24. As a result of these considerations, the "place of effective management" has been adopted as the preference criterion for persons other than individuals. [*the rest of the existing paragraph has been incorporated in modified form in the following paragraphs*] ~~The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business are in substance made. The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given and all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time.~~
>
> 24.1 An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time. [*this corresponds to the last sentence of existing paragraph 24*]
>
> 24.2 The place of effective management is the place where ***the*** key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business are in substance made ~~The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given.~~, ***i.e.*** the place where the actions to be taken by the entity as a whole are***, in fact,*** determined ~~and all~~. ***All the*** relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. [*this corresponds to the second and third sentences of existing paragraph 24*].
>
> 24.3 The place of effective management ~~will~~ ***is*** ordinarily ~~be~~ the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, [*this corresponds to the third sentence of existing paragraph 24*]

[439] Le aggiunte rispetto al testo attuale del Commentario sono in grassetto corsivo; le eliminazioni risultano barrate.

which normally corresponds to where it meets. There are cases, however, where the key management and commercial decisions necessary for the conduct of the entity's business are in substance made in one place ~~somewhere~~ by a person or group of persons but are formally finalized somewhere else by it or by another person or group of persons. In such cases, it will be necessary to consider other factors. Depending on the circumstances, these other factors could include:

- ***Where a board of directors formally finalizes key management and commercial decisions necessary for the conduct of the entity's business at meetings held in one State but these decisions are in substance made in another State, the place of effective management will be in the latter State.***

- ***If there is a person such as a controlling interest holder (e.g. a parent company or associated enterprise) that effectively makes the key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business, the place of effective management will be where that person makes these key decisions. For that to be the case, however, the key decisions made by that person must go beyond decisions related to the normal management and policy formulation of a group's activities (e.g. the type of decisions that a parent company of a multinational group would be expected to take as regards the direction, co-ordination and supervision of the activities of each part of the group).***

- ***Where a board of directors routinely approves the commercial and strategic decisions made by the executive officers, the place where the executive officers perform their functions would be important in determining the place of effective management of the entity. In distinguishing between a place where a decision is made as opposed to where it is merely approved, one should consider the place where advice on recommendations or options relating to the decisions were considered and where the decisions were ultimately developed***."

Le modifiche proposte intervengono sul punto relativo al fatto che il *place of effective management* si trova, di solito, nel luogo dove le persone che gestiscono la società si riuniscono e assumono le decisioni fondamentali per la vita della stessa.

Secondo la proposta di modifica, tuttavia, ci sono casi in cui le decisioni sono prese da soggetti diversi e in un luogo diverso da quello in cui le decisioni sono formalmente assunte. Sul problema dei consigli di amministrazione sostanzialmente "svuotati" dei loro poteri si rinvia al successivo paragrafo 9.

Qualora le decisioni sono formalmente assunte nel consiglio di amministrazione e questo si tiene in uno Stato diverso da quello in cui le decisioni sono sostanzialmente assunte proposta di modifica del Commentario suggerisce che il "*place of effective management*" sia individuato nel luogo dove le decisioni sono assunte nella sostanza, non formalmente.

Qualora, invece, il soggetto che controlla la società assume esso stesso le decisioni per la controllata, il "*place of effective management*" si troverà nel luogo in cui vengono assunte le decisioni essenziali della controllante. Affinché il "*place of effective management*" della società sia attratto dal luogo in cui vengono assunte le decisioni della controllante, è necessario che il soggetto controllante eserciti un'influenza e assuma delle decisioni che vanno oltre le funzioni di coordinamento tipico della capogruppo.

Quando, invece, il consiglio di amministrazione della società approva praticamente automaticamente le decisioni assunte dai dirigenti della società, il luogo in cui tali dirigenti svolgono la loro funzione può assumere rilevanza ai fini della determinazione del *place of effective management*.

Ai fini di determinare se il consiglio di amministrazione si limita a ratificare le decisioni dei dirigenti, assume rilievo il luogo in cui i consigli, le raccomandazioni e le opzioni circa le decisioni sono state considerate e le decisioni sono state finalizzate.

La seconda proposta prevede la modifica del testo dell'articolo 4, paragrafo 3 (e del relativo Commentario), al fine di inserire una gerarchia di test non dissimile da quella già prevista dall'articolo 4(2) per le persone fisiche. Questa seconda proposta, inoltre, riproduce integralmente anche le aggiunte al paragrafo 24 del Commentario esaminate *supra*.

Il *Discussion Draft* prevede quattro *tie-breaker rules* con tre diverse opzioni circa il loro contenuto.

> "***3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then its status shall be determined as follows:***
>
> ***a) it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated;***
>
> ***b) if the State in which its place of effective management is situated cannot be determined or if its place of effective management is in neither State, it shall be deemed to be a resident only of the State***
> ***[OPTION A: with which its economic relations are closer]***
> ***[OPTION B: in which its business activities are primarily carried on]***
> ***[OPTION C: in which its senior executive decisions are primarily taken].***
>
> ***c) if the State [with which its economic relations are closer] [in which its business activities are primarily carried on] [in which its senior executive decisions are primarily taken] cannot be determined, it shall be deemed to be a***

resident of the State from the laws of which it derives its legal status;

d) if it derives its legal status from neither State or from both States, or if the State the State from the laws of which it derives its legal status cannot be determined, the competent authorities of the Contracting States shall settle the question by mutual agreement."

Le modifiche all'articolo 4(3) impongono la riformulazione del relativo Commentario (paragrafi 21-24). Il testo proposto include anche le ridefinizioni del concetto di *place of effective management* esaminate nel paragrafo precedente.

"21. This paragraph concerns companies and other bodies of persons, irrespective of whether they are or not legal persons. It may be rare in practice for a company, etc. to be subject to tax as a resident in more than one State, but it is, of course, possible if, for instance, one State attaches importance to the registration and the other State to the place of effective management. So, in the case of companies, etc., also, special rules as to the preference must be established.

22. To solve such conflicts of residence, rules have been established which give the attachment to one State a preference over the attachment to the other State. As for individuals, the facts to which the rules will apply are those existing during the period when the residence of the taxpayer affects tax liability, which may be less than an entire taxable period.

~~22. It would not be an adequate solution to attach importance to a purely formal criterion like registration. Therefore paragraph 3 attaches importance to the place where the company, etc. is actually managed.~~

~~23. The formulation of the preference criterion in the case of persons other than individuals was considered in particular in connection with the taxation of income from shipping, inland waterways transport and air transport. A number of conventions for the avoidance of double taxation on such income accord the taxing power to the State in which the "place of management" of the enterprise is situated; other conventions attach importance to its "place of effective management", others again to the "fiscal domicile of the operator".~~

23. The paragraph first gives preference to the Contracting State in which the "place of effective management" of the entity is situated. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time. [*this sentence corresponds to the last sentence of existing paragraph 24*]

24. The place of effective management is the place where ***the*** key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business are in substance made ~~The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given.~~, ***i.e.*** the place where the actions to be taken by the entity as a whole are***, in fact,*** determined ~~and all~~. ***All the*** relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. [*this corresponds to*

the second and third sentences of existing paragraph 24].

24.1 The place of effective management ~~will~~ ***is*** ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, [*this corresponds to the third sentence of existing paragraph 24*] ***which normally corresponds to where it meets. There are cases, however, where the key management and commercial decisions necessary for the conduct of the entity's business are in substance made in one place ~~somewhere~~ by a person or group of persons but are formally finalized somewhere else by it or by another person or group of persons. In such cases, it will be necessary to consider other factors. Depending on the circumstances, these other factors could include:***

− Where a board of directors formally finalizes key management and commercial decisions necessary for the conduct of the entity's business at meetings held in one State but these decisions are in substance made in the other another State, the place of effective management will be in the latter State.

− If there is a person such as a controlling interest holder (e.g. a parent company or associated enterprise) that effectively makes the key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business, the place of effective management will be where that person makes these key decisions. For that to be the case, however, the key decisions taken by that person must go beyond decisions related to the normal management and policy formulation of a group's activities (e.g. the type of decisions that a parent company of a multinational group would be expected to take as regards the direction, co-ordination and supervision of the activities of each part of the group).

− Where a board of directors routinely approves the commercial and strategic decisions made by the executive officers, the place where the executive officers perform their functions would be important in determining the place of effective management of the entity. In distinguishing between a place where a decision is made as opposed to where it is merely approved, one should consider the place where advice on recommendations or options relating to the decisions were considered and where the decisions were ultimately developed.

[OPTION A: 24.2 In some rare cases it may be impossible to make a clear determination of the State in which the place of effective management of the entity is situated or the facts may indicate that this place is situated in none of the Contracting States. For instance, it may be that the senior group of persons responsible for making key decisions for the entity regularly meets in different places so that the decisions are not primarily taken in any given State. Also, that group may carry its meetings through modern communication technology in such a way that it is impossible to identify a particular State where its decisions are made. In these cases subparagraph b) gives preference to the State with which the entity's economic relations are closer. The preference to the State with which the economic relations are closer is based on the conclusion that, in such cases, the entity should be considered a resident of the Contracting State in which it is making greater use of economic resources as well as the legal, financial, physical and social infrastructures. The application of that test will involve examining various factors, such as in which State the entity has most of its employees and assets,

carries on most of its activities, derives most of its revenues, has its headquarters, carries on most of its senior management functions or from which State the entity derives it legal status. If an examination of these and other relevant factors taken as a whole clearly shows that the entity is more economically related to one State than to the other, then it will be considered to be a resident of only that State.]

[OPTION B: 24.2 In some rare cases it may be impossible to make a clear determination of the State in which the place of effective management of the entity is situated or the facts may indicate that this place is situated in none of the Contracting States. For instance, it may be that the senior group of persons responsible for making key decisions for the entity regularly meets in different places so that the decisions are not primarily taken in any given State. Also, that group may carry its meetings through modern communication technology in such a way that it is impossible to identify a particular State where its decisions are made. In these cases subparagraph b) gives preference to the State in which the entity's business activities are primarily carried on. This will require determining, on the basis of a functional analysis of the activities performed by the entity in the two Contracting States, in which of these two States the functions performed by the entity are clearly the most important.]

[OPTION C: 24.2 In some rare cases it may be impossible to make a clear determination of the State in which the place of effective management of the entity is situated or the facts may indicate that this place is situated in none of the Contracting States. For instance, it may be that the senior group of persons responsible for making key decisions for the entity regularly meets in different places so that the decisions are not primarily taken in any given State. Also, that group may carry its meetings through modern communication technology in such a way that it is impossible to identify a particular State where its decisions are made. In these cases subparagraph b) gives preference to the State in which the entity's senior executive decisions are primarily taken. This will require determining from which country the clear majority of senior executive decisions (e.g. the decisions of executive officers such the president, vice-presidents, treasurer etc.) are taken. This will usually be the State in which the headquarters of the entity are located, to the extent that they are primarily located in one State. For that purpose, the headquarters would be where one would expect to find the senior executives in charge of the business of the entity. In some States, the laws applicable to an entity which derives its legal status from the laws of the State require that the headquarters of the entity be maintained in that State.]

24.3 Where, in the situation referred to in sub-paragraph b), the State [with which the entity's economic relations are closer] [in which the entity's business activities are primarily carried on] [in which the entity's senior executive decisions are primarily taken] cannot be determined, the entity will be deemed to be a resident of the State from the laws of which it derives its legal status. This will normally be the State under the laws of which the entity has been established but it may also be, for example, a State in which a company has been continued (where this is allowed under the relevant corporate law).

24.4 If the application of that last test reveals that the entity derives its status

from the laws of both States or of neither of them, or if it cannot be determined (because of legal or factual uncertainty) from which State's laws the entity derives its legal status, the competent authorities of the Contracting States must settle the question by mutual agreement. As the practice long followed in the application of paragraph 2 (the rule applicable to individuals) has shown, the competent authorities may therefore address a case where an entity is a resident of the two Contracting States by examining each of the subparagraphs of paragraph 3. Pursuant to paragraph 3 of Article 25, they will do that in order to resolve any doubt as to the interpretation or application of subparagraphs a) to c); if they then conclude that these subparagraphs do not solve the case, they will reach a decision as to the residence of the entity for purposes of the Convention pursuant to subparagraph d)."

In sostanza il TAG, oltre a riproporre i medesimi chiarimenti del concetto di *place of effective management* già esaminati nella prima proposta, propone di modificare radicalmente l'art. 4(3) del Modello OCSE inserendo un sistema di regole simile a quello già previsto dall'art. 4(2).

Come si è già avuto modo di rilevare il primo criterio resta quello del *place of effective management*.

Rispetto al passato, si prende in considerazione la possibilità che tale criterio non sia conclusivo. In particolare, si ipotizza che il *place of effective management* non si trovi in alcuno degli Stati contraenti o che esso non possa essere individuato (ad esempio perché esistono due *place of effective management*).[440]

Il TAG non prende posizione sul secondo criterio, destinato ad operare in caso di mancata risoluzione del conflitto di residenza in base al criterio del *place of effective management*, ma presenta tre opzioni di criteri possibili, invitando a formulare suggerimenti su quale sia il migliore, eventualmente utilizzando anche gli altri in successione.[441]

---

[440] Si è già avuto modo di evidenziare in precedenza che la possibilità di compresenza di due *place of effective management*, pur essendo stata formalmente respinta dal Commentario OCSE (cfr. paragrafo 24, ultimo periodo del Commentario all'articolo 4: "*An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time*."), era già stata riconosciuta dal Discussion Paper del TAG del 2001, *The impact of the communications revolution on the application of "place of effective management" as a tie breaker rule*, cit., paragrafo 45: "*In the traditional environment a situation can arise where the company is treated as a resident for tax purposes under the domestic law of both Contracting States, but the place of effective management is in a third State). This may occur for example where increased use of modern technology may cause this to become a practical issue*.".

[441] Secondo L. HINNEKENS, Revised OECD-TAG definition of place of effective management in treaty tie-breaker rule, in *Intertax*, 2003, p. 318 non è chiaro se il Working Party no. 1 sceglierà una soltanto delle opzioni da far approvare all'OCSE o presenterà il testo con le tre opzioni,

In particolare si prevede che la società debba essere considerata residente nello Stato:

(i) con cui la società presenta le relazioni economiche più strette;

(ii) in cui le sue attività d'impresa sono svolte in via principale;

(iii) in cui sono assunte le decisioni strategiche.

Nel merito dei tre criteri alternativi proposti per supplire all'insufficienza del *place of effective management*, si può notare che ciascuno di essi presenta qualche caratteristica dello stesso *place of effective management*.

Per quanto riguarda la prima opzione – che pone la residenza nello Stato in cui la società ha le relazioni economiche più strette – si sottolinea che essa presenta molte analogie con il test basato sul luogo che presenta il collegamento economico più stretto con la società ("*where the economic nexus is strongest*") che l'OCSE già nel 2001 aveva suggerito potesse essere inserito nell'articolo 4, paragrafo 3 del Modello.

In merito l'OCSE[442] rilevava che:

> "*While on the surface it may appear that such an option is more aligned to source taxation rationale, it also may have some links to the underlying rationale for residence taxation. It could be argued that if the State provides certain facilities and infrastructure for its residents, those who benefit most from such facilities and infrastructure ought to contribute to the State via residence-based taxes.*
>
> *So if a company uses the legal infrastructure, consumes or uses the facilities etc in that State, there is a case that it ought to be treated as a resident. If it does so in more than one State, then a tie-breaker rule based on economic nexus would require a determination (as with individuals) of where its ties/consumption are stronger. However, it could also be argued that the use by a company of the facilities and infrastructure of a State is a rationale that supports source, rather than residence, taxation.*
>
> *Nevertheless, the concept of economic nexus could still be used as a tie-breaker even if it is not used as a basis for residence taxation. It should be noted that such a concept being used in a residence tie-breaker is not unprecedented. For example, the individual tie-breaker uses "centre of vital interests" as a determining factor in deeming residence.*".

Questa opzione presenta anche notevoli contatti con il criterio dell'oggetto principale

---

lasciando che gli Stati contraenti adottino nelle singole convenzioni la formula ritenuta di volta in volta preferibile (come già accade ora con l'art. 23A e B sui metodi di eliminazione della doppia imposizione).

[442] OECD, *The impact of the communications revolution on the application of "place of effective management" as a tie breaker rule*, cit., paragrafo 60.

adottato dall'art. 73 TUIR. All'oggetto principale si avvicina anche la seconda opzione che radica la residenza convenzionale nello Stato in cui le attività d'impresa sono svolte in via principale. A tal riguardo ci si domanda come quantificare l'attività d'impresa svolta nei diversi Stati, se in termini qualitativi o quantitativi o un misto tra questi.[443]

Alcuni membri del TAG sembrano mostrare una preferenza per il terzo criterio – quello che peraltro secondo l'attuale formulazione del Commentario rappresenta, nella maggior parte dei casi, il *place of effective management*.[444]

Qualora anche tali criteri non consentano di pervenire all'individuazione dello Stato di residenza ai fini della Convenzione, il TAG suggerisce di considerare l'ente residente nello Stato da cui deriva il proprio *status* legale. Si tratta, come è evidente, di un criterio omologo a quello della cittadinanza stabilito, per gli individui, dall'art. 4(2)(c).

Qualora anche tale criterio dovesse risultare inservibile, il TAG rimette la soluzione del conflitto ad una procedura amichevole tra gli Stati contraenti, analogamente a quanto previsto dall'art. 4(2)(d) per gli individui.

La particolarità di questa proposta è che essa accetta di superare l'unicità del criterio del *place of effective management* individuando nuovi criteri che ad esso si sostituiscono, in caso in cui il *place of effective management* non possa essere individuato o non si trovi in alcuno Stato contraente.

È interessante notare che il TAG prende coscienza del fatto che talvolta non soltanto il *place of effective management* non riesca ad essere individuato, ma possa anche essere ravvisato in uno Stato che non è uno degli Stati contraenti.

Tale circostanza, può essere, infatti, il risultato della globalizzazione dell'economia

---

[443] Cfr. anche il commento al *Discussion Draft* del 2003 del Chartered Institute of Taxation (CIOT).

[444] Concorda anche il CIOT nel suo commento al *Discussion Draft* del 2003: "*Option C (senior executive decisions test) appears to overlap the "place of effective management" test. Therefore, unless some distinction can be drawn between the place of effective management within a State and the State in which senior executive decisions are taken, we doubt the value of option C. Indeed, if option C is adopted, some clarification of the concept of "senior executive decisions" may be required. These would include decisions regarding policy and strategy, but would exclude day-to-day management decisions, even if made by senior executives*.".

moderna e della varietà dei criteri per la determinazione della residenza previsti dagli Stati.

Si supponga, ad esempio che una società sia stata costituita nello Stato contraente A e che successivamente abbia trasferito la sede legale nello Stato contraente B senza svolgere alcuna attività in alcuno di questi paesi. Se lo Stato A considera residenti le società che ivi costituite (come il Canada), mentre lo Stato B prevede come criterio di residenza il luogo della sede legale (come l'Italia), in questo caso il *place of effective management* della società non si trova in nessuno dei due Stati.

Come si vede, l'assenza di un'alternativa al criterio del *place of effective management* può effettivamente condurre a non riuscire a stabilire quale sia lo Stato di residenza ai fini dell'applicazione della Convenzione.

7.2.4 Le modifiche al Commentario del 2008

Come ricordato in precedenza, nel 2008 l'OCSE modifica, in senso regressivo, il Commentario al paragrafo 3 dell'articolo 4 in commento in un modo, se possibile, da rendere ancora più incerto il significato attribuibile alla locuzione "*place of effective management*".

Al fine di meglio comprendere le ragioni e la portata di tali modificazioni, è opportuno riportare le ragioni ad esse sottese così come indicate dall'OCSE nel documento illustrativo delle proposte di modifica al Modello di convenzione[445].

THE 2008 UPDATE TO THE MODEL TAX CONVENTION
PART I - CHANGES THAT HAVE NOT ALREADY BEEN RELEASED
A. PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT

Background

1. In February 2001, the Technical Advisory Group on Monitoring the Application of Existing Treaty Norms for the Taxation of Business Profits ("Business Profits TAG"), a group composed of business representatives, academics and government officials which had been set up by the OECD to explore certain tax treaty aspects of electronic commerce, released a discussion draft entitled "The Impact of the Communications Revolution on the Application of 'Place of Effective Management' as a Tie Breaker Rule"

[445] "*Draft Contents Of The 2008 Update To The Model Tax Convention, 21 April To 1 May 2008*"

(available at http://www.oecd.org/dataoecd/46/27/1923328.pdf). The purpose of that report was to identify possible limitations that the treaty concept of "place of effective management" (which is used in the tie-breaker rule of paragraph 3 of Article 4) could face in the new technological environment and to identify possible solutions.

2. Based on the comments received, the Business Profits TAG subsequently released, in May 2003, another discussion draft entitled "Place of Effective Management Concept: Suggestions for Changes to the OECD Model Tax Convention". The discussion draft included two alternative proposals. The first proposal ("Refinement of the place of effective management concept") sought to refine the concept of place of effective management by expanding the Commentary explanations as to how the concept should be interpreted. The second proposal ("Hierarchy of tests") put forward an alternative version of paragraph 3 of Article 4 of the Model Tax Convention (the tie-breaker rule for persons other than individuals), together with Commentary thereon. The Business Profits TAG invited comments on these proposals and recommended to Working Party No. 1 to examine these proposals in light of the comments to be received with a view to decide whether and how the OECD Model Tax Convention should be amended.

3. Over the last few years, the Working Party has discussed the proposals formulated by the Business Profits TAG, the comments thereon as well as a number of alternatives. Based on its own discussions as well as on discussions at a session on this topic during the IFA Vienna Congress in 2004, the Working Party has concluded that the proposed expansion of the Commentary put forward by the Business Profits TAG would not be in line with the views of the majority of its member countries as to the meaning of the concept of place of effective management. Many countries, in particular, considered that the TAG's proposed interpretation gave undue priority to the place where the board of directors of a company would meet over the place where the senior executives of that company would make key management decisions. A majority of countries also considered that the cases of dual-residence of legal persons that they encountered in practice did not justify replacing the current concept of "place of effective management" by the approach based on a hierarchy of tests that was put forward by the Business Profits TAG.

4. A significant number of countries, however, indicated that, increasingly, they adopt bilaterally a different approach, based on the facts and circumstance of each case, to solve cases of dual residence of legal persons. Under that approach, such cases are to be solved by the competent authorities. After further discussion, it was agreed that given the number of countries that are prepared to agree bilaterally to that approach, it should be added to the Commentary on Article 4 as a possible alternative to the place of effective management concept.

Changes to the Commentary on Article 4

5. Replace paragraph 24 of the Commentary on Article 4 by the following

24. As a result of these considerations, the "place of effective management" has been adopted as the preference criterion for persons other than individuals. The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business ***as a whole*** are in substance made. ~~The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given and **a**~~***A***ll relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time.

24.1 Some countries, however, consider that cases of dual residence of persons who are not individuals are relatively rare and should be dealt with on a case-by-case basis. Some countries also consider that such a case-by-case approach is the best way to deal with the difficulties in determining the place of effective management of a legal person that may arise from the use of new communication technologies. These countries are free to leave the question of the residence of these persons to be settled by the competent authorities, which can be done by replacing the paragraph by the following provision:

> ***3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States.***

Competent authorities having to apply such a provision to determine the residence of a legal person for purposes of the Convention would be expected to take account of various factors, such as where the meetings of its board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person's headquarters are located, which country's laws govern the legal status of the person, where its accounting records are kept, whether determining that the legal person is a resident of one of the Contracting States but not of the other for the purpose of the Convention would carry the risk of an improper use of the provisions of the Convention etc. Countries that consider that the competent authorities should not be given the discretion to solve such cases of dual residence without an indication of the factors to be used for that purpose may want to supplement the provision to refer to these or other factors that they

consider relevant. Also, since the application of the provision would normally be requested by the person concerned through the mechanism provided for under paragraph 1 of Article 25, the request should be made within three years from the first notification to that person that its taxation is not in accordance with the Convention since it is considered to be a resident of both Contracting States. Since the facts on which a decision will be based may change over time, the competent authorities that reach a decision under that provision should clarify which period of time is covered by that decision.

Come indicato nel documento illustrativo delle proposte di modifica al Modello OCSE, la prima importante modifica è stata quella di eliminare il riferimento al consiglio di amministrazione come "luogo" a cui normalmente attribuire il significato di "*place of effective management*". Tale elisione, quindi, segna una "vittoria" degli Stati di *civil law* che non avevano mai totalmente condiviso l'approccio anglosassone volto ad attribuir (quasi) esclusivo rilievo al luogo di riunione del consiglio di amministrazione al fine di identificare il "*central management and control"* (*rectius*, il "*place of effective management*").

Sotto questa prospettiva, quindi, tale elisione riporta il Commentario alla situazione di incertezza del 1992 (*i.e.* prima delle modifiche del 2000). In aggiunta e, se possibile, per complicare ulteriormente la situazione, il Commentario inserisce il paragrafo 24.1 laddove viene riconosciuta (alla luce della prassi pattizia degli Stati membri) la possibilità di prevedere, in sostituzione al concetto di "*place of effective management*", il ricorso ad una accordo tra le autorità competenti degli Stati contraenti.

Si è quindi tornati indietro di oltre cinquant'anni laddove nei lavori del *Working Party n. 2* dell'OCEE era prevista la possibilità di un accordo tra le autorità competenti al fine di determinare la residenza ai fini convenzionali del "residente". Nondimeno, nel corso dei lavori dell'OCEE l'accordo tra le autorità competenti degli Stati contraenti era in aggiunta al criterio del "*central management and control*" mentre quello previsto oggi dal Commentario è in sostituzione del criterio del "*place of effective management*".

Inoltre, analizzando gli elementi ai quali dovrebbero fare riferimento le autorità competenti degli Stati contraenti per determinare la residenza i fini convenzionali di una società, non si può non notare come gli stessi contengano un *mix* di variabili del tutto eterogeneo che di certo non aiuta a sciogliere l'incertezza.

Da una parte, infatti, viene fatto riferimento al luogo in cui si riuniscono normalmente

gli amministratori della società (*"where the meetings of its board of directors or equivalent body are usually held"*), con ciò supportando la tesi di matrice anglosassone tale per cui la società è residente nello Stato in cui viene esercitata la più elevata forma di gestione strategica e di controllo; dall'altra, è citato il criterio del luogo in cui normalmente il *top management* esercita le proprie prerogative gestionali, certamente collegate alla dimensione strategica della società ma ad un livello più basso di quella di pertinenza del consiglio di amministrazione e maggiormente improntato all'alta direzione della società (*"where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities"*). Tale ultimo criterio quindi è maggiormente coerente con l'impostazione degli Stati di *civil law*.

Ed ancora, rilievo viene attribuito a livelli di gestione ancora più bassi di quelle ordinariamente esercitati dal *top management* (*"where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person's headquarters are located,"*) fino addirittura a menzionare il luogo in cui sono tenute le scritture contabili ("*where its accounting records are kept"*). Ed infine, viene anche fatta una menzione alla teoria dello Stato di costituzione ("*which country's laws govern the legal status of the person*") che mai aveva trovato, in passato, legittimità nei lavori del London Model, dell'OCEE e dell'OCSE. In ogni caso, i criteri dianzi riportati non sono esaustivi ed è ovviamente facoltà degli Stati contraenti aggiungerne degli altri ("*Countries that consider that the competent authorities should not be given the discretion to solve such cases of dual residence without an indication of the factors to be used for that purpose may want to supplement the provision to refer to these or other factors that they consider relevant"*).

Come si vede, quindi, la situazione è assolutamente complessa e priva di qualsivoglia indicazione chiara che consenta di delineare un principio al quale rifarsi nella determinazione del significato della locuzione "*place of effective management*".

Tale complessità origina altresì dalla tendenza da parte degli Stati di interpretare i trattati in base alla propria legislazione interna con la conseguenza che essi sono naturalmente inclini ad "importare" nell'ambito della interpretazione delle disposizioni del trattato, istituti proprie del loro diritto interno, quali, nella fattispecie, il concetto di residenza. Ciò, ad evidenza, crea una cortocircuito in ragione della funzione attribuita alla tie-breaker rule. Nel merito si rimanda a quanto detto in precedenza

7.2.5 Alcune considerazioni "conclusive" in merito al significato della locuzione "place of effective management" alla luce del suo "excursus" storico

Alla luce della ricostruzione storica dianzi proposta (del significato) della locuzione "*place of effective management*" si ritiene opportuno avanzare qualche considerazione.

È indubbio che essa tragga origine dal concetto di "central management and control" di matrice inglese. E' altresì indubbio che, nell'ambito di tale sistema giuridico, al concetto di "*central management and control*" in ambito tributario sia stato sempre associato il più alto livello decisionale.

Nell'ambito dei lavori dell'OCEE fino alla terzo rapporto del Working Party n. 2, il riferimento era al concetto di "*central management and control*". E' stato altresì chiarito come il cambio di locuzione, da "*central management and control*" a "place of effective management", non abbia minimamente inteso modificare il (ovvero sia stata la conseguenza di una modifica dei principi sottesi al) significato ascrivibile a tale espressione.

Pertanto, nelle intenzione degli estensori del *Working Party n. 2* e quindi dell'OCEE (prima e dell'OCSE poi, quantomeno fino al 1992), in caso di doppia residenza, la società avrebbe dovuto essere residente nello Stato in cui era ubicato il proprio "*central management and control*" (*rectius*, il proprio "*place of effective management*"). In altri termini, la società era da intendersi residente nello Stato in cui venivano assunte le decisioni più importanti e di alto profilo che riguardavano le gestione della società nel suo insieme e non le decisioni che riguardavano la stessa nelle sue articolazioni o profili operativi.

Tale impostazione, volta a dare enfasi alla società nel suo insieme, nasce, come visto dalla giurisprudenza inglese in tema di competenza giurisdizionale dei tribunali delle varie contee. In tale contesto, traendo spunto dal caso delle società di trasporto ferroviario, essa ebbe modo di concludere in ragione della competenza a favore della contea ove era ubicato il "*cental management and control*" della società, inteso come luogo in cui vengono assunte le decisioni strategiche inerenti alla gestione ed al funzionamento della società nel suo complesso piuttosto che nei singoli luoghi in cui essa trova concreta esecuzione, quali ad esempio le singole stazioni ferroviarie.

In altri termini, il luogo ove è ubicato il "*cental management and control*" della società è il luogo in cui è localizzato il centro decisionale e di controllo delle attività di impresa esercitate dalla società piuttosto che il luogo di esercizio delle stesse. Tale ultimo luogo, certamente richiede un'attività decisionale e di controllo ma, altrettanto

certamente, essa è di livello qualitativo più basso rispetto a quello della sede centrale, investendo unicamente le attività di quella particolare articolazione produttiva, piuttosto che della società (a cui tale particolare articolazione produttiva appartiene) nel suo complesso.

Siffatto concetto era, come visto nella ricostruzione storica in precedenza riportata, assolutamente pacifico e condiviso sia nel Regno Unito sia in tutti gli Stati membri dell'OCEE (e successivamente dell'OCSE). Tale era la consapevolezza che in sede di lavori preparatori (OCEE), acclarata dal delegato inglese la identicità dei concetti sottesi alle due locuzioni, "*central management and control*" e "*place of effective management*", gli estensori propenderono per la seconda. Come espressamente indicato, tale preferenza trovò esclusiva giustificazione in ragioni di carattere sistematico e di omogeneità redazionale essendo essa già utilizzata (con il medesimo significato) nell'articolo che disciplina la tassazione del trasporto internazionale.

In tale contesto, le autorità inglesi[446] riconoscono che un approfondimento sul significato delle due locuzioni deve essere effettuato alla luce delle interpretazioni proprie, da una parte, degli Stati di *common law* e, dall'altra, degli stati di *civil law*.

Ebbene, le autorità fiscali inglesi affermano che, in alcune circostanze, le due locuzioni sono portatrici di significati differenti. In particolare, essi affermano che la locuzione "*central management and control*" è normalmente rivolta al più alto livello gestionale e strategico della società ("*highest level of control of the business of a company*") mentre il "*place of effective management*" è normalmente inteso come il luogo in cui viene effettivamente gestita l'impresa (intesa quale attività economica organizzata al fine della produzione o scambio di beni o servizi).

L'esempio, per la verità abbastanza estremo, è quello di una società le cui attività di impresa sono gestite all'estero da *managers*, i quali sono titolari dell'autorità di assumere decisioni di assoluta importanza con riferimento ai più ampi aspetti relativi alla gestione delle attività di impresa; tuttavia, il potere di assumere decisioni strategiche inerenti alla direzione della società nel suo complesso (la quale si pone quindi ad un livello di astrazione maggiore rispetto alle attività di impresa da essa esercitate) è nelle mani di

---

[446] *HMRC Statement of Practice* 6/83 del 27 luglio 1983 successivamente sostituito dallo *Statement of Practice* 1/90 (reperibile al seguente indirizzo): http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm120200.htm).

consiglieri di amministrazione non esecutivi (cioè a dire non coinvolti nella gestione della attività di impresa). In tale circostanza, concludono, le autorità fiscali inglesi si può manifestare una divaricazione tra il "*central management and control*" che risulta ubicato laddove gli amministratori non esecutivi assumono le loro determinazioni inerenti alla direzione della società nel suo complesso ed il "*place of effective management*"che è ubicato laddove il *top management* della società assume le proprie determinazioni inerenti alla gestione delle attività di impresa.

Alla luce di tale presa di posizione, le autorità fiscali inglesi confermano la propria visione in forza della quale la residenza fiscale ai fini inglesi è nello Stato in cui è ubicato il "*central management and control*".

Nel merito di quanto riportato non può non osservarsi come l'intera ricostruzione poggi sulla dicotomia, propria del diritto societario e della realtà economica anglosassone, tra il ruolo del consiglio di amministrazione ed il ruolo dell'alta direzione aziendale (*top management*). Al *top management* della società, collegialmente rappresentato dall'*executive management committee* ove siedono i responsabili delle varie funzioni aziendali, è demandato il ruolo di assumere decisioni strategiche relative alla gestione delle (anche numerose e variegate) attività di impresa esercitate dalla società. Al consiglio di amministrazione ("*board of directors"*), invece, sono demandate le funzioni di controllo sull'operato del *top management* nonché di indirizzo strategico della società, senza alcuna forma di diretta ingerenza (ovvero con ingerenze estremamente limitate) nella gestione delle sue attività.

Tale dicotomia, è invece, storicamente molto più smussata nella realtà e nella legislazione degli Stati di *civil law* laddove i componenti del consiglio di amministrazione sono anche generalmente coloro che gestiscono le attività di impresa.

Tale differente impostazione è stata, quindi, la causa delle ripetute modifiche al Commentario OCSE alla ricerca di un difficile equilibrio. Come ricordato in precedenza, infatti, anche sulla scorta della dianzi citata presa di posizione ad opera delle autorità fiscali inglesi, l'OCSE nel Commentario del 1992 elimina ogni riferimento al concetto di "*central management and control*" ed alla giurisprudenza inglese. Nondimeno, tale impostazione concettuale è quella che implicita nelle, e che costituisce l'impalcatura concettuale delle, modifiche al Commentario del 2000 che attribuiscono un ruolo dirimente al consiglio di amministrazione; importanza e ruolo che, come indicato nei *draft report* del 2001 e del 2003, non sono completamente condivisi in sede OCSE e che

conducono alla nuova formulazione del Commentario del 2008 laddove se, da una parte, viene ridimensionata l'importanza attribuita al consiglio di amministrazione, attribuendo rilievo ad attività indicative di un livello gestionale inferiore, dall'altra, viene ribadito il rilievo alle decisioni che riguardano la società nel suo insieme.

Alla luce di quanto riportato, è opinione di chi scrive che. nel corso dei decenni, si sia smarrito il significato, chiaramente identificato dalla ricostruzione storica in precedenza illustrata e definitivamente acclarato in sede OCEE, della locuzione il "*place of effective management*". Su tale significato, cioè a dire, il significato della locuzione di matrice inglese "*central management and control*", gli Stati Membri (dell'OCEE prima e successivamente) dell'OCSE hanno originariamente espresso il proprio consenso.

L'utilizzo di una differente espressione ("*place of effective management*") non ha, infatti, minimamente voluto sottendere una differente interpretazione da dare alla *tie breaker rule* in quanto, come visto, esso si è reso necessario da mere volontà di coerenza semantica ed espositiva con le disposizioni dell'articolo 8 del Modello OCEE (prima ed OCSE poi).

La presa di posizione delle autorità inglesi del 1983 (successivamente ribadita nel 1990) muove anch'essa apparentemente dal medesimo vizio. Le autorità fiscali britanniche, infatti, riconoscono che la locuzione "*place of effective management*" riportata all'articolo 4, paragrafo 3, del Modello OSCE può avere un differente significato negli Stati di *common law* rispetto a quelli di *civil law*. Tuttavia, esse si dimenticano di ricordare la genesi di tale espressione, legittimando per il che il differente significato attribuito da alcuni degli altri Stati membri in relazione al loro differente sistema giuridico.

In altre parole, pare possibile affermare che le autorità fiscali inglesi, preso atto delle (a parere di chi scrive, errate) differenti interpretazioni esistenti negli altri Stati membri dell'OCSE circa il significato ad attribuire a tale espressione, cerchino di ribadire, ad uso interno inglese, la loro interpretazione siccome riveniente dalla giurisprudenza inglese. Tuttavia, così facendo, esse hanno in qualche modo legittimato quelle interpretazioni (errate) rivenienti dagli altri Stati membri.

A tal proposito, ed al fine di meglio chiarire le ragioni per cui si ritengono "errate" tali interpretazioni, si desidera chiarire come le tesi degli altri Stati membri non siano "errate" in principio. E', infatti, del tutto legittimo che ogni Stato ascriva al concetto di

residenza delle società differenti profili di rilievo gestionale. L'errore che l'autore ritiene di individuare riguarda esclusivamente l'interpretazione di tale locuzione nell'ambito del modello (OCEE prima e, successivamente) OCSE. La ragione di tale errore è che sulla interpretazione di matrice inglese tutti gli Stati hanno concordato sia in sede OCEE che OCSE.

La presa di posizione inglese costituisce il presupposto per la rimozione nel Commentario del 1992 di ogni riferimento al significato di matrice anglosassone da ascrivere alla locuzione "*place of effective management*" che era invece contenuto in tutti i Commentari OCSE precedenti (ed anche n quello del Modello OCEE del 1958). Tale rimozione, rappresenta quindi la (apparente) giustificazione da parte degli Stati membri dell'OCSE per legittimare la loro interpretazione di tale espressione (ovvero costituisce un elemento che rafforza le loro tesi).

Diversamente, se fosse rimasta ben chiara l'origine ed il significato che gli estensori del Modello OCEE prima, e del Modello OCSE, poi, hanno voluto attribuire alla locuzione "*place of effective management*" è probabile che molta meno confusione si sarebbe generata intorno al suo significato e che ogni Stato membro qualora avesse, legittimamente, voluto modificare il significato da esso attribuito al menzionato concetto lo avrebbe fatto attraverso l'apposizione di una Riserva (oppure Osservazione in relazione alle singole fattispecie) al Modello.

Analizzando in prospettiva il significato della locuzione "*place of effective management*" è possibile affermare che essa sia nata, per esigenze di mera coerenza espositiva; essa è nata quale espressione sostitutiva di un'altra ("*central management and control*") della quale tuttavia manteneva intatto il proprio significato. Nel corso degli anni, invece, è come se l'espressione "*place of effective management*" abbia acquisito una "vita e genesi" propria e quindi con essa una dignità ed un significato autonomo rispetto alla espressione che ha sostituito, non necessariamente coerente con essa.

Il fatto di avere perso le proprie "radici" legate al concetto ed al significato di "*central management and control*" ha in qualche modo legittimato un'impostazione in forza della quale tale espressione rappresenta una sorta di contenitore che ogni Stato membro è legittimato a "riempiere" in relazione alle previsioni del proprio corpo normativo e giurisprudenziale. La conseguenza di questa "anarchia interpretativa" è che si è del tutto perso il significato originario voluto e condiviso da tutti gli Stati membri, il quale al più assume il ruolo di vago riferimento interpretativo.

Tale condizione costituisce una sorta di fallimento, in relazione alla finalità a presidio della quale essa è stata inserita, della *tie breaker rule*. Invero, tale disposizione è stata inserita nel Modello OCSE al fine di eliminare i casi di conflitti sulla doppia residenza. L'intera impalcatura concettuale dello schema di convenzione, infatti, si fonda sulla dicotonia Stato della fonte-Stato della residenza. Laddove il nodo della doppia residenza non viene eliminato lo schema di convenzione diviene inapplicabile. Per questa ragione, quindi, gli estensori dello Modello OCEE prima e del Modello OCSE dopo, hanno dovuto inserire una norma corrispondente all'attuale articolo 4, paragrafo 3. A tale norma, essi attribuirono un significato univoco e precisamente quello proprio della locuzione "*central management and control*" cosi come sviluppato dalla dottrina e dalla giurisprudenza inglese.

Purtroppo, come testè visto, nel corso degli anni tale significato è andato via via diminuendo di importanza fino al punto in cui si è venuta a legittimare una situazione, come quella attuale, in cui gli Stati membri possono (asseritamente, legittimamente) opporre una propria interpretazione della norma con la conseguenza di svuotarla di contenuto.

Una norma, infatti, che nasce con l'unica finalità di superare una situazione di *impasse*[447], conseguente al differente atteggiarsi degli ordinamenti giuridici dei due Stati contraenti non può essere interpretata in base ai medesimi ordinamenti poiché il rischio è quella di attribuire ad essa due significati differenti con la conseguenza di non eliminare l'*impasse* e quindi di non conseguire lo scopo per cui essa è stata inserita nel modello di convenzione. Si potrebbe affermare che siffatta interpretazione sia coerente con le regole di interpretazione delle convenzioni perché il "*place of effective management*" non ha una definizione convenzionale. Nondimeno, è opinione di chi scrive che una tale impostazione sia contraria alle finalità del trattato. Invero, gli Stati contraenti hanno voluto assegnare a tale locuzione una funzione dirimente, nel senso di di romprere il legame della società con entrambi gli Stati contraenti per allocare la sua residenza in modo esclusivo in unod egli stessi; ebbene, interpretare la stessa in base alla propria legge interna porta al medesimo conflitto e quindi rende di fatto inutile tale disposizione. Ne consegue che una differente interperetazione deve essere necessariamente ad essa

[447] Relativa alla definizione di "residente" contenuta all'articolo 4, primo paragrafo del Modello OCSE.

attribuita.

È quindi forse venuto il momento per un ripensamento di tale disposizione o attraverso una sua riscrittura su regole differenti (ad esempio, l'accordo tra le autorità competenti dei due Stati contraenti, come è previsto in numerose convenzioni) ovvero ritornare alle origini ed attribuire alla locuzione il significato originario ed univoco proprio dell'ordinamento inglese.

La preferenza di chi scrive è a favore delle seconda opzione. Appare invero difficile ipotizzare che uno Stato contraente che considera la società come una propria residente in base alla propria normativa interna sia disponibile ad accettarne la perdita della residenza (e con essa di entrate tributarie) a favore dell'altro Stato contraente che si trova nella sua identica situazione (*i.e.* considera la società come una propria residente in base alla propria normativa interna). Sarebbe, infatti, come chiedere a due parti in causa di risolvere la loro controversia facendo riferimento ad una interpretazione condivisa della stessa norma che le ha portate in contenzioso.

Per tali ragioni, si ritiene più corretto, anche sotto un profilo sistematico, che la risoluzione di una controversia debba avvenire in base ad un criterio univoco ("*place of effective management*"), il cui contenuto è sufficientemente chiaro e sul quale gli Stati contraenti, quantomeno quelli membri dell'OCEE prima e dell'OCSE, poi non hanno mai opposto alcuna obiezione ed hanno invece condiviso la pertinente interpretazione come risulta dai lavori preparatori e dalla documentazione ufficiale ad essa conseguente[448].

7.3 La posizione dell'Italia in relazione alle modifiche al Commentario del 2000 e del 2008 ed i relativi elementi di critica.

7.3.1 Le "osservazioni" dell'Italia al Commentario del 2000 e del 2008

Al fine di meglio comprendere le osservazioni poste dall'Italia è opportuno che ciascheduna di esse sia preceduta dal testo del paragrafo del Commentario al quale essa si riferisce.

[448] Per quanto concerne l'Italia ciò è intendersi certamente vero per tutte le convenzioni sottoscritti prima del Commentario del 2000 atteso che nessuna obiezione era mai stata da essa posta ai Commentari OCSE precedenti né a quello del Modello OCEE del 1958.

Come in precedenza ricordato nel Commentario del 2000 era stato appena inserito il paragrafo 24 che recitava come segue:

> *"24. As a result of these considerations, the "place of effective management" has been adopted as the preference criterion for persons other than individuals. The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business are in substance made. The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given and all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time."*.

L'Italia a seguito di tale specificazione inserì la seguente osservazione:

> *"25. Italy does not adhere to the interpretation given in paragraph 24 above concerning "the most senior person or group of persons (for example, a board of directors)" as the sole criterion to identify the place of effective management of an entity. In its opinion the place where the main and substantial activity of the entity is carried on is also to be taken into account when determining the place of effective management."*.

Nel commentario del 2008 venne modificato il testo del paragrafo 24 e venne inserito il paragrafo 24.1 i quali recitano come segue:

> *24. As a result of these considerations, the "place of effective management" has been adopted as the preference criterion for persons other than individuals. The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business as a whole are in substance made. All relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time.*
>
> *24.1 Some countries, however, consider that cases of dual residence of persons who are not individuals are relatively rare and should be dealt with on a case-by-case basis. Some countries also consider that such a case-by-case approach is the best way to deal with the difficulties in determining the place of effective management of a legal person that may arise from the use of new communication technologies. These countries are free to leave the question of the residence of these persons to be settled by the competent authorities, which can be done by replacing the paragraph by the following provision:*
>
>> *"3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise*

constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States."

Competent authorities having to apply such a provision to determine the residence of a legal person for purposes of the Convention would be expected to take account of various factors, such as where the meetings of its board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person's headquarters are located, which country's laws govern the legal status of the person, where its accounting records are kept, whether determining that the legal person is a resident of one of the Contracting States but not of the other for the purpose of the Convention would carry the risk of an improper use of the provisions of the Convention etc. Countries that consider that the competent authorities should not be given the discretion to solve such cases of dual residence without an indication of the factors to be used for that purpose may want to supplement the provision to refer to these or other factors that they consider relevant. Also, since the application of the provision would normally be requested by the person concerned through the mechanism provided for under paragraph 1of Article 25, the request should be made within three years from the first notification to that person that its taxation is not in accordance with the Convention since it is considered to be a resident of both Contracting States. Since the facts on which a decision will be based may change over time, the competent authorities that reach a decision under that provision should clarify which period of time is covered by that decision.".

Di conseguenza l'Italia ha modificato il testo della propria osservazione come segue:

"25. As regards paragraphs 24 and 24.1, Italy holds the view that the place where the main and substantial activity of the entity is carried on is also to be taken into account when determining the place of effective management of a person other than an individual."

7.3.2 Un'analisi critica delle "osservazioni" dell'Italia al Commentario del 2000 e del 2008

Come si può agevolmente verificare, la posizione dell'Italia è rimasta sostanzialmente immutata. Essa pertanto continua a ritenere che, ai fini di determinare il *place of effective management* (ovvero "sede direzione effettiva" per utilizzare la locuzione inserita nelle convenzioni sottoscritte dall'Italia), sia necessario avere riguardo anche al luogo di ubicazione dell'*oggetto principale* della società, in quanto esso ne rappresenterebbe un elemento costitutivo al pari della *sede dell'amministrazione*.

A parere di chi scrive, il contenuto dell'osservazione posta dall'Italia al Commentario all'articolo 4[449] non appare in linea con la finalità delle convenzioni contro le doppie imposizioni e, in particolare, con la finalità dell'articolo 4, paragrafo 3 del Modello OCSE (*i.e.* la *tie breaker rule*).

Si è detto più volte che le finalità delle convenzioni sono di evitare le doppie imposizioni, così come (non senza opinioni contrarie in dottrina) le doppie non imposizioni. In tale contesto, il ruolo della *tie breaker rule* è quella di allocare la residenza, ai fini convenzionali, in uno dei due Stati contraenti al fine di eliminare la loro pretesa impositiva concorrente[450]. Così operando, tale disposizione riconduce tale conflitto alla normale dicotomia Stato della residenza-Stato della fonte sulla quale è imperniato il funzionamento delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni basate sul Modello OCSE. Atteso il fondamentale ruolo ascrivibile a tale locuzione, si è altresì ricordato in precedenza che il significato ad essa attribuibile deve essere del tutto scollegato dalla legislazione interna degli stati contraenti.

Avendo queste conclusioni come paradigma interpretativo della locuzione "*place of effective management*" si passa ora ad analizzare le osservazioni poste dall'Italia

In entrambi i testi si afferma che, al fine di determinare il luogo di ubicazione del *place of effective management* (e quindi implicitamente al fine di identificare il *place of effective management* stesso) deve essere preso in considerazione anche il luogo in cui "*the main and substantial activity of the entity is carried on*".

Circa l'interpretazione da dare a tale ultima locuzione si ritiene opportuno rifarsi ai recenti chiarimenti forniti dall'amministrazione finanziaria[451] la quale ha affermato che "*la sede della "direzione effettiva" di un ente debba definirsi non soltanto come il luogo di svolgimento della sua prevalente attività direttiva e amministrativa, ma anche come il luogo ove e' esercitata l'attività principale*" (sottolineatura aggiunta).

L'amministrazione finanziaria italiana ha quindi, di fatto, aggiunto, in sede convenzionale, il concetto di "*oggetto principale*" a quello di "*sede dell'amministrazione*".

In altri termini, a parere dell'Amministrazione finanziaria, per determinare (ai fini

---

[449] Sia quella inserita nel Commentario del 2000 sia in quello del 2008.
[450] Quale Stato della residenza della società.
[451] Cfr. C.M. 28/E del 04 agosto 2006, § 8.

convenzionali) il concetto di "*place of effective management*" (*rectius*, "*sede di direzione effettiva*") è necessario fare anche riferimento al luogo ove viene di fatto esercitata l'attività principale della società; in altri termini, al luogo di ubicazione del suo *oggetto principale*.

In considerazione di quanto appena ricordato a proposito del ruolo e dell'autonomia del concetto del "*place of effective management*", si dovrebbe concordare su una sostanziale irrilevanza delle "osservazioni" poste dall'Italia, attesa la loro inadeguatezza a derogare a siffatta autonomia di significato.

Un ulteriore elemento di perplessità si ricollega alla irritualità dallo strumento utilizzato dall'Italia (cioè a dire un'osservazione al Commentario). Tale strumento, infatti, non è idoneo ad alterare[452] il testo del (e quindi l'interpretazione attribuibile al) Modello OCSE; l'Osservazione, infatti, rappresenta uno strumento a disposizione degli Stati membri per meglio specificare una particolare interpretazione del Modello.

Invero, ai sensi del paragrafo 30[453] dell'Introduzione al Modello OCSE nonché della pertinente dottrina e giurisprudenza in tema di diritto internazionale dei trattati[454], le "riserve" hanno la funzione di modificare[455] il significato di un trattato mentre le

---

[452] Nella fattispecie, ampliare.

[453] La paragrafo 30 recita come segue:

"Observations on the Commentaries have sometimes been inserted at the request of Member countries that are unable to concur in the interpretation given in the Commentary on the Article concerned. These observations thus do not express any disagreement with the text of the Convention, but usefully indicate the way in which those countries will apply the provisions of the Article in question. Since the observations are related to the interpretations of the Articles given in the Commentaries, no observation is needed to indicate a country's wish to modify the wording of an alternative or additional provision that the Commentaries allow countries to include in their bilateral conventions" (sottolineatura aggiunta).

[454] In senso conforme, Cfr. *Commentary to the Draft Guideline on reservation on Treaties* predisposto dalla *International Law Commission* delle Nazioni Unite, 1.2 (*Definition of interpretative declarations*), in particolare, paragrafi (1), (16) e (18). Questa interpetazione è confermata altresì anche da tribunali internazionali quali ad esempio, la Corte Europea dei Diritti Umani (decisione del 19 aprile 1988 -*Belilos case*), in *Publications of the European Court of Human Rights*, Series A, Vol. 132, ovvero il Franco-British Arbitral Tribunal (sentenza del 30 Giugno 1977), in *United Nations, Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XVIII; G. Maisto, The Observations on the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties, *Bullettin of Fiscal Documentation*, 2005, p. 16.

[455] Il paragrafo 3 recita come segue:

"This is the main purpose of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, which provides a means of settling on a uniform basis the most common problems that arise in the field of international juridical double taxation. As recommended by the Council of the OECD,1 Member countries, when concluding or revising bilateral conventions, should conform to this Model Convention as interpreted by the Commentaries thereon and having regard to the

“osservazioni” hanno la finalità di fornire un chiarimento circa l’interpretazione dello stesso. Le “riserve”, infatti, si pongono al testo del Modello mentre le “osservazioni” si pongono al Commentario[456].

L’Italia, invece, ha di fatto esteso la cd. "*tie-breaker rule”* ampliandone il campo di applicazione oltre che alla *sede dell’amministrazione* anche all’*oggetto principale* della società avendo quindi apparentemente utilizzato una “osservazione” alla stregua di una “riserva”.

Il *“place of effective management”*, infatti, non foss’altro per una questione squisitamente letterale, si riferisce precipuamente ed unicamente al concetto di amministrazione (di alto livello e strategica). Attraverso la “osservazione”, invece, il significato eminentemente amministrativo e gestionale della locuzione *sede di direzione effettiva* è stato artatamente ampliato in guisa tale da ricomprendere un concetto, l’*oggetto principale* (cioè a dire il luogo ove viene, di fatto, esercitata l’attività principale della società) ad essa (quantomeno n buona parte) alieno.

L’esercizio di un’attività d’impresa non è, infatti, assimilabile al concetto di amministrazione; un conto è assumere decisioni e un altro è dare concreta esecuzione alle stesse; la prima attività è certamente riconducibile al concetto di amministrazione, la seconda è invece unicamente riconducibile al concetto di esercizio dell’attività economica organizzata.

Una possibile alternativa interpretazione delle ragioni che hanno spinto l’amministrazione finanziaria italiana ad inserire (e reiterare) l’ ”osservazione” è quella di attribuire alla stessa il significato di “gestione ordinaria” (“*day-to-day management*”) nel senso cioè di ritenere che la *sede di direzione effettiva* coincide anche con il luogo in cui viene ordinariamente e routinariamente svolta l’attività di impresa e quindi nel luogo in cui vengono ordinariamente assunte ed eseguite le decisioni a ciò inerenti e conseguenti.

Orbene, si potrebbe essere portati a ritenere che la “osservazione” sia stata posta

---

reservations contained therein and their tax authorities should follow these Commentaries, as modified from time to time and subject to their observations thereon, when applying and interpreting the provisions of their bilateral tax conventions that are based on the Model Convention” (sottolineatura aggiunta).

[456] In senso apparentemente conforme, in merito all’irritualità dello strumento dell’Osservazione nel caso di specie si veda S. Mayer – G. Fort, *La residenza fiscale delle società: necessità di un cambiamento?*, in Corriere Tributario n. 28/2001, p. 2086, nota 2.

dall'Italia nel 2000 (e sostanzialmente reiterata anche a seguito delle modifiche al Commentario del 2008) perché in quell'anno trova esplicitazione il riferimento alle decisioni di natura strategica ("*key management and commercial decisions*"), normalmente riferibili al consiglio di amministrazione della società ("*the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions*").

Nel Commentario del 2008 sebbene venga mantenuto il rilievo ascrivibile al luogo di assunzione delle decisioni strategiche e di fondamentale importanza per le attività della società ("*place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business as a whole are in substance made*"), si è sfumato sul Consiglio di Amministrazione come luogo deputato ad assumere tali decisioni che determinano la residenza ai fini convenzionali della società.

Sebbene, la dottrina[457] ritenga che tale sia una esplicitazione di un concetto ampiamente condiviso[458], si può comprendere come, in tale contesto, la volontà di evidenziare la rilevanza anche del livello gestionale di basso-medio profilo, avrebbe potuto avere una sua ragion d'essere.

Nondimeno, quand'anche così fosse due sono i commenti in proposito.

Da una parte, non si comprende per quale ragione, se tale è sempre stata l'interpretazione dell'Italia in merito alla locuzione "*place of effective management*", essa non abbia inserito una osservazione analoga a quella della Nuove Zelanda, di cui si è dato conto in precedenza, volta a porre il rilievo al concetto di *day-by-day management*. Fino al 2000, l'Italia, infatti, non ha mai sentito l'esigenza di esplicitare tale concetto neanche e soprattutto nelle versioni del Commentario fino al 1992, laddove vi era un chiaro riferimento al concetto inglese di "*central management and control*".

Dall'altra parte, adottando l'impostazione italiana, non si riesce a capire la differenza di significato e di contenuto che attribuibile alle locuzioni "*place of effective management*" e "*place of management*" contenute nel Modello OCSE.

In base al Modello OCSE, infatti, la prima è atta a risolvere casi di doppia residenza

---

[457] Si veda E. Burgstaller e K. Haslinger, *op. cit.*, p. 380.

[458] Si è visto, infatti, in precedenza come tale concetto sia stato quello che ha fin dall'inizio informato e che è stato assunto a riferimento dei lavori dell'OCEE prima e, quantomeno fine al 1992, dell'OCSE.

mentre la seconda identifica una stabile organizzazione[459] ovvero uno dei criteri rilevanti che, in base alla legge interna degli Stati contraenti, possono giustificare la qualifica di "residente" ai fini della convenzione[460].

E' pertanto evidente che le due locuzioni non possono che avere un significato differente; se volessero sottendere al medesimo concetto, infatti, il redattore avrebbe utilizzato la medesima terminologia, senza contare tuttavia che, in tale circostanza, i casi di doppia residenza basati sul concetto di amministrazione non avrebbero alcuna soluzione, con la conseguenza di rendere del tutto inutile il trattato. Eventualità quest'ultima che testimonia ulteriormente la non correttezza della possibile interpretazione proposta.

Acclarata l'irritualità[461] dello strumento utilizzato, esistono quantomeno due ulteriori profili di critica.

Il primo profilo attiene al fatto che, al momento in cui molte delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni attualmente in vigore (le "Convenzioni") furono sottoscritte (od anche solo negoziate) dall'Italia, l' "osservazione" (del 2000, reiterata nella sostanza nel 2008) non esisteva; il Commentario, infatti, riportava, senza particolari spiegazioni, il concetto di "*place of effective management*" quale criterio dirimente per la determinazione convenzionale della residenza delle società.

Attesa la natura (assai poco interpretativa ed anzi fortemente) innovativa di tale "osservazione", si nutrono perplessità sulla possibilità che la stessa possa considerarsi applicabile anche alle convenzioni sottoscritte dall'Italia anteriormente al 2000[462].

A tal proposito, corre obbligo richiamare i principi di lealtà e di applicazione dei trattati in buona fede statuiti dal primo comma dell'art. 31[463] della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Si ritiene, infatti, che l'Italia non possa far valere una "osservazione" al Commentario avente una portata così innovativa e modificativa del

---

[459] Articolo 5, paragrafo 2, lettera a) del Modello OCSE.

[460] Articolo 4, paragrafo 1, primo periodo, del Modello OCSE.

[461] Cioè a dire, l'utilizzazione di una "osservazione" per modificare, di fatto, il contenuto di una disposizione pattizia.

[462] In senso conforme si veda E. Burgstaller e K. Haslinger, *op. cit.*, p. 380.

[463] Il comma 1 dell'articolo 31 rubricato come *"Regola generale per l'interpretazione"* recita come segue:

"Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo."

significato ordinariamente attribuito alla previsioni a cui si riferisce, con riferimento a convenzioni che sono state sottoscritte in momenti storici in cui essa non esisteva.

Il secondo profilo origina dal fatto che il significato autonomo della locuzione "*place of effective management"* sembrerebbe rendere incompatibile la posizione espressa dall'Italia che, seppur parzialmente[464], sembra fare implicitamente riferimento alla propria legge interna in tema di residenza delle società.

Non si ritiene, infatti, possibile inserire nel concetto di *amministrazione*, su cui indubbiamente si fonda la locuzione *"place of effective management"*, il diverso concetto di *oggetto principale* che (allora come tutt'oggi) la nostra norma interna identifica come un concetto autonomo e distinto da quello di *sede dell'amministrazione*. Le pertinenti disposizioni del TUIR[465] sulla residenza delle società, infatti, hanno sempre considerato e tutt'ora considerano la *sede dell'amministrazione* un concetto ontologicamente distinto rispetto all'*oggetto principale*.[466]

Per il che, se in base alla legge interna italiana i due concetti debbono essere distintamente considerati, non si comprende per quale ragione per l'Amministrazione finanziaria italiana essi debbano invece sostanzialmente coincidere ai fini convenzionali.

Si avanzano, quindi, delle perplessità in merito ad un'interpretazione che ricomprende nel concetto di *"place of effective management"* contenuto nelle Convenzioni, il riferimento all'*oggetto principale*; tale infatti, potrebbe non essere considerata un'interpretazione in buona fede. L'*oggetto principale*, invero, oltre a non essere in alcun modo menzionato dalle convenzioni medesime (ovvero dal Modello OCSE a cui le stesse si ispirano) è del tutto alieno al concetto di *amministrazione* cui invece si riferisce il "*place of effective management"*.

Tale interpretazione (*rectius*, estensione interpretativa), infine, non è stata mai reclamata come elemento rilevante né in alcuno dei documenti ufficiali[467] di tali

---

[464] Mancando, nel testo dell'Osservazione, il richiamo alla sede legale come invece avviene nel comma 3 dell'art. 73 TUIR.

[465] Art. 73, comma 3, TUIR.

[466] Se, infatti, i due concetti coincidessero non si comprenderebbe per quale ragione essi siano separatamente considerati dalla nostra norma interna e separatamente indicati dalla prassi ministeriale.

[467] Ai sensi dell'art. 31, commi 1 2, 3 e 4 della Convenzione di Vienna.

convenzioni né nei pertinenti lavori preparatori[468].

A tal proposito, quand'anche (e non si vede come atteso che anche nella norma interna trattasi di due criteri separati e distinti) i criteri ermeneutici interni[469] consentissero siffatta estensione interpretativa[470], è opportuno ricordare come, nell'interpretazione dei trattati, la prevalenza delle disposizioni della Convenzione di Vienna rispetto alle disposizioni interne sia pacificamente condivisa in dottrina[471]. Invero, essendo le Convenzioni un trattato internazionale la Convenzione di Vienna prevale sulla legge interna per la sua configurabilità di *lex specialis*[472].

Inoltre, atteso che i principi contenuti nella Convenzione di Vienna rappresentano norme di diritto internazionale generalmente riconosciute[473] essi entrano nel sistema legale italiano attraverso la disposizione del primo comma dell'art. 10 e dell'art. 117 della Costituzione[474] e possiedono il medesimo valore tra le fonti di interpretazione.

La sola ragione che potrebbe essere addotta per giustificare l'inserimento dell'*oggetto principale* nel concetto di POEM, appare unicamente riconducibile alla volontà di attrarre la residenza di società in Italia per evidenti ragioni di gettito erariale; tuttavia, siffatta finalità oltre a non configurare certamente un'applicazione in buona fede delle Convenzioni da parte dell'Italia presuppone una prevalenza della norma interna su quella pattizia, in palese violazione pertanto sia dell'art. 10, comma 1, che

---

[468] Ai sensi dell'art. 32 della Convenzione di Vienna.

[469] Cfr. art. 12 delle Preleggi:

"*[n]ell'applicare la legge non si può attribuire ad essa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*".

[470] Cioè a dire, autorizzassero un'interpretazione estensiva del concetto di *place of effective management* tale da accogliere il (diverso) concetto di *oggetto principale*.

[471] Cfr. P. Bracco., *Tax Treaties and domestic law – Italy*, in Tax Treaties and Domestic Law, Amsterdam: IBFD publications, 2006, pp. 245 e segg.; G. Bizioli, *Tax Treaty Interpretation in Ital*, Tax Treaty Interpretation editato da M. Land The Netherlands: Kluwer, 2001, pp. 197 e segg.; G.B. Galli e A. Miraulo, *National Report – Italy*, Florence, IFA Congress in Cahiers de droit fiscal international, 1993, LXXVIIIa, p. 387

[472] Vedasi, per tutti: B. Conforti, *"La specialità dei trattati internazionali eseguiti nell'ordine interno"*, in *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, II, Milano, 1978, p. 187; S. M. Carbone, *"Le norme di diritto internazionale convenzionale"*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, I, p. 184; R. Pisano, *"Il rapporto tra norme interne, diritto convenzionale e diritto comunitario"*, in *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Milano, Egea, 1995, p. 419-420.

[473] K. Vogel, *"Double Tax Conventions"*, The Hague, Boston, 1997, p. 528; G. Melis, *"L'interpretazione nel diritto tributario"*, Padova, 2003, p. 197 e ss.. Entrambi gli autori citati fanno riferimento ad importanti sentenze in merito.

[474] *"L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute."*.

esplicitamente prevede che "*la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*", sia dell'art. 117 della nostra Costituzione, laddove è stabilito che la potestà legislativa dello Stato è esercitata nel rispetto degli obblighi internazionali ; in conseguenza di ciò si ritiene che essa debba essere in principio respinta.

Infine, un'ulteriore circostanza a favore della irrilevanza, nel caso di specie, della "osservazione" può essere desunta dalla rigida applicazione del "principio di legalità" che ha sempre contraddistinto i ragionamenti della Suprema Corte di Cassazione in tutte le fattispecie in cui è stata chiamata a decidere in merito all'interpretazione di convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia. In proposito, si ritiene paradigmatico il ragionamento effettuato dalla Corte di Cassazione[475] in occasione dell'applicazione della convenzione contro le doppie imposizioni con la Francia sottoscritta nel 1958.

Detto trattato prevedeva tre diverse possibilità di procedura amichevole le quali avrebbero dovuto essere formalizzate in un documento condiviso dalle amministrazioni finanziarie dei due Stati contraenti. Nel caso sottoposto all'analisi della Corte, le amministrazioni finanziarie italiana e francese avevano raggiunto un accordo, esplicitato nei verbali degli incontri svoltisi; tale accordo non era stato tuttavia successivamente formalizzato con gli strumenti previsti dal trattato medesimo.

Il contribuente, nell'argomentare le proprie ragioni, ha presentato alla Corte i citati verbali dai quali risultava il consenso delle due amministrazioni finanziarie sull'interpretazione dei fatti oggetto di causa; ciò nondimeno, la Corte, nel rendere la propria decisione, non si è ritenuta vincolata da tali accordi e verbali in quanto difettavano del rispetto della procedura pattizziamente prevista.

La Corte ha quindi applicato in modo assai rigoroso il "principio di legalità" a cui si rifà il nostro ordinamento, negando ogni valore legale ad un documento che, sebbene condiviso dalle amministrazione finanziarie interessate ed esplicitamente previsto dal trattato, difettava di un requisito formale.

Orbene, se come visto, la Corte di Cassazione si è rifiutata di dare attuazione ad un accordo sottoscritto dai due Stati contraenti invocando il principio di legalità ciò

[475] Sentenza della Corte di Cassazione n. 3610 del 24 maggio 1988.

dovrebbe valere *a fortori* per la "osservazione" posta dall'Italia atteso che essa, oltre a presentare gli elementi di perplessità in precedenza illustrati, non è stata concordata dalle amministrazioni finanziarie degli Stati contraenti sottoscrittori delle Convenzioni e quindi non può configurarsi quale "*accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato*[476] ovvero "*ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato*"[477].

Infine, rimanendo in tema di ermeneutica dei trattati internazionali disciplinata dalla Convenzione di Vienna ed in considerazione del fatto che, al momento di sottoscrizione delle Convenzioni, la "osservazione" al Modello OCSE non era stata ancora posta dall'Italia, essa non può neanche qualificarsi alla stregua un "*mezzo complementare di interpretazione*"[478].

Per concludere, in merito agli effetti della "osservazione" in tema di interpretazione delle Convenzioni, si nutrono perplessità in merito alla sua efficacia atteso che (*i*) è stata inserita dall'Italia successivamente alla sottoscrizione delle Convenzioni; (*ii*) il "*place of effective management*" ha un significato autonomo rispetto alle leggi interne degli Stati contraenti ed è ascrivibile alle attività di amministrazione strategica della società (*iii*) ha l'effetto pratico di allargare il "*place of effective management*" introducendo un concetto del tutto inconferente rispetto al concetto di amministrazione; (*iv*) lo strumento corretto per rilevare tale allargamento sarebbe quello di una "riserva" all'art. 4 e non di una "osservazione" al Commentario; (*v*) l'accettazione di tale allargamento (implicito nel richiamo all'oggetto principale previsto dalla legge interna) costituirebbe una violazione degli art. 10 e 117 della Costituzione atteso che imporrebbe, di fatto, la prevalenza della norma interna rispetto a quella convenzionale ed una violazione del principio dell'interpretazione dei trattati in buona fede prescritto dall'art. 31 della Convenzione di Vienna; (*vi*) la

---

[476] Cfr. art. 31(3)(a) della Convenzione di Vienna.

[477] Cfr. art. 31(3)(b) della Convenzione di Vienna.

[478] L'articolo 32 rubricato come *mezzi complementari di interpretazione* recita come segue:

"*Si potrà ricorrere a mezzi complementari d'interpretazione, ed in particolare ai lavori preparatori ed alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, allo scopo, sia di confermare il significato risultante dalla applicazione dell'articolo 31, che di definire un significato quando l'interpretazione data in base all'articolo 31:*

a) lasci il significato ambiguo od oscuro; o

b) porti ad un risultato chiaramente assurdo od illogico."

"osservazione" non configura, ai sensi dello stesso art. 31, un "*accordo"* ovvero una "*pratica*" successiva alla sottoscrizione del trattato considerato che essa è intervenuta in via unilaterale e, per le stesse ragioni, non è idonea a costituire un "*mezzo complementare di interpretazione"* del trattato, anche per il fatto che esso deve antecedere la sottoscrizione dello stesso.

Al significato autonomo del concetto di "*place of effective management"*ed alla ritenuta inefficacia della "osservazione" non può che conseguire che la *tie-breaker rule* riportate nelle Convenzioni dovrebbero essere interpretate in modo conforme al diritto internazionale, con la conseguente (*i*) esclusiva rilevanza del luogo dell'amministrazione strategica della società e dunque (*ii*) irrilevanza del luogo della sua amministrazione ordinaria nonché del suo "*oggetto principale*"[479].

8. ALCUNE DEVIAZIONI DALLA *TIE-BREAKER* RULE DEL MODELLO OCSE DA PARTE DEGLI STATI OCSE

Fino ad ora abbiamo esaminato la *tie-breaker rule* prevista dall'articolo 4(3) del Modello OCSE.

La regola che fa leva soltanto sul *place of effective management*, tuttavia, non è l'unica utilizzata dagli Stati (compresi quelli aderenti all'OCSE) nelle loro convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

La dottrina[480] ha potuto enucleare quattro tipologie di *tie-breaker rules* adottate dalla prassi pattizia degli Stati.

La prima categoria è quella che utilizza criteri di tipo fattuale (*factual test*), ossia criteri che si basino su un'analisi di fatto delle circostanze: come è ovvio il criterio più importante, in questa categoria, è quello del *place of effective management*, ma non mancano anche ulteriori riferimenti, tra cui:

- *place of general management* [481]

---

[479] Cioè a dire il "*luogo ove e' esercitata l'attività principale*", cfr. C.M. 28/E del 04 agosto 2006, paragrafo 8.

[480] Cfr. R. COUZIN, *Corporate Residence and International Taxation*, cit., p. 166.

[481] Cfr. l'articolo 4(3) della convenzione tra la Repubblica popolare cinese e la Germania del 10 giugno 1985, in vigore da 13 giugno 1986 o della convenzione tra la Repubblica popolare cinese ed il Belgio del 18 aprile 1985, in vigore dall'11 settembre 1987: "*Where by reason of the*

- *centre of administrative or practical management*[482]

- il luogo dove la società *is managed and controlled*[483]

La seconda categoria fa riferimento ad un criterio di natura legale (*legal test*) come il *place of incorporation, creation* o *registration*.

Questi criteri sono frequentemente usati dagli Stati che nella loro legge nazionale utilizzano il criterio del luogo di costituzione quale criterio per la determinazione della residenza. Alcuni di questi Stati hanno avanzato delle riserve al Modello OCSE.[484]

Così, ad esempio, il Modello di convenzione degli Stati Uniti, stabilisce all'articolo 4(3): "*Where by reason of the provisions of paragraph 1 a company is a resident of both Contracting States, then if it is created under the laws of one of the Contracting States or a political subdivision thereof, it shall be deemed to be a resident of that*

---

provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident of the State in which its place of general management is situated." (Traduzione non ufficiale).

[482] Cfr. ad esempio la convenzione tra Nuova Zelanda e Svezia del 21 febbraio 1979, in vigore dal 14 novembre 1980. Articolo 3(3): "*Where, by reason of paragraph 1 of this Article, a person other than an individual is a resident of both Contracting States then this case shall, for the purposes of this Convention, be determined in accordance with the following rules:*

(a) it shall be deemed to be solely a resident of New Zealand if the centre of its administrative or practical management is situated in New Zealand and solely a resident of Sweden if the centre of its administrative or practical management is situated in Sweden, whether or not any person outside New Zealand or Sweden, as the case may be, exercises or is capable of exercising any overriding control of it or of its policy or affairs in any way whatsoever; and

(b) failing a resolution of the matter under sub-paragraph (a) of this paragraph, it shall be deemed to be solely a resident of New Zealand if it is established by or under the laws of New Zealand and solely a resident of Sweden if it is established by or under the laws of Sweden." (Traduzione non ufficiale).

[483] Cfr. ad esempio l'articolo 4(3) della convenzione tra i Paesi Bassi e la Repubblica della Corea del 25 ottobre 1978, in vigore dal 17 aprile 1981: "*Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both States, then it shall be deemed to be a resident of the State in which it is managed and controlled*" (Traduzione non ufficiale).

[484] Si vedano le riserve di Canada, e Stati Uniti ai paragrafi 27 e 31 del Modello OCSE: "*Canada reserves the right to use as the test for paragraph 3 the place of incorporation or organisation with respect to a company and, failing that, to deny dual resident companies the benefits under the Convention.*

Mexico and the United States reserve the right to use a place of incorporation test for determining the residence of a corporation, and, failing that, to deny dual resident companies certain benefits under the Convention.".

State.”.[485]

La terza categoria è caratterizzata dall’utilizzo di criteri volti a risolvere i conflitti di residenza attraverso il mutuo accordo tra gli Stati (*best efforts rule*); ovviamente si tratta di un’obbligazione di mezzi, non di risultato.[486]

In alcuni casi, tuttavia, il mancato raggiungimento dell’accordo è sanzionato con la perdita della possibilità per la società di beneficiare dell’accordo. Si tratta di una sanzione impropria stabilita da alcuni Stati che non accettano la possibilità che esistano società con doppia residenza che possano sfruttare la propria condizione per finalità di *treaty shopping* o di *double-dipping*.

Così, l’articolo 4(5) della convenzione tra Regno Unito e Stati Uniti del 24 luglio 2001[487]:

> “*Where by reason of the provisions of paragraph 1 of this Article a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the mode of application of this Convention to that person. If the competent authorities do not reach such an agreement, that person shall not be entitled to claim any benefit provided by this Convention, except those provided by paragraph 4 of Article 24 (Relief from double taxation), Article 25 (Non-discrimination) and Article 26 (Mutual agreement procedure).*”.

La quarta ed ultima categoria è costituita da una combinazione delle tre tipologie precedenti. Ne costituisce un esempio importante la seconda versione della proposta dell’OCSE del 2003.

---

[485] La Technical Explanation allo US Model, con riferimento all’articolo 4(3) stabiliscono: “*Paragraph 3 seeks to settle dual-residence issues for companies. A company is treated as resident in the United States if it is created or organized under the laws of the United States or a political subdivision. If the same test is used to determine corporate residence under the laws of the other Contracting State, dual corporate residence will not occur. If, however, as is frequently the case, a company is treated as a resident of the other Contracting State if it is either incorporated or managed and controlled there, dual residence can arise in the case of a U.S. company that is managed and controlled in the other Contracting State. Under paragraph 3, the residence of such a company will be in the Contracting State under the laws of which it is created or organized (i.e., the United States, in the example).*”.

[486] Cfr. ad esempio l’articolo 4(3) della nuova convenzione tra Sud Africa e Botswana del 7 agosto 2003, in vigore dal 20 aprile 2004: “*Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall settle the question by mutual agreement*.”.

[487] In vigore dal 31 marzo 2003.

9. IL RUOLO DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE DELLE SOCIETÀ NEL DETERMINARE IL "*PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT*": UN APPROCCIO DI TIPO ANTIELUSIVO

Si è osservato in precedenza visto che l'OCSE ha mostrato di ritenere che, ai fini dell'individuazione del *place of effective management*, si debba adottare il principio di substance over form, favorendo quei criteri più idonei ad identificare il luogo dove le decisioni vengono di fatto assunte, senza fermarsi al luogo in cui esse vengono formalizzate.[488]

In questo modo si pone, di fatto, in discussione l'adeguatezza di un criterio di determinazione della residenza della società imperniato soltanto sul ruolo del consiglio di amministrazione.

Tale aspetto, prima ancora di essere analizzato e condiviso dall'OCSE era già stata individuata dalla giurisprudenza. Nel 1960, infatti, nell sentenza *Unit Construction*,[489] la House of Lords si è trovata di fronte ad un caso in cui la teoria *De Beers*, secondo cui una società è residente nel luogo dove "*the central management and control actually abides*", coincidente con il luogo ove si riunisce il consiglio di amministrazione della società, veniva messa in crisi dallo svuotamento di fatto del consiglio di amministrazione dei poteri ad esso spettanti.

I fatti rilevanti erano i seguenti: tre società costituite in Kenia erano controllate al 100% da una società inglese; sebbene in base al loro statuto essere dovessero essere amministrate dai rispettivi amministratori/consiglio di amministrazione in Kenia, a parere degli *Special Commissioners* e della Corte d'Appello[490] esse erano, in fatto, amministrate, dall'organo direttivo della loro società controllante inglese. Ciò era

---

[488] Si tratta di un tema molto delicato che richiede soluzioni ponderate. Non a caso la Confédération Fiscale Européenne (CFE), associazione che riunisce 29 associazioni nazionali di fiscalisti nel suo commento alle proposte di modifica del Modello e del commentario dell'OCSE del 2003 ha proposto di sfumare il contenuto del nuovo paragrafo 24.3 del Commentario elaborato dal TAG: "*Where a Board of Directors invariably approves the commercial and strategic decisions made by the Executive Officers, without an appropriate degree of consideration, the place where the Executive Officers perform their functions……*".

[489] Cfr. *Unit Construction Co Ltd v. Bullock (Inspector of Taxes)* [1960] AC 351 (House of Lords, England), cit..

[490] La Corte d'Appello, tuttavia, aveva negato la residenza inglese della società affermando che "*only constitutional, and therefore authorised, management and control are relevant to an inquiry as to the residence of a company*".

dovuto alla circostanza che la situazione economica delle tre società si era fatta così critica da imporre che la relativa gestione fosse "avocata" dagli amministratori della società controllante.[491]

La House of Lords, nell'accertare la residenza fiscale delle tre società, applica anche in questo caso la teoria elaborata nella sentenza *De Beers* in considerazione del fatto che: "*Nothing can be more factual and concrete than the acts of management which enable a court to find as a fact that central management and control is exercised in one country or another*".[492]

Secondo la House of Lords la residenza di una società deve essere determinata attraverso l'individuazione del luogo dove, in concreto, è esercitato il *central management and control*, a prescindere quindi da ogni diversa e contraria risultanza apparente:

> "*The business is not the less managed in London because it ought to be managed in Kenya. Its residence is determined by the solid facts, not by the terms of its constitution however imperative. If, indeed, I must disregard the facts as they are, because they are irregular, I find a company without any central management at all.*".

La House of Lords con questa sentenza afferma un principio fondamentale che costituisce altresì il fondamento delle proposte dell'OCSE volte a meglio chiarire il significato della locuzione *place of effective management*:

> "*it is the actual place of management, not that place in which it ought to be managed, which fixes the residence of a company.*".

Il caso in commento dimostra che il criterio del *central management and control* (sostanzialmente coincidente con il *place of effective management*) deve necessariamente e significativamente tenere conto delle circostanze di fatto. Di talché, qualora nella realtà delle cose, il consiglio di amministrazione non rappresenti l'organo da

---

[491] "*"the situation of the African subsidiaries was becoming so serious that it was unwise to allow them to be managed in Africa any longer, and ... their management must be taken over by the directors of Alfred Booth & Co., Ltd., in London." On those facts, the seat of the "central management and control" of the subsidiaries changed, and passed from Africa to the United Kingdom. This is a straightforward case of de facto control being actively exercised in the United Kingdom, while the local directors "stood aside" from their directoral duties and never purported to function as a board of management.*".

[492] Il principio secondo cui la residenza di una società deve essere determinata esaminando la situazione concreta era già in *De Beers*: "*This is a pure question of fact, to be determined, not according to the construction of this or that regulation or bye-law, but upon a scrutiny of the course of business or trading*".

cui promanano le decisioni essenziali per la vita della società, la residenza non dovrà essere ancorata al luogo (formale) in cui gli amministratori si riuniscono.

In considerazione dello sviluppo delle tecnologie di comunicazione ed anche della evoluzione normativa che legittima, ad esempi, determinazioni dell'organo amministrativo assunte per corrispondenza, la questione dell'effettività dei poteri del consiglio di amministrazione si ripropone oggi con ancora maggiore frequenza e rilievo rispetto ai tempi di *Unit Construction*.

La questione dell'effettività dei poteri dell'organo amministrativo è stata successivamente sviluppata dagli Special Commissioners nel caso *Wensleydale's Settlement Trustees*.[493]

In tale circostanza si trattava di decidere se un determinato *trust* fosse residente in Irlanda ai fini della convenzione tra Irlanda e Regno Unito. Il *trust*, utilizzato come veicolo per la cessione di partecipazioni appartenute al *settlor*, aveva due trustees, rappresentati dall'avvocato inglese e dalla moglie (casalinga) dell'avvocato irlandese che avevano strutturato l'operazione di cessione della partecipazione. N tale circostanza, la localizzazione del trust in Irlanda era ad evidenza finalizzata ad evitare la tassazione inglese del capital gain relativo alla cessione delle partecipazioni appartenute al *settlor*.

In considerazione di quanto dianzi indicato, il *trust* era residente ai fini fiscali interni sia in Irlanda sia nel Regno Unito. Si trattava, pertanto, di decidere dove si trovava il suo *place of effective management*.

Gli Special Commissioners giunsero alla conclusione che il *place of effective management* non si trovava in Irlanda bensì nel Regno Unito. La loro determinazione si basava prioritariamente sul ruolo marginale svolto dal trustee irlandese al quale i legali del *settlor* chiedevano di ratificare, sottoscrivendole, le decisioni assunte dal *settlor* e dall'altro *trustee* inglese (il consulente legale del settlor).

Nel fornare il proprio convincimento particolare rilievo viene attribuito al requisito dell'effettività del *place of management*: "*'Effective' implies realistic, positive management. The place of effective management is where the shots are called, to adopt a vivid transatlantic colloquialism*".

---

[493] *Wensleydale's Settlement Trustees v. IRC* (1996) STC (SCD) 241, cit..

Ad opinione degli *Special Commissioners* non è, infatti, sufficiente che le decisioni siano formalmente assunte in Irlanda da parte dei due *trustees* atteso che esse sono in realtà sono già state prese in Inghilterra e semplicemente e passivamente "ratificate" dal trustee irlandese in occasioni di brevi riunioni tenutesi in territorio irlandese.

L'esame della citata giurisprudenza evidenzia ancora una volta come la sede della direzione della società (sia essa identificata attraverso la locuzione *place of effective management* o ovvero quale di luogo ove il *central management and control actually abides*) deve essere determinata ed accertata alla luce di elementi di fatto e non formali.

Siffatti elementi devono necessariamente attribuire il giusto rilievo alla possibile esistenza di pressioni e di istruzioni che più o meno legittimamente giungono agli amministratori della società. Nondimeno, in tale analisi, non bisogna indulgere nella facile conclusione che in tutte le società con una ristretta base di azionisti non residenti la reale volontà sociale si formi nello/negli Stati di residente di quest'ultimi.

Tuttavia, non si può nascondere come in un recente passato l'elevato numero di società *holding* localizzate in Stati a fiscalità ridotta rispetto all'Italia, formalmente amministrate da soggetti ivi residenti (quasi sempre professionisti locali incaricati della gestione ordinaria della società affiancati magari da uno o più persone fisiche residenti in Italia), abbia contribuito a render ancor più complesso l'accertamento del *place of effective management* e imposto di considerare anche il comportamento degli azionisti.[494]

L'acertamento di fatto del luogo di ubicazione del *place of effective management* è stato al centro di un relativamente recente caso portato all'attenzione della Corte d'Appello inglese: il caso *Wood v. Holden*.[495]

I fatti rilevanti sono assai complessi. I signori Wood avevano costruito una complessa struttura elusiva che può essere sommariamente così riassunta: nel 1995, essi costituivano una serie di *trust* nelle Isole Vergini; tali *trust* loro volta possedevano integralmente una società delle Isole Vergini (*Copeswood Investments Limited*, "CIL") alla quale gli stessi coniugi Wood avevano donato il 49,99% delle azioni di una società (holding) inglese

---

[494] Le questioni relative all'accertamento della residenza di società che sono economicamente attive ma che per loro natura non richiedono una importante attività gestoria al fine della produzione del reddito (ad es. società *holding*), sono ampiamente affrontate da R. COUZIN, *Corporate Residence and International Taxation*, cit., p. 66.

[495] Cfr. *Wood & Anor v Holden* (HMIT) [2006] EWCA Civ 26 (26 gennaio 2006).

(*Ron Wood Greeting Cards Holdings Limited*, "Holding") che deteneva il 96,24% di una società operativa (*Ron Wood Greeting Cards Limited*, "Opco").

Al fine di cedere in modo fiscalmente efficiente le partecipazioni in Holding a terzi nella citata struttura venne interposta una società olandese preesistente e dormiente, denominata Eulalia[496]. Eulalia venne acquistata nel 1996 da una società appartenente al gruppo bancario ABN AMRO.

Eulalia era pacificamente residente nei Paesi Bassi e come suo amministratore venne nominata una società olandese, la ABN AMRO Trust Company.

Poco tempo dopo l'interposizione, CIL vendeva Holdings ad Eulalia che la rivendeva dopo qualche mese a soggetti terzi reali acquirenti. L'amministrazione finanziaria inglese sosteneva che Eulalia fosse in realtà residente nel Regno Unito sia ai fini domestici e sia ai fini dell'applicazione della convenzione con i Paesi Bassi con la conseguenza che risultavano dovute le imposte sul capital gain conseguente dalla cessione di Holdings.

L'elemento meritevole di analisi di tale caso, risiede nella circostanza che l'amministrazione inglese decise di attrarre la residenza di Eulalia nel Regno Unito, non in forza della residenza (inglese) dei suoi azionisti finali (i signori Wood), ma della sede (*rectius*, residenza) dei consulenti che avevano progettato e gestito l'operazione (Price Waterhouse).

I giudici della Corte d'Appello hanno rigettato la tesi degli *Special Commisioners* affermando il principio secondo cui:

> "*In seeking to determine where "central management and control" of a company incorporated outside the United Kingdom lies, it is essential to recognise the distinction between cases where management and control of the company is exercised through its own constitutional organs (the board of directors or the general meeting) and cases where the functions of those constitutional organs are "usurped" - in the sense that management and control is exercised independently of, or without regard to, those constitutional organs. And, in cases which fall within the former class, it is essential to recognise the distinction (in concept, at least) between the role of an "outsider" in proposing, advising and influencing the decisions which the constitutional organs take in fulfilling their functions and the role of an outsider who dictates the decisions*

[496] L'interposizione di Eulalia era risultata possibile a seguito di una modifica inglese che avrebbe altrimenti determinato l'imposizione nel Regno Unito della cessione delle partecipazioni di Holding da parte di CIL. Tale operazione era stata ideata da Price Waterhouse, i consulenti fiscali inglesi che si erano rivolti a ABN AMRO per acquistare la società Eutalia, di fatto un mero contenitore senza alcuna partecipazione.

which are to be taken. In that context an "outsider" is a person who is not, himself, a participant in the formal process (a board meeting or a general meeting) through which the relevant constitutional organ fulfils its function.".

Questo caso, dunque, richiama i principi di *Unit Construction* – peraltro ampiamente citata nel testo della decisione – per marcare una differenza tra le ipotesi in cui gli organi di amministrazione della società sono "usurpati" dei loro poteri (è il caso degli amministratori in Kenia in *Unit Construction*) dal caso in cui gli amministratori ricevono legittimamente istruzioni o suggerimenti da parte di terzi.

Questi soggetti terzi potranno essere sia gli azionisti (come nel caso menzionato dal nuovo paragrafo 24.3, secondo trattino del Commentario proposto dal TAG)[497] sia i loro consulenti (come in *Wood v. Holden*).

In entrambe le circostanze è essenziale valutare il peso reale per gli amministratori della società assunto dai consigli, dalle proposte e dai suggerimenti da parte di questi soggetti.

Se essi sono tali da determinare uno svuotamento di fatto del ruolo e dei poteri consiglio di amministrazione, la residenza della società può essere attratta nello Stato da dove giungono le decisioni chiave per la sua vita, altrimenti no.

Nel caso *Wood* i giudici ritennero che la società ABN AMRO Trust Company aveva amministrato la società Eulalia con un sufficiente grado di autonomia:

"*The special commissioners made two findings of fact* [i.e. that Eulalia was resident in the Netherlands] *which, as it seems to me, lead necessarily to that conclusion. The first (at paragraph 119 of their decision) was that "the directors of Eulalia . . . were not by-passed nor did they stand aside since their representatives signed or executed the documents". That finding takes this case outside the class exemplified by the facts in Unit Construction Co Ltd v Bullock. The second - implicit in the finding that "their representatives signed or executed the documents"* […] *From the viewpoint of Eulalia we find nothing surprising in the fact that its directors accepted the agreement prepared by Price Waterhouse . . ."* […]

Those two facts make it impossible to treat this case as one in which ABN AMRO, as managing director of Eulalia, made no decision. There was no

---

[497] "*If there is a person such as a controlling interest holder (e.g. a parent company or associated enterprise) that effectively makes the key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business, the place of effective management will be where that person makes these key decisions. For that to be the case, however, the key decisions made by that person must go beyond decisions related to the normal management and policy formulation of a group's activities (e.g. the type of decisions that a parent company of a multinational group would be expected to take as regards the direction, co-ordination and supervision of the activities of each part of the group).*".

evidence that Price Waterhouse (or anyone else) dictated the decision which ABN AMRO was to make; although, as the special commissioners and the judge pointed out, Price Waterhouse intended and expected that ABN AMRO would make the decisions which it did make. There was no basis for an inference that Price Waterhouse (or anyone else) dictated to ABN AMRO what decision it should take; and it is inherently improbable that a major bank (or its trust company) would allow its actions to be dictated by a client's professional advisers (however eminent). On a true analysis the position was that there was no reason why ABN AMRO should not decide to accept (on behalf of Eulalia) the terms upon which the Holdings shares were offered for sale by CIL; and ample reason why it should do as it was expected it would.".

A parere di chi scrive, a parte pochi casi in cui lo svuotamento dei poteri dell'organo amministrativo interessi una società realmente operativa (come nel caso eccezionale delle tre società keniote di *Unit Construction*), nella maggior parte dei casi il rischio interessa società che non hanno una significativa struttura, che non svolgono molte funzioni e che speso fanno parte di gruppi di società.

Si tratterà, dunque, di società holding o di società che svolgono attività finanziarie ovvero ancora di società titolari di ben immateriali attribuiti in licenza a terzi.

In questi casi, effettivamente, le funzioni di gestione della società si dividono nettamente in un'attività di gestione ordinaria, peraltro spesso non molto complessa in ragione del numero ridotto di operazioni poste in essere dalla società (incassi di dividendi, interessi o royalties) in un'attività assai più significativa di assunzione di decisioni strategiche (quali società finanziare, quanti dividendi far distribuire alle partecipate, ecc.).

Mentre le attività del primo tipo sono perlopiù svolte da soggetti effettivamente localizzati nello Stato di residenza della società, le seconde spesso vengono poste in essere altrove, dove si formano e maturano le decisioni strategiche di gruppo (anche se poi le stesse vengono formalizzate dagli organi amministrativi delle diverse società del gruppo).

Come si avrà modo di chiarire in seguito, questi ragionamenti suggeriscono l'esistenza di una sovrapposizione tra i criteri per l'individuazione del "*place of effective management*" delle società e quelli per l'attribuzione del carattere di beneficiario effettivo del percettore del reddito.

Come noto, infatti, nei trattati che si ispirano al Modello OCSE è contenuta una clausola, rispettivamente negli articoli 10, 11 e 12 che condizionano le limitazioni della pretesa impositiva dello Stato della fonte (*i.e.* l'applicazione della ritenuta ridotta convenzionale) al fatto che il beneficiario effettivo dei dividendi, degli

interessi e dei canoni sia residente nell'altro Stato contraente.

Scopo della clausola del beneficiario effettivo è, dunque, contrastare i fenomeni di interposizione sia fittizia sia reale tra il beneficiario finale dei redditi ed il relativo erogante di un soggetto terzo la cui presenza risponde soltanto all'esigenza di accedere ai benefici della convenzione conclusa tra lo Stato della fonte e lo Stato in cui è localizzato il soggetto interposto.

A tutt'oggi non esiste una posizione uniforme in merito al significato della nozione di beneficiario effettivo.

Quando la clausola del beneficiario effettivo è stata introdotta nel Modello OCSE del 1977, il Commentario si limitava ad escludere la qualità di beneficiario effettivo in capo ad un agente o intestatario *ex fiducia* (*nominee*).[498]

Soltanto nel successivo Rapporto dell'OCSE sulle *conduit*[499] la nozione di beneficiario effettivo è stata rivista precisando che, oltre all'agente ed al *nominee*, non può essere considerata beneficiaria effettiva una società *conduit* che, pur formalmente proprietaria dei beni produttivi di reddito, eserciti poteri talmente limitati da renderla una mera fiduciaria o amministratrice per conto altrui (verosimilmente per conto degli stessi soci della società *conduit*). Si precisava ulteriormente, tuttavia, che la circostanza che la principale funzione della società fosse la detenzione di attività o diritti non fosse di sé sufficiente a qualificarla quale mero soggetto interposto, seppur potesse rendere opportuni ulteriori approfondimenti.[500]

---

[498] Per un esame in chiave storica della nozione di beneficiario effettivo si rinvia a A. BALLANCIN, cit., p. 209 ss.

[499] OECD, *Double Taxation Convention and the Use of Conduit Companies*, in "Issues in International Taxation", n. 1, International Tax Avoidance and Evasion, Four related Studies, Parigi, 1987.

[500] Cfr. paragrafo 14b) del Rapporto OCSE sull'uso delle *conduit*: "*Articles 10 to 12 of the OECD Model deny the limitation of tax in the State of source on dividends, interest and royalties if the conduit company is not its "beneficial owner". Thus the limitation is not available when, economically, it would benefit a person not entitled to it who interposed the conduit company as an intermediary between himself and the payer of the income (paragraphs 12, 8 and 4 of the Commentary to Articles 10, 11 and 12 respectively). The Commentaries mention the case of a nominee or agent. The provisions would, however, apply also to other cases where a person enters into contracts or takes over obligations under which he has a similar function to those of a nominee or an agent.*

Thus a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the

Un'ulteriore evoluzione si è avuta nel successivo Rapporto OCSE sulle *partnerships* dove si afferma che beneficiario effettivo è il soggetto a cui il reddito è imputato secondo il diritto interno dello Stato contraente.[501]

Anche le posizioni della dottrina sono oltremodo diversificate. Un primo gruppo di interpreti ritiene che la nozione di beneficiario effettivo contenuta nel Modello OCSE abbia lo stesso significato che essa ha nel suo ambito di provenienza, ossia gli ordinamenti di *common law*. Secondo tale interpretazione il beneficiario effettivo è quel soggetto che ha più potere su un determinato bene di chiunque altro.[502]

Sempre nel senso di far prevalere il legame economico con il bene produttivo del reddito rispetto alla mera titolarità legale dei beni, si esprime anche Vogel[503] secondo cui "*the beneficial owner is he who is free to decide (1) whether or not the capital or other assets should be used or made available for use by others or (2) on how the yields thereform should be used or (3) both*".

Una diversa posizione dottrinale[504], invece, fa coincidere il beneficiario effettivo nella persona a cui è imputato il reddito secondo il diritto interno dello Stato contraente. Tale posizione si fonda, da un lato, sulla *Technical Explanation* al modello

---

conduit company). In practice, however, it will usually be difficult for the country of source to show that the conduit company is not the beneficial owner. The fact that its main function is to hold assets or rights is not itself sufficient to categorise it as a mere intermediary, although this may indicate that further examination is necessary. This examination will in any case be highly burdensome for the country of source and not even the country of residence of the conduit company may have the necessary information regarding the shareholders of the conduit company, the company's relationships to the shareholders or other interested parties or the decision-making process of the conduit company.

So even an exchange of information between the country of source and the country of the conduit company may not solve the problem. It is apparently in view of these difficulties that the Commentaries on the 1977 OECD Model mentioned the possibility of defining more specifically during bilateral negotiations the treatment that should be applicable to such companies (cf. paragraph 22 of the Commentary on Article 10).". Sottolineature aggiunte.

[501] Cfr. OECD, *The application of the OECD model tax convention to partnerships*, Parigi, 1999, paragrafo 61: "*…the income must be considered to be paid to A and B, two residents of State P, who should also be considered to be the beneficial owners of such income as these are the persons liable to tax on such income in State P….*".

[502] Cfr. C. DU TOIT, in J. D. B. OLIVER – J. LIBIN – S. VAN WEEGHEL – C. DU TOIT¸ Beneficial Ownership, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, p. 320: "*The beneficial owner is the person whose ownership attributes outweigh that of any other person*".

[503] K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 562, m. n. 9.

[504] J. LIBIN, in J. D. B. OLIVER – J. LIBIN – S. VAN WEEGHEL – C. DU TOIT¸ Beneficial Ownership, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, p. 322.

statunitense di convenzione del 1996 (nonché del 2006), secondo cui il beneficiario effettivo di dividendi interessi o royalties "*is understood generally to refer to any person resident in a Contracting State to whom that State attributes the payment for purposes of its tax*", dall'altro sulla già citata statuizione del Report sulle *partnerships*.[505]

A prescindere dalla posizione cui si voglia aderire, è chiaro che un soggetto che abbia scarsi poteri decisionali sulla fonte del reddito e sui redditi stessi (dividendi, interessi o royalties) non dovrebbe essere considerato beneficiario effettivo di questi redditi. [506]

Tuttavia, è stato correttamente notato[507] che l'esistenza di un controllo totalitario non è di per sé sufficiente a negare la qualifica di beneficiario effettivo; tuttavia, qualora le decisioni più significative per la società controllata sono di fatto assunte dalla società controllante, in tal caso la controllata non potrebbe mai essere qualificata come beneficiaria effettiva.

Questo tema, evidentemente, si avvicina molto all'analisi che viene condotta al fine di determinare dove si trova la residenza della società, ai fini domestici (per i paesi che prevedono un criterio omologo a quello della sede dell'amministrazione) ed ai fini convenzionali (per risolvere i conflitti di doppia residenza tra lo Stato dove la società *conduit* è localizzata e lo Stato in cui è localizzato il soggetto controllante e beneficiario finale del flusso di redditi).

La valutazione dell'effettività dei poteri esercitati dal soggetto *conduit*, nel senso di

---

[505] A. BALLANCIN, cit. osserva che tale approccio non pare tuttavia coerente con la genesi della clausola *de qua*: ed invero l'introduzione di questa nel Modello OCSE è stata motivata da finalità anti-abuso per fronteggiare pratiche di *treaty shopping*, e non certo per inserire una surrettizia *subject to tax clause*.

[506] In questo senso si esprime P. BAKER, *Double Taxation Conventions and Internazional Tax Law*, Londra, 2003, paragrafo 10B-14: "*The essence of this Commentary is to explain that the "beneficial ownership" limitation is intended to exclude:*

(a) mere nominees or agents, who are not treated as owners of the income in their country of residence;

(b) any other conduit who though the formal owner of the income, has very narrow powers over the income which render the conduit a mere fiduciary or administrator of the income on behalf of the beneficial owner.

It is worth making the point that, as seems clear from this amended Commentary, the mere fact that the recipient may be viewed as a conduit does not mean that it is not the beneficial owner".

[507] Si veda anche K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 563, m. n. 10.

accertare se il soggetto interposto ha dei poteri discrezionali nell'attività di gestione dei beni da cui derivano i redditi e se fornisce qualche contributo alla produzione dei redditi stessi, è, infatti, rilevante sia ai fini della residenza fiscale sia ai fini dell'assunzione della qualifica di beneficiario effettivo.

Nella misura in cui i redditi percepiti dalla società *conduit* risultino coerenti con le attività svolte e i rischi assunti dalla stessa, non si dovrebbe ragionevolmente dubitare della sua qualità di beneficiario effettivo.

Allo stesso modo, qualora queste attività concrete di gestione sono svolte davvero dall'organo amministrativo nello Stato in cui la società è localizzata, non dovrebbero sorgere dubbi nemmeno in merito alla residenza.

Per contro, nei casi di *holding* pure, *paper box company* e *pass-through company* i cui unici componenti positivi di reddito sono costituiti da *passive income*, mancando un'attività concreta per la produzione del reddito e spesso qualsivoglia rischio di impresa (si pensi, ad esempio, al caso di finanziamenti *back-to-back*), sia la residenza sia la natura di beneficiario effettivo possono essere messi in discussione.

Le sovrapposizioni tra il concetto di beneficiario effettivo e quello di residenza sono state oggetto di recente analisi dalla giurisprudenza inglese nella decisione del caso *Indofood*.[508]

Il caso riguarda una società indonesiana PT Indofood Sukses Makmur TBK ("PT") che, al fine di non applicare la ritenuta alla fonte del 20% prevista dal diritto indonesiano, aveva costituito una società localizzata a Mauritius, Indofood International Finance Ltd ("Indofood") la quale aveva emesso obbligazioni.

Indofood emette le obbligazioni e ripaga le stesse con gli interessi corrisposti da PT a fronte di un finanziamento concesso da Indofood a PT.

A seguito della cessazione del trattato tra Indonesia e Mauritius per la denuncia da parte dell'Indonesia (dovuta a certe pratiche di *treaty shopping* poste in essere da Mauritius), Indofood decide di rimborsare le obbligazioni avvalendosi di una clausola del regolamento obbligazionario che ne consentiva il rimborso anticipato in caso di

[508] *Indofood International Finance Ltd v JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch* [2006] EWCA Civ 158 del 2 marzo 2006.

sopravvenuta inapplicabilità della ritenuta ridotta del 10%.

JP Morgan, in qualità di *principal paying agent*, si è opposta al rimborso delle obbligazioni asserendo che la ritenuta ridotta sarebbe ancora stata ancora applicabile laddove, tra PT e Indofood, si fosse interposta una società olandese ("Newco") alla quale assegnare il finanziamento di Indofood verso PT.

In questo quadro, la Corte d'Appello inglese è stata chiamata a decidere se anche a seguito dell'interposizione di Newco la ritenuta applicabile sarebbe comunque rimasta quella del 10%

I giudici giungono alla conclusione che Newco non sarebbe stata la beneficiaria effettiva degli interessi pagati da PT e, come tale, non avrebbe potuto beneficiare della ritenuta ridotta convenzionale prevista dal trattato Indonesia – Paesi Bassi.[509]

Ulteriormente, dopo aver negato a Newco la qualifica di beneficiario effettivo in capo alal società intetrposta, i giudici si interrogano in merito alla possibilità di negarle l'accesso ai benefici convenzionali in virtù della sua residenza in Indonesia.

A tal proposito, il giudice relatore afferman che in base al Commentario OCSE il *place of effective management* deve intendersi ubicato nel luogo in cui sono assunte le decisioni essenziali (*key decisions*) inerenti alla società e che nel caso di Newco l'interposizione della società e l'assegnazione del finanziamento erogato da Indofood sarebbero stati decisi da PT, con al conseguenza che il *place of effective management* di Newco sarebbe stato unicato in Indonesia.[510]

---

[509] I giudici negano inoltre che la stessa Indofood fosse la beneficiaria effettiva degli interessi pagati da PT, in quanto essa sarebbe stata costituito al solo scopo di interporsi nell'emissione delle obbligazioni, al fine di ridurre l'ammontare della ritenuta. Cfr., paragrafo 44 della decisione: "… *In both commercial and practical terms the Issuer is, and Newco would be, bound to pay on to the Principal Paying Agent that which it receives from the Parent Guarantor. […] The Parent Guarantor is bound to ensure that such an arrangement continues lest it is required to pay again under its guarantee to the noteholders contained in the Trust Deed. In practical terms it is impossible to conceive of any circumstances in which either the Issuer or Newco could derive any 'direct benefit' from the interest payable by the Parent Guarantor except by funding its liability to the Principal Paying Agent or Issuer respectively. Such an exception can hardly be described as the 'full privilege' needed to qualify as the beneficial owner, rather the position of the Issuer and Newco equates to that of an "administrator of the income*".

[510] Cfr. paragrafo 57: "… *As counsel for the Issuer pointed out the test, as elaborated by the OECD Commentary, refers to the place where "key" decisions are taken. The provisions of the Trust Deed and, more particularly, of the Note Conditions show clearly that they must be taken by the Parent Guarantor. Whilst I do not doubt that the board of directors of Newco would be permitted to determine what to do with the handling charges and equity capital and would be responsible for*

Nondimeno, essenso la questione della determinazione della residenza effettiva di una società una questione molto delicata e peraltro estranea alla materia del contendere gli altri due giudici del collegio guidicante, pur senza pronunciarsi espressamente sul tema, sembrano avere una posizione diversa da quella del relatore.[511]

---

complying with the requirements of Dutch law, those are hardly the "key" decisions. Let it be assumed that the Issuer and Newco are otherwise resident in Holland and the question arose whether to interpose Newco it is, in my view, plain beyond doubt that such a decision and the terms of any interposition would not be left to the Issuer or Newco but would be decided by the board of the Parent Guarantor. In particular it would not be left to the board of the Issuer or of Newco to decide whether to assign or to accept the benefit of the Loan Agreement between the Parent Guarantor and the Issuer and if so on what terms. Questions in relation to any subsequent migration, substitution or interposition of another company between the Parent Guarantor and Newco or between Newco and the Issuer would be decided by the board of the Parent Guarantor. In my view it is plain that the place of effective management of the Issuer is Indonesia and that the place of effective management of Newco, if interposed between the Parent Guarantor and the Issuer, would be Indonesia too".

[511] Cfr. paragrafi 75 e 77 della sentenza: "… *It is unnecessary to decide whether the Indonesian Court would hold, also, that Newco was not resident in the Netherlands – on the ground that its "effective management" (in the context of article 4.4 of the Dutch DTA) was situated in Indonesia. On that point my provisional conclusion differs from that reached by the Chancellor…" e "I agree that this appeal should be allowed for the reasons given by the Chancellor and Chadwick LJ on the beneficial ownership issue. Consequently, it is unnecessary and I would prefer not to decide the residence issue….*". Sottolineature aggiunte.

CAPITOLO VI: I PROBLEMI DI DOPPIA RESIDENZA NELLE SITUAZIONI TRIANGOLARI

1. IL PROBLEMA DELLA DOPPIA RESIDENZA NELLE SITUAZIONI TRIANGOLARI

Fino ad ora sono state esaminate le questioni inerenti ai casi di doppia residenza in situazioni meramente bilaterali, laddove entrambi gli Stati contraenti (di convenzioni sostanzialmente conformi al Modello OCSE) ritengono che, ai fini della loro legge domestica, una società sia residente nel proprio Stato.

E' stata altresì analizzata la "*tie-breaker rule*" prevista dall'art. 4, paragrafo 3 del Modello OCSE per la risoluzione di questi conflitti di residenza. L'esito dell'applicazione di tale disposizione è che, ai fini di quella particolare convenzione[512], la società sarà (ovvero dovrebbe essere) considerata residente soltanto in uno dei due Stati contraenti. In seguito, lo Stato al quale la convenzione riconosce la "residenza convenzionale" della società è identificato come lo Stato "vincente", mentre l'altro Stato è identificato come "perdente".

Tale principio è assolutamente pacifico ed è stato affermato anche in una significativa sentenza della Suprema Corte Amministrativa finlandese[513] che ha riconosciuto che una società costituita in Finlandia (Stato che prevede il luogo di costituzione quale criterio per la residenza), ma con sede amministrativa in Danimarca è residente in Danimarca ai fini della c.d. Convenzione nordica.[514]

A seguito del riconoscimento della "residenza convenzionale" a favore di uno dei due Stati, l'altro Stato non potrà tassare il reddito di impresa della società (fatta eccezione per i redditi di fonte locale come, ad esempio, i dividendi pagati da società ivi residenti), a meno che la società stessa non abbia una stabile organizzazione nello Stato "perdente" a cui gli elementi di reddito siano effettivamente connessi.

---

[512] Si vedrà in seguito come tale conclusione non è accettata dall'OCSE a seguito delle modifiche apportate al Commentario nel 2008.

[513] Decisione del 17 giugno 2003 del Korkein hallinto-oikeus. La sentenza è commentata da L. HINTSANEN – K. PETTERSSON, Supreme Administrative Court rules on taxation of dual resident companies – Decision of the Supreme Administrative Court of 17 June 2003, in *European Taxation*, 2004, p. 192.

[514] Convenzione nordica del 23 settembre 1996 tra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia.

Nondimeno, l'art. 4, paragrafo 3, non impone allo Stato "perdente" di continuare a considerare la società come residente nel proprio Stato ai (soli) fini della propria legge domestica[515] e quindi anche ai fini delle altre convenzioni per evitare le doppie imposizioni sottoscritte da tale Stato[516]. La stabile organizzazione (emersa a seguito della perdita della residenza in un determinato Stato ai fini convenzionali) che consente allo Stato "perdente" di assoggettare ad imposizione i redditi ad essa attribuibili, non si qualifica *ab origine* come tale; essa è infatti una "stabile organizzazione convenzionale", la cui esistenza scaturisce per effetto dell'applicazione della *tie-breaker rule*, laddove ovviamente le attività della società si qualificano come tali ai sensi dell'art. 5 della convenzione in vigore.

In altri termini, per effetto dell'operare dell'articolo 4, paragrafo 3, lo Stato "vincente" può tassare la società nella sua qualità di Stato della "residenza convenzionale"; diversamente, lo Stato perdente potrà assoggettare ad imposizione soltanto i redditi che derivino dalla "stabile organizzazione convenzionale".

E' inoltre opportuno ricordare che il corpo normativo di alcuni Stati – tra cui il Canada ed il Regno Unito – contiene una previsione in forza della quale la residenza di una società a fini interna cessa se, in forza di una convenzione per evitare le doppie imposizioni, tale società è considerata residente in un altro Stato contraente. La conseguenza di tale disposizione è che essa non potrà qualificarsi come "residente" ai fini di qualsiasi convenzione per evitare le doppie imposizioni sottoscritta da tale Stato.

È importante ribadire che, a parere di chi scrive, in assenza di un specifica e contraria previsione, l'effetto dell'applicazione della *tie-breaker rule* dovrebbe essere limitato ai soli rapporti tra gli Stati contraenti della convenzione applicata. Ciò è espressamente chiarito dallo stesso articolo 4 il cui *incipit* è "*For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who…*". Nondimeno, come si avrà meglio modo di illustrare *infra*, la posizione assunta

---

[515] Sul punto si rinvia a K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 260, m. n. 98a.

[516] Come si avrà modo di argomentare oltre, tale interpretazione non è condivisa dal Commentario OCSE del 2008 e del 2010 in base al quale se uno Stato è considerato "perdente" allora la società, ancorché residente in tale Stato ai fini della normativa interna, non potrà mai essere considerata come residente in tale Stato ai fini delle altre convenzioni sottoscritte dallo stesso (cfr. paragrafo 8.2 del Commentario all'art. 4 del Modello OCSE).

dall'OCSE nel Commentario 2008 e 2010 è nel senso di escludere la residenza fiscale di una società in un determinato Stato se quest'ultimo si qualifica come Stato "perdente" nel contesto di una qualsiasi delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni da esso sottoscritte.

Nei paragrafi che seguono saranno esaminati i problemi di doppia residenza in situazioni triangolari, coperte e non coperte da trattato. Saranno anche esaminate le principali elaborazioni della dottrina internazionale, della prassi e della giurisprudenza di diversi paesi sul tema, nonché le posizioni assunte dall'OCSE e le relative critiche della dottrina.

2. LA DOPPIA RESIDENZA COME STRUMENTO DI TAX PLANNING

Ante modifiche al Commentario OCSE del 2008 (riproposte in quello del 2010) di cui si dirà in seguito, la doppia residenza delle società è stata storicamente utilizzata come efficace strumento di *tax planning*.

In particolare era piuttosto frequente che società (i) costituite in uno Stato che dispone di un'efficiente rete di convenzioni e (ii) amministrate in Stati a fiscalità più ridotta, si avvantaggiassero delle convenzioni concluse dallo Stato di costituzione (*i.e.* lo Stato "perdente"), nonostante questo non potesse assoggettarne ad imposizione i relativi redditi in assenza di una stabile organizzazione. E ciò in quanto ai fini della convenzione bilaterale tra i due Stati, la società è residente nell'altro Stato (*i.e.* lo Stato "vincente") anche ai fini delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni da esso sottoscritte.

Il vantaggio che derivava dal possesso di una doppia residenza consisteva quindi nel potersi avvantaggiare, di volta in volta, del più favorevole trattato concluso con il rilevante Stato terzo da parte di ciascuno dei due Stati di residenza della società (*i.e.* lo Stato "perdente" e lo Stato "vincente").

Addirittura, nel caso in cui una società sia amministrata in uno Stato che non dispone di una buona rete di convenzioni ma è legato da una convenzione con lo Stato di costituzione della società (è questo il caso, ad esempio, delle Antille Olandesi e dei Paesi Bassi), la doppia residenza consentiva a tale società di accedere ai benefici di trattati che altrimenti non le sarebbero spettati.

Come si vedrà più avanti, alcuni Stati hanno storicamente assunto posizioni volte a

negare l'accesso delle società con doppia residenza ai trattati conclusi dallo Stato "perdente" con gli Stati terzi. Alcuni di questi Stati hanno anche introdotto delle riserve all'articolo 4 del Modello OCSE[517]. Riserve che sono state in parte abbandonate (ad opera del Messico) e in parte sono rimaste (Canada e Stati Uniti d'America) a seguito delle modifiche al Commentario del 2008 e del 2010.

Come indicato in precedenza, nel Regno Unito[518] è previsto che una società che è ivi residente in base alla legge interna ma che, per effetto di un trattato, è considerata essere residente nell'altro Stato contraente, cessa di essere considerata residente Regno Unito (anche) ai fini del diritto interno.

Sempre in connessione a ragioni di *tax planning*, la doppia residenza di una società è stata utilizzata anche ad altri fini, quali ad esempio al fine di ottenere una doppia deduzione delle perdite. In alcuni Stati dove è previsto un regime di consolidato fiscale una società con doppia residenza che si sia indebitata per compiere delle acquisizioni e che pertanto chiude il periodo di imposta in perdita può compensare tale perdita con i redditi delle sue controllate esistenti in ciascuno degli Stati in cui è residente. Anche con riferimento a tale fattispecie alcuni Stati[519] hanno previsto dei meccanismi di contrasto attraverso il divieto alla società con doppia residenza di compensare le proprie perdite con i redditi di altra società permettendo, invece, solo il riporto in compensazione di redditi futuri della stessa società.

3. I PROBLEMI CONNESSI ALLA DOPPIA RESIDENZA DELLE SOCIETÀ IN SITUAZIONI TRIANGOLARI E LE DIVERSE IPOTESI DI SOLUZIONE

Quantomeno fino alla modifica del Commentario 2008, l'applicazione della *tie-breaker rule* lasciava irrisolti tutti i problemi relativi all'accesso ai trattati conclusi con gli Stati terzi, ossia i c.d. "casi triangolari".

I casi triangolari possono riguardare sia situazioni in cui la società con doppia residenza è il percettore del reddito sia situazioni in cui essa rappresenta il soggetto

---

[517] Su questo punto si rinvia alla precedente nota 485.

[518] Section 249 FA1994.

[519] Si vedano gli esempi riportati da Richard J. Vann, International aspects of income tax, in V. THURONYI, (a cura di), *Tax law design and drafting*, Washington, 1998, p. 794. Questo esempio di *double-dipping* è citato anche da K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 261 m. n. 98b e da N. SHELTON, *Interpretation and application of tax treaties*, London, 2004.

erogante il reddito. Le soluzioni elaborate dalla dottrina con riferimento ad entrambe le fattispecie sono parzialmente simili, anche se ciascuna presenta delle caratteristiche peculiari. Di seguito saranno esaminate le diverse ipotesi, valutando prima i casi in cui la società con doppia residenza percepisce il reddito e poi i casi in cui la doppia residenza riguarda la società che eroga il reddito.

Quale preliminare conclusione e con riserva di maggiori illustrazioni *infra*, si deve ritenere del tutto errata la statuizione contenuta nel Rapporto dell'OCSE "Triangular cases" del 1992[520] secondo cui l'articolo 4 dell'OCSE era sufficiente a risolvere le questioni triangolari connesse a casi di doppia residenza:

> "*Double tax treaties are concluded on a bilateral basis. Specific problems may therefore arise in situations where more than two States are involved. Sometimes the solution is to apply the provisions of the treaties that are relevant. For instance, Article 4 of the Model Convention contains rules for the settlement of conflicts concerning residence when a person is a resident of several States and receives income from third States*.". (sottolineatura aggiunta)

L'analisi che segue dimostrerà, infatti, la inesattezza delle conclusioni a cui giunse l'OCSE nel 1992, circostanza questa implicitamente confermata dalle modifiche al Commentario del 2008, resesi appunto necessarie dalla volontà di combattere fenomeni elusivi proprio imperniati sullo sfruttamento dei *network* dei trattati di entrambi gli stati di residenza della società.

3.1 Società con doppia residenza che percepisce un reddito da uno Stato terzo

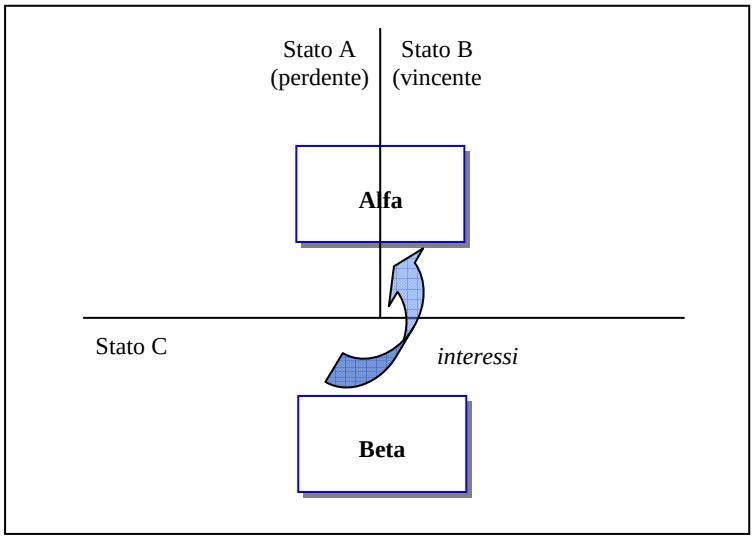
Si consideri il seguente esempio. La società Alfa è residente ai fini fiscali al tempo stesso nello Stato A (dove è stata costituita) e nello Stato B (dove viene amministrata).

I due Stati hanno concluso una convenzione per evitare le doppie imposizioni conforme al Modello OCSE; l'applicazione dell'art. 4(3) determina che lo Stato A è, (soltanto[521]) ai fini del Trattato A-B, "perdente" nel conflitto sulla residenza, mentre lo Stato B risulta "vincente".

---

[520] Cfr. paragrafo 1 del rapporto dell'OCSE intitolato "*Triangular cases*", pubblicato come secondo capitolo di *Model Tax Convention: four related studies*, n. 4 della serie "Issues in International Taxation".

[521] Circa la correttezza di tale avverbio si dirà *infra* a commento delle modifiche al Commentario inserito nel 2008.



Alfa riceve interessi da una società residente nello Stato C. In assenza di convenzioni, la ritenuta applicata dallo Stato C sugli interessi è pari al 20%.

In relazione all'ipotesi descritta sopra si possono fare tre sotto-ipotesi:

1) Lo Stato C ha concluso una convenzione per evitare le doppie imposizioni con lo Stato B ma non con lo Stato A.

2) Lo Stato C ha concluso una convenzione per evitare le doppie imposizioni soltanto con lo Stato A.

3) Lo Stato C ha concluso una convenzione per evitare le doppie imposizioni sia con A che con B, ma la ritenuta prevista nella convenzione con lo Stato A (es. 5%) è più bassa rispetto a quella con lo Stato B (es. 10%).

Presupposto alla soluzione di tutti e tre i casi vi è l'accertamento del ruolo che la assegnazione allo Stato B della "residenza convenzionale" ai fini dell'applicazione del trattato tra A e B ha nei rapporti con gli Stati terzi e, nella fattispecie, con lo Stato C.

Secondo una parte della dottrina (il cui pensiero è da me totalmente condiviso),[522] la

[522] K VAN RAAD, Dual residence, in *European Taxation*, 1988, p. 242; K VAN RAAD, 2008 OECD Model: operation and effect of Article 4(1) in dual residence issues under the updated commentary, in *Bulletin for international taxation*, 2009, p. 187-190.

residenza convenzionale di Alfa nello Stato B ha effetto soltanto nei rapporti tra gli Stati A e B e per gli effetti della convenzione per evitare le doppie imposizioni tra essi sottoscritta, nessun effetto si produrrebbe invece nei rapporti con lo Stato C.

Secondo tale interpretazione, pertanto, nel caso indicato *supra* al n. **1)** lo Stato C potrà applicare la ritenuta alla fonte domestica soltanto nei limiti previsti dalla Convenzione con lo Stato B. Ai fini del trattato tra B e C, infatti, Alfa è residente nello Stato B.

Nel caso **2),** lo Stato C dovrebbe applicare la ritenuta ridotta prevista dalla convenzione con lo Stato A, nonostante quest'ultimo sia risultato "perdente" nel conflitto di residenza con lo Stato B. Ai fini del trattato tra A e C, infatti, la società Alfa è residente nello Stato A.

Nel caso **3)**, invece, lo Stato C non potrebbe dare rilievo alla residenza convenzionale nello Stato B e dovrebbe quindi essere vincolato al rispetto di entrambi i trattati sottoscritti con gli Stati A e B. Di talché, al fine di rispettarli entrambi lo Stato C potrà prelevare la ritenuta entro il limite prevista dalla convenzione più favorevole ad Alfa, ossia nella misura del 5% come previsto dal trattato sottoscritto con lo Stato A.

È quindi di immediata evidenza il vantaggio conseguente alla doppia residenza di Alfa, la quale, essendo stato costituita nello Stato B, può beneficiare di una ritenuta più bassa rispetto a quella che sarebbe stata applicabile laddove essa fosse stata residente soltanto nello Stato B.

Avverso tale interpretazione, sono state elaborate ulteriori teorie che hanno trovato, in precedenza, il sostegno della giurisprudenza e della prassi in diversi Stati e, successivamente, il sostegno dell'OCSE con le modifiche inserite nel Commentario del 2008. Tali si incentrano sul contenuto del secondo periodo dell'articolo 4, paragrafo 1 del Modello OCSE secondo il quale: "*This term*, [i.e. *"resident of a Contracting State"*, n.d.A.] *however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein*".

Si sostiene, infatti, che lo Stato "perdente" (nell'esempio precedente lo Stato A) non potrebbe essere considerato Stato di residenza di Alfa ai fini dell'applicazione della

convenzione tra lo Stato A e lo Stato C. Ciò in quanto, il secondo periodo dell'articolo 4(1) del Trattato tra A e C escluderebbe che si possa qualificare come residente un soggetto che, nello Stato A, sia assoggettato ad imposizione soltanto sui redditi prodotti localmente (*i.e.* redditi con riferimento ai quali lo Stato A si qualifichi come Stato della fonte). Tale limitata soggezione ad imposizione si verificherebbe poiché, per effetto dell'applicazione del trattato tra A e C, la società Alfa potrebbe essere soggetta ad imposizione nello Stato A limitatamente ad alcuni dei redditi ivi prodotti e, segnatamente, solo quelli con riferimento ai quali il Trattato tra A e C assegna al primo Stato il diritto di imposizione.

Tale tesi, in altri termini, implica il riconoscimento di un'interazione dei due trattati (quello tra gli Stati A e B e quello tra gli Stati A e C) con l'effetto, da un lato, di privare lo Stato A del diritto di assoggettare ad imposizione i redditi mondiali della società Alfa e, dall'altro, di privare del possesso dello *status* di residente anche ai sensi del trattato tra lo Stato A e lo Stato C.

Tale interpretazione non è condivisa dalla dottrina. In particolare Avery Jones[523] ricorda come il secondo periodo dell'articolo 4, paragrafo 1, mira in realtà a negare lo *status* di residente al personale diplomatico che, pur essendo considerato residente ai fini domestici, non è assoggettato ad imposta se non sui redditi prodotti localmente.[524]

Van Gennep[525], invece, osserva che il secondo periodo dell'articolo 4, paragrafo 1, potrebbe negare lo *status* di residente soltanto ad una società che, in base alla sua legge domestica e non ad un trattato, non possa essere tassata sul reddito mondiale, ma soltanto su quello prodotto localmente.

Nello stesso senso si è espresso anche Vogel[526] il quale osserva che tale norma non

---

[523] J.F. AVERY JONES – C. BOBBETT, Triangular treaty problems: a summary of the discussion in the Seminar E at the IFA Congress in London, cit., p. 19.

[524] Ricorda Vogel che questa norma non riguarda l'ovvio caso di chi è tassato soltanto sul reddito di fonte locale in quanto non considerato residente in base alla legge domestica, ma il caso di quei soggetti che, nonostante siano considerati residenti ai fini della legge domestica, non sono assoggettati a tassazione sul reddito mondiale in forza particolari regimi. È il caso appunto del personale diplomatico che, in base al diritto internazionale, è generalmente esentato da imposta nello Stato ricevente, eccezion fatta che per certi redditi di fonte locale. Si veda K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 233 m. n. 31.

[525] C. J.A.M. VAN GENNEP, Dual resident companies: the second sentence of art. 4(1) of the OECD Model Convention of 1977, in *European Taxation*, 1991, p. 143.

[526] K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 234 m. n. 31a.

può essere applicata allo Stato che non può assoggettare a tassazione il reddito di quel determinato soggetto proprio in forza del trattato, altrimenti si finirebbe per ricadere in un ragionamento di tipo circolare.

Tale posizione è stata, invece, fatta propria sia dal Ministero delle Finanze olandese in un decreto del 1989[527] (mai formalmente ritirato o altrimenti abrogato) sia e più recentemente dall'Internal Revenue Service (IRS) degli Stati Uniti con il Ruling 2004-76.[528]

In quest'ultimo provvedimento si affronta il caso di una società A, costituita nello Stato X (quindi residente in quello Stato ai fini della norma interna) ed avente il *place of effective management* nello Stato Y (quindi residente – anche - in quello Stato ai fini della norma interna. Ebbene, considerato che il Trattato in essere tra X e Y considera, ai fini della propria applicazione, la società A residente nello Stato Y essa non può essere considerata "*liable to tax*" nello Stato X (e quindi ivi residente) ai fini dell'applicazione della convenzione tra gli Stati Uniti e lo Stato X.

In breve, non essendo "*liable to tax*", non è "*resident*" e, dunque, ai sensi dell'articolo 1 della convezione tra gli Stati Uniti e lo Stato X "perdente" nel conflitto sulla residenza, non può beneficiare della protezione del trattato.

Il *ruling* in commento assume pertanto che le convenzioni tra gli Stati Uniti e, rispettivamente, gli Stati X e Y contengano una previsione corrispondente a quella del secondo periodo dell'art. 4, paragrafo 1, del Modello che nega lo *status* di residente ai soggetti tassati soltanto sul reddito prodotto localmente.

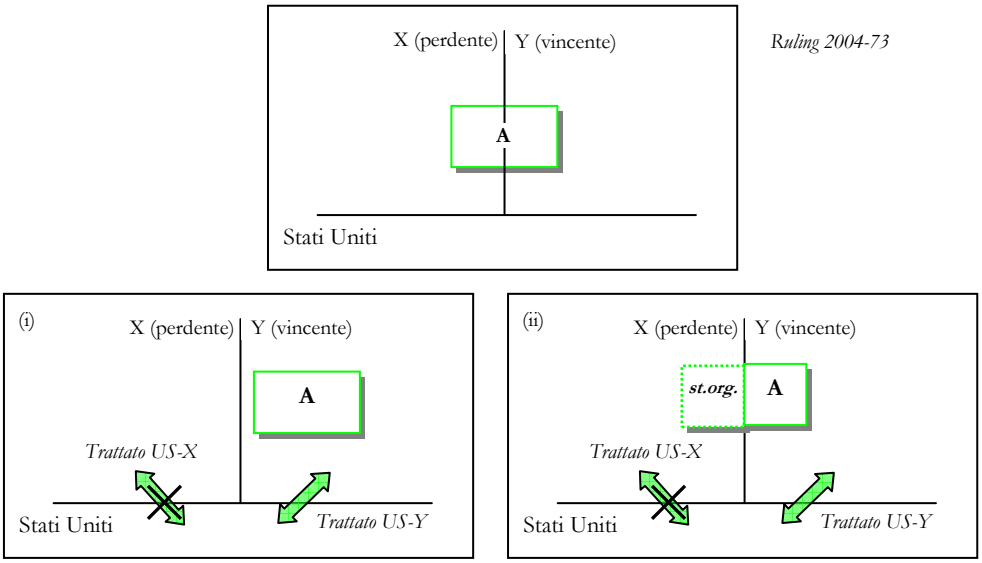
L'IRS distingue, poi, due sotto-ipotesi. Nella prima (i) la società A non ha una base fissa di affari nello Stato X, mentre nella seconda (ii) la possiede.

Un'illustrazione può agevolare la descrizione dell'effetto dell'applicazione del Ruling 2004-76.

---

[527] Ministerie van Financiën, 12 giugno 1989, IFZ 89/320, pubblicata in Infobulletin 89/448. È commentata da K. VAN RAAD, Triangular cases, in *European Taxation*, 1993, p. 301 e da J.F. AVERY JONES – C. BOBBETT, Triangular treaty problems: a summary of the discussion in the Seminar E at the IFA Congress in London, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1999, p. 19.

[528] Internal Revenue Service United States Department of the Treasury - Rev. Rul. 2004-76.



Come è agevolenotare, il risultato nelle due situazioni (i) e (ii) è lo stesso. La società A è residente solo nello Stato Y anche rispetto agli Stati Uniti, con la conseguenza che la convenzione tra lo Stato X e gli Stati Uniti non è in ogni caso applicabile.

Nella situazione (ii), tuttavia, si riconosce espressamente che nello Stato X "perdente" si è creata una stabile organizzazione di una società non residente (quella in precedenza è stata definita la "stabile organizzazione convenzionale").[529]

L'interpretazione dell'amministrazione finanziaria statunitense espressa nel Ruling 2004-76 supera espressamente, dichiarandolo "obsoleto", il precedente orientamento espresso nel Ruling 73-354. In tale provvedimento, l'IRS aveva riconosciuto che una società costituita in Svizzera e "*managed and controlled*" nel Regno Unito[530] che

---

[529] Afferma, infatti, il Ruling 2004-76: "*Because Corporation A is treated as a resident of Country Y for purposes of the X-Y Convention, Corporation A's fixed place of business in Country X is treated as a permanent establishment within the meaning of the X-Y Convention. Thus, Corporation A is liable to tax in Country X in respect of profits attributable to its permanent establishment, but is not subject to comprehensive taxation in Country X as it would be if it were liable to tax by reason of residence. Therefore, Corporation A is not a resident of Country X under the relevant article of the U.S.-X Convention and is not entitled to claim benefits under the U.S.-X Convention as a resident of Country X.*".

[530] L'articolo II, paragrafo 1, lettere (g) e (h) della Convenzione tra Svizzera e Regno Unito del 14 giugno 1966, in vigore fino al 1978, prevedeva che:

"*(g) The term "resident of the United Kingdom" means:*

(i) any company or partnership whose business is managed and controlled in the United Kingdom;

(ii) any other person who is resident in the United Kingdom for the purposes of United

svolgeva attività di impresa in entrambi gli Stati ed era ivi residente, poteva scegliere di applicare il Trattato tra gli Stati Uniti e la Svizzera ovvero quello in essere tra il Regno Unito e gli Stati Uniti.

Nondimeno, ad una analisi più in dettaglio, la situazione esaminata dall'IRS nel 1973 non è completamente assimilabile con quella oggetto del Ruling del 2004. Infatti, la Convenzione tra Regno Unito e Svizzera allora vigente non prevedeva alcuna "*tie-breaker rule*" e non era, pertanto, possibile di accertare lo Stato "vincente" e lo Stato "perdente".

Per le ragioni meglio descritte in seguito, è opinione dello scrivente che la presa di posizione dell'IRS, antesignana delle modiche al Commentario del 2008, sia sostanzialmente motivata da ragioni di carattere antielusivo e trovi un appiglio solo di natura formale nella formulazione letterale della disposizione in questione la quale, invece, era stata inserita per disciplinare fattispecie del tutto diverse[531].

In giurisprudenza la tesi dell'efficacia della *tie-breaker rule* anche rispetto allo Stato terzo fonte del reddito è stata respinta dalla Corte Suprema olandese (*Hoge Raad*) in una risalente sentenza del 8 gennaio 1986.[532]

In tale circostanza, una società costituita e amministrata nei Paesi Bassi aveva distribuito un dividendo alla sua casa madre costituita nelle Antille Olandesi.

Kingdom tax and not resident (by reason of domicile or sojourn) in Switzerland for the purposes of Swiss tax;

(h) The term "resident of Switzerland" means:

(i) any company or partnership ("société simple", "société nom collectif" or "société en commandite") created or organised under Swiss law, if its business is not managed and controlled in the United Kingdom;

(ii) any other person who is resident (by reason of domicile or sojourn) in Switzerland for the purposes of Swiss tax and not resident in the United Kingdom for the purposes of United Kingdom tax".

[531] La disposizioni è stata introdotta al fine di negare lo *status* di "residente" al personale diplomatico che, pur essendo considerato residente ai fini domestici, non è assoggettato ad imposta se non sui redditi prodotti localmente.

[532] Hoge Raad, 8 gennaio 1986, in BNB 1986/127.

Il Ministero delle finanze aveva sostenuto che qualora la società in questione fosse amministrata in uno Stato diverso dalle Antille Olandesi, i benefici dell'Accordo tra Paesi Bassi ed Antille Olandesi[533] (*i.e.* la ritenuta ridotta sui dividendi) non sarebbero stati applicabili, in quanto la società percipiente i dividendi non sarebbe stata ritenuta residente nelle Antille Olandesi ai fini dell'accordo con i Paesi Bassi.

La Corte Suprema, invece, ha ritenuto che anche qualora la società fosse stata amministrata in uno Stato terzo, essa avrebbe continuato ad essere considerata residente nelle Antille ai fini dell'accordo con i Paesi Bassi.

In questa sentenza, dunque, l'Hoge Raad ha negato l'ultrattività del funzionamento di un eventuale trattato tra le Antille Olandesi e lo Stato in cui la società è amministrata ai fini dei rapporti con lo Stato della fonte del reddito erogato alla *dual resident company* (i Paesi Bassi).

Nonostante la sentenza sia, a mio giudizio, corretta non è chiaro quanta influenza abbia avuto sulla decisione della corte l'assenza, nel testo allora vigente dell'accordo tra Paesi Bassi ed Antille, di una norma corrispondente al secondo periodo dell'articolo 4, paragrafo 1, del Modello OCSE.[534]

Come più diffusamente analizzato successivamente, ritengo che l'importanza attribuita, anche in sede di modifica al Commentario del 2008, alla disposizione contenuta nel secondo periodo dell'articolo 4, paragrafo 1, del Modello OCSE sia eccessiva. Tale norma, invero, è stata introdotta nel modello OCSE soltanto nel 1977 e non vi è alcuna conferma della circostanza che tale aggiunta abbia voluto modificare sostanzialmente il contenuto dell'articolo 4. Inoltre, la circostanza che molti trattati ad oggi in vigore non contengono tal disposizione sembra confermare che la stessa è spesso ritenuta pleonastica o comunque non cruciale nell'interpretazione dell'articolo 4.

---

[533] L'accordo fiscale tra Paesi Bassi ed Antille Olandesi non è un vero e proprio trattato, ma funziona in modo sostanzialmente analogo, in quanto le Antille Olandesi sono autonome sotto il profilo fiscale. L'accordo è datato 28 ottobre 1964, emendato il 5 dicembre 1985.

[534] Disponeva, infatti, il testo dell'articolo 2, paragrafo 1, lett. (d) che "*residente in uno dei due paesi significa: una persona che, in forza delle norme fiscali di uno dei due paesi, è assoggettato ad imposta in ragione del suo domicilio, della sua residenza, della sede dell'amministrazione o di altro criterio di natura analoga*" (traduzione dell'Autore). La restrizione nei confronti dei soggetti tassati solo sui redditi di fonte locale è stata aggiunta soltanto nel 1985.

3.2 Società con doppia residenza che paga un reddito a un soggetto residente in uno Stato terzo

Nell'ipotesi inversa rispetto a quella in precedenza descritta, la società Delta, resiede sia nello Stato A sia nello Stato B ai fini della rispettiva legge interna dei due Stati, tuttavia essa è residente nello Stato A ai fini dell'applicazione della convenzione tra gli Stati A e B e corrisponde interessi alla società Gamma che è residente nello Stato C.

Ebbene, con riferimento a tale situazione in diritto, la questione è se il Trattato sottoscritto tra lo Stato A ("perdente") e lo Stato C (Stato di residenza del percettore degli interessi) autorizzi il primo a prelevare un forma di imposizione sugli interessi pagati a Gamma.

Assumendo che tutti e tre gli Stati abbiano concluso tra loro convenzioni conformi al Modello OCSE, allora sia la convenzione tra A e C sia quella tra B e C contengono le seguenti previsioni dell'articolo 11, paragrafi 1, 2 e 5:

> "*1. Interest arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.*
>
> *2. However, such interest may also be taxed in the Contracting State in which it arises and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation.* […]
>
> *5. Interest shall be deemed to arise in a Contracting State when the payer is a resident of that State. Where, however, the person paying the interest, whether he is a resident of a Contracting State or not, has in a Contracting State a permanent establishment in connection with which the indebtedness on which the interest is paid was incurred, and such interest is borne by such permanent establishment, then such interest shall be deemed to arise in the State in which the permanent establishment is situated.* […]".

Alla luce di quanto indicato, si deve ritenere legittima la facoltà da parte dello Stato A di prelevare una forma di imposizione sugli interessi corrisposti a Gamma; ciò a prescindere dalla circostanza che Delta, sebbene sia residente in B ai fini del trattato tra A e B, abbia una base fissa di affari in A a cui sia riferibile il debito da cui consegue l'obbligo di corrispondere gli interessi.

In tal caso, infatti, lo Stato A potrebbe comunque prelevare una ritenuta:

(i) ai sensi dell'art. 11, paragrafo 5, primo periodo della convenzione tra A e C (cioè a dire, quale Stato di residenza di Delta ai fini della convenzione tra A e C), nel caso in cui, come si ritiene corretto, la "*tie-breaker rule*" contenuta nel trattato tra A e B non esplichi effetto nel trattato tra A e C;

(ii) ai sensi dell'art. 11, paragrafo 5, secondo periodo della convenzione tra A e C (cioè a dire, quale Stato in cui è localizzata la stabile organizzazione - la "stabile organizzazione convenzionale") nel caso in cui si affermi, erroneamente, l'ultrattività della "*tie-breaker rule*" contenuta nel trattato tra A e B.

In tale fattispecie, quindi, sia lo Stato A sia lo Stato B potranno applicare una ritenuta sugli interessi. Lo Stato A ai sensi del secondo periodo del paragrafo 5 dell'articolo 11, mentre lo Stato B ai sensi del primo periodo del paragrafo 5 dello stesso articolo 11.

Nel caso di specie, a diversamente dalla situazione in cui la società *dual resident* sia il percettore del reddito, il soggetto chiamato a decidere dell'eventuale ultrattività della convenzione tre i due Stati di residenza è lo Stato che dovrebbe applicare la ritenuta e che, quindi, ha tutto l'interesse a dare rilevanza alla residenza della società nel suo territorio; e ciò a prescindere dalla sussistenza o meno di una stabile organizzazione (la "stabile organizzazione convenzionale") di Delta nello Stato A.

Conformemente a quanto già affermato in merito all'efficacia della "residenza convenzionale" ai soli fini della convenzione tra i due Stati contraenti che si ritengono essere gli "Stati di residenza", si dovrebbe affermare che gli interessi in questione potrebbero essere assoggettati a ritenuta in entrambi gli Stati. Di talché, lo Stato di residenza sarebbe tenuto a dare un doppio credito per le imposte prelevate nei due Stati.

Non mi risulta che sussista una prassi o una giurisprudenza sul punto.

La giurisprudenza ha avuto occasione, invece, di soffermarsi sul diverso problema delle distribuzioni di dividendi da parte di una società con doppia residenza.

In particolare si segnalano due pronunce da parte della Corte Suprema olandese (Hoge Raad) e una della Federal Court of Trial Division del Canada che, in due fattispecie molto simili, hanno raggiunto analoghe conclusioni ancorché attraverso

percorsi logici ed interpretativi differenti.

3.2.1 La soluzione del caso triangolare che si fonda sull'art. 10(5) del Modello OCSE. La sentenza del Hoge Raad olandese del 1992 e la decisione canadese nel caso Hunter Douglas del 1979

La prima sentenza[535], del 1992, riguarda una società residente negli Stati Uniti ("HolCo") che riceveva dividendi da una società costituita nei Paesi Bassi e amministrata in Irlanda ("OpCo"). OpCo era pertanto residente ai fini interni sia nei Paesi Bassi sia in Irlanda ma, ai fini della convenzione tra Irlanda e Paesi Bassi, essa era residente in Irlanda.

La questione portata all'attenzione della Suprema Corte ineriva all'accertamento del diritto dei Paesi Bassi di prelevare una ritenuta alla fonte sui dividendi nella misura prevista dalla convenzione tra Paesi Bassi e Stati Uniti.

Lo Hoge Raad concluse che, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 9 della convenzione tra Irlanda e Paesi Bassi[536], i Paesi Bassi non potevano prelevare alcuna ritenuta alla fonte sui dividendi.

L'articolo 8, paragrafo 9, della convenzione recita come segue:

> *"Where a company which is a resident of one of the States derives profits or income from the other State, that other State may not impose any tax on the dividends paid by the company to persons who are not residents of that other State, or subject the company's undistributed profits to a tax on undistributed profits, even if the dividends paid or the undistributed profits consist wholly or partly of profits or income arising in such other State.".*

Tale disposizione si conforma al testo dell'art. 10, paragrafo 5 del Modello OCSE:

> *"Where a company which is a resident of a Contracting State derives profits or income from the other Contracting State, that other State may not impose any tax on the dividends paid by the company, except insofar as such dividends are paid to a resident of that other State or insofar as the holding in respect of which the dividends are paid is effectively connected with a permanent establishment situated in that other State, nor subject the company's undistributed profits to a tax on the company's undistributed profits, even if the dividends paid or the undistributed profits consist wholly or partly of profits or income arising in such other State.".*

---

[535] Caso 27 252, BNB 1992/379. Il caso è commentato da K. VAN RAAD, Triangular cases, cit., p. 301.

[536] Convenzione dell'11 febbraio 1969, in vigore dal 12 maggio 1970.

Il paragrafo 34 del Commentario OCSE all'art. 10 illustra come il paragrafo 5 sia volto a vietare la c.d. imposizione extraterritoriale dei dividendi, ovvero l'imposizione da parte di quegli Stati che non sono né stati della fonte del reddito (ovvero lo Stato di residenza della società che distribuisce i dividendi) né lo Stato di residenza o di localizzazione (in caso di stabile organizzazione) del socio:

> "*Paragraph 5 rules out the extra-territorial taxation of dividends, i.e. the practice by which States tax dividends distributed by a non-resident company solely because the corporate profits from which the distributions are made originated in their territory (for example, realized through a permanent establishment situated therein). There is, of course, no question of extra-territorial taxation when the country of source of the corporate profits taxes the dividends because they are paid to a shareholder who is a resident of that State or to a permanent establishment situated in that State.*".

A parere della Hoge Raad tale norma trova applicazione anche al caso in cui lo Stato che voglia applicare la ritenuta sui dividendi sia, in base alla sua legge interna, lo Stato di residenza della società che paga il dividendo, ma non si qualifichi come Stato di "residenza convenzionale" in relazione all'applicazione di un altro trattato *i.e.* quello sottoscritto con un terzo Stato, cioè a dire diverso da quello di residenza (convenzionale) del percettore del dividendo.

La Corte Suprema olandese, pertanto, adottando la propria decisione ha attribuito all'art. 10, paragrafo 5 non solo la funzione di norma che vieta la c.d. *secondary withholding tax* ma anche la funzione di norma che vieta una qualsiasi forma di imposizione extraterritoriale delle società.

La finalità dell'articolo 10, paragrafo 5 è, infatti, di prevenire la tassazione dei dividendi e degli utili non distribuiti da parte di Stati diversi da quello di residenza della società distributrice; tale preclusione non opera, ad evidenza, quando la stabile organizzazione del socio, alla quale i dividendi sono effettivamente connessi, si trova in uno Stato contraente o quando si tratta di tassare il reddito prodotto dalla stabile organizzazione della società non residente che distribuisce i dividendi.

In questo senso il paragrafo 5 evita la tassazione, da parte dello Stato di non residenza della società, anche con riferimento ai dividendi che non sono corrisposti ad un residente dell'altro Stato contraente, bensì a un residente di uno Stato terzo.[537]

---

[537] Si veda K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 694 m. n. 258.

Ritornando al caso deciso dalla *Hoge Raad*, i Paesi Bassi non qualificandosi come lo Stato di residenza in base al trattato Paesi Bassi - Irlanda, non possono di conseguenza assoggettare ad imposizione né i dividendi della società irlandese pagati a soci residenti in Irlanda né quelli pagati a favore di soci residenti in Stati terzi.

Il caso in commento non tratta quindi della indubia capacità dell'articolo 10, paragrafo 5, di operare in situazioni triangolari, quanto la possibilità che esso sia applicabile nell'ipotesi in cui lo Stato a cui è diretto il divieto sia lo Stato di residenza della società che distribuisce i dividendi in base alla propria legge interna ma perda tale qualificazione in base alla convenzione con un Stato terzo rispetto a quello di residenza del percettore dei dividendi.

E' opinione di chi scrive e di una parte della dottrina[538], che la risposta fornita dalla *Hoge Raad* sia del tutto corretta. L'articolo 10, paragrafo 5, proibisce infatti la tassazione dei dividendi da parte dello Stato contraente che non sia lo stato di residenza della società che paga i dividendi. In altri termini, nel contesto di applicazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, il ricorso alle legge interna deve essere effettuato solo nei limiti richiesti ed imposti dalla convenzione medesima, la quale tuttavia opera quale sistema di norme autonomo rispetto alle disposizioni interne degli Stati contraenti le cui definizioni non sono applicabili alla dimensione convenzionale.

Il percorso logico interpretativo applicato dalla Hoge Raad era già stato adottato nella (precedente) sentenza della Federal Court of Trial Division canadese nel caso *Hunter Douglas*.[539]

I fatti di causa erano per certi versi similari a quelli affrontati dalla corte suprema olandese. Invero, la società canadese Hunter Douglas Ltd. aveva trasferito la propria sede dell'amministrazione nei Paesi Bassi ed aveva successivamente ceduto il ramo di azienda canadese ad una controllata residente in Canada e distribuito i dividendi ai propri soci residenti in uno Stato terzo. Anche in questo caso, la Corte ha interpretato l'articolo 10, paragrafo 5, come norma atta ad impedire al Canada di applicare la ritenuta sui dividendi distribuiti dalla società ivi residente ai fini della norma interna ma residente nei Paesi Bassi ai fini dell'applicazione della relativa convenzione.

---

[538] Si veda K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 694 m. n. 257

[539] *Hunter Douglas v. The Queen* [1979] CTC 424 , 799 DTC 5340.

3.2.2 La soluzione del caso triangolare che si fonda sull'interazione tra gli articoli 4 e 10, paragrafo 1, del Modello OCSE: sentenza del Hoge Raad olandese del 28 febbraio 2001

Nel 2001 la Hoge Raad [540] olandese ha deciso un caso di doppia residenza similare a quello descritto sopra, giungendo tuttavia ad una diversa soluzione fondata sul tenore letterale del paragrafo 5 dell'articolo 10 del Modello OCSE.

I fatti di causa possono essere riassunti come segue: nel 1990 i soci di una società olandese ("X BV") trasferiscono la loro residenza fiscale in Belgio. Successivamente, la sede dell'amministrazione di X BV viene trasferita nelle Antille Olandesi. I soci cedono una parte delle partecipazioni in X BV alla società stessa ("*buy-back*"). Ai fini fiscali, nei Paesi Bassi l'acquisto di azioni proprie è trattato alla stregua di un dividendo e assoggettato a ritenuta alla fonte.[541]

La società (residente ai fini fiscali in Belgio) non ha effettuato alcuna ritenuta alla fonte sul *buy-back* ritenendo che i Paesi Bassi non avessero il diritto di assoggettare a ritenuta il dividendo. L'amministrazione finanziaria ha quindi contestato tale comportamento e ritenuto illegittimo il mancato versamento della ritenuta ridotta del 15% (in luogo della ritenuta interna del 25%) prevista dal trattato tra Belgio e Paesi Bassi.

L'Accordo in essere tra i Paesi Bassi e le Antille Olandesi[542] contiene una previsione similare all'art. 4, paragrafo 3, del Modello OCSE in forza del quale una società che è considerata essere residente in entrambi gli stati contraenti in base alla relative norme interne deve essere considerata residente nel paese in cui risulta ubicata la sua sede di amministrazione effettiva ("*place of effective management*"). Inoltre, tale regola rileva anche ai fini del legge dei Paesi Bassi in tema di tassazione dei dividendi, la quale prevede delle norme anti abuso volte ad evitare la non applicazione delle

---

[540] BNB 2001/195. La sentenza è commentata da S. DAMEN, Netherlands Supreme Court rules on the residence of dual resident companies under tax treaties with third countries, in *Bulletin for international fiscal documentation*, 2001, p. 290 e da P. M. SMIT, Treaty residence of a company in a triangular situation: decision of the Supreme Court of 28 February 2001, in *European Taxation*, 2002, p. 155.

[541] In merito alla legittimità di trattare , ai fini convenzionali, come dividendo il provento derivante dalla cessione di azioni alla società emittente si rinvia a B.E. PIZZONI, Conflicts of qualification of share buy-backs, in *Intertax*, 2006, p. 10.

[542] In merito all'Accordo, si rinvia alla precedente nota 533.

ritenute in quelle fattispecie in cui la ragione principale o esclusiva del trasferimento della sede dell'amministrazione effettiva fosse di impedire la tassazione dei dividendi.[543]

I giudici di primo grado avevano concluso che il trasferimento della sede di direzione effettiva nelle Antille Olandesi non era avvenuto allo scopo (esclusivo o principale) di evitare l'applicazione della tassazione sui dividendi; di conseguenza, la società era da considerarsi residente nelle Antille Olandesi ai fini dell'Accordo.

La corte aveva altresì concluso affermando che in considerazione della residenza nelle Antille Olandesi ai fini dell'Accordo, i Paesi Bassi non avrebbero potuto prelevare una ritenuta sui dividendi distribuiti dalla società. Essi tuttavia hanno omesso di illustrare il percorso logico-giuridico che li ha condotti a tale sentenza.

Nel merito, sembrerebbe potersi escludere che i giudici abbiano sposato il ragionamento giuridico adottato nella sentenza della *Hoge Raad* del 1992 dianzi citata posto che nell'Accordo non esiste una norma simile all'art. 10, paragrafo 5, del Modello OCSE.

Invero, la Corte, invece che rifarsi alla disposizione in tema di tassazione alla fonte dei dividendi tra i due Stati di residenza della società erogante, fonda la propria decisione sul combinato disposto dell'articolo 4 e dell'articolo 10, paragrafo 1, della convenzione tra Paesi Bassi e Belgio[544] (Stato di residenza dei soci). Pertanto, diversamente dal citato caso del 1992, la soluzione non trova fondamento su una norma (l'articolo 10, paragrafo 5,) del trattato tra i due Stati di residenza, bensì su norme del trattato in essere tra lo Stato dei soci e lo Stato di residenza della società perdente in conseguenza dell'applicazione della *tie-breaker rule*.

E' opportuno notare che sia l'articolo 4 sia l'articolo 10, paragrafo 1, del trattato tra Belgio e Paesi Bassi corrispondono alle analoghe disposizioni del Modello OCSE.

È altresì interessante osservare come l'articolo II del Protocollo integri il disposto dell'articolo 4 ("*Ai fini della presente convenzione, il termine "residente di uno degli Stati" si riferisce ad ogni persona che, <u>in base alle leggi di quello Stato</u>, è*

[543] Cfr. articolo 34, paragrafo 2 dell'Accordo.

[544] Convenzione tra Belgio e Paesi Bassi del 19 ottobre 1970, in vigore dal 1 ottobre 1971, non più in vigore.

assoggettata ad imposta sulla base del suo domicilio, residenza, sede dell'amministrazione, o altro criterio di natura analoga……") specificando che "*l'espressione "in base alle leggi di quello Stato" usata nell'Articolo 4, paragrafo 1 significa la legge dello Stato come modificata ed integrata dagli accordi internazionali*". (traduzione dell'Autore e sottolineatura aggiunta)

La Corte sostiene che ai sensi dell'art. 10, paragrafo 2, del trattato tra i Paesi Bassi ed il Belgio, i dividendi percepiti da soggetti residenti in Belgio possono essere assoggettati ad imposizione nei Paesi Bassi solo se la società che li distribuisce è ivi residente. Nondimeno, in considerazione del fatto che l'articolo 4 del trattato stabilisce che una società è residente nei Paesi Bassi soltanto se è ivi soggetta a imposizione sul reddito mondiale in base alla legge olandese (siccome modificata ed integrata dai trattati) la società non può essere considerata residente nei Paesi Bassi a fini del trattato tra questi ultimi ed il Belgio atteso che per effetto della *tie breaker rule* i paesi bassi non sono più lo Stato di residenza convenzionale della società olandese.

La Corte Suprema ha sposato la tesi sostenuta dal Ministero delle finanze olandese nel Decreto del 1989; essa, ha infatti riconosciuto l'ultrattività della perdita di residenza nella convenzione nei Paesi Bassi a favore del Belgio, anche nei confronti di una convenzione sottoscritta con uno Stato terzo (le Antille Olandesi).

In questo caso, tuttavia, la tesi dell'ultrattività della "residenza convenzionale" è andata a svantaggio dell'amministrazione finanziaria atteso che nessuna ritenuta sui dividendi può essere applicata nei Paesi Bassi (Stato "perdente").

La dottrina si è interrogata se l'esistenza dell'articolo II del protocollo (volta a dare rilevanza anche alle disposizioni dei trattati ai fini della determinazione dello *status* di residente) sia stata determinante per la decisione della Corte Suprema. Secondo alcuni autori la risposta dovrebbe essere negativa, in considerazione del fatto che la decisione non sembra aver fatto in alcun modo riferimento all'espressione "accordi internazionali" contenuta nell'articolo II del Protocollo, né all'eventuale natura di accordo internazionale dell'accordo tra Paesi Bassi ed le Antille Olandesi.[545]

[545] Così S. DAMEN, Netherlands Supreme Court rules on the residence of dual resident companies under tax treaties with third countries, cit., p. 292. Concorde P. M. SMIT, treaty residence of a company in a triangular situation: decision of the Supreme Court of 28 February 2001, cit., p. 157.

Alla luce del contenuto argomentativo della sentenza e delle previsioni normative di riferimento, appare possibile sostenere che l'effetto degli "accordi internazionali" sulla norma interna ("*come modificata ed integrata dagli accordi internazionali*" cioè a dire dal Trattato tra i Paesi Bassi e le Antille Olandesi) abbia comportato la perdita della residenza fiscale della società nei Paesi Bassi; il richiamo alla norma interna, siccome modificata dagli accordi internazionali ha, infatti, avuto un impatto sull'applicazione della Convenzione tra i Paesi Bassi ed il Belgio, negando la residenza fiscale olandese alla società.

A parere di chi scrive, ciò sembra essere in contrasto con la tesi, sostenuta dalla Hoge Raad nella sentenza precedentemente commentata e dall'OCSE con le modifiche al Commentario del 2008. Invero, nella sentenza in commento la perdita della residenza olandese ai fini convenzionali è imposta dalla circostanza che essa deve, ai sensi dell'art. II del Protocollo della Convenzione tra i Paesi Bassi ed il Belgio, essere valutata avendo anche a riferimento le previsioni di altri trattati (*i.e.* l'Accordo tra Paesi Bassi e le Antille Olandesi). Di talché, laddove tale previsione non sussista, come accade nella maggior parte dei casi, non sembrerebbe possibile possibile negare la residenza convenzionale ad una società solo perché essa ha perso la residenza in relazione ad un'altra convenzione per evitare le doppie imposizioni. In assenza di disposizioni *ad hoc*, infatti, tale ultima convenzione non dovrebbe avere alcun effetto sia sulla norma interna dello Stato perdente sia sulle altre convenzioni dallo stesso sottoscritte.

Diversamente argomentando, se si volesse valorizzare la circostanza che la Hoge Raad non sembra aver fatto in alcun modo riferimento agli effetti determinati dall'articolo II del Protocollo della convenzione sottoscritta tra i Paesi Bassi e il Belgio, allora l'amministrazione finanziaria olandese, pur avendo perso in questa circostanza, ne uscirebbe rafforzata; essa, infatti, potrebbe legittimamente sostenere il diritto a negare il requisito della residenza ai fini convenzionali alle società costituite nei Paesi Bassi che sono tuttavia amministrate in un altro Stato, quando queste chiedano di beneficiare del trattato concluso dai Paesi Bassi con lo Stato della fonte del reddito, diverso dallo Stato in cui è ubicato la sede dell'amministrazione.

E' opportuno notare come sia con riferimento alla posizione espressa del Ministero delle finanze olandese del 1989 sia con quella adottata dall'IRS statunitense (nonché infine dall'OCSE con le modifiche al Commentario del 2008), le vicende riguardavano una società con doppia residenza che riceveva elementi di reddito ed

alla quale è stata preclusa la possibilità di avvalersi del trattato migliore tra lo Stato della fonte e ciascuno dei due Stati di residenza.

Ebbene è curioso notare come in entrambe le prese di posizione delle amministrazioni finanziarie olandesi e statunitensi, nessuna considerazione è stata svolta in merito all'applicazione del principio della perdita della residenza convenzionale nel caso opposto in cui la società che eroga il reddito sia *dual resident*. In tale caso, infatti, l'amministrazione finanziaria dello Stato "perdente" all'esito della *tie-breaker rule* perde anche la possibilità di tassare il reddito quale Stato della fonte per effetto dell'applicazione delle disposizioni dell'art. 7 (ovvero 21) del trattato sottoscritto tra lo Stato perdente e lo Stato di residenza del percettore del reddito. Tale esito, sebbene forse non gradito alle amministrazioni fiscali degli Stati perdenti, deve considerarsi pacifico e del tutto coerente con il sistema anche alla luce delle modifiche apportate al Commentario del 2008.

3.3 Rilievi critici alle modifiche al Commentario OCSE del 2008

Come già indicato in precedenza, nel 2008 l'OCSE ha modificato il Commentario all'art. 4, paragrafo 1, negando la residenza ai fini convenzionali (cioè a dire con riferimento a tutte le convenzioni per evitare le doppie imposizioni sottoscritte da un determinato Stato) a quelle "persone"[546] che, seppur residenti ai fini interni (e quindi anche convenzionali) in uno Stato, sono tuttavia considerati non residenti ai fini di una particolare convenzione sottoscritta da quello Stato.

Di fatto, l'OCSE ha aderito alle tesi già adottata dall'amministrazione fiscale americana e dalla suprema corte olandese dianzi riportate. Si tratta, ad evidenza, di una interpretazione restrittiva dettata da finalità anti-abuso che fa perno su una interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 1, secondo periodo del Modello OCSE che se, forse, compatibile con il tenore letterale della norma, di certo ne altera pregiudizialmente il senso, attribuendo ad essa una significato ed una funzione diversa rispetto a quella ad essa attribuito in sede di sua introduzione nel Modello OCSE del 1977.

A tal proposito e per meglio comprendere la reale portata della disposizione in questione, è opportuno illustrare il contenuto e le ragioni che hanno portato alla sua

[546] Come definite ai sensi dell'art. 3(1)(a) del Modello OCSE.

introduzione. Il primo periodo del primo paragrafo dell'articolo 4 chiarisce che "*ai* (soli, N.d.A) *fini dell'applicazione della convenzione il termine "residente di uno Stato contraente" significa ogni persona che, in base alla legislazione di quello Stato, è soggetta ad imposizione in ragione del suo domicilio, della sua residenza, del suo luogo di gestione o di qualsiasi altro criterio di natura similare, e inoltre include quello stato ed ogni sua suddivisione politica o autorità locale*" (traduzione dell'Autore).[547]

In particolare, attraverso l'ausilio del Commentario è chiaro che il primo periodo è rivolto a quelle "persone" che in base alla legislazione fiscale[548] di uno Stato contraente sono ivi soggette ad imposizione sul loro reddito mondiale[549] (ovvero sono soggette alla più ampia forma di imposizione prevista dalla legislazione fiscale di quello Stato[550]). Ciò significa che se in base alla legislazione fiscale di uno Stato contraente susistono differenti categorie di contribuenti e solo uno (o alcune di esse) sono soggette ad imposizione sul reddito mondiale (ovvero sono soggette alla più ampia forma di imposizione prevista dalla legislazione fiscale di quello Stato), solo queste potranno definirsi come "residenti" ai fini dell'articolo 4.

E' da notare come il paragrafo 1 dell'articolo 4 del Modello OCSE del 1963 non contiene alcun secondo periodo. Tuttavia, la questione era già in qualche modo trattata nel relativo commentario il quale affermava[551] che:

> *"An individual, however, is not to be considered a 'resident of a Contracting State' in the sense of the Convention if, although not domiciled in that State, he is considered as a resident according to national law and is only subject to a limited taxation on the income arising in that State."* (sottolineatura aggiunta).

Il secondo periodo del paragrafo 1 in questione è stato aggiunto nel Modello OCSE

---

[547] Il testo in lingua inglese recita come segue: "*For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof.*".

[548] In questo senso, il secondo periodo del paragrafo 8 del Commentario all'art. 4, paragrafo 1, fa chiaramente riferimento alle legislazione tributario dello Stato ("*The definition refers to the concept of residence adopted in the domestic laws (cf. Preliminary remarks.*").

[549] Cfr. paragrafo 8, quarto periodo del Commentario all'articolo 4.

[550] Cfr. paragrafo 8.3 del Commentario all'articolo 4.

[551] Paragrafo 10 del Commentario all'articolo 4.

del 1977 e contiene un'eccezione alla regola riportata nel primo periodo. Essa, infatti, recita come segue; "*questo termine* [il termine "residente", n.d.A.] *non include ogni persona che è soggetta ad imposizione in quello Stato solo con riferimento ad elementi di reddito (o di capitale) la cui fonte è in quello Stato*" (traduzione dell'Autore).[552] Pertanto, ai sensi del secondo periodo non sono considerati "residenti" ai fini della convenzione quelle "persone" che sono soggette ad imposizione in quello Stato solo con riferimento a redditi sorti in quello Stato.

Il Commentario del 1977 venne quindi aggiornato[553] e recitava come segue:

> *"It also covers cases where a person is deemed, according to the taxation laws of a State, to be a resident of that State and on account thereof is fully liable to tax therein (e.g. diplomats or other persons in government service). In accordance with the provisions of the second sentence of paragraph 1, however, a person is not to be considered a 'resident of a Contracting State' in the sense of the Convention if, although not domiciled in that State, he is considered to be a resident according to the domestic laws but is subject only to a taxation limited to the income from sources in that State or to capital situated in that State. That situation exists in some States in relation to individuals, e.g. in the case of foreign diplomatic and consular staff serving in their territory."*.

Nel corso delle modifiche apportate nel 2008, il paragrafo 8 è stato suddiviso in più paragrafi (da 8 a 8.3).

> *"8. Paragraph 1 provides a definition of the expression "resident of a Contracting State" for the purposes of the Convention. The definition refers to the concept of residence adopted in the domestic laws (cf. Preliminary remarks). As criteria for the taxation as a resident the definition mentions: domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature. As far as individuals are concerned, the definition aims at covering the various forms of personal attachment to a State which, in the domestic taxation laws, form the basis of a comprehensive taxation (full liability to tax). It also covers cases where a person is deemed, according to the taxation laws of a State, to be a resident of that State and on account thereof is fully liable to tax therein (e.g. diplomats or other persons in government service).*

---

[552] Il testo in lingua inglese recita come segue: "*This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein.*".

[553] Paragrafo 8 del Commentario all'articolo 4.

8.1 In accordance with the provisions of the second sentence of paragraph 1, however, a person is not to be considered a "resident of a Contracting State" in the sense of the Convention if, although not domiciled in that State, he is considered to be a resident according to the domestic laws but is subject only to a taxation limited to the income from sources in that State or to capital situated in that State. That situation exists in some States in relation to individuals, e.g. in the case of foreign diplomatic and consular staff serving in their territory.

8.2 According to its wording and spirit the second sentence also excludes from the definition of a resident of a Contracting State foreign held companies exempted from tax on their foreign income by privileges tailored to attract conduit companies. It also excludes companies and other persons who are not subject to comprehensive liability to tax in a Contracting State because these persons, whilst being residents of that State under that State's tax law, are considered to be residents of another State pursuant to a treaty between these two States. The exclusion of certain companies or other persons from the definition would not of course prevent Contracting States from exchanging information about their activities (cf. paragraph 2 of the Commentary on Article 26). Indeed States may feel it appropriate to develop spontaneous exchanges of information about persons who seek to obtain unintended treaty benefits.

8.3 The application of the second sentence, however, has inherent difficulties and limitations. It has to be interpreted in the light of its object and purpose, which is to exclude persons who are not subjected to comprehensive taxation (full liability to tax) in a State, because it might otherwise exclude from the scope of the Convention all residents of countries adopting a territorial principle in their taxation, a result which is clearly not intended.".

Dalla lettura dei Commentari del 1963 e del 1977 è chiaro che il contesto di riferimento è quello delle persone fisiche e che la preoccupazione che portò all'inserimento del periodo in questione fu quella di evitare che gli individui potessero avere accesso ai trattati sottoscritti da una Stato senza essere ivi soggetti alla forma più ampia di imposizione prevista in quello Stato.

Da tale contesto appare quindi difficile ipotizzare una questione di "*treaty shopping*", cioè a dire di una pratica intesa alla scelta della giurisdizione con un network di trattati migliore, alla quale si volle dare risposta attraverso l'inserimento del periodo in commento. Invero, trattandosi di una disposizione pensata per il personale diplomatico, non può certo dirsi che la scelta dello Stato di residenza "a tassazione limitata" (di cui appunto "sfruttare" il *network* di trattati) sia nella facoltà del

personale diplomatico il quale "subisce" il distacco e non ne è il *dominus*.

E' quindi di tutta evidenza che si tratta di una norma "di sistema" che si ricollega al contenuto del primo periodo volto a riconoscere la protezione del trattato solo quelle "persone" che sono soggette alla più ampia forma di imposizione nel proprio Stato di residenza. Soggezione che, come si avrà modo di illustrare *infra*, non pertiene al personale diplomatico distaccato all'esteso.

Per brevemente completare l'*excursus* torico del Commentario all'articolo 4, con le modifiche del 1992 si è dato conto del fenomeno delle cd. "*conduit companies*" e nel 2008 è stata, appunto, introdotta l'interpretazione antielusiva di cui si da conto e critica nel presente paragrafo.

Pertanto, è solo con le modifiche al Commentario del 1992 che, in via interpretativa, si è esteso il significato del secondo periodo aggiunto al Modello nel 1977.

Come ricordato, il Commentario[554] chiaramente spiega che tale disposizione è stata inserita per chiarire la posizione del personale diplomatico. Di talché, appare possibile affermare che, in assenza del secondo periodo in questione, le "persone" soggette ad imposizione in uno Stato contraente solo con riferimento a redditi sorti in quello Stato dovrebbero considerasi "residenti" ai fini della convenzione.

Corre, quindi, obbligo illustrare il contesto normativo internazionale di riferimento che inerisce alla imposizione fiscale del personale diplomatico distaccato all'estero. Il personale diplomatico dello Stato X che viene inviato nello Stato Y, mantiene in genere la residenza fiscale nel primo Stato (X) ed acquisisce anche la residenza fiscale del secondo Stato (Y). Infatti, seppur è vero che il personale diplomatico ai sensi dell'art. 34, lettera d)[555] della Convenzione di Vienna sulle relazioni

---

[554] Cfr. paragrafo 8.1, ultimo periodo, del Commentario all'articolo 4.

[555] L'art. 34 della Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche recita come segue:

"L'agente diplomatico è esente da ogni imposta e tassa personale o reale, nazionale, regionale o comunale, ma non:

a) dalle imposte indirette che ordinariamente sono incorporate nel prezzi delle merci e dei servizi;

b) dalle imposte e tasse sui beni immobili privati situati sul territorio dello Stato accreditatario, salvo che l'agente non li possegga per conto dello Stato accreditante, ai fini della missione;

c) dalle imposte di successione riscosse dallo Stato accreditatario, riservate le disposizioni dell'articolo 39 paragrafo 4;

diplomatiche, conclusa a Vienna il 18 aprile 1961[556], è "*esente da ogni imposta*", la lettera d) esclude l'esenzione da redditi che hanno la fonte in quello Stato[557].

Pertanto, stante il testo del primo periodo del primo paragrafo dell'articolo 4, il personale diplomatico avrebbe potuto qualificarsi come "residente" di tutti i trattati sottoscritti da entrambi gli Stati (X e Y). Al fine di eliminare tale vantaggio è stato quindi inserito il secondo periodo.

Come rilevato da autorevole dottrina[558] , il testo del secondo periodo contiene la parola "fonte" ("*source*") che è tutt'altro che comune all'intermo del Modello OCSE essendo utilizzata solo due volte: nell'articolo 4, paragrafo 1 e nell'articolo 20. Nondimeno, si ritiene che l'utilizzo di tale terminologia sia stretta conseguenza della previsione dell'articolo 34, lettera d) della citata Convenzione di Vienna il cui testo in lingua inglese[559] è leggermente difforme dalla traduzione proposta in lingua italiana e riporta esattamente la parola fonte ("*source*").

Pertanto, alla luce di quanto dianzi indicato, pare possibile affermare che la (unica) conseguenza del secondo periodo in commento sia quella di evitare che il personale diplomatico dello Stato X operante nello Stato Y possa acquisire la qualifica di "residente" ai fini delle convenzioni sottoscritte da quest'ultimo Stato.

Si badi che la disposizione del secondo periodo ha un effetto ben più ampio (quantomeno fino alle modifiche del 2008) della "*tie breaker rule*", contenuta all'articolo 4, paragrafi 2 e 3. Quest'ultima, infatti, si limita agli effetti della singola convenzione (nel caso di specie) tra lo Stato X e lo Stato Y, mentre il secondo

---

d) dalle imposte e tasse sui redditi privati la cui fonte trovasi nello Stato accreditata rio e dalle imposte sul capitale riscosse per investimenti in imprese commerciali situate nel detto Stato;

e) *dalle imposte e tasse riscosse in rimunerazione di particolari servizi resi.".*

f) *dalle tasse di registro, di cancelleria, d'ipoteca e di bollo per i beni immobili, riservate le disposizioni dell'articolo 23.".*

[556] Ratificata dall'Italia con L. 9-8-1967, n. 804.

[557] A tal proposito il testo in lingua inglese è più chiaro in quanto afferma che l'esenzione non è dovuta con riferimento a "[*d*]*ues and taxes on private income having its* <u>*source*</u> *in the receiving State and capital taxes on investments made in commercial undertakings in the receiving State*;" (sottolineatura ggiunta).

[558] KEES VAN RAAD, 2008 OECD Model: Operation and Effect of Article 4(1) in Dual Residence Issues under the Updated Commentary, in *Bullettin for International Taxation*, May/June 2009, p. 187.

[559] Vedi nota 557.

periodo ha un effetto assoluto nei confronti di ogni convenzioni sottoscritta da quest'ultimo Stato.

Chiariti i termini e le ragioni dell'inserimento del secondo periodo del primo paragrafo dell'articolo 4, è opportuno altresì ricordare che il Commentario del 1992 ha inserito una frase[560] in forza della quale "*in armonia con il testo e le finalità della norma, il secondo periodo esclude dalla definizione di "residente di uno Stato contraente" anche le società i cui soci sono non residenti e che sono soggette a regimi impositivi che esentano i redditi di fonte estera al fine di attrarre società conduit*" (traduzione dell'Autore).[561] Si tratta quindi di "persone" che sono soggette alle ordinarie forme di imposizione sui redditi di fonte interna ma che beneficiano di una esenzione limitatamente ai redditi di fonte estera; questo tipo di regime fiscale è di norma pensato dai legislatori nazionali per attrarre società estere che operano sull'estero.

Come già ricordato la modifica al Commentario del 2008 prevede che il secondo periodo in questione "*esclude anche* [dalla definizione di "residente di uno Stato contraente", n.d.A.] *società ed altre entità che non sono soggette ad una forma di tassazione sul reddito mondiale in uno Stato contraente poiché le stesse, sebbene residente in quello Stato contraente in base alla sua legge fiscale interna, sono considerate essere residenti di un altro Stato per effetto di un trattato tra questi [ultimi, n.d.A.] due Stati"* (traduzione dell'Autore).[562]

Le ragioni sottostanti a tale modifica debbono essere ricercate nella convinzione dell'OCSE che una società che è residente in uno Stato ai fini della normativa interno di quello Stato e che perde la residenza convenzionale (in quello Stato) per effetto di una convenzione sia soggetta ad imposizione (in quello Stato) solo con riferimento a redditi che hanno ivi fonte.

---

[560] Attualmente riportata al paragrafo 8.2 del Commentario all'articolo 4.

[561] Il testo in lingua inglese recita come segue: *"According to its wording and spirit the second sentence also excludes from the definition of a resident of a Contracting State foreign held companies exempted from tax on their foreign income by privileges tailored to attract conduit companies."*.

[562] Il testo in lingua inglese recita come segue: *"It also excludes companies and other persons who are not subject to comprehensive liability to tax in a Contracting State because these persons, whilst being residents of that State under that State's tax law, are considered to be residents of another State pursuant to a treaty between these two States"*.

Sul piano dell'interpretazione dei trattati, la recente modifica OCSE può essere contrastata in base a plurime linee argomentative.

La prima[563], inerisce all'imprecisione concettuale di "fonte" a cui fa riferimento il Commentario OCSE e sul cui concetto si appoggiano le argomentazioni di natura letterale a supporto della modifica del 2008. A tal proposito, si vedrà in seguito come tale concetto possa avere una pluralità di significati; appare quindi quantomeno singolare che l'OCSE appoggi la propria tesi su un'interpretazione (letterale) della norma che fa perno proprio sul concetto di "fonte" ("*source*"), senza tuttavia sentire l'esigenza di cimentarsi in una qualche forma di sua elaborazione; l'effetto è quindi quello di indebolire tale tesi.

Inoltre, la scarsa consistenza delle (altrettanto esigue) motivazioni addotte dall'OCSE quale giustificazione del proprio cambio di interpretazione rafforza, a parere di chi scrive, la tesi che si sia semplicemente cercato di trovare una (apparente) giustificazione, con argomentazioni di carattere teleologico, ad una decisione che è in realtà affonda la propria genesi esclusivamente in ragioni di prevenzione di forme di elusione fiscale internazionale fondate sulle "*dual resident company*".

A tal proposito, pare utile analizzare il seppur ridotto materiale a disposizione reso pubblico dall'OCSE che ha portato alla modifica del 2008. Nel *discussion draft* che descrive e spiega (*sic !*) le successive modifiche al Commentario del 2008[564], l'OCSE afferma quanto segue:

> *"A person, such as an individual or company, who is resident of two Contracting States under each State's domestic tax laws is considered to be resident of only one of these States (the "winning State") under paragraphs 2or 3 of Article 4 (the "tie-breaker" rule) of the treaty between these two States. The changes below are primarily intended to clarify that this will affect the status of "resident" of that person for purposes of treaties that the other State (the "losing State") may have concluded with third States since the effect of the treaty between the winning State and the losing State will be that the person will not be subject to the most comprehensive liability to tax in the losing State.".*

Tale proposta, venne fortemente contrastata dal BIAC ("*Business and Industry*

---

[563] Sostenuta da VAN RAAD, OECD Model: Operation and Effect of Article 4(1) in Dual Residence Issues under the Updated Commentary, op. cit., nota 559.

[564] Il documento si intitola "*Draft Contents Of The 2008 Update To The Model Tax Convention 21 April To 31 May 2008*".

Advisory Committee to the OECD") il quale ebbe modo di affermare quanto segue[565]:

> "*BIAC strongly disagrees with the new interpretation which goes far beyond the wording of Article 4, paragraph 1, second sentence. In that sentence and in the existing Commentary (paragraph 8) it is clearly mentioned that a person is not to be considered a resident of a Contracting State in the sense of the Convention if, although not domiciled in that State, it is considered to be a resident according to domestic laws, but is subject only to a taxation limited to income from sources in that State or capital situated in that State. The proposed new Commentary goes much further. The existing Commentary already assumed in paragraph 8 – under the wording and the so-called "spirit" of the Convention – that foreign-held companies exempt from tax on their foreign income by privileges tailored to attract conduit companies should be excluded. The existing Commentary then cautions, however: "The application of the second sentence has inherent difficulties and limitations." And it continues: "Thus it has to be interpreted restrictively." In the proposed draft commentary (paragraph 8.3) this sentence is simply deleted and replaced by the clear statement; "It has to be interpreted in the light of its object and purpose, which is to exclude persons who are not subjected to the most comprehensive liability to tax generally imposed in that State." This is an example where a provision in the Model Convention is given a new interpretation that is in not covered by the wording of the article itself. BIAC is of the clear opinion that this goes far beyond the role that the Commentary should play, namely to explain and interpret the provisions of the Model. The Commentary should therefore not be amended in this way*" (sottolineatura aggiunta).

A queste obiezioni l'OCSE rispose[566] tenendo il punto e giustificando la propria impostazione adducendo motivazioni di carattere teleologico:

> "*BIAC also expressed concerns about the new paragraphs 8.2 and 8.3 of the Commentary on Article 4, which deals with the case of a person who is a resident of a State under that State's domestic law but is not a resident of that State for the purposes of one of its treaties. Whilst BIAC suggests that the interpretation given in paragraph 8.3 is not in accordance with the wording of the Article itself, the Committee believes that the statement according to which the last sentence of paragraph 1 of Article 4 "has to be interpreted in the light of its*

---

[565] Vedasi il documento "*BIAC comments on the ECD Public Discussion Draft: Draft Comments of the 2008 Update to the OECD Model Convention, 31 may 2008*".

[566] Vedasi il documento "*Response Of The Committee On Fiscal Affairs To The Comments Received On The April Discussion Draft On The 2008 Update To The Model Tax Convention*" del 18 luglio 2008.

> *object and purpose, which is to exclude persons who are not subjected to the most comprehensive liability to tax generally imposed in a State" is a correct legal interpretation when read in the context of existing paragraph 8 of the Commentary. It decided, however, that the phrase "subjected to the most comprehensive liability to tax generally imposed in a State" in paragraph 8.3 of the Commentary should be replaced by "subjected to comprehensive taxation (full liability to tax) in a State" as this formulation is the one already used in paragraph 8 of the Commentary."* (sottolineatura aggiunta)

A parere di chi scrive, dalla lettura in controluce dei passaggi dianzi riportati, unitamente alla "ricostruzione storica" del secondo periodo analizzata in precedenza, appare, si perdoni l'ossimoro, "implicitamente chiara" la volontà dell'OCSE di colpire fenomeni elusivi cercando però di fondare la propria tesi su una evidenza di carattere letterale (il concetto di "fonte" di cui si parlerà a breve). Tuttavia non sapendo l'OCSE come difendere ed argomentare la propria volontà, pensa di trovare una (apparente) giustificazione in non meglio precisate ragioni di carattere sistematico relative al "contesto" delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

Con riferimento alla giustificazione (apparente) rinvenibile nella parola "fonte" ("*source*"), è opportuno osservare che tale termine non è definito all'interno della convenzione; pertanto, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, della stessa esso deve essere interpretato in coerenza con il significato (ad esso) attribuito dalla legge interna dello Stato contraente chiamato ad applicare il trattato, a meno che il "contesto" non richieda una interpretazione differente.

In base alla legislazione di molti Stati, la parola "fonte" non ha un autonomo significato dal punto di vista tributario. In tali circostanze, tale termine, inserito nella convenzione, dovrebbe essere interpretato in base all'articolo 31, primo paragrafo, della Convenzione di Vienna sulla Legge dei Trattati, la quale prevede che al termine debba essere attribuito il suo "significato comune" avuto riferimento al loro contesto ed alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato.

Ebbene, in base alla lingua italiana, eliminando quei significati che sono palesemente estranei al contesto, il significato della parola "fonte" può essere identificato come "ciò da cui proviene qualcosa" oppure "punto di origine", entrambi connotati dalla dimensione geografica del significato (*significato comune*). Avendo riguardo al contesto delle convenzioni contro le doppie imposizioni nonché al loro oggetto e finalità, la parola "fonte" è normalmente associata alle regole che allocano le potestà impositive degli Stati contraenti e, significativamente, all' "altro Stato" (*i.e.* lo Stato

diverso dallo Stato di residenza della "persona" che consegue il reddito) cioè a dire allo Stato che "può tassare" ("*may tax*") il singolo elemento di reddito (*significato convenzionale*). Inoltre, in base alle leggi tributarie interne, il termine fonte è associato sia alla tassazione in capo ai non residenti che è limitata ai redditi di fonte interna (*primo significato interno*) sia alla concessione, a favore dei soggetti residenti, dei benefici per evitare la doppia imposizione in relazione ai redditi di fonte estera (*secondo significato interno*).

Come indicato in precedenza è assai verosimile che l'uso del termine "fonte" ("*source*") nell'ambito del secondo periodo del primo paragrafo dell'articolo 4 sia correlato all'analogo termine ("*source*") utilizzato nella Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche. Molti Stati aderenti hanno quindi introdotto nella propria legislazione interna previsioni volte ad esentare da imposizioni il personale diplomatico con riferimento a redditi diversi da quelli di "fonte" interna. Così operando, gli Stati hanno quindi applicato il *primo significato interno* della parola "fonte" descritto in precedenza.

Nondimeno, sia il (*primo e secondo*) *significato interno* sia il *significato convenzionale* della parola "fonte" hanno un ambito di applicazione più ampio del *significato comune* (che come accennato ha una sua ben precisa dimensione geografica). Invero, l'imposizione prelevata dallo Stato di ubicazione della stabile organizzazione è (sulla base del *significato interno* e del *significato convenzionale*) una tassazione alla fonte tuttavia i redditi tassati non sono solo quelli aventi la fonte in quello Stato (*significato comune*).[567]

Per rendere la questione ancora più complessa, va ricordato che la prassi prevede che le disposizioni dell'articolo 34 della Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche siano interpretate in base alla legislazione interna degli Stati aderenti; pertanto il significato di riferimento dovrebbe quindi essere quelle definito come

[567] Ad esempio, interessi e dividendi "percepiti" dalla stabile organizzazione e corrisposti da non residenti sono soggetti ad imposizione in capo alla stabile pur non essendo redditi di fonte dello stesso Stato di ubicazione della stessa. Un altro esempio è rappresentato dai redditi rivenienti dalle attività di trasporto marittimo ed aereo internazionale *ex* art. 8 del Modello OCSE che sono soggetti ad imposizione solo nello Stato di ubicazione del *place of effective management* dell'impresa di trasporto; anche in questo caso, infatti, i redditi assoggettati ad imposizione sono quelli ovunque prodotti nel mondo dall'impresa di trasporto, con una dimensione geografica quindi ben maggiore di quelle limitata allo Stato di ubicazione del *place of effective management* dell'impresa di trasporto (anzi proprio per norma si deve trattare di trasporti internazionali).

"*primo significato interno*".[568] Tuttavia, in base alle modifiche al Commentario del 2008, è altresì evidente che il significato della parola "fonte" a cui l'OCSE ha fatto riferimento per giustificare li proprio cambio di interpretazione sia il *significato convenzionale* e non il "*primo significato interno*".

Da un punto di vista teorico, ci si deve chiedere quale tra i due significati sia quello più corretto, e quindi prevalente, avendo a riferimento la Convenzione di Vienna sulla Legge dei Trattati. Ragionevolmente, si dovrebbe concludere per la prevalenza del "*primo significato interno*" rispetto a quello "*convenzionale*". Infatti, come ricordato, l'articolo 34 della Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche impone che le sue disposizioni siano interpretate in base alla legislazione interna degli Stati aderenti (*i.e.* il "*primo significato interno*") ed il Commentario all'articolo 4 modificato nel 1977 fa esplicito riferimento alla posizione del personale diplomatico, di talché, si dovrebbe poter concludere che il "*primo significato interno*" sia quello rilevante. Diversamente, si potrebbe concludere che, stante il chiaro riferimento alla situazione del personale diplomatico fatta dall'OCSE[569], il termine "fonte" ("*source*") menzionato nel secondo periodo possegga il "*primo significato interno*" ancorché esso sia inserito all'interno di una convenzione per evitare le doppie imposizioni. In ogni caso, l'analisi sin qui svolta porta a concludere a favore della erroneità della tesi dell'OCSE che, come già affermato, appare essere una tesi volutamente (e necessariamente) fondata su una interpretazione di natura letterale (forse anche suadente in prima approssimazione), volutamente propugnata per celare la reale volontà di combattere forme di elusione fiscale internazionale che però avrebbero trovato maggiore difficoltà di essere accolte alla luce della previsione in commento e del relativo retroterra storico e legale che ha portato alla sua introduzione nel Modello del 1977.

Sempre con riferimento al termine "fonte" ("*source*") esiste un altro profilo di critica in base al quale le motivazioni opposte dall'OCSE nel *discussion draft* del 2008 non appaiono del tutto convincenti. La tesi dell'OCSE, infatti, sembra forzare (in modo implicito) il significato da attribuire al "secondo periodo" in commento il cui

---

[568] In questo senso, VAN RAAD, OECD Model: Operation and Effect of Article 4(1) in Dual Residence Issues under the Updated Commentary, op. cit., nota 559.

[569] Il riferimento al personale diplomatico lo si ritrova sia in sede di inserimento del secondo periodo (nel 1977) sia in sede di relativo Commentario (a partire dal quello del 1977 fino a quello odierno).

contenuto richiama l'imposizione "*in respect only of income from sources in that State*". Ebbene, nel caso di una società che ha la doppia residenza è assai probabile che la sua presenza nello Stato "perdente" si qualificherà come stabile organizzazione ai sensi dell'articolo 5 della convenzione in essere tra lo Stato "perdente" e lo Stato "vincente". In tale circostanza, lo Stato "perdente" (che è anche lo Stato della fonte in quanto Stato di ubicazione della stabile organizzazione) avrà, nei rapporti tra i due Stati, il primario diritto di imposizione su tutti gli elementi di reddito che sono ad essa connessi quale che sia la loro fonte (ad esempio, interessi o *royalties* pagate da uno Stato terzo ma inerenti a rapporti di credito o a proprietà intellettuali economicamente – e fiscalmente – connesse alla stabile organizzazione). E' quindi questa la interpretazione del concetto di "fonte" ("*source*") che implicitamente assume l'OCSE come rilevante per sostenere la propria interpretazione letterale.

Tuttavia, nella prospettiva della società *dual resident* gli elementi di reddito in commento (gli interessi ed le *royalties* citate) hanno anche un'altra fonte che è lo Stato di residenza della società che li corrisponde[570].

Nondimeno volendo l'OCSE necessariamente inquadrare la fattispecie delle società *dual resident* negli stretti confini del "secondo periodo" in questione, implicitamente disconosce la "fonte" ("*source*") nello Stato terzo considerandola apparentemente sussunta nella "fonte" ("*source*") rappresentata dalla stabile organizzazione ubicata nel territorio dello Stato "perdente". Così operando ed altresì trascurando le ragioni storiche e legali che hanno portato all'inserimento del "secondo periodo " in questione, l'OCSE sembrerebbe aver cercato di giustificare la propria interpretazione "innovativa" del 2008.

Tuttavia, come indicato, nessuna traccia esiste di tale linea di ragionamento da parte dell'OCSE, con la conseguenza che la ricostruzione dianzi riportata è solo una ipotesi dottrinale[571] volta a cercare di trovare una possibile giustificazione a tale innovazione, il cui merito peraltro non appare condiviso dalla medesima dottrina che la ha

---

[570] Si prescinde, per semplicità, dalla fattispecie di interesse "sorto" nello Stato di ubicazione della stabile organizzazione di società residente in un quarto Stato (ipotesi in cui – in assenza dell'interpretazione del 2008 - troverebbe applicazione l'articolo 11, paragrafo 5, secondo periodo della convenzione in essere tra lo Stato di residenza della società "perdente" e Stato di ubicazione della stabile organizzazione).

[571] Sostenuta da RICHARD VANN, "Liable to tax and company residence under tax treaties", *op cit.*, p. 253.

proposta.

Ebbene, avuto riguardo, da una parte, alla sostanziale assenza di argomentazioni proposte dall'OCSE a difesa della propria tesi e, dall'altra, ai profili di criticità che possono essere mossi alle sue possibili ricostruzioni tecniche, emerge in modo sempre più deciso la precarietà di tale interpretazione.

La percezione che si ha è che nell'ambito della sempre maggiore pressione contro il fenomeno della elusione internazionale, l'OCSE abbia ritenuto possibile giustificare una propria decisone di *tax policy* (quindi sganciata dal tenore letterale della norma), caricando di significato una frase (il "secondo periodo") che presenta delle, seppur ridotte, aree di ambiguità letterali, nelle pieghe delle quali poter far rinvenire una qualche giustificazione apparente alle proprie tesi.

Inoltre, in aggiunta alla suindicate critiche all'interpretazione "innovativa" proposta dall'OCSE, è mia opinione che un altro profilo di contestazione possa trovare fondamento sull'*incipit* del primo paragrafo dell'articolo 4 del Modello OCSE; tale paragrafo recita come segue "[*a*]*i fini della presente convenzione, l'espressione "residente di uno stato contraente" significa….*" (traduzione dell'Autore).[572] E' quindi evidente come il secondo periodo si richiami esplicitamente al periodo precedente in quanto esso inizia con le parole "[*t*]*uttavia, tale espressione* (*i.e.* "residente di uno stato contraente", n.d.A.) ……". Di talché, anche il secondo periodo è retto dall'*incipit* "[*a*]*i fini della presente convenzione"*. Se quanto detto è vero, allora non appare possibile interpretare il primo ed il secondo periodo (che riguardano esclusivamente una specifica convenzione) come norme dotate di (una sorta di) ultrattività, atta ad influenzare anche l'interpretazione e per ciò stesso l'applicazione di convenzioni per evitare le doppie imposizioni diverse da quella a cui si riferisce l'articolo 4, paragrafo 1 della specifica convenzione oggetto di applicazione.

Infine, vi è a parere di chi scrive[573] un'altra critica all'interpretazione del 2008 che si fonda sulla stretta connessione tra "primo" e "secondo periodo" e sulla dipendenza di quest'ultimo dal primo. Si è visto in precedenza come nel "primo periodo" il riferimento alle leggi fiscali sia da intendersi in via esclusiva alle leggi interne dello

---

[572] Il testo in lingua inglese recita come segue: *"For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means…."* (sottolineatura aggiunta).

[573] In senso conforme, cfr. RICHARD VANN, *op. cit.*, p. 253.

Stato contraente di cui la “persona” è residente. Ebbene, non si comprende per quale ragione tale riferimento non debba essere rilevante anche nel “secondo periodo” laddove invece esso viene interpretato dall’OCSE avendo a riferimento non solo la legge interna di quello Stato ma anche tutti i trattati indiscriminatamente da esso sottoscritti.

In conclusione, per le ragioni dianzi riportate non si ritengono condivisibili che le modifiche asseritamente interpretative del 2008.

Nondimeno, quand’anche si volesse condividere o comunque considerare vincolante l’interpretazione OCSE, richiamando in questa sede quanto detto in precedenza in merito al valore ermeneutico del Commentario, ci si dovrebbe ulteriormente domandare se tali modifiche abbiano una portata “interpretativa” ovvero “innovativa”.

A tal proposito, si dovrebbe addivenire alla conclusione che tale interpretazione ha un portata “innovativa” con la conseguenza che essa sarà verosimilmente applicabile solo con riferimento alle convenzioni contro le doppie imposizioni negoziate successivamente al luglio 2008.

CAPITOLO VII: LE CONVENZIONI CONCLUSE DALL'ITALIA E LA RISOLUZIONE DI ALCUNI PROBLEMI SPECIFICI

1. L'ANALISI DELLE CONVENZIONI CONCLUSE DALL'ITALIA

Le convenzioni per evitare le doppie imposizioni concluse dall'Italia, con riferimento alla nozione alla residenza delle società, sono sostanzialmente coerenti con il Modello OCSE.

Analoghe conclusioni possono essere fatte con riferimento alla *tie-breaker rule* che determina la residenza convenzionale delle società *dual resident*. In alcuni casi, tuttavia, sono state adottate soluzioni divergenti rispetto al Modello che sono di seguito evidenziate.

Nel caso della convenzione con la Cina[574], vi è una peculiare formulazione che rischia di rendere inutile la disposizione medesima. Invero, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, in caso di doppia residenza la "persona" sarà considerata residente dello Stato contraente nel quale esa ha la sua "sede centrale" ovvero la sede della sua "direzione effettiva". Non si capisce pertanto come deve essere interpretata questa norma. Infatti, se il concetto di sede centrale e di sede di direzione effettiva coincidono allora non si comprende per quale ragione esse siano state indicate in modo separato. Diversamente, se esse sottengono concetti diversi vi è il richio che la funzione di *tie-breaker* attribuita alla norma in commento non possa essere assolta qualora le due sedi fossero ubicate una ciascuna negli Stati contraenti. In tale caso, probabilmente soccorrerebbe la procedura amichevole, con riferimento alla quale tuttavia risulta assente alcuun obbligo di risultato.

Al dil à della peculiarità della convenzione con la Cina, un primo gruppo di convenzioni prescinde totalmente dall'adottare una vera e propria *tie-breaker rule*, preferendo ricorrere direttamente ad una procedura amichevole tra gli Stati che determini la residenza della società, avuto riguardo al suo luogo di costituzione, al luogo in cui risulta ubicata la sua sede di direzione effettiva e ad ogni altro criterio

[574] Convenzione firmata a Pechino il 31 ottobre 1986 e ratificata con legge n. 376 del 31 ottobre 1989. In vigore dal 13 dicembre 1990. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "*Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti, si ritiene che essa è residente dello Stato in cui si trova la sua* <u>*sede centrale*</u> *o la sede della sua direzione effettiva.*" (sottolineatura aggiunta).

pertinente.

Tra questo gruppo, si rileva come i trattati con gli Stati Uniti[575], la Bielorussia[576], il Giappone[577], la Thailandia[578] non disciplinano le conseguenze di un mancato accordo tra gli Stati (con ciò lasciando di fatto irrisolto il conflitto); diversamente, le convenzioni con il Canada[579], la Lituania[580], la Lettonia[581] e con l'Estonia[582]

---

[575] Conclusa a Roma il 17 aprile 1984. Ratificata con Legge dell'11 dicembre 1985, n. 763 ed entrata in vigore il 30 dicembre 1985. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "*Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica o da una società è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le competenti Autorità degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere la questione di comune accordo e per determinare le modalità di applicazione della Convenzione nei confronti di tale persona*.".

[576] Convezione firmata a Minsk l'11 agosto 2005 e ratificata con legge n. 74 del 29 maggio 2009. In vigore dal 30 novembre 2009. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "*Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti risolvono la questione di comune accordo*.".

[577] Conclusa Convenzione firmata a Tokyo il 20 marzo 1969 e ratificata con legge n. 855 del 18 dicembre 1972. In vigore dal 17 marzo 1973. Si veda l'articolo 4, paragrafo 2: "*Quando in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona è residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti determineranno di comune accordo lo Stato contraente di cui detta persona dovrà essere considerata residente ai fini della presente Convenzione.*".

[578] Conclusa a Bangkok il 22 dicembre 1977. Ratificata con Legge 2 aprile 1980, n. 202 ed entrata in vigore il 31 maggio 1980. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "*Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti risolvono la questione di comune accordo*.".

[579] Convenzione conclusa a Ottawa il 3 giugno 2002. Ratificata con Legge 24 marzo 2011, n. 42 ed entrata in vigore il 15 aprile 2011. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "*Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere la questione di comune accordo con particolare riguardo alla sede della sua direzione effettiva, al luogo in cui essa è stata costituita o creata e ad ogni altro elemento pertinente. In mancanza di tale accordo, la detta persona non ha diritto a rivendicare alcuno sgravio o esenzione dalle imposta previsto dalla Convenzione*."

[580] Conclusa a Vilnius il 4 aprile 1996. Ratificata con Legge 9 febbraio 1999, n. 31 ed entrata in vigore il 3 giugno 1999. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "*Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere la questione di comune accordo con particolare riguardo alla sede di sua direzione effettiva, al luogo in cui è stata costituita o altrimenti creata e ad ogni altro elemento pertinente e per determinare le modalità di applicazione della Convenzione a tale persona. In mancanza di tale accordo, detta persona non è considerata residente di alcuno degli Stati contraenti ai fini dell'applicazione degli articoli da 6 a 24 incluso e dell'articolo 26*.".

[581] Convenzione firmata a Riga il 21 maggio 1997 e ratificata con legge n. 73del 18 marzo 2008. In vigore dal 16 giugno 2008. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "*Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere*

stabiliscono espressamente che, in assenza di un accordo tra gli Stati contraenti, la società non potrà affatto beneficiare del trattato.

Come abbiamo già avuto modo di notare al paragrafo 8 del precedente Capitolo V, la locuzione finale, in base alla quale, in assenza di accordo tra gli Stati contraenti, la società non potrà avere accesso ai benefici del trattato risulta indubbiamente utile a favorire il raggiungimento di una amichevole composizione del conflitto di residenza.

Il ricorso alle procedure amichevoli è altresì previsto anche dalla convenzione con la Corea del Sud[583] nella ipotesi in cui sussistano dubbi in merito all'applicazione del criterio della sede effettiva. In questo caso la previsione della possibilità di accedere alla procedura amichevole sembra pleonastica, in quanto il trattato prevede già (all'art. 25) la possibilità di ricorrere alla procedura amichevole in tutti i casi in cui "*una persona ritiene che le misure adottate da uno o da entrambi gli Stati contraenti comportano o comporteranno per lui un'imposizione non conforme alla presente Convenzione*".

Una formulazione analoga è presente nella convenzione con le Filippine[584] la quale

---

la questione di comune accordo con particolare riguardo alla sede di sua direzione effettiva, al luogo in cui è stata costituita o altrimenti creata e ad ogni altro elemento pertinente e per determinare le modalità di applicazione della Convenzione a tale persona. In mancanza di tale accordo, detta persona non è considerata residente di alcuno degli Stati contraenti ai fini dell'applicazione degli articoli da 6 a 24 incluso e dell'articolo 26.".

[582] Convenzione conclusa a Tallinn il 20 marzo 1997. Ratificata con Legge 19 ottobre 1999, n. 427 ed entrata in vigore il 22 febbraio 2000. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "*Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere la questione di comune accordo con particolare riguardo alla sede (di) sua direzione effettiva, al luogo in cui è stata costituita o altrimenti creata e ad ogni altro elemento pertinente per determinare le modalità di applicazione della Convenzione a tale persona. In mancanza di tale accordo, detta persona non è considerata residente di alcuno degli Stati contraenti ai fini dell'applicazione degli articoli da 6 a 22 incluso e dell'articolo 24.*".

[583] Convenzione conclusa a Seul il 10 gennaio 1989. Ratificata con Legge 10 febbraio 1992, n. 199 e entrata in vigore il 14 luglio 1992. Cfr. articolo 4, paragrafo 3: "*Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, si ritiene che essa è residente dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva. In caso di dubbio, le Autorità competenti degli Stati contraenti regoleranno la questione di comune accordo.*".

[584] Convenzione conclusa a Roma il 5 dicembre 1980. Ratificata con Legge 28 agosto 1989, n. 312 ed entrata in vigore il 15 giugno 1990. Cfr. articolo 4, paragrafo 3: "*Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, si ritiene che essa è residente dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva. Se la sede della direzione effettiva non può essere determinata, le autorità competenti degli Stati contraenti risolvono la questione di comune accordo.*

espressamente prevede il ricorso all'accordo tra gli Stati nell'ipotesi in cui il criterio della sede di direzione effettiva non conduca alla soluzione del conflitto di residenza.

Il trattato con l'Irlanda[585], invero piuttosto datata, non prevede alcuna *tie-breaker rule*, di guisa che il conflitto di residenza, in assenza di una spontanea composizione tra gli Stati non sarà eliminabile.

Particolarmente originale è, invece, la convenzione con la Turchia[586] che, pur adottando il criterio della sede di direzione effettiva, contempla la possibilità che quest'ultima non coincida con una non meglio precisata "sede centrale". In tal caso gli Stati contraenti dovranno accordarsi su quale delle due sedi determini la residenza ai fini convenzionali della società. A tal proposito, si rimanda alle osservazioni formulate nel merito della convenzione sottoscritta con la Cina.

2. LA RELAZIONE TRA IL CONCETTO DI "*PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT*" ED I CRITERI DI RESIDENZA PREVISTI DALL'ARTICOLO 73 TUIR

Una volta esaminate le caratteristiche del "*place of effective management*", si tratta di verificare il suo rapporto con i criteri previsti dall'ordinamento italiano ai fini dell'individuazione della residenza delle società.

Nel merito, si prescinde, ad evidenza, dal criterio della sede legale che ha carattere prettamente formale ed è quindi palesemente estraneo a qualunque caratteristica di gestione effettiva della società. Pertanto, risulta necessario analizzare se e in che misura i criteri della sede dell'amministrazione e dell'oggetto principale possano avvicinarsi al criterio del "*place of effective management*".

In dottrina c'è chi ha affermato che il "*place of effective management*" deve considerarsi scisso nei due criteri della sede amministrativa e dell'oggetto

---

[585] Convenzione conclusa a Dublino 11 giugno 1971. Ratificata con Legge 9 ottobre1974, n. 583 ed entrata in vigore il 14 febbraio 1975.

[586] Conclusa ad Ankara 27 luglio 1990. Ratificata con Legge 7 giugno 1993, n.195 ed entrata in vigore il primo dicembre 1993. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "*Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, si ritiene che essa è residente dello Stato contraente in cui si trova la sede della sua direzione effettiva. Tuttavia, quando detta persona ha la sede della sua direzione effettiva in uno Stato e la sua sede centrale nell'altro Stato, le autorità competenti degli Stati contraenti si consultano per determinare di comune accordo se la sede centrale di detta persona possa essere considerata o meno come la vera sede di direzione effettiva*."

principale.[587]

Chi scrive non concorda con questa tesi. Il *"place of effective management"* è un criterio di natura fattuale (come la sede dell'amministrazione e l'oggetto principale) che tuttavia non ha nulla a che fare né con l'oggetto della società né con il luogo dove viene abitualmente esercitata l'attività d'impresa[588] (che tendenzialmente coincide con il luogo dove si trova l'oggetto principale).

Il *"place of effective management"* inerisce al luogo dove vengono assunte le decisioni più importanti nella gestione della società (si badi, non dell'impresa) intesa nel suo insieme; tale attività decisoria può facilmente avvenire anche in un luogo diverso da quello in cui si trova l'oggetto principale della società. Basti pensare al caso di scuola della società residente all'estero che possiede un immobile sito in Italia; si è visto in precedenza come l'amministrazione (erroneamente) ritenga che in tal caso l'oggetto principale sia ubicato in Italia.

Ebbene, con riferimento a tale fattispecie limite, si supponga che l'attività di gestione della società (consistente nella locazione dei vari appartamenti facenti parte dell'immobile nonché nell'assunzione di decisioni in merito alla locazione, cessione o acquisto di unità immobiliari) sia svolta integralmente all'estero.

Sarebbe, in tal caso, molto difficile, sostenere che il "*place of effective management"* si trovi in Italia. Tale conclusione dovrebbe essere supportata sia dai criteri elaborati dall'OCSE, sia dalla nozione "autonoma" di "*place of effective management*" che si è cercato in precedenza di enucleare a partire dalla giurisprudenza di *common law* e dalle legislazioni di *civil law* (tra cui rientra l'Italia con il suo criterio della sede dell'amministrazione).

Al limite si potrà affermare che la società immobiliare ha in Italia una stabile organizzazione se l'attività di gestione e locazione degli immobili viene svolta in Italia da soggetti alle dipendenza della società estera.[589]

---

[587] Si veda A. MANZITTI, op. cit., p. 179.

[588] Per tale intendendosi l'attività economica organizzata al fine della produzione di beni e servizi (art. 2082 codice civile).

[589] Con riferimento alla (in)sussistenza dei presupposti per la ricorrenza di una stabile organizzazione in caso di società estera con immobili in Italia, si veda A. MANZITTI, Possesso di immobili in Italia da parte di società non residenti e "stabile organizzazione, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1989, II, p. 18.

L'Italia, tuttavia, non sembra orientata a rinunciare a far valere, anche in sede convenzionale, la sussistenza dell'oggetto principale in Italia, come criterio rilevante ai fini della determinazione del luogo dove si trova il "*place of effective management*".

Come ricordato, infatti, l'Italia ha presentato un'osservazione[590] rispetto ai nuovi paragrafi 24 e 24.1[591] del Commentario all'art. 4, affermando di non condividere la tesi fatta propria dall'OCSE secondo cui, tendenzialmente, il "*place of effective management*" coincide con il luogo dove sono assunte le decisioni fondamentali per la società (quello che secondo i criteri italiani sarebbe la "sede dell'amministrazione"), in quanto esso potrebbe anche ravvisarsi nel luogo in cui la società svolge la sua attività principale:

> *"As regards paragraphs 24 and 24.1, Italy holds the view that the place where themain and substantial activity of the entity is carried on is also to be taken into account when determining the place of effective management of a person other than an individual."*

Come noto e già osservato, le "osservazioni" presentate dagli Stati OCSE al Commentario sono funzionali ad esprimere una divergenza di interpretazione di un determinato Stato rispetto all'interpretazione sostenuta dal Commentario, ferma restando la piena adesione al contenuto del Modello.[592]

In questo senso l'osservazione avanzata dall'Italia in merito al concetto di *place of*

---

[590] Cfr. Commentario all'art. 4 del modello OCSE, paragrafo 25 (Osservazioni). Sul significato delle osservazioni al Commentario si veda G. MAISTO, The observations on the OECD Commentaries in the interpretation of tax treaties, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, p. 14.

[591] Tale paragrafo è stato inserito a seguito delle modicihe al Commentario all'articolo 4 adottate nel 2008. Prima di tale modifica, il paragrafo 24 conteneva l'osservazione italiana e recitava come segue: "*Italy does not adhere to the interpretation given in paragraph 24 above concerning "the most senior person or group of persons (for example, a board of directors)" as the sole criterion to identify the place of effective management of an entity. In its opinion the place where the main and substantial activity of the entity is carried on is also to be taken into account when determining the place of effective management.*".

[592] Cfr. paragrafo 30 dell'Introduzione al Modello OCSE: "*Observations on the Commentaries have sometimes been inserted at the request of Member countries that are unable to concur in the interpretation given in the Commentary on the Article concerned. These observations thus do not express any disagreement with the text of the Convention, but usefully indicate the way in which those countries will apply the provisions of the Article in question. Since the observations are related to the interpretations of the Articles given in the Commentaries, no observation is needed to indicate a country's wish to modify the wording of an alternative or additional provision that the Commentaries allow countries to include in their bilateral conventions*.".

effective management appare del tutto ingiustificata, non coerente con la propria normativa interna ed altresì atta a rendere del tutto inefficace (e per ciò stesso, inutile) la *tie breaker rule*.

Con riferimento alla non giustificazione di tale "osservazione", corre obbligo ricordare come non sia vero che l'OCSE affermi che l'unico criterio per identificare il "*place of effective management"* si ricolleghi alle "*most senior person or group of persons (for example, a board of directors*)".

Ciò che il Commentario afferma, infatti, è che il "*place of effective management"* deve essere ravvisato nel luogo "*where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business are in substance made*" e che "*all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management*".

In questo senso l'osservazione dell'Italia, più che esternare una deviazione rispetto all'interpretazione affermata dal Commentario, tende a costituire una riserva circa l'utilizzo del "*place of effective management"* come *tie-braker rule*.

Come abbiamo già avuto modo di osservare in precedenza, infatti, il "*place of effective management"* trova le sue origini nel concetto di *central management and control* dei paesi di *common law*.

Il criterio dell'oggetto principale – che costituisce una peculiarità del sistema italiano – non ha alcuna affinità con il criterio del "*place of effective management"* e, a prescindere da qualsivoglia osservazione presentata dall'Italia, non potrà mai essere considerato dar luogo ad un "*place of effective management"*.

Ne consegue che in un ipotetico conflitto di residenza tra l'Italia, Stato in cui si trova l'oggetto principale di una determinata società (ad esempio un immobile che ne costituisce l'unico *asset*), e lo Stato in cui tale società è amministrata, il criterio del *place of effective management* non potrebbe che essere interpretato a favore di quest'ultimo Stato.

Un interpretazione diversa da parte dell'Italia – a parere di chi scrive – non potrebbe essere considerata una interpretazione in buona fede del trattato secondo i principi

dell'art. 31(1) della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.[593]

A conferma dell'estraneità del criterio dell'oggetto principale rispetto al *place of effective management* si ricorda che nel *Discussion Draft* del 27 marzo 2003 – esaminato a precedente paragrafo 7.2.3 del Capitolo V è stato proposto di modificare il Modello stabilendo che, in caso di impossibilità di ravvisare il *place of effective management*, si faccia riferimento ad altri criteri, tra cui lo Stato in cui la società ha le sue relazioni economiche più strette ("*with which its economic relations are closer*") o in cui l'attività di impresa prevalentemente si svolge ("in which its business activities are primarily carried on").

Entrambi questi criteri che – ribadiamo – sono stati proposti in alternativa rispetto al "*place of effective management"* presentano delle rilevanti somiglianze con il criterio dell'oggetto principale .

3. LA RESIDENZA AI FINI CONVENZIONALI DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI CHE HANNO OPTATO PER IL REGIME DELLA TRASPARENZA FISCALE

Come noto, le società di persone residenti in Italia non possono beneficare dei trattati conclusi dall'Italia. Ciò in quanto per effetto dell'art. 5 TUIR i loro redditi "*sono imputati a ciascun socio, indipendentemente dalla percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili*.". Conseguentemente, non essendo assoggettate ad imposta (nel senso di "*liable to tax*")[594] esse non possono godere dei

[593] Sulla convenzione di Vienna e sull'articolo 31(1) si rinvia al precedente Capitolo III, al paragrafo 0.

[594] Di opinione contraria, ma non molto convincente, è K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 95 m. n. 25 secondo il quale le *partnerships* potrebbero essere considerate "*liable to tax*" al fine dell'applicazione delle convenzioni – al pari degli enti esenti da imposta – qualora presentino un collegamento con il territorio tale che, se fossero assoggettabili, sarebbero assoggettate ad imposta come le società residenti. Si veda anche il paragrafo 40 del *Partnership Report* che sottolinea come al fine di determinare se la *partneship* è *liable to tax* è essenziale verificare se il reddito è determinato in funzione della natura e dello status dei partners: "*the real question is whether the amount of tax payable on the partnership income is determined in relation to the personal characteristics of the partners (whether the partners are taxable or not, what other income they have, what are the personal allowances to which they are entitled and what is the tax rate applicable to them). If the answer to that question is yes, then the partnership should not itself be considered to be liable to tax. The fact that the income is computed at the level of the partnership before being allocated to the partners, that the tax is technically paid by the partnership or that it is assessed on the partnership as described in the preceding paragraph will not change that result*.".

benefici del trattato ai sensi dell'art. 1 del Modello OCSE.[595] In questo caso, dunque, alla residenza fiscale ai fini domestici non corrisponde la residenza ai fini convenzionali.

Al contrario, le società di persone non residenti sono sempre e comunque considerata dalla norma interna alla stregua di autonomi soggetti di imposta. L'art. 73, comma 1, lett. d) TUIR, infatti, include tra i soggetti IRES le società e gli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.

Tale differenza di trattamento, a favore dell'imputazione diretta dei redditi alla società non residente invece che per trasparenza ai suoi soci, peraltro, si spiega chiaramente con l'esigenza di facilitare l'attività di accertamento e di riscossione del tributo.[596] Nondimeno, essa non ha alcun impatto sulla applicazione dei trattati a tali soggetti atteso he ciò che rileva è la loro qualificazione in base alla legge interna del loro Stato di residenza (interna).

Il trattamento delle società di persone ("*partnerships*") ai fini delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni è espressamente stabilito dal Commentario. La definizione di "partnership" è contenuta nel cosiddetto *Partnership Report* dell'OCSE[597] le cui conclusioni sono state successivamente incorporate nel Commentario.[598]

Secondo il *Partnership Report*, per "*partnership*" si intendono quelle "*entities that*

---

[595] Cfr. art. 1 (Persons covered) del Modello OCSE: "*This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States*". Il fatto che una *partnership* sia una "*person*" ai fini dell'applicazione dei trattati, è espressamente sancito dal pargarafo 2 del Commentario all'art. 3: "*Partnerships will also be considered to be "persons" either because they fall within the definition of "company" or, where this is not the case, because they constitute other bodies of persons*".

[596] In senso adesivo, si veda L. PERRONE, *Problemi vecchi e nuovi in materia di imposizione sul reddito delle società e degli enti non residenti*, in Rass. trib., 2001, p. 1228.

[597] OECD, *The application of the OECD model tax convention to partnerships*, 1999.

[598] Si veda il paragrafo 2 del Commentario all'art. 1 del Modello OCSE: "*Domestic laws differ in the treatment of partnerships. These differences create various difficulties when applying tax Conventions in relation to partnerships. These difficulties are analysed in the report by the Committee on Fiscal Affairs entitled "The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships", the conclusions of which have been incorporated below and in the Commentary on various other provisions of the Model Tax Convention*". Sul punto si rinvia anche a E. DELLA VALLE, La soggettività delle *partnerships* nel Modello OCSE di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sul reddito: la prospettiva italiana, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2003, p. 759, nota 17.

qualify as such under civil or commercial law as opposed to tax law. Thus the term "partnership", as used in this report, does not imply anything about the tax treatment of the relevant entity and should not be confused with a reference to entities, whether partnerships or not, which are treated as transparent for tax purposes."[599]

In sostanza si tratta di quei soggetti che dal punto di vista civilistico sono qualificati come *partnership*, a prescindere dal loro trattamento fiscale.

Qualora la *partnership* sia considerata fiscalmente trasparente ai fini fiscali nel Paese in cui è organizzata (come accade nel caso delle società di persone italiane), essa non potrà essere considerata residente ai fini dell'applicazione delle convenzioni con lo Stato della fonte del reddito non potendo qualificarsi come "liable to tax" ai sensi dell'art. 4 del Modello OCSE. Ciò non significa, tuttavia, che i redditi da essa conseguiti non possano beneficiare di alcuna protezione convenzionale.

Invero, se lo Stato di residenza dei soci attribuisce a questi ultimi a fini fiscali il reddito della società di persone, essi potranno beneficiare della convenzione per evitare le doppie imposizioni conclusa tra lo Stato della fonte del reddito ed il loro Stato di residenza, sia esso lo stesso Stato di costituzione della *partnership* o uno Stato diverso.

Il reddito percepito si considererà (ai fini fiscali) pagato direttamente ai soci[600] ed

---

[599] Paragrafo 2 del *Partnership Report*.

[600] E questo nonostante diverse disposizioni del Modello OCSE facciano espresso riferimento al pagamento ad un soggetto residente (circostanza assente in questo caso in cui il pagamento è effettuato alla partnership che non è residente ai fini del trattato). Il Commentario all'articolo 1 (paragrafo 6.4) stabilisce che: "*Where, as described in paragraphs 6.2, income has "flowed through" a transparent partnership to the partners who are liable to tax on that income in the State of their residence then the income is appropriately viewed as "paid" to the partners since it is to them and not to the partnership that the income is allocated for purposes of determining their tax liability in their State of residence. Hence the partners, in these circumstances, satisfy the condition, imposed in several Articles, that the income concerned is "paid to a resident of the other Contracting State". Similarly the requirement, imposed by some other Articles, that income or gains are "derived by a resident of the other Contracting State" is met in the circumstances described above. This interpretation avoids denying the benefits of tax Conventions to a partnership's income on the basis that neither the partnership, because it is not a resident, nor the partners, because the income is not directly paid to them or derived by them, can claim the benefits of the Convention with respect to that income. Following from the principle discussed in paragraph 6.3, the conditions that the income be paid to, or derived by, a resident should be considered to be satisfied even where, as a matter of the domestic law of the State of source, the partnership would not be regarded as transparent for tax purposes, provided that the partnership is not actually considered as a resident of the State of source*".

avrà la stessa natura reddituale che avrebbe avuto in capo alla società di persone. In tal senso si esprime anche la risoluzione n. 17/E del 27 gennaio 2006 che ha mostrato di fare propri i principi del *Partnership Report* .

Una volta stabilito quanto sopra, si tratta ora di verificare se le conclusioni cui si è giunti in merito alle società di persone, siano applicabili *mutatis mutandis* anche alle persone giuridiche che hanno optato per il regime di tassazione per trasparenza ai sensi degli artt. 115 e 116 del TUIR.

Infati, ai sensi dell'art. 115 TUIR una società di capitali italiana partecipata esclusivamente da società italiane o da società non residenti la cui distribuzione di dividendi a loro favore non sia assoggettata a ritenuta alla fonte (in pratica le società che beneficiano della Direttiva cd Madre-Figlia e le società con una stabile organizzazione in Italia a cui siano state attribuite le partecipazioni) può optare[601] per essere trattata come un soggetto fiscalmente trasparente.

Per effetto dell'esercizio dell'opzione, il reddito imponibile della società trasparente "*è imputato a ciascun socio, indipendentemente dall'effettiva percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili*".

Un regime analogo è previsto dall'art. 116 TUIR per le società a ristretta base sociale il cui volume di ricavi non superi le soglie previste per l'applicazione degli studi di settore e con una compagine sociale composta esclusivamente da persone fisiche (in numero non superiore a 10 o a 20 nel caso di società cooperativa).

È opinione di chi scrive che anche le società trasparenti di cui agli artt. 115 e 116 TUIR non possano beneficiare dei trattati conclusi dal loro Stato di residenza (l'Italia) con lo Stato della fonte dei redditi. Esse, infatti, non posso essere considerate residenti in Italia ai fini della convenzione in quanto non sono "*liable to tax*" ai sensi dell'art. 4 del Modello OCSE.

Si tratta ora di verificare se tali benefici convenzionali possano essere nondimeno invocati dai soci della società trasparente. A questa domanda si ritiene di rispondere in senso positivo, sulla base di un'interpretazione analogica (o forse soltanto

[601] Ai sensi dell'art. 115, comma 4 TUIR l'opzione deve essere esercitata dalla società e da tutti i suoi soci (ciascuno con una partecipazione compresa tra il 10% ed il 50%) ed è irrevocabile per tre esercizi sociali.

estensiva) di quanto affermato dal *Partnership Report*. In questo senso sembra esprimersi anche citata risoluzione n. 17/E del 27 gennaio 2006 che riguardava proprio il caso di una S.r.l. trasparente.[602]

In particolare, come è già stato rilevato in precedenza, il *Partnership Report* è destinato a trovare applicazione soltanto nei confronti dei soggetti che siano qualificabili come *partnership* nell'ambito del diritto civile dello Stato in cui sono state organizzate, a prescindere dal loro trattamento fiscale.

È evidente che nel caso delle società di capitali divenute trasparenti per effetto dell'esercizio dell'opzione questa condizione non è verificata. Di talché, non sembra possibile applicare *sic et simpliciter* il disposto del Commentario (paragrafo 6.4 del Commentario all'articolo 1) che prevede che i redditi pagati alla *partnership* siano considerati pagati ai soci nella misura in cui, nel loro Stato di residenza, vengano loro attribuiti i redditi della *partnership*.

È, tuttavia, evidente che l'intero *Partnership Report* – ed in particolare il paragrafo 8.4 del Commentario OCSE all'art. 4 che ne ha recepito i principi – sia ispirato ad un'interpretazione di carattere teleologico, volta a prevenire l'insorgere di problemi di doppia imposizione con riferimento a soggetti fiscalmente trasparenti. Da qui il riconoscimento dell'applicazione dei benefici convenzionali ai soci, ancorché i redditi siano stati, in concreto, pagati alla *partnership*. Tale esigenza mi pare sussistere anche con riferimento alle società trasparenti per effetto delle opzioni di cui agli articoli 115 e 116 TUIR.

Del resto, sebbene in un contesto differente da quello oggetto di analisi, un approccio analogo volto a ritenere pagati ad un soggetto redditi in realtà pagati ad altro soggetto (non legittimato ad accedere ai benefici convenzionali) era già stato adottato, a partire dal 1995, con riferimento ai pagamenti effettuati ad un soggetto che non si qualifica come beneficiario effettivo degli stessi ai sensi degli art. 10, 11 e 12 del Modello OCSE.

---

[602] "*Nell'ordinamento fiscale italiano, infatti, la nozione di trasparenza implica che il reddito prodotto da un soggetto sia attribuito e tassato in capo ad un altro soggetto a prescindere dalla effettiva distribuzione dello stesso. Così il reddito delle società di persone – per legge – e quello delle società di capitali – per opzione – viene imputato a ciascun socio indipendentemente dalla percezione, in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili. Presupposto indefettibile della trasparenza fiscale è, dunque, la tassazione del reddito prodotto dalla società trasparente in capo ai soci, a prescindere dalla distribuzione*".

Stabiliscono, infatti, rispettivamente i paragrafi 12.2 del Commentario all'art. 10, 11 del Commentario all'art. 11[603] e 4.2 del Commentario all'art. 12[604] che i benefici convenzionali spettano quando l'effettivo beneficiario – a prescindere dall'esistenza del soggetto interposto – sia residente dell'altro Stato contraente.

4. LA RESIDENZA AI FINI CONVENZIONALI DELLE SOCIETÀ CHE HANNO OPTATO PER IL CONSOLIDATO FISCALE NAZIONALE

Anche con riferimento alle società che hanno optato per il regime del consolidato fiscale nazionale, si pone la questione di accertare se l'esercizio dell'opzione faccia perdere il requisito della residenza ai fini delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

La questione non è di scarso rilievo dal momento che se le società consolidate non si qualificassero come "*resident*" ai fini dell'applicazione delle convenzioni concluse dall'Italia, esse non potrebbero beneficiare di tali convenzioni rispetto ai redditi di fonte estera.

Si supponga il caso di una società consolidata che riceve interessi o dividendi da una società estera. Lo Stato della fonte, in assenza di vincoli derivanti dalla convenzione, cioè a dire laddove la stessa non fosse applicabile per carenza del requisito di residenza in capo alla società italiana "consolidata", potrebbe tassare i dividendi o gli interessi in base alla legge domestica.

Si dovrebbe invocare allora una presunta imputazione per trasparenza alla controllante che, tuttavia, nell'ambito dell'istituto del consolidato, mi pare

---

[603] Cfr. paragrafi 12.2 del Commentario all'art. 10 e 11 del Commentario all'art. 11: "*Subject to other conditions imposed by the Article, the limitation of tax in the State of source remains available when an intermediary, such as an agent or nominee located in a Contracting State or in a third State, is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other Contracting State (the text of the Model was amended in 1995 to clarify this point, which has been the consistent position of all Member countries). States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations*.".

[604] Il paragrafo 4.2 del Commentario all'art. 12 recita come segue: "*Subject to other conditions imposed by the Article, the limitation of tax in the State f source remains available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, in those cases where the beneficial owner is a resident of the other Contracting State (the text of the Model was amended in 1995 to clarify this point, which has been the consistent position of all Member countries). States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.*".

difficilmente configurabile.

Il dubbio circa la *liability to tax* delle consolidate potrebbe emergere in considerazione del fatto che, per effetto dell'opzione per il consolidato fiscale, viene determinato un "*reddito complessivo globale corrispondente alla somma algebrica dei redditi complessivi netti da considerare, quanto alle società controllate, per l'intero importo indipendentemente dalla quota di partecipazione riferibile al soggetto controllante*".

In pratica, la società consolidata non versa più direttamente le imposte e non presenta più la dichiarazione, se non al fine di "*comunicare alla società o ente controllante la determinazione del proprio reddito complessivo, delle ritenute subite, delle detrazioni e dei crediti d'imposta spettanti*".[605]

La consolidante, poi, rettifica la somma algebrica dei redditi complessivi dei soggetti partecipanti apportando le rettifiche di consolidamento. Tra le rettifiche in diminuzione figurano i dividendi distribuiti dalle società controllate, anche se provenienti da utili assoggettati a tassazione in esercizi precedenti a quello di inizio dell'opzione.

Per effetto del consolidato, dunque, può accadere che una società consolidata che abbia prodotto utili non sconti imposte per effetto delle condizioni soggettive della (ad esempio, esistenza di perdite in capo alla) consolidante.

A favore della carenza del requisito dell'assoggettamento ad imposta delle società consolidate milita quindi la circostanza che il loro debito di imposta viene determinato sulla base delle condizioni soggettive (o meglio reddituali) della consolidante.

L'opzione per il consolidato ha natura bilaterale, atteso che deve essere esercitata congiuntamente da ciascuna società controllata e dall'ente o società controllante. Come evidenziato dalla relazione di accompagnamento al decreto che ha introdotto la riforma IRES potranno aversi "*tante opzioni a coppia quante sono le società controllate che esercitano la facoltà*", anche se di fatto, in conseguenza dell'esercizio di più opzioni da parte del soggetto controllante, "*il reddito complessivo positivo e negativo non è suddiviso in tanti consolidati quante sono le opzioni, ma tutte le*

[605] Art. 121, comma1, lett. a) TUIR.

società che hanno esercitato l'opzione bilaterale con la controllante adottano con quest'ultima un consolidato unico".

Se dunque la consolidata ha conseguito un determinato utile (su cui dovrebbe essere assoggettata ad imposta) ma la controllante ha prodotto una perdita superiore all'utile della controllata, nessuna imposta sarà dovuta. In tale circostanza, pertanto, l'assoggettamento ad imposta della consolidata è effettivamente dipendente dal risultato della consolidante o da quello di altra società partecipante al consolidato.

Tale situazione potrebbe, in linea di principio, far sorgere dei dubbi circa l'assoggettamento a imposta della consolidata. Invero, il paragrafo 40 del *Partnership Report* sottolinea come, al fine di determinare se la *partnership* è *liable to tax*, è necessario verificare se il reddito è determinato in funzione della natura e dello status dei *partners*: "*the real question is whether the amount of tax payable on the partnership income is determined in relation to the personal characteristics of the partners (whether the partners are taxable or not, what other income they have, what are the personal allowances to which they are entitled and what is the tax rate applicable to them). If the answer to that question is yes, then the partnership should not itself be considered to be liable to tax. The fact that the income is computed at the level of the partnership before being allocated to the partners, that the tax is technically paid by the partnership or that it is assessed on the partnership as described in the preceding paragraph will not change that result*." (sottolineature aggiunta).

Mi sembra tuttavia che questa tesi non sia del tutto accettabile nella situazione *de qua*.

A differenza di quanto accade per le società di persone, ma analogamente a quanto previsto per le società che hanno optato per la trasparenza fiscale ai sensi degli art. 115 e 116 TUIR, non è possibile optare per il consolidato (a mente dell'art. 126 TUIR) in tutti i casi in cui una società fruisca di una riduzione dell'aliquota dell'imposta sui redditi delle società. Il che vale ad escludere in radice la possibilità che i redditi della consolidata, andandosi a sommare a quelli della consolidante (e delle altre consolidate) possano essere attribuite ad un regime fiscale diverso (in termini di aliquota), circostanza invece del tutto plausibile ocn riferimento alle partnershi (rectius, società di persone) e delle società trasparenti (limitatamente a quelle he lo sono ai sensi dell'art. 116 TUIR).

Inoltre la circostanza che l'art. 127 TUIR dichiari ciascuna consolidata responsabile solidalmente con l'ente o società controllante *(i)* per la maggiore imposta accertata e per gli interessi relativi riferiti al reddito complessivo globale risultante dalla dichiarazione del consolidato, in conseguenza della rettifica operata sul proprio reddito imponibile, *(ii)* per le somme che risultano dovute, con riferimento alla medesima dichiarazione, a seguito dell'attività di controllo prevista dall'articolo 36-*ter* e dell'attività di liquidazione di cui all'articolo 36-*bis* del D.P.R. 600/73, in conseguenza della rettifica operata sulla propria dichiarazione dei redditi e *(iii)* per le sanzioni, può a parere di chi scrive sostenere la tesi dell'assoggettamento ad imposta delle società consolidate.

E' muia opinione, infatti, che il regime del consolidato, non possa essere qualificato come una modalità attraverso la quale i redditi delle consolidate vengono attribuiti alla consolidante bensì esso rappresenta una forma più favorevole di liquidazione delle imposte di società legate da rapporti di gruppo[606].

[606]Si vedano G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 1999, p. 380 e ss.; M. MICCINESI, Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale, in *Girur. Imp*., 2004, p. 481.

CAPITOLO VIII: CONCLUSIONI

Nei Capitoli che precedono si è analizzato il concetto di residenza delle società dotate di personalità giuridica.

Sono stati analizzati i tre criteri che, nel sistema italiano delle imposte sui redditi, integrano tale concetto: sede legale, sede dell'amministrazione e oggetto principale.

Si è quindi analizzata la nozione di residenza in ambito convenzionale del Modello OCSE, osservando che tale concetto (che costituisce uno dei presupposti per l'accesso ai benefici convenzionali) si fonda essenzialmente sul requisito dell'assoggettamento ad imposizione.

Si è rilevato, inoltre, che l'assoggettamento ad imposta deve essere determinato sulla base di criteri previsti dalla legge interna dello Stato di residenza (quali, appunto, la residenza, il domicilio o la sede dell'amministrazione) ma soltanto se e nei limiti in cui tali criteri non consentano di considerare "residenti" anche soggetti che non presentano un vero collegamento con il territorio.

Tale interpretazione è stata ritenuta corretta anche in considerazione del fatto che l'art. 4, paragrafo 1, del Modello OCSE fa riferimento anche a "*any other criterion of a similar nature*", ossia qualsiasi altro criterio previsto dalla legge degli Stati contraenti che presenti le medesime caratteristiche dei tre criteri richiamati dal citato art. 4, paragrafo 1 del Modello OCSE. Una tale locuzione ha, ad evidenza, senso nella misura al contenuto dei tre criteri possa essere data un'interpretazione coerente ed indicativa di un determinato risultato in termini di assoggettamento ad imposizione.

L'analisi del concetto di *liability to tax* ha condotto ad esaminare, anche alla luce della giurisprudenza e della prassi di importanti Stati (Paesi Bassi, India e Canada), l'applicabilità delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni nei confronti di soggetti esenti da imposta per effetto di particolari regimi agevolativi che rispondono ad un interesse meritevole di tutela e nei confronti di soggetti che beneficiano di regimi fiscali di favore (società *off-shore*). La conclusione alla quale si è giunti è che, in assenza, di specifiche pattuizioni all'interno delle singole convenzioni, l'accesso ai trattati di questi soggetti può essere facilmente oggetto di incertezze e contestazioni, soprattutto per quelle società che non sono soggette ad imposizione sui redditi di fonte estera. Minori perplessità sussistono, invece, per quesi soggetti che sono esenti da imposta solo al verificarsi e nel rispetto di determinate condizioni (ad esempio, le

SIIQ nel panorma normativo italiano); per tali soggetti, infatti, i riconoscimento della "residenza" ai fini convenzionali è molto meno incerta.

In quest'ottica è stata valutata anche la sussistenza della residenza ai fini convenzionali (nel senso della loro *liability to tax*) delle società che hanno aderito a due regimi caratterizzanti della recente riforma tributaria: il regime della trasparenza fiscale delle società di capitali ed il consolidato fiscale.

Con riferimento alle società di capitali che hanno optato per il regime della trasparenza fiscale, si è concluso che non sussiste il requisito della *liability to tax*, ma che, in analogia con quanto accade con le società di persone, si possa applicare direttamente la convenzione tra lo Stato della fonte e lo Stato di residenza dei soci. Laddove quest'ultimo non sia l'Italia, la convenzione tra lo Stato della fonte e tale Stato sarà applicabile sul presupposto che esso imputi ai soci, propri residenti, il reddito della società trasparente italiana (ossia che la società trasparente italiana sia, a sua volta, vista come trasparente nello Stato di residenza dei soci).

Per quanto concerne, invece, le società che hanno optato per il consolidato fiscale, si è concluso nel senso della sussistenza del requisito della *liability to tax*. Ciò in quanto si è ritenuto che il regime del consolidato fiscale, più che qualificarsi alla stregua di una modalità attraverso la quale i redditi conseguiti dalle società consolidate sono imputati alla società consolidante, rappresenti una modalità agevolata di liquidazione delle imposte di società legate da rapporti di gruppo.

Si è altresì passati all'esame del concetto di *place of effective management* ("sede di direzione effettiva") che, anche nella maggior parte delle convenzioni stipulate dall'Italia, rappresenta il criterio dirimente dei conflitti di residenza delle società.

Si è messo in luce come il *place of effective management* abbia una chiara derivazione dal concetto di *central management and control* dei paesi di *common law* e presenti delle similitudini con i concetti di sede tipici dell'amministrazione degli ordinamenti di *civil law* che so sono evoluti soprattutto in chiave antielusiva, ossia per impedire che le società abusassero del criterio dell'incorporazione costituendosi in uno Stato diverso da quello in cui effettivamente operavano.

Si è tuttavia cercato di porre in evidenza come il concetto di *place of effective management* abbia nel corso dei decenni assunto un significato autonomo rispetto a quello di *central management and control*; ciò è accaduto nonostante il fatto che i

lavori preparatori del Modello (OCEE prima, divenuto in seguito) OCSE dimostrino come i redattori abbiano voluto attribuire alla locuzione *place of effective management* lo stesso significato della locuzione *central management and control* e come il cambio di testo sia stato dettato esclusivamente da esigenze di coerenza semantica con un'altra locuzione di analogo significato, sebbene di differente oggetto, presente nel testo del modello di convenzione (trattasi della locuzione *place of effective management* di cui all'articolo (che si riferisce all'impresa di trasporto e non alla società a cui tale impresa fa giuridicamente capo).

Si è altresì accertato che il criterio del *place of effective management* deve essere necessariamente interpretato in modo autonomo. In effetti, poiché tale concetto serve come *tie-breaker rule* per dirimere un conflitto tra gli Stati contraenti, è ovvio ed indispensabile ai fini del corretto funzionamento della convenzione che l'interpretazione di tale criterio non sia rimessa ai singoli Stati.

L'unicità del criterio del *place of effective management* rispetto alla numerosità delle *tie-breaker rules* previste dal Modello OCSE con riferimento agli individui non deve, tuttavia, lasciare intendere che la risoluzione dei conflitti di residenza delle società sia più facile di quella degli individui. Tutt'altro: le società e gli enti non hanno una presenza fisica ed un'esistenza indipendente (dal punto di vista materiale, non legale) rispetto ai suoi soci, il che, ad evidenza, rende assai complessa l'identificazione di criteri di connessione con il territorio.

Inoltre, il numero crescente di società *holding* localizzate in paesi a fiscalità ridotta, non necessariamente paradisi fiscali, ed amministrate da soggetti ivi residenti, spesso professionisti locali incaricati della gestione ordinaria della società, rende ancor più complesso il tema dell'individuazione del *place of effective management* e impone di considerare, ai fini della residenza fiscale, il luogo dove le decisioni vengono assunte, senza fermarsi al luogo in cui vengono formalizzate.

L'ordinamento italiano ha reagito a forme di abuso imperniate sulla residenza estera (fittizia) di società controllate da soggetti fiscalmenti residenti in Italia e a loro volta controllanti di socità residenti in Italia ovvero di società estera laddove la maggior parte dei membri del consiglio di ammnistrazione (o di analogo organo amministrativo) sia composta da soggetti residenti in Italia. Il nostro ordinamento ha pertanto previsto che le società estere si considerano residenti in Italia, fatta salva la facoltà da parte di queste ultime di provare la loro effettiva residenza estera.

L'abuso di estero residenza e la reazione del nostro ordinamento, testimonia una certa inaadeguatezza di un criterio di determinazione della residenza della società che fa leva soltanto sul ruolo – spesso "formale" – del consiglio di amministrazione e non anche, ad esempio, degli azionisti.

In considerazione di ciò, ma anche dell'evoluzione tecnologica che ha reso più facile il superamento della compresenza degli amministratori di una società nello stesso luogo, si è giunti alla conclusione che talvolta non soltanto il *place of effective management* non possa ad essere individuato, ma possa anche essere ravvisato in uno Stato che non è uno degli Stati contraenti.

Tale fenomeno è reso ancora più evidente dalle attuali tecniche gestionali dei gruppi di società che, sebbene costituiti da società formalmente e giuridicamente distinte ed indipendenti, in realtà rappresentano tasselli di un *puzzle* amministrativo, gestionale e di *business* che trascende e prescinde le singolo entità giuridiche; la conseguenza di tale impostazione, unita alla rivoluzione delle forme di comunicazione che consentono a persone di "riunirsi" in stanze virtuali, prescindendo dalla dimensione spaziale, ha messo in crisi il "vecchio" sistema imperniato sul luogo in cui vengono assunte le decisioni strategiche relative alla gestione della società nel suo insieme.

A questa situazione di impasse l'OCSE ha cercato di rispondere con due studi che però non sono riusciti a divenire definitivi in quanto ostacolati delle diverse impostazioni degli Stati membri.

Ecco allora che l'assenza di un'alternativa al criterio del *place of effective management* può effettivamente condurre a non riuscire a stabilire quale sia lo Stato di residenza ai fini dell'applicazione di una determinata Convenzione.

In tale ottica, si è valutata anche la possibilità di dare rilievo al luogo dove si trovano e svolgano le loro funzioni i soggetti a cui siano state delegate una parte significativa delle funzioni del consiglio di amministrazione, recuperando così l'originale valenza del criterio della sede dell'amministrazione, inteso come luogo da cui promanano le decisioni fondamentali per la vita dell'impresa.

L'esame della giurisprudenza e della prassi riportata dimostra che il criterio del *place of effective management* deve tenere conto delle circostanze di fatto. Pertanto, qualora il consiglio di amministrazione di fatto non rappresenti l'organo da cui promanano le decisioni essenziali per la vita della società, la residenza non dovrà essere ancorata al

luogo dove si riuniscono gli amministratori.

A parere di chi scrive, a parte pochi casi in cui lo svuotamento dei poteri dell'organo amministrativo interessi una società realmente operativa, nella maggior parte dei casi il rischio riguarda società che sono prive di una significativa struttura (da declinarsi in termni di persone, locali ed attrezzature), che non svolgono molte funzioni e che speso fanno parte di gruppi di società in cui le decisioni strategiche sno assunte a livello centrale di capogruppo estera.

Si tratterà, dunque, di società *holding* o di società che svolgono attività finanziarie ovvero ancora di società titolari di ben immateriali attribuiti in licenza a terzi.

In questi casi, effettivamente, le funzioni di gestione della società si dividono nettamente in un'attività di gestione ordinaria – peraltro spesso non molto complessa in ragione del numero ridotto di operazioni poste in essere dalla società (incassi di dividendi, interessi o *royalties*) – e in un'attività assai più significativa di assunzione di decisioni strategiche (quali società finanziare, quanti dividendi far distribuire alle partecipate, ecc.).

Le attività del primo tipo sono in genere svolte da soggetti effettivamente localizzati nello Stato di ubicazione della società; le seconde, invece, sono spesso poste in essere altrove, dove si formano e maturano le decisioni strategiche di gruppo (anche se poi le stesse vengono formalizzate dagli organi amministrativi delle diverse società del gruppo). Questa divaricazione tra realtà ed apparenza è all'origine di tutte le difficoltà e le teorie interpretative, sviluppatesi anche in sede OCSE, intorno al concetto di *place of effective management*.

I problemi di doppia residenza sono stati analizzati anche in relazione ai c.d. casi triangolari in cui la società dotata di doppia residenza rispettivamente percepisce o eroga un reddito.

Sono state analizzate le diverse soluzioni in passato elaborate dalla dottrina, dalla prassi e dalla giurisprudenza degli Stati che hanno affrontato l'operatività delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni alle situazioni triangolari.

Si è messo in luce come in diversi ordinamenti si sia cercato – in un'ottica di contrasto a fenomeni di *treaty shopping* – di negare l'applicazione della convenzione conclusa tra lo Stato "perdente" (ai sensi della convenzione tra i due stati di residenza

della società) e gli Stati terzi.

Le soluzioni elaborate sono state piuttosto variegate, ma tutte si caratterizzano per avere l'effetto di negare ad una società con doppia residenza di beneficiare del più favorevole (e a volte unico) trattato concluso tra lo Stato della fonte e lo Stato "perdente" nel conflitto di residenza.

Una delle soluzioni più ricorrenti (e fatta propria sia dall'amministrazione finanziaria olandese che da quella statunitense) fa leva sull'assenza del requisito della residenza in uno degli Stati contraenti ai fini dell'applicazione della convenzione tra lo Stato "perdente" nel conflitto di residenza ed uno Stato terzo. E ciò in quanto lo Stato "perdente" non può effettivamente assoggettare a tassazione il reddito mondiale della società.

Tale interpretazione è stata quella in ultimo adotta in sede OCSE con le modifiche al Commentario del 2008. Siffatta interpretazione "innovativa" riguarda un testo esistente come tale da ventun anni ed inserito nel Modello OCSE per finalità del tutto diverse da quelle alle quale esso è stato asservito. Chi scrive è fortemente perplesso circa la nuova interpretazione proposta dall'OCSE ed attualmente inserita nel Commentario ed ha illustrato un'ampia serie di argomentazioni a supporto di tale critica, anche alla luce di critiche avanzate da autorevole dottrina.

Per quanto riguarda i rapporti tra i criteri previsti dalla legislazione tributaria italiana ed il criterio del *place of effective management* adottato dalle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, si è giunti alla conclusione che, mentre sussiste una forte omogeneità tra la sede dell'amministrazione ed il *place of effective management* (tradotto in lingua italiana nella locuzione "sede di direzione effettiva" mutuandola dal francese – seconda lingua ufficiale OCSE - "*siège de direction effective*"), gli altri due criteri (della sede legale e dell'oggetto principale) rispondono ad una logica completamente diversa.

Invero, mentre il criterio della sede legale ha natura prettamente formale e prescinde dall'esistenza stessa sul territorio di una qualunque forma di gestione, il criterio dell'oggetto principale – pur implicando una qualche forma di attività di gestione – non ha alcuna affinità con il criterio del *place of effective management* e non potrà mai essere considerato dar luogo ad un *place of effective management*.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, Padova, 1988.

AA.VV., *Corso di diritto tributario internazionale* (a cura di V. Uckmar), seconda ed., Padova, 2002.

AA.VV., The origins of concepts and expressions used in the OECD model and their adoption by states, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2006, p. 220.

AA.VV., Characterization of other States' partnerships for income tax, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2002, p. 288.

ADONNINO, PIETRO, Stati e territori aventi regime fiscale privilegiato e loro corretta identificazione, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1993, I, p. 500.

AIGNER, DIETMAR –VETTER TOBIAS., 'Autonomous' interpretation of tax treaties? Administrative court provides guidance, in *European Taxation*, 1998, p. 95.

AKEHURST, MICHAEL BARTON, *Jurisdiction in International Law*, in *British Yearbook in International Law*, pagg. 179.

AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, pag. 24.

ARAGNO, TERESA, Brevi note in tema di residenza fiscale e stabile organizzazione di società estera di navigazione, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1999, II, p. 87.

AULT, HUGH, J., The role of the OECD Commentaries in the interpretation of tax treaties, in *Intertax*, 1994, p. 144.

AVERY JONES, JOHN F. – BAKER, PHILIP, The multiple amendment of bilateral double taxation conventions, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2006, p. 19.

AVERY JONES, JOHN F. – BOBBETT, CATHERINE, Triangular treaty problems: a summary of the discussion in the Seminar E at the IFA Congress in London, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1999, p. 16.

AVERY JONES, JOHN F. E ALTRI, The interpretation of tax treaties with particular reference to Art. 3(2) of the OECD Model, in *British Tax Review*, 1984, p. 50.

AVERY JONES, JOHN F., The 'one true meaning' of a tax treaty, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2001, p. 220.

AVERY JONES, JOHN F., Art. 3(2) of the OECD Model Convention and the Commentary to it: treaty interpretation, in *European Taxation*, 1993, p. 255.

AVERY JONES, JOHN F., Bodies of persons, in *British Tax Review*, 1991, p. 453.

AVERY JONES, JOHN F., Place of effective management as a residence tie-breaker, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, p. 20.

AVERY JONES, JOHN F., The effect of changes in the OECD Commentaries after a treaty is concluded, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2002, p. 102.

AVERY JONES, JOHN F., 2008 OECD Model: Place of Effectiva Management – What One Can Learn from the History, in *Bullettin for International Taxation*, May/June, 2009, p. 183

AVERY JONES, JOHN F., Corporate Residence in Common Law: The Origins and Current Issues, in *Residence of Companies under tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009.

BAGGIO, ROBERTO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, pag. 2.

BAKER, PHILIP, *Double taxation conventions and international tax law : a manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital of 1992*, seconda ed. Londra, 1994.

BAKER, PHILIP, *Double taxation conventions and international tax law*, Londra, 2003.

BALLANCIN, ANDREA, La nozione di "beneficiario effettivo" nelle Convenzioni internazionali e nell'ordinamento tributario italiano, in *Rassegna tributaria*, 2006 , p. 209.

BALLANCIN, ANDREA, *Note in tema di esterovestizione societaria tra i criteri costitutivi della nozione di residenza fiscale e l'interposizione elusiva di persona*, in Riv.Dir. Trib., 2008, I, p. 975.

BALLARINO, TITO, *"Le società per azioni nel diritto internazionalprivatistico"*, in *Trattato delle società per azioni*, UTET, vol. 9°, p. 67.

BARENSFELD, JESPER, *Taxation of cross-border partnership*, Amsterdam, 2005.

BAR, VON, *Observation sur les principes du droit international concernant les impots*, in *Rev. de droit int et de lèg. Comparée*, 1900, p. 435.

BARIATTI, STEFANIA, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, p. 193.

BATTISTONI-FERRARA, capacità contributiva, in *Enc. Dir,, Aggiornamento*, III, Milano, 1999, 350.

BENEDETTELI, MASSIMO V., Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, p. 569.

BERLIRI, ANTONIO , *Principi di diritto tributario*, Milano, 1952, pag. 103

BETTEN, RIJKELE, Denial of certificate of residence to a dual resident company, in *European Taxation*, 1989, p. 371.

BIZIOLI, GIANLUIGI, *Tax Treaty Interpretation in Italy*, in Tax Treaty Interpretation editato da M. Land The Netherlands: Kluwer, 2001, pp. 197 e segg.

BLOKKER, NIELS "*Skating on Thin Ice? On the Law of International Organizations and the Legal Nature of the Commentaries on the OECD Model Tax Convention*" in AA.VV., a cura di S. Douma e F. Engelen, *The Legal Status of the OECD Commentaries*, Amsterdam 2008.

BOBBIO, NORBERTO, *Stato, governo, società*, Torino, 1985, p. 58.

BODIN, JEAN, (1530-1596), nel trattato *Les six livres de la Republique* (1576).

BORIA, PIETRO, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, Milano, 1996.

BRACCO, PIETRO, *Tax Treaties and domestic law – Italy*, in Tax Treaties and Domestic Law, Amsterdam: IBFD publications, 2006, pp. 245 e segg.

BROOD, EGDAR A., Dual residence of companies, in *Intertax*, 1990, p. 22.

BRUNSCHOT VAN, FRANK J., The Judiciary and the OECD Model Tax Convention and its

Commentaries, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, p. 5.

BRUGGEN VAN DER, EDWIN, Unless the Vienna Convention otherwise requires: notes on the relationship between Article 3(2) of the OECD Model Tax Convention and Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, in *European Taxation*, 2003, p. 142.

BURGSTALLER, EVA – HASLINGER, KATHARINA, Place of effective management as a tie-breaker-rule : concept, developments and prospects, in *Intertax*, 2004, p. 376.

CANDIAN, AURELIO DONATO, voce "*Domicilio, residenza, dimora*", in Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile, Torino, 1991, p. 126.

CAPOLUPO, SAVERIO, La residenza fiscale, in *Il Fisco*, 1998, p. 13002.

CARBONE, SERGIO M., *"Le norme di diritto internazionale convenzionale"*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, I, p. 184;

CARMINE, CARLO – SPINA, FERDINANDO MARIA, Le partnership joint ventures e le convenzioni per evitare le doppie imposizioni, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 2001, p. 87

CARLI, CARLO CESARE, *Cooperazione internazionale tributaria*, in Enc giur. Treccani, IX, Roma, 1988, pag. 5.

CERRATO, MARCO. *La rilevanza del Commentario OCSE ai fini interpretativi: analisi critica dei più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in *Rivista di Diritto Tributario*, Parte V, Vol. XIX, gennaio 2009, pp. 11.

CHIARELLI, RAFFAELE., *Sovranità*, in *Nov.mo Digesto it.*, XVII, Torino, 1970, p. 1043.

CHRETIEN, MAXIME, *A la recherche du droit international fiscal commun*, Parigi, 1955.

CLERICI, ROBERTA, Cittadinanza, *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 116.

CONDORELLI, LUIGI, *Consuetudine internazionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, pag. 496

CONFORTI, BENEDETTO, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002. pag. 229.

CONFORTI, BENEDETTO, *"La specialità dei trattati internazionali eseguiti nell'ordine interno"*, in *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, II, Milano, 1978, p. 187.

CORABI, GIANPAOLO, Il trasferimento all'estero della sede dell'impresa, in *Corriere Tributario*, 2000, p. 1885.

CORDEIRO GUERRA, RICCARDO, Prime osservazioni sul regime fiscale delle operazioni concluse con società domiciliate in paesi o territori a bassa fiscalità, in *Rivista di Diritto Tributario*, 1992, I, p. 277.

COSTANZA, MARIA, voce "Domicilio" – II Domicilio, residenza e dimora - dir. civ., in Enc. giur. Treccani, 1991.

COUZIN, ROBERT, *Corporate Residence and International Taxation*, Amsterdam, 2002.

COVINO, SIMONE – LUPI, RAFFAELLO, «Sede dell'amministrazione», oggetto principale e residenza fiscale delle società, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 2005.

CRISTOFORI, GIANLUCA, La residenza delle società, in *Guida Normativa*, 1997, p. 9.

CROXATTO, GIAN CARLO, La tassazione del reddito derivante da attività internazionale nel quadro della riforma tributaria, in *Diritto e pratica tributaria*, 1972, I, p. 10.

CROXATTO, GIAN CARLO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1956 pagg. 21.

CROXATTO, GIAN CARLO, *in voce Diritto Internazionale Tributario, in Dig. Disc. Priv.*, vol. IV, IV ed. p. 642

AIGNER, DIETMAR – VETTER, TOBIAS, 'Autonomous' interpretation of tax treaties? Administrative court provides guidance, in *European Taxation*, 1998, p. 95.

D'ABRUZZO, GIOVANNI Gli aspetti controversi dei criteri di determinazione della residenza fiscale delle società delle società di capitali, in *Bollettino Tributario d'informazioni*, 2002, n. 4, p.263.

D'ALFONSO, GIANLUIGI, Il trasferimento all'estero di un'impresa: conseguenze fiscali e civilistiche, in *il fisco*, 2005, pag. 2064.

D'AMATI, N., Schema costituzionale dell'attività impositiva, in Dir. Prat. Trib., 1964.

DAMEN, STEPHAN, Netherlands Supreme Court rules on the residence of dual resident companies under tax treaties with third countries, in *Bulletin for international fiscal*

documentation, 2001, p. 290.

DASSESSE, MARC¸Obligation de reconnaissance des sociétés « boite aux lettres » : l'Arrêt Inspire Art, in *Revue Générale de fiscalité*, 2004, p. 5.

DELLA VALLE, EUGENIO, La soggettività delle *partnerships* nel Modello OCSE di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sul reddito: la prospettiva italiana, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2003, p. 753.

DODERO, ANNIBALE, Riforma fiscale – Residenza fiscale della società partecipata e rapporti tra interpelli, in *Corriere Tributario*, 2004, p. 3131.

DU TOIT, CHARL, in J. D. B. OLIVER – J. LIBIN – S. VAN WEEGHEL – C. DU TOIT¸ Beneficial Ownership, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, p. 320: "*The beneficial owner is the person whose ownership attributes outweigh that of any other person*".

ELLIS, MAARTEN J., The Judiciary and the OECD Model Tax Convention and its Commentaries – Response to Mr. Justice van Brunschot, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, p. 11.

ELLIS, MAARTEN J., The influence of the OECD Commentaries on treaty interpretation - Response to Prof. Dr Klaus Vogel, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, p. 617.

ENDRES, DIETER, The concept of group taxation: a global overview, in *Intertax*, 2003, p. 349.

FALSITTA, GASPARE, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 1999.

FALSITTA, GASPARE, *L'imposta confiscatoria*, in *Riv. Dir. Trib*., 2008, I, 105.

FANTOZZI, AUGUSTO, *Diritto Tributario*, Torino, 1991, pag. 156

FANTOZZI, AUGUSTO – MANGANELLI, ANDREA, *Qualificazione e determinazione dei redditi prodotti da imprese estere in Italia: applicabilità della normativa sui prezzi di trasferimento nei rapporti tra stabile organizzazione e casa madre*, in Studi in onore di Victor Uckmar, Tomo Primo, Padova, 1997, p. 401.

FANTOZZI, AUGUSTO -VOGEL, KLAUS, *Doppia Imposizione internazionale*, in *Dig. disc. priv. sez. comm*., Torino, 1990, V, p. 183.

FANTOZZI, AUGUSTO, *Diritto tributario*, Torino, 1997.

FEDELE, ANDREA, *Appunti delle lezioni di diritto tributario* (parte I), Torino, 2003, pag. 202

FERRARA, FRANCESCO, *Le persone giuridiche*, Torino, 1956.

FICARI, VALERIO, Profili applicativi e questioni sistematiche dell'imposizione "per trasparenza" delle società di capitali, in *Rassegna tributaria*, 2005, p. 38.

FRIEDMAN, MICHAEL – PIZALE, ALEXANDER – HUGHES, CHRIS, Wood v. Holden: clarifying the "central management and control" test, in Tax planning international review, p. 7.

GAFFURI, FRANCO, *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1967, p. 9.

GAFFURI, ALBERTO MARI,A *La tassazione dei redditi di impresa prodotti all'estero. Principi generali*, Milano, 2008, pag. 415

GAFFURI, ALBERTO MARIA – COVINO, SIMONE, Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società *holding*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2006, p. 77.

GALGANO, FRANCESCO, *Il nuovo diritto societario*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da Galgano, XIX, Padova, 2003, p. 65.

GALLI ,G.B. e MIRAULO, ANNA, *National Report – Italy*, Florence, IFA Congress in Cahiers de droit fiscal international, 1993, LXXVIIIa, p. 387

GALLIO, FABIO – TERRIN, GAETANO, Alcune problematiche di carattere contabile e fiscale che potrebbero sorgere a seguito del trasferimento in Italia della sede di una società, in *il fisco*, 2003, p. 3943.

GALLIO, FABIO, Il trasferimento della residenza fiscale in Italia secondo l'Agenzia delle Entrate: alcuni dubbi, in *il fisco*, 2006, p. 1022.

GALLO, ANDREA – LA ROSA, FABRIZIO, Concetto di residenza fiscale per le società, in *Contabilità finanza e controllo*, 1999, p. 739.

GARBARINO, CARLO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990.

GARBARINO, CARLO, *Manuale di tassazione internazionale*, IPSOA, 2005, p. 244

GENNEP VAN, CHRISTO J.A.M., Dual resident companies: the second sentence of art. 4(1) of the OECD Model Convention of 1977, in *European Taxation*, 1991, p. 141.

GIANNINI, ACHILLE DONATO, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956,

GIANNINI, ACHILLE DONATO, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1972.

GRANELLI, ANTONIO EMANUELE, Il presupposto dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche, in *Diritto e pratica tributaria*, 1973, I, p. 1133.

GUISO-GALLISAY, STEFANO, I principi generali del diritto tributario internazionale ed il concetto di residenza ai fini fiscali, in *Bollettino Tributario d'informazioni*, 1995, p. 168.

HATTINGH, P. JOHANN, Article 1 of the OECD Model: Historical and the Issues Surrounding, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2003, p. 215 e 546.

ENGELEN, FRANK, "*How "Acquiescenze" and "Estoppel" Can Operate to the Effect That the States Parties to a Tax Treaty Are Legally Bound to Interpret the Treaty in Accordance With the Commentaries on the OECD Model Tax Convention*" in AA.VV., a cura di S. Douma e F. Engelen, *The Legal Status of the OECD Commentaries*, Amsterdam 2008.

ENGELEN, FRANK, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, Amsterdam, 2004, p. 463.

ENGELEN, FRANK Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model, in *Bullettin for Internation Fiscal Documentation*, 2006, p. 105

HINNEKENS, LUC, Revised OECD-TAG definition of place of effective management in treaty tie-breaker rule, in *Intertax*, 2003, p. 314.

HINTSANEN, LARI – PETTERSSON, KENNET, Supreme Administrative Court rules on taxation of dual resident companies – Decision of the Supreme Administrative Court of 17 June 2003, in *European Taxation*, 2004, p. 192.

HUGHES, DAVID, Testing corporate tax residence in the U.K. High Court, in *Tax notes international*, 2005, p. 967.

HURK VAN DEN, HANS, Cross-Border Loss Compensation – The ECJ's Decision in Marks & Spencer and How It was Misinterpreted in the Netherlands, in *Bulletin for*

International Fiscal Documentation, 2006, p. 178.

IASCONE, EUPLIO, Il trasferimento in Italia di società estera ed il ruolo dell'elemento temporale ai fini dell'attribuzione della residenza fiscale: note a margine di una recente risoluzione, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2006, IV, p. 53.

KELSEN, HANS, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990, p. 22.

LA MEDICA, DOMENICO, voce "Residenza" – II Residenza e cittadinanza – dir. trib., in *Enc. giur. Treccani*, 1991.

LAMERS, AUKE W.G. – STEVENS, TON J.A., Classification Conflicts: the cross-border tax treatment of the profit share of limited partners, in *European Taxation*, 2004, p. 155.

LANG, MICHAEL, Later Commentaries of the OECD Committee on Fiscal Affairs, not to affect the interpretation of previously concluded tax treaties, in *Intertax*, 1997, p. 8.

LANG, MICHAEL, Double non-taxation, in *Cahier de droit fiscal International*, 2004, 89°.

LAVAGNA, CARLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, p. 63 e segg

LEHÉRISSEL, HERVÉ, The tax residence of companies, in *European Taxation*, 1999, p. 157.

LEO, MAURIZIO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 2006.

LUCARIELLO, NICOLA – LUPI, RAFFAELLO, La residenza in Italia tra collegamenti personali e collegamenti professionali (Cass. n. 7175/2004), in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 2005, p. 897.

LUPI, RAFFAELLO, Territorialità del tributo, in *Enc. Giur. Treccani*, 1994.

MAGNANI, CORRADO, I soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche, in *Diritto e pratica tributaria*, 1973, I, p. 1142.

MAISTO, GUGLIELMO, Le prime riflessioni dell'OCSE sulla tassazione del commercio elettronico, in *Rivista di Diritto Tributario*, 1998, IV, p. 47.

MAISTO, GUGLIELMO, Brevi riflessioni sul concetto di residenza di società ed enti nel diritto interno e convenzionale, in *Diritto e pratica tributaria*, 1988, I, pag. 1358.

MAISTO, GUGLIELMO, Iscrizione anagrafica e residenza fiscale ai fini dell'imposta sul

reddito delle persone fisiche., in *Rivista di diritto tributario*, 1998, IV, p. 129.

MAISTO, GUGLIELMO, *Modello di Convenzione fiscale sui redditi e sul patrimonio*, Giuffrè, Milano, 2004.

MAISTO, GUGLIELMO, The observations on the OECD Commentaries in the interpretation of tax treaties, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, p. 14.

MAFFEZZONI, FEDERICO, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970, p. 23.

MANCINI, PASQUALE STANISLAO, *Della nazionalità come fonte del diritto delle genti (Prolusione)*, Torino, 1851.

MANZITTI, ANDREA, Possesso di immobili in Italia da parte di società non residenti e "stabile organizzazione", in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1989, II, p. 18.

MANZITTI, ANDREA, Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società (Nota a Comm. centr., sez. VII, n. 4992/1996), in *Rivista di Diritto Tributario*, 1998, IV, p. 176.

MANZONI, I., *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965, 22;

MARESCA, M.. Alcune considerazioni sui criteri della residenza e del luogo di produzione del reddito, in AA.VV., *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, Padova, 1988

MARGIOTTA, GIUSEPPE, Il trasferimento della sede all'estero, in *Rivista del notariato*, 2004, p. 664.

MARINI, GABRIELE – LUPI, RAFFAELLO, Trasferimento di sede all'estero e rilevanza della "stabile organizzazione" ai fini della titolarità di reddito d'impresa, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 2005, p. 90.

MARINO, GIUSEPPE, La residenza delle persone giuridiche nel diritto tributario italiano e convenzionale, in *Diritto e pratica tributaria*, 1995, I, pag. 1444.

MARINO, GIUSEPPE, *L'unificazione del diritto tributario: tassazione mondiale verso tassazione territoriale*, in Studi in onore di Victor Uckmar, Tomo Primo, Padova, 1997, p. 843.

MARINO, GIUSEPPE, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999.

MARINO, GIUSEPPE, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Padova, 2008

MARINO, GIUSEPPE – MARZANO, MICHELE, *La residenza*, delle società e controllo tra schemi OCSE ed episodi giurisprudenziali interni (con postilla di R. Lupi), in Dialoghi Tibutari, 2008, p. 91 ss.

MARONGIU, GIANNI, Domicilio, residenza, dimora nel diritto tributario, in *Digesto*, 1990, p. 143

MARTHA, RUTSEL SILVESTRE J., *The Jurisdiction to Tax in International Law. Theory and Practice of legislative Fiscal Jurisdiction*, Deventer-Boston, 1989, pagg. 11.

MATTEOTTI, RENÉ, *Interpretation of Tax Treaties and Domestic General Anti-Avoidance Rules – A Sceptical Look at the 2003 Update to the OECD Commentary*, Intertax, Vol. 33, Issue 8/9, 336.

MAYR, SIEGFRIED, La doppia residenza fiscale nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, in *Corriere Tributario*, 1990, p. 905.

MAYR, SIEGFRIED – FORT, GIOVANNI, Imposte sui redditi - La residenza fiscale delle società: necessità di un cambiamento?, in *Corriere Tributario*, 2001, p. 2086.

MELIS, GIUSEPPE, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003.

MELIS, GIUSEPPE, La nozione di residenza fiscale delle persone fisiche nell'ordinamento tributario italiano, in *Rassegna Tributaria*, 1995, p. 1036

MELIS, GIUSEPPE, Profili sistematici del "trasferimento" della residenza fiscale delle società, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 2004, p.13.

MELIS, GIUSEPPE, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003.

MELIS, GIUSEPPE, Riflessioni intorno alla presunzione di residenza fiscale di cui all'art. 10 della L. 23 dicembre 1998, n. 448, in *Rassegna Tributaria*, 1999, p. 1077.

MELIS, GIUSEPPE, *Vincoli internazionale e norma tributaria interna*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, I, pag. 1113.

MELIS, GIUSEPPE , *La residenza fiscale dei soggetti Ires e l'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 73, commi 5*-bis *e* 5-*ter t.u.i.r.*, in Dir. e Prat. Trib., 2007, p.797.

MELOT, NICOLAS, *Essai sul la competence fiscale étatique*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2008, pag. 831.

MENDELSON, MAURICE, *The Subjective Element in Customary International Law*, in British Year Book of International Law, 1996, pag. 177.

MICCINESI, MARCO, Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale, in *Girur. Imp*., 2004, p. 481

MICHELI, GIAN ANTONIO, *Lineamenti della riforma tributaria*, Torino, 1972.

MICHELI, GIAN ANTONIO, Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1965, I, p. 220.

MICHELI, GIAN ANTONIO, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1984, pagg. 67

MIELE, LUCA, Trasferimento di residenza all'estero di un'impresa, in *Corriere tributario*, 2005, pag. 2209.

MIRAULO, ANNA, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990, pag. 11.

MONTUORI, NICOLA – PALMA, PIERCARLO, Il trasferimento di residenza all'estero tra presunte restrizioni alla libertà di stabilimento ed effettive esigenze di chiusura del sistema, in *il fisco*, 2005, p. 4700.

MONTUSCHI, LUIGI, *Articolo 43*, Commentario al codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1970, p. 9.

MOSCHETTI, FRANCESCO, *Il principio della capacità contributiva*, CEDAM, Padova, 1973, p. 23;

MOSCHETTI, FRANCESCO, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in PERRONE –BERLINI (a cura di), *Diritto Tributario e Coste costituzionale. 50 anni di Coste costituzionale*, Napoli, 2006, 39 e segg.;

MOZZARELLI, MICHELE, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*. Torino, 2007, pag. 236.

MULT, H. C., JACOBS, OTTO H, SPENGEL, CHRISTOPH, SCHÄFER, ANNA, ICT and international corporate taxation: tax attributes and scope of taxation, in *Intertax*, 2003, p.

214.

NASCIMBENE, BRUNO, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, pag. 27.

NOVARA, GAETANO, Residenza di enti e società nell'imposizione personale sui redditi, in *Bollettino Tributario d'informazioni*, 1990, p. 14.

OECD, *Model tax convention on income and on capital*, sesta ed., Parigi, 2005.

OECD, *Double taxation convention and the use of conduit companies*, in "Issues in International Taxation", n. 1, International tax avoidance and evasion, Four related studies, Parigi, 1987.

OECD, *The impact of the communications revolution on the application of "place of effective management" as a tie breaker rule – A discussion paper from the Technical Advisory Group on monitoring the application of existing treaty norms for the taxation of business profits*, 2001.

OECD, "*Triangular cases*", in "Issues in International Taxation", 1992.

OECD – TECHNICAL ADVISORY GROUP ON MONITORING THE APPLICATION OF EXISTING TREATY NORMS FOR TAXING BUSINESS PROFITS, *Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce ? Final report*, 2005.

OECD, *The application of the OECD model tax convention to partnerships*, Parigi, 1999.

OLIVER J. DAVID B. - LIBIN, JEROME B. - VAN WEEGHEL, STEF - DU TOIT, CHARL¸ Beneficial ownership, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, p. 310.

OLIVER J. DAVID B., Effective management, in *British Tax Review*, 2001, p. 289.

ORDINE DEI DOTTORI DI MILANO E LODI - COMMISSIONE PER I RAPPORTI INTERNAZIONALI, *Il trasferimento della sede sociale all'estero e dall'estero*, Milano, 1988, p. 33.

OWEN, PHILIP, Can effective management be distinguished form central management and control?, in *British Tax Review*, 2003, p. 296.

PAPOTTI, RAUL ANGELO, Treaty non-discrimination clauses in group consolidation situations, in *Intertax*, 2003, p. 320.

PERRONE, LEONARDO, Problemi vecchi e nuovi in materia di imposizione sul reddito delle società e degli enti non residenti, in *Rassegna tributaria*, 2001, pag. 1227.

PEZZUTO, GIANCARLO – SCREPANTI, STEFANO, *La verifica fiscale*, Milano, 2003.

PIAZZA, MARCO, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2004.

PIGNATONE, ROBERTO, Il possesso dei redditi prodotti in forma associata, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1982, I, p. 631.

PIJL, HANS, The definition of "beneficial owner" under Dutch law, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, p. 256.

PISANO, ROBERTO, *"Il rapporto tra norme interne, diritto convenzionale e diritto comunitario"*, in *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Milano, Egea, 1995, p. 419-420.

PISTONE, PASQUALE, Aspetti tributari del trasferimento di residenza all'estero delle persone fisiche, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2000, p. 240.

PIZZONI, BARBARA EMMA, Conflicts of qualification of share buy-backs, in *Intertax*, 2006, p. 10.

QURESHI, ASIF H., *The Freedom of a State to Legislate in Fiscal Matters under General International Law*, in Bullettin in International Taxation, I.B.F.D., 1987.

RAAD VAN, KEES, Triangular cases, in *European Taxation*, 1993, p. 298.

RAAD VAN, KEES, Dual residence, in *European Taxation*, 1988, p. 241.

RAAD VAN, KEES, Dual residence and the 1977 model treaty Article 4(1), second sentence, in *European Taxation*, 1990, p. 27.

RAAD VAN, KEES, 2008 OECD Model: operation and effect of Article 4(1) in dual residence issues under the updated commentary, in *Bulletin for international taxation*, 2009, p. 187-190.

RIGHINI, ALBERTO, Trasferimento della sede e mutamento della residenza fiscale in corso d'anno: l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate. La risoluzione n. 9/E del 17 gennaio 2006, in *il fisco*, 2006, p. 1950.

ROMANO, CARLO, The evolving concept of "place of effective management" as a tie-breaker rule under the OECD Model Convention and Italian law, in *European taxation*, 2001, p. 339.

RUSSO, PASQUALE, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1999.

RUSSO, RAFFAELE, The OECD approach to partnerships: some critical remarks, in *European Taxation*, 2003, p. 123.

RUSSO, RAFFAELE – PEDRAZZINI, EDOARDO, The only way out is the way through: taxation of partnerships in Italy, in *European Taxation*, 2005, p. 138.

SACCARDO, NICOLA, Considerazioni in materia di perdita e acquisto della residenza in corso d'anno, in *Rivista di diritto tributario*, 2000, IV, p. 63.

SACCHETTO, CLAUDIO, *Territorialità* (*dir. trib*.), in Enc. Dir., XLIV. Milano, 1992, pag. 304.

SACCHETTO, CLAUDIO, in *Le fonti del diritto tributario internazionale*, in Sacchetto-Alemanno (a cura di), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002.

SACCHETTO, CLAUDIO, La Corte di Giustizia Ce e i criteri formali e sostanziali nella imposizione dei soggetti non residenti negli Stati membri: un nuovo teorema di Fermat?, in *Riv. Dir. Trib. Int.* 1999

SACERDOTI, GIORGIO –MARINO, GIUSEPPE (a cura di), *Il commercio elettronico. Profili giuridici e fiscali internazionali*, Egea, Milano, 2001, p. 156

SANTA MARIA, ALBERTO, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970.

SASSEVILLE, JACQUE, *Court Decisions and the Commentary to the OECD Model Convention*, in AA.VV. a cura di G. Maisto, *Courts and Tax Treaty Law*, Amsterdam, 2007, p. 193,.

SASSEVILLE, JACQUE, The Meaning of “Place of Effective Management” in *Residence of Companies under tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, p. 293.

SCHIAVOLIN, ROBERTO, *I soggetti passivi*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, diretta da F. Tesauro, Torino, 1996, p. 49.

SCOGNAMIGLIO, GIULIANA, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003,* in Scognamiglio (a cura di), Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società, Milano, 2003, pag. 202.

SHALHAV, SARIG, The evolution of Article 4(3) and its impact on the place of effective management tie breaker rule, in *Intertax*., 2004, p. 460.

SIMONETTO, ERNESTO, *Delle società*, in Commentario al codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1976.

SKAAR, ARVID A., *Permanent establishment*, Deventer, 1991.

SHELTON, NED, *Interpretation and application of tax treaties*, London, 2004.

SMIT, PIM M., Classification of income under a tax treaty – application of the Vienna Convention on treaty law?, in *European Taxation*, 1992, p. 57.

SMIT, PIM M., Treaty residence of a company in a triangular situation: decision of the Supreme Court of 28 February 2001, in *European Taxation*, 2002, p. 155.

SMUSSI, GIANLUIGI, Trasferimento all'estero della residenza, in *Corriere Tributario*, 1999, p. 629.

SNEL, FREEK P.J. – MAS, CRISTIAN LUCAS, The classification of partnerships for tax purposes: a comparative analysis, in *European Taxation*, 2003, p. 367.

SOLER ROCH, MARÍA TERESA, Tax residence of the SE, in *European Taxation*, 2004, p. 11.

SOZZA, GUERRINO, L'Amministrazione conferma la natura non dissolutoria della società trasferita all'estero, in *il fisco*, 2006, p. 1901.

SPERDUTI, GUIDO, Sovranità territoriale, atti di disposizione di territori ed effettività in diritto internazionale, in *Riv. Dir. Int.*, 1959, pagg. 401 e ss.

STEVANATO, DARIO, *Prova dell'esterovestizione e luogo di effettuazione delle notifiche: viene prima l'uovo o la gallina?* in GT - Riv. giur. trib., 2008, p. 429.

STEVE, S., Sulla tutela internazionale della pretesa tributaria, in *Riv. Dir. Fin*., 1940, pag. 256.

STROZZI, GIROLAMO, *Il diritto dei trattati*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 59

TABELLINI, PAOLO M., voce "Persone giuridiche (imposta sulle)", in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1983.

TAVORMINA, CARLO, Il concetto di residenza ai fini fiscali e la stabile organizzazione, in *il fisco*, 1993, p. 7819.

THIONE, MARCO, *L'esterovestizione societaria: disciplina sostanziale e profili operativi*, Il Fisco n. 4 del 25 gennaio 2010.

TOMBARI, UMBERTO, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in Giur. comm., 2004, I, p. 61.

THIRLWAY, HUGH, *The Role of the International Law Concepts of Acquiescence and Estoppel*, in AA.VV., a cura di S. Douma e F. Engelen, *op. cit*, pp. 29-49

THURONYI, VICTOR (a cura di), *Tax law design and drafting*, Washington, 1998.

UCKMAR, VICTOR, L'imposta sul reddito delle persone giuridiche, in *Diritto e pratica tributaria*, 1974, I, p. 93.

UCKMAR, VICTOR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955.

UDINA, MANLIO, *Il Diritto internazionale tributario*, in Trattato di diritto internazionale a cura di P. Fedozzi e S. Romano, Vol. X, Padova, 1949.

VALENTE, PIERGIORGIO, *Esterovestizione e eterodirezione: equilibri(smi) tra sede di direzione e coordinamento, direzione unitaria e sede di direzione effettiva*, Riv. Dir. Trib. 2010

VALENTE, PIERGIORGIO *Residenza ed esterovestizione. Profili probatori e schema multi-test*, Il Fisco n. 22/ 2008.

VALENTE, PIERGIORGIO -CARACCIOLI, IVO, *Ancora su residenza ed esterovestizione: ulteriori considerazioni sulle sentenze della Comm. trib. prov. di Belluno*, in Riv. Dir. Trib., 2008, III, 124

VALZER, A., *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in Abbadessa-Portale (diretto da), Il nuovo diritto delle società, Torino 2007, III, 876

VANN, RICHARD, "Liable to tax and company residence under tax treaties", *Sydney Law School -Legal Studies Research Paper*, 2010,

VANONI, EZIO, *Elementi di diritto tributario in opere giuridiche* (raccolta curata da Forte-Longobardi), II, Milano, 1962, 475

VIAL, ENNIO**,** I vantaggi della doppia residenza delle società in caso di flussi transnazionali di reddito, in *il fisco*, 2005, n. 33, p. 5178.

VISMARA, FABRIZIO, *Profili internazionali dell'imposizione tributaria*, Milano, 2004

VITTA, EDOARDO, *Personlità e territorialità della legge (diritto internazionale privato)*, in *Nov.mo dig. it.*, XII, Torino, 1965, pag. 1140.

VITTA, EDOARDO, *Diritto internazionale privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, pag. 141.

VOGEL, KLAUS, "State of Residence" may as well be "State of Source" – There is no Contradiction, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, p. 420.

VOGEL, KLAUS, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, terza ed., The Hague – London – Boston, 1997.

VOGEL, KLAUS, The influence of the OECD Commentaries on treaty interpretation, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, p. 612.

XAVIER, ALBERTO, Il problema delle qualificazioni nel diritto tributario internazionale, in *Rivista di Diritto Tributario*, 1994, I, p. 523.

WARD, DAVID A. ET AL., A resident of a Contracting State for tax treaty purposes: a case comment on Crown Forest Industries, in *Canadian Tax Journal*, 1996, p. 408.

WARD, DAVID A., *The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process*, in Bulletin for International Fiscal Documentation, 2006, p. 100

WARD, DAVID A., *The interpretation of income tax treaties with particular referenced to the commentaries on the OECD Model*, Kingston (Ontario), IFA 2005, cap. 6.

WATTEL, PETER. J. – MARRES, OTTO, The legal status of the OECD Commentary and static or ambulatory approach of tax treaties, in *European Taxation*, July/August 2003, 222.

ZIZZO, GIUSEPPE, Reddito delle persone giuridiche (imposta sul), in *Riv. dir. trib.*, 1994; I, p. 650