

The logo features the letters 'LED' in a large, white, serif font. A small orange circle is positioned between the 'L' and 'E'. Below the letters is a thin orange horizontal line.

LED

The logo consists of a small icon of three dots arranged in a triangle, followed by the word 'TAXAND' in a white, sans-serif font.

❖ TAXAND

Parte I

La residenza fiscale delle società ed
enti e l'esterovestizione

17.10.2019

LA RESIDENZA FISCALE DEI SOGGETTI IRES

La residenza fiscale dei soggetti IRES

Sono residenti le società o enti che hanno per la maggior parte del periodo d'imposta nel territorio dello Stato

Sede
legale

Sede
dell'amministrazione

Oggetto principale
dell'attività

Art. 73, comma 3 TUIR

«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»

La sede legale

- La sede legale rappresenta un criterio essenzialmente formale ed è facilmente identificabile facendo riferimento all'atto costitutivo ed allo statuto del soggetto di riferimento.
- Se la sede è costituita all'estero, la condizione non è verificata.
- Chiaramente, come affermato da Cass., sez. pen., 3 febbraio 2012, n. 7080, il criterio mostra dei limiti evidenti atteso che la sede indicata nell'atto costitutivo o nello Statuto potrebbe rivelarsi fittizia.

La sede dell'amministrazione

- La sede dell'amministrazione è da intendersi localizzata nel luogo dal quale provengono gli impulsi volitivi inerenti l'attività sociale e quindi dove:
 - ✓ l'organo amministrativo esercita stabilmente le proprie funzioni per la gestione unitaria dell'attività sociale;
 - ✓ vengono assunte le decisioni strategiche concernenti l'attività sociale;
 - ✓ si forma la *voluntas* del soggetto.
- È il luogo quindi dove, abitualmente, si incontrano gli amministratori per definire le linee direttive, svolgere l'attività amministrativa, convocare le assemblee ed, in generale, organizzare e dirigere la gestione sociale dell'ente.
- Si deve intendere nel luogo in cui si fondano, **di fatto**, le decisioni attinenti alla gestione della società o dell'ente a prescindere dal luogo in cui le stesse sono formalizzate.
- Individuazione della sede dell'amministrazione impone una analisi orientata al principio substance over form.

La sede dell'amministrazione

- **Cass. Pen., Sez. III, 23 febbraio 2012, n. 7080:**
*«Elemento individualizzante è il luogo da cui effettivamente provengono gli impulsi volitivi inerenti l'attività societaria, cioè il luogo in cui si esplicano la direzione e il controllo di detta attività; in particolare, qualora gli amministratori risiedano all'estero, ma **svolgano le proprie funzioni a mezzo di procuratori operanti in Italia**, si dovrà individuare in Italia il luogo della concreta messa in esecuzione da parte dei predetti procuratori delle direttive ad essi impartite e, quindi la residenza fiscale societaria».*
- **Cass. Civ., Sez. VI, 22 novembre 2012, n. 20640:**
*occorre individuare «**il centro dell'attività direttiva, amministrativa od organizzativa dell'impresa e di coordinamento dei fattori produttivi**, senza che rilevi il luogo in cui l'impresa svolge l'attività di produzione, qualora non coincida con quello in cui svolge l'attività organizzativa».*
- **Cass. Civ., sez. V, 7 febbraio 2013, n. 2869**
*«La nozione di "sede dell'amministrazione", infatti, in quanto contrapposta alla "sede legale", deve ritenersi coincidente con quella di "sede effettiva" (di matrice civilistica), intesa come il luogo ove **hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee**, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento - nei rapporti interni e con i terzi - degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e dell'impulso dell'attività dell'ente».*

La sede dell'amministrazione

- Elementi idonei a provare l'esterovestizione:
 - ✓ sovrapposizione amministratori della controllante e della controllata e svolgimento attività principalmente in Italia (Comm. Trib. reg. Perugia, 01/10/2013, n. 152)
 - ✓ conto corrente bancario della società estera con firma di un dipendente della controllante italiana (Comm. Trib. reg. Firenze, 12/01/2012, n. 1)
 - ✓ la società estera si rivolge direttamente agli amministratori della controllante per la risoluzione dei più rilevanti problemi gestionali (Comm. Trib. reg. Firenze, 12/01/2012, n. 1)
 - ✓ amministratori della società estera utilizzano uffici in Italia (Comm. Trib. reg. Bari, 16/09/2008, n. 72)
 - ✓ rinvenimento di documenti amministrativi e contabili della società estera in Italia (Comm. Trib. reg. Bari, 16/09/2008, n. 72)
 - ✓ documentazione attestante una ripetuta gestione in Italia (es. fatturazione svolta dall'Italia; tenuta bilanci in Italia) (Comm. Trib. reg. Bari, 16/09/2008, n. 72)
 - ✓ non rileva il luogo di residenza fisica degli amministratori della società estera (Comm. Trib. prov. Treviso, 16/10/2012, n. 91)

La sede dell'amministrazione

I GRUPPI SOCIETARI

Attività di direzione e coordinamento

Vs

Eterodirezione

- Quale la sede dell'amministrazione delle controllate se le decisioni strategiche vengono adottate dalla controllante?
- Se, da un lato è normale una parziale compressione dei poteri degli amministratori, che non comporta ipotesi di c.d. eterodirezione laddove la controllata mantenga autonomia decisionale **nell'operatività della società e nella strategia aziendale di breve termine**, dall'altro si deve individuare fino a che punto tale ingerenza sia fisiologica e non determini l'attrazione della residenza della controllata nello Stato della controllante.
- La conformità delle decisioni della controllata alle politiche di gruppo decise a livello di controllante non implica ex se che la sede dell'amministrazione sia localizzata nello Stato di residenza della controllante.

I GRUPPI SOCIETARI

- Comm. Trib. Reg. Firenze, 18 gennaio 2008, n. 61
«L'esistenza di un penetrante controllo di una società nei confronti di altra e perciò l'assoggettamento della società controllata costituisce fenomeno ben diverso dallo svolgimento delle attività di gestione amministrativa della società controllata»
*«In sostanza **non si può configurare la collocazione della sede amministrativa di una società presso un'altra soltanto perché fra le due società vi è uno stretto collegamento**, che riguarda essenzialmente il coordinamento delle rispettive attività e finalità»*
- Cass. Pen., Sez. III, 24 luglio 2013, n. 32091:
*«laddove vi sia una controllante italiana di una controllata estera, il superamento dell'accusa di esteroinvestizione suppone, anzitutto (condizione necessaria ma non sufficiente) che il **board della società capogruppo sia sostanzialmente diverso da quelli della società controllata**».*
- Cass., Sez. trib., 21 dicembre 2018, n. 33234
Caso D&G → si veda dopo per analisi completa.

L'oggetto principale

Art. 73, comma 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».

- Non determinante l'attività menzionata nello statuto sociale, ma l'attività effettivamente esercitata dalla società o ente per il raggiungimento dello scopo sociale (cfr. Cass. Civ., 9 giugno 1988, n. 3910, Circ. 28/E del 4 agosto 2006 e Circ. GDF 1/2008 del 29 dicembre 2008).
- Criterio che necessita di una indagine sostanzialistica.
- Attività essenziali per realizzare direttamente gli scopi primari dell'ente.
- Non necessariamente si identifica nel luogo in cui sono localizzati gli assets del soggetto interessato.

L'oggetto principale

HOLDING

- L'oggetto principale di una holding non sono le partecipazioni in quanto tali ma l'attività di gestione delle medesime.
- **Cass. Civ., Sez. Trib., 11 giugno 2007, n. 13759**
«la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa in Italia [...] non può essere desunta in via di presunzione semplice, in ragione della sola esistenza di un controllo societario atteso che tale presunzione [...] costituisce una presunzione semplice e abbisogna [...] di un adeguato riscontro».
- **Cass. Civ., Sez. V, 28 dicembre 2016, n. 27112**
occorre verificare **«il luogo di effettiva adozione delle decisioni direttive, amministrative e di coordinamento delle partecipazioni possedute dalla società madre percipiente, secondo l'attività tipica di holding da quest'ultima esercitata».** Per le holding di pura partecipazione, *«i suddetti requisiti non possono essere esclusi per il solo fatto della mancanza di una significativa struttura organizzativa; della esiguità di costi gestionali e di crediti operativi; della mancata fatturazione di servizi gestionali favore della società figlia erogante».*

La nozione di residenza nella disciplina convenzionale

Art. 4(1) : «*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 as well as a recognised pension fund of that State. 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*».

- Non esiste un criterio di collegamento sovranazionale.
- Applicazione dei criteri di collegamento previsti dalle normative domestiche.
- Un soggetto potrebbe risultare residente in più Stati → *tie breaker Rule OCSE*

La nozione di residenza nella disciplina convenzionale

New Art. 4(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.».

Old Art. 4 (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 only of the State in which its place of effective management is situated».

La nozione di residenza nella disciplina convenzionale

- Il nuovo Commentario al Modello adotta un approccio di tipo casistico e chiarisce che – al fine di determinare la residenza di una società – le autorità fiscali debbano tenere in considerazione vari fattori tra cui:
 - ✓ luogo in cui si tengono i consigli di amministrazione;
 - ✓ luogo in cui il CFO e i senior executives svolgono la propria attività;
 - ✓ luogo in cui i dirigenti esercitano le funzioni di ordinaria amministrazione;
 - ✓ lo Stato le cui leggi governano la forma legale della società;
 - ✓ luogo in cui sono tenuti i libri contabili.
- Il nuovo Commentario, tuttavia, sottolinea come gli Stati contraenti rimangano comunque liberi di mantenere la formulazione originaria ed il riferimento al criterio del PoEM.
- Il criterio dirimente rimane comunque quello del PoEM, posto che i fattori che gli Stati contraenti devono tenere in considerazione ne rispecchiano gli elementi principali.
- La vera novità è rappresentata dal meccanismo di collaborazione tra gli Stati che dovranno determinare la residenza fiscale delle entità diverse dalle persone fisiche con un *mutual agreement*.

L'ESTEROVESTIZIONE

L'esterovestizione

- **Esterovestizione:** fittizia localizzazione della residenza fiscale di una società all'estero, in particolare, in un Paese con un trattamento fiscale maggiormente vantaggioso di quello nazionale con lo scopo di sottrarsi al più oneroso regime fiscale nazionale (Cass. 07/02/2013, n. 2869).
- **Esterovestizione di fatto:** si configura allorquando sia possibile ravvisare nel territorio italiano la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale della società estera → in tali casi, la residenza fiscale estera di quest'ultima viene considerata fittizia.
La prova circa la sussistenza della residenza in Italia e non all'estero è a carico dell'Amministrazione finanziaria.
- **Esterovestizione di diritto** disciplinata dall'art. 73 comma 5 *bis* del TUIR.
In questo secondo caso è il soggetto estero che deve vincere la presunzione di residenza in Italia.

L'esterovestizione

Art. 73, co. 5-bis: salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che

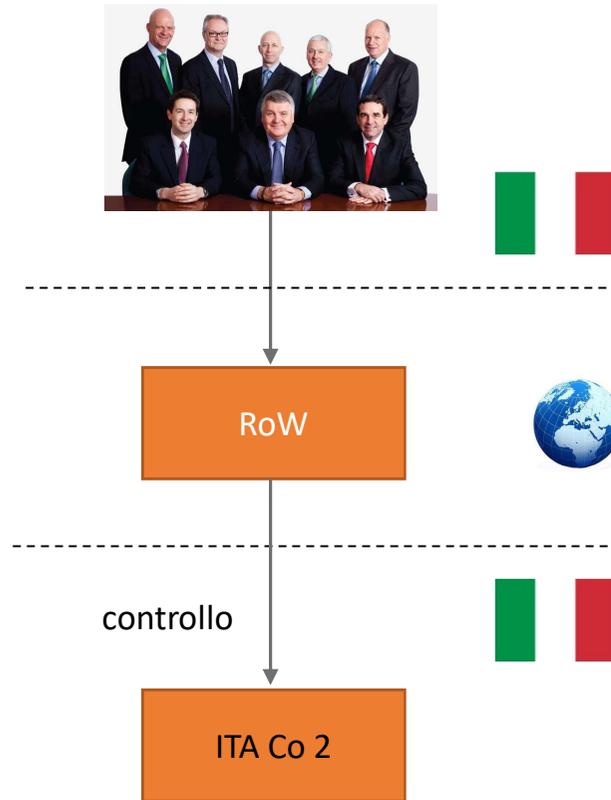
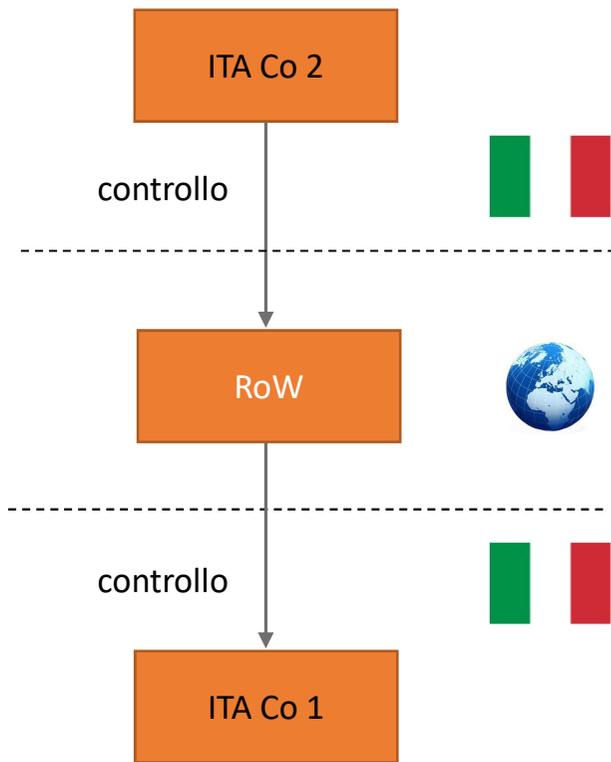
detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, in società ed enti residenti

ALTERNATIVAMENTE

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

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

L'esterovestizione

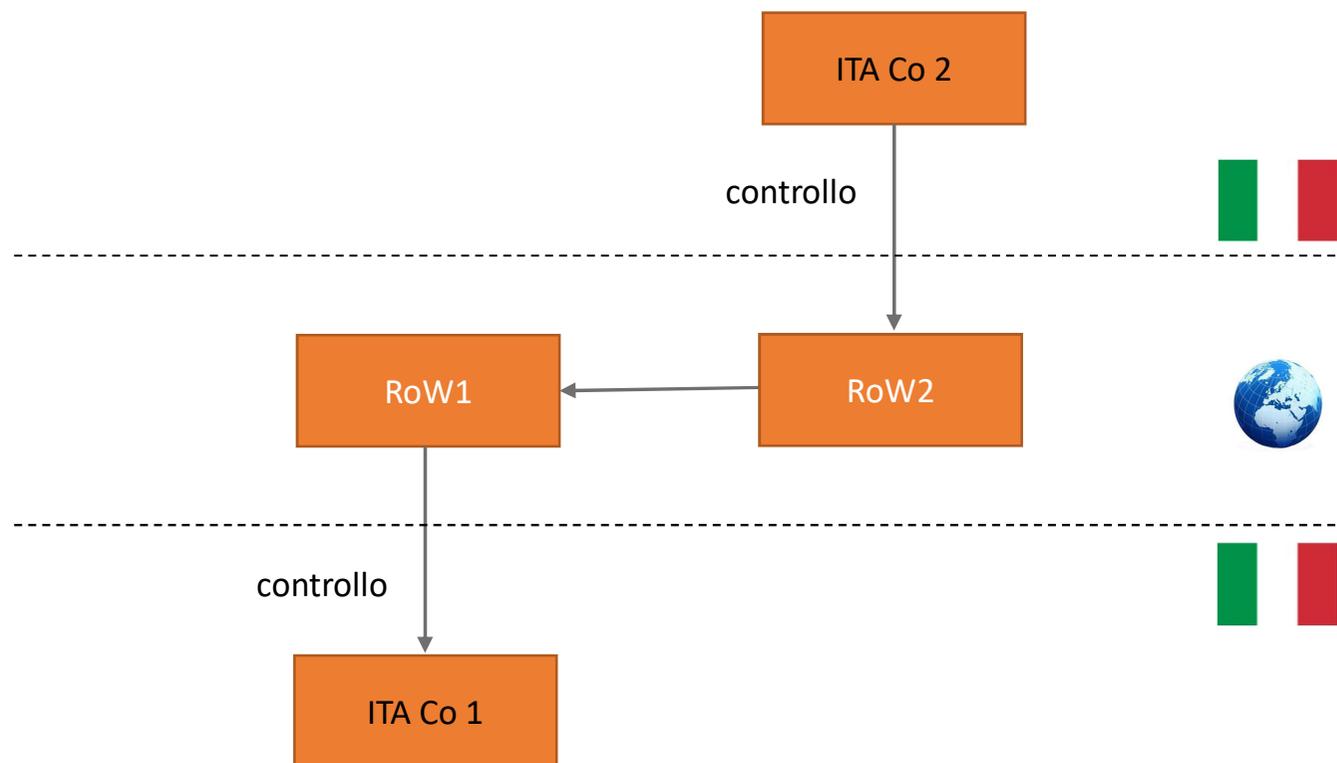


L'esterovestizione

- **La nozione di controllo**

- ✓ Controllo esercitato dalle entità estere sui soggetti residenti in Italia:
 - controllo diretto richiedendo, testualmente, la norma il possesso di una partecipazione di controllo. Cfr. Circolare AdE n. 28/2006.
- ✓ Controllo esercitato da parte di soggetti residenti in Italia sulle entità estere:
 - nessun riferimento al potere partecipativo → la nozione di controllo risulta più ampia e occorrerà riferirsi ai tre casi disciplinati dall'articolo 2359, 1° comma, c.c. (condizione verificate anche nell'ipotesi di controllo contrattuale).
 - Può essere esercitato anche da persone fisiche → si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'art. 5-bis TUIR ossia, coniuge, ai parenti entro il terzo grado ed agli affini entro il secondo grado.
 - Poiché può essere di natura indiretta → la presunzione di residenza è in grado di attrarre nel proprio ambito applicativo non solo la società estera che detiene direttamente le partecipazioni di controllo in soggetti italiani ma anche tutte le altre società estere intermedie purché detengano partecipazioni di controllo in soggetti residenti nel nostro Paese in ragione della presunzione fiscale qui analizzata.

L'esterovestizione



L'esterovestizione

- **Le conseguenze**

- ✓ Riconoscimento dei ricavi non dichiarati ai fini delle imposte dirette (IRES ed IRAP).
- ✓ Contestazione del mancato assolvimento degli obblighi di sostituzione d'imposta.
- ✓ Contestazione dei mancati adempimenti in materia di Imposta sul Valore Aggiunto tra cui i) l'applicazione dell'IVA sulle operazioni rilevanti nel territorio italiano; ii) la constatazione di irregolarità circa la tenuta della contabilità obbligatoria ai fini fiscali.
- ✓ La norma secondo l'Agenzia delle Entrate produce effetti anche sostanziali e non meramente procedurali (Risoluzione 30 ottobre 2008, n. 409/E – possibilità di esercizio dell'opzione per il regime del consolidato fiscale).
- ✓ **Penalmente:** omessa presentazione della dichiarazione dei redditi e IVA, art. 5 del d. lgs. 74/2000 → Cass. Pen., Sez. III, 9 ottobre 2015, n. 43809: poiché tale reato integra una condotta caratterizzata dal dolo specifico per il quale occorre dimostrare la volontà di mettere in pratica l'operazione nella consapevolezza di violare divieti di natura fiscale, al precipuo fine di evadere le imposte, l'attività d'indagine deve eseguirsi secondo le regole del procedimento penale e non, invece, tramite le presunzioni tipiche del processo tributario.

L'esterovestizione

- **La prova contraria**

- ✓ Non è possibile ottenere un interpello preventivo in quanto si tratta di una questione di mero fatto.
- ✓ L'oggetto della prova è la dimostrazione che la sede dell'amministrazione non è localizzata in Italia.
- ✓ Note nn. 39678 del 19/03/2010 e 157346 del 20/12/2010 dell'AdE emanate a fronte dell'indagine condotta dalla Commissione Europea concernente i profili di illegittimità comunitaria della norma. La prova contraria può attenersi:
 - ✓ **regolare e periodico svolgimento delle riunioni del CdA all'estero** (delibere del CdA prese all'estero, biglietti aerei, ricevute di alberghi che attestano gli spostamenti dei consiglieri dall'Italia);
 - ✓ **effettività della gestione sociale da parte dei membri del CdA** (documentazione comprovante progetti ed interventi diretti degli amministratori, volti a migliorare la *performance* della società estera). La domiciliazione della società estera presso società di servizi e studi legali potrebbe rappresentare un indice di esterovestizione;
 - ✓ **effettivo svolgimento all'estero della gestione operativa della società** (direttive interne, contratti di natura commerciale o finanziaria, altri documenti che integrano le trattative commerciali cui è orientata la strategia aziendale, documentazione comprovante il corretto adempimento degli obblighi fiscali nello Stato estero, nonché qualsiasi altro documento che provi che gli atti di gestione e l'attività negoziale sono stati posti in essere a livello locale e che i dirigenti locali godono di autonomia nell'organizzazione del personale, nelle decisioni di spesa e nella stipula dei contratti).
 - ✓ il **certificato di residenza fiscale** rappresenta un elemento probatorio rilevante ma non sufficiente ai fini della dimostrazione della non-residenza in Italia. Esso, dunque, necessita di ulteriori mezzi di prova, di natura fattuale.

Il caso “Dolce & Gabbana”

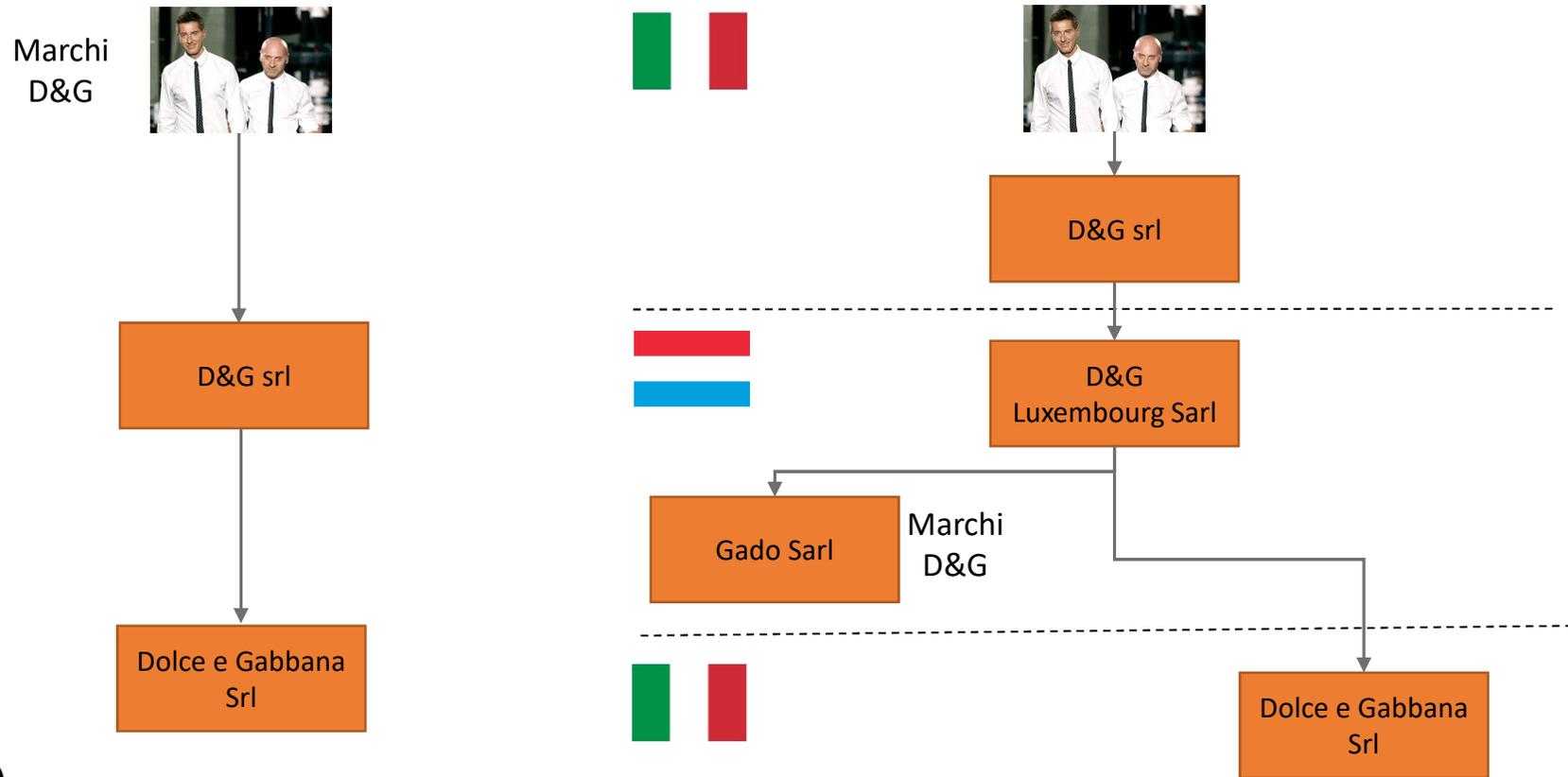
Fattispecie:

- i due stilisti cedono i marchi alla società lussemburghese Gado Sarl;
- la Gado Sarl concede alla Dolce e Gabbana Srl l'utilizzo dei marchi, a fronte del pagamento di royalties in percentuale al fatturato;
- le royalties venivano tassate in Lussemburgo con l'aliquota del 4% a seguito di apposito ruling, mentre nella struttura ante 2004 i redditi derivanti dalle royalties erano tassati in capo ai due stilisti in Italia.

Contestazione in sede tributaria:

- esterovestizione della Gado Sarl, finalizzata a trasferire in Lux il reddito imponibile costituito dalle royalties;
- abuso del diritto e valutazione non congrua del valore del marchio con conseguente rettifica della plusvalenza da cessione in capo ai due stilisti

Il caso “Dolce & Gabbana”



Il caso “Dolce & Gabbana”

1° Parte:

- la Cassazione tratta della libertà di stabilimento e del suo abuso, alla luce dei principi stabiliti dalla giurisprudenza della ECJ, in particolare nella sentenza *Cadbury Schweppes* (C-196/04)
 - ✓ Esterovestizione è da intendersi come «**fittizia localizzazione** della residenza fiscale di una società all'estero, in particolare in un Paese con un trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale, **allo scopo, ovviamente, di sottrarsi al più gravoso regime nazionale**»
 - ✓ «la circostanza che una società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per sé stessa un abuso di tale libertà; tuttavia, una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa se concerne **specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato**», e
 - ✓ «quel che rileva, ai fini della configurazione di un abuso del diritto di stabilimento, non è accertare la sussistenza o meno di ragioni economiche diverse da quelle relative alla convenienza fiscale, ma accertare se il trasferimento in realtà vi è stato o meno, se, cioè, **l'operazione sia meramente artificiosa [...], consistendo nella creazione di una forma giuridica che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica**».

Il caso “Dolce & Gabbana”

2° Parte:

- la Cassazione si occupa dei fattori che identificano la residenza delle società, così come delineati nella legislazione italiana
 - ✓ La nozione di sede dell'amministrazione di cui all'art. 73, comma 3, *“in quanto contrapposta alla ‘sede legale’, deve ritenersi coincidente con quella di sede effettiva (di matrice civilistica), intesa come il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento – nei rapporti interni e con i terzi - degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e dell'impulso dell'attività dell'ente».*

3° Parte:

- la Cassazione affronta il caso in esame
 - ✓ *«in caso di società con sede legale estera controllata ai sensi dell'art. 2359 c.c. comma 1, **non può costituire criterio esclusivo di accertamento della sede della direzione effettiva l'individuazione del luogo da cui partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative qualora esso si identifichi con la sede (legale o amministrativa) della società controllante italiana»** essendo «necessario accertare anche che la società controllata estera **non sia una costruzione di puro artificio, ma corrisponda ad un'entità reale che svolge effettivamente la propria attività».***

Il caso “Dolce & Gabbana”

DOPPIA NOZIONE DI RESIDENZA

- ordinaria, centrata sulla sede dell'amministrazione, riguardante le società non sottoposte ad attività di direzione e coordinamento.
- speciale, centrata sulla effettività dell'insediamento, per quelle soggette ad attività di direzione e coordinamento.
 - Cass. Pen., Sez. III, 9 ottobre 2015, n. 43809: «*in caso di società controllate, i **criteri** per ricondurre in Italia i redditi prodotti all'estero sono **ulteriori e diversi** da quelli tradizionalmente elaborati dalla giurisprudenza per localizzare la sede amministrativa ed individuare il domicilio fiscale*»
 - «*Il legislatore fiscale in questi casi, non potendo prescindere da un fenomeno economico preesistente, [...] non potendo dunque far ricorso alla provenienza dell'impulso volitivo, ha fatto ricorso a criteri diversi o comunque integrativi di natura oggettiva quali **l'esercizio effettivo dell'attività industriale o commerciale o la non artificiosità dell'insediamento estero volto a conseguire vantaggi fiscali indebiti***»

The logo features the letters 'LED' in a large, white, serif font. A small orange circle is positioned between the 'L' and 'E'. Below the letters is a thin horizontal line.

LED

The logo consists of a small icon of three dots arranged in a triangle, followed by the word 'TAXAND' in a white, sans-serif font.

TAXAND

Parte II

La stabile organizzazione e la *branch exemption*

17.10.2019



LA STABILE ORGANIZZAZIONE

La stabile organizzazione

- Importanza della definizione di PE nel diritto interno:
 - ✓ i non residenti sono assoggettati ad imposta soltanto in presenza di redditi che presentino collegamenti con il territorio (art. 23 TUIR).
 - ✓ per il reddito d'impresa, il criterio di collegamento è quello dell'attività esercitata mediante PE. In mancanza di PE, l'impresa non residente è assoggettata ad imposizione in base al principio del trattamento isolato dei redditi (art. 151, c. 3, TUIR).
- Reddito d'impresa dei soggetti non residenti soggetto a tassazione in Italia se:



La stabile organizzazione: le novità

- Le modifiche in tema di PE (Legge di Bilancio 2018):
 1. Nuova fattispecie di PE «materiale» (art. 162, co. 2, lett. f-bis)
 2. Estensione della condizione del carattere preparatorio o ausiliario a tutte le fattispecie della «*Negative list*» (art. 162, co. 4 e 4-bis)
 3. Inserimento della c.d. «*Anti-fragmentation Rule*» (art. 162, co. 5)
 4. Ampliamento del presupposto applicativo della PE personale (art. 162, co. 6 e 7)
 5. Definizione di «strettamente correlato» (art. 162, co. 7-bis)
- Nozione domestica di PE sostanzialmente adeguata al nuovo art. 5 Modello di Convenzione OCSE (che riflette *BEPS Action 7*).

La stabile organizzazione: le novità

<i>MLI</i>	<i>Modello OCSE 2017</i>	<i>MLI position ITA</i>	<i>Nuovo TUIR</i>
Art. 12 – <i>Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status through Commissionaire Arrangements and Similar Strategies</i>	Art. 5, par. 5 e 6	n.a.	Art. 162, co. 6 e 7
Art. 13 – <i>Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status through the Specific Activity Exemptions</i>	Art. 5, par. 4 e 4.1	Estensione carattere preparatorio o ausiliario a tutta « <i>Negative list</i> » + <i>Anti-Fragmentation Rule</i>	Art. 162, co. 4, 4-bis e 5
Art. 14 – <i>Splitting-up of Contracts</i>	Commentario Art. 5, par. 52	n.a.	n.a.
Art. 15 – <i>Definition of a Person Closely Related to an Enterprise</i>	Art. 5, par. 8	Rileva solo per modifiche ex Art. 13 MLI	Art. 162, co. 7-bis

La stabile organizzazione materiale

- PE MATERIALE: sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività nel territorio dello Stato
- Presupposti della PE materiale (Commentario OCSE):
 - ✓ Place of business:
 - i. un locale o, in certi casi, anche un complesso di macchinari e attrezzature;
 - ii. anche in assenza di locali. È sufficiente avere a disposizione un determinato spazio;
 - iii. anche all'interno dei locali di un'altra impresa.
 - ✓ At the disposal:
 - i. Necessità che lo spazio sia a disposizione dell'impresa non residente (v. esempio dell'imbianchino, par. 17 Commentario OCSE).
 - ii. irrilevanza del titolo giuridico (proprietà, locazione, comodato, ...), e anche se il titolo è illecito.
 - ✓ Effective power to use: la sola presenza non è sufficiente.
 - ✓ Fixed: la sede deve essere situata in un luogo e con un certo grado di permanenza nello spazio e nel tempo. La fissità va valutata:
 - i. dal punto di vista oggettivo: connessione col territorio e grado di durata nel tempo.
 - ii. dal punto di vista soggettivo: volontà di costituire la sede fissa.
 - ✓ Svolgimento dell'attività per mezzo della sede fissa (strumentalità della sede).
 - ✓ Non ricadere nella «negative list» (si veda dopo)

Nuova fattispecie di PE «materiale»

- Art. 162, co. 2, lett. f-bis T.U.I.R. (Nessuna corrispondenza con art. 5 Modello OCSE):

Costituisce PE «una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costituita in modo da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio dello stesso»

- Natura e ambito applicativo:
 - i. Nuova ipotesi di PE** fondata su un differente criterio di collegamento, sulla scia del *BEPS Action 1* e della Proposta di Direttiva Europea n.147 del 21 marzo 2018 → tuttavia, mancanza di indicazione dei fattori che integrino la «significativa e continuativa presenza economica»;
 - ii. Norma anti-abuso** finalizzata a contrastare strategie idonee a mascherare la presenza fisica in Italia
Cfr. Circolare Assonime n. 15/2018: «[...] ... ipotesi ... di ... “camuffamento” della presenza fisica (attraverso, ad esempio, un team deal di persone che agiscono per essa) o quelle in cui la presenza fisica si assume essere, solo apparentemente, “leggera” e “non qualificata” (come nel caso di una subsidiary che svolga, apparentemente, attività a scarso valore aggiunto)».

Se natura anti-elusiva, applicazione anche in presenza di DTT che non prevedono tale fattispecie di PE

Le modifiche alla “Negative list”

- La lista negativa contiene ipotesi di attività che non costituiscono PE. La ragione di tale esclusione è che questo tipo di sedi fisse, anche se contribuiscono alla produttività dell'impresa, difficilmente danno luogo a profitti calcolabili con precisione.
- Attività svolte in Italia da un'impresa non residente e ricomprese nella «Negative List»:
 - a) l'uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;
 - b) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;
 - c) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;
 - d) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa;
 - e) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dello svolgimento, per l'impresa di ogni altra attività;
 - f) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e).

a condizione che, **singolarmente o nel loro complesso**, abbiano **carattere preparatorio o ausiliario**. Nella versione precedente il riferimento al carattere preparatorio o ausiliario era alle sole lettere e) ed f).

Le modifiche alla “negative list”

- Commentario OCSE, par. 60

*«an activity that has a **preparatory character** is one that is carried on in **contemplation of the carrying on of what constitutes the essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole**»*

*«an activity that has an auxiliary character [...] generally corresponds to an activity that is **carried on to support, without being part of, the essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole**. It is unlikely that an activity that requires a significant proportion of the assets or employees of the enterprise could be considered as having an auxiliary character»*

Commentario OCSE, par. 61: **Esempio Amazon**

*«Whether the activity carried on at such a place of business has a preparatory or auxiliary character **will have to be determined in the light of factors that include the overall business activity of the enterprise**. Where, for example, an enterprise of State R maintains in State S a very large warehouse in which a significant number of employees work for the main purpose of storing and delivering goods owned by the enterprise that the enterprise sells online to customers in State S, paragraph 4 will not apply to that warehouse since the storage and delivery activities that are performed through that warehouse, which represents an important asset and requires a number of employees, constitute an essential part of the enterprise’s sale/distribution business and do not have, therefore, a preparatory or auxiliary character»*

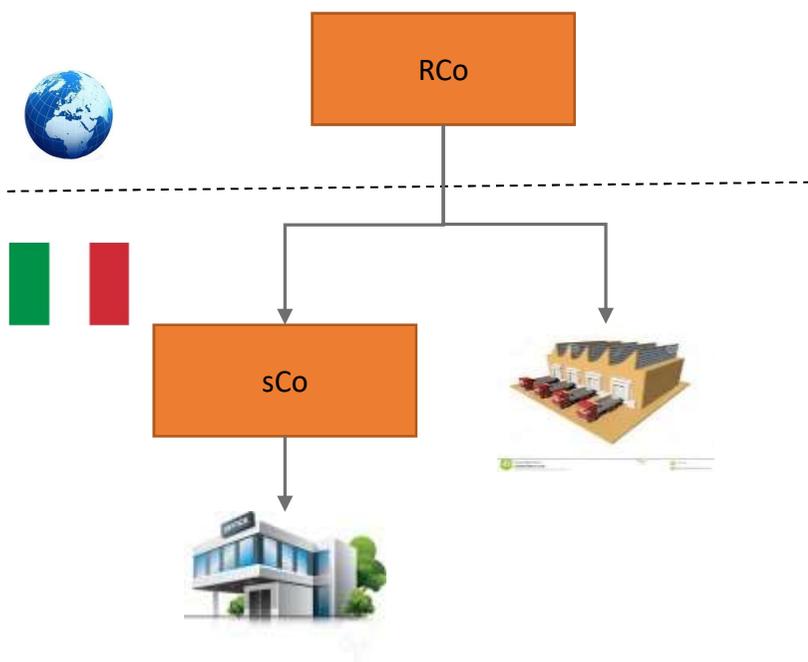
Anti-fragmentation rule

- Contrasta la pratica abusiva della frammentazione, da parte di un'impresa non residente, di una attività complessa in più attività comprese nella lista negativa; ovvero la frammentazione, da parte di un gruppo multinazionale, di un'attività complessa in più attività comprese nella lista negativa da assegnare a più società che le svolgono, ciascuna singolarmente, nello Stato della fonte.



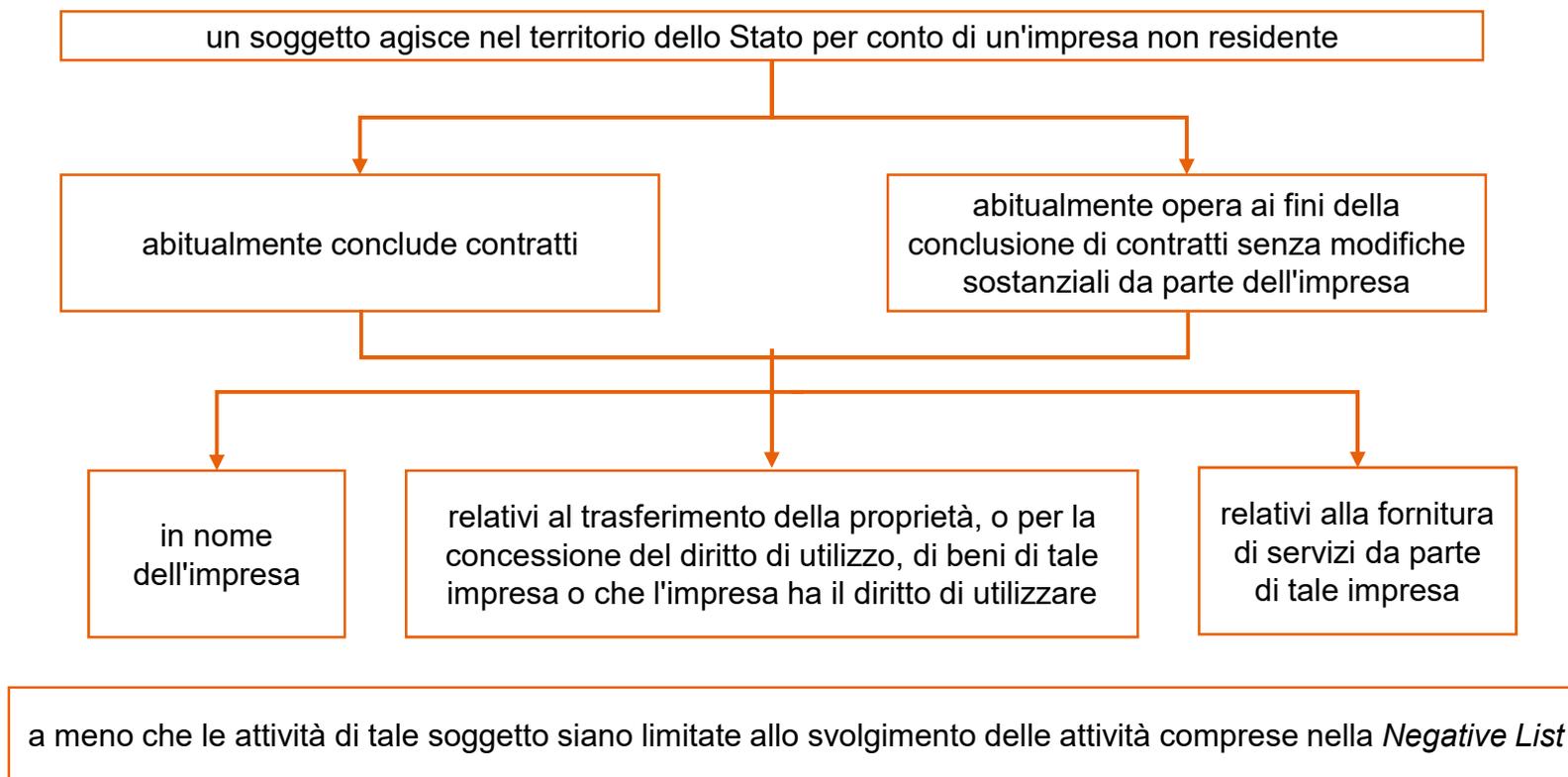
- NON si applica la *negative list* se
 - ✓ la stessa impresa o un'impresa strettamente correlata svolge la sua attività nello stesso luogo o in un altro luogo nel territorio dello Stato;
 - ✓ lo stesso luogo o l'altro luogo costituisce una stabile organizzazione per l'impresa o per l'impresa strettamente correlata, ovvero l'attività complessiva risultante dalla combinazione delle attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa o da imprese strettamente correlate nei due luoghi, non sia di carattere preparatorio o ausiliario;
 - ✓ purché le attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa, o dalle imprese strettamente correlate nei due luoghi, costituiscano funzioni complementari che siano parte di un complesso unitario di operazioni d'impresa.

Anti-fragmentation rule



- RCo manufactures and sells appliances.
- sCo owns a store where it sells appliances that it acquires from RCo.
- RCo also owns a small warehouse in State ITA where it stores a few large items that are identical to some of those displayed in the store owned by sCo.
- When a customer buys such a large item from sCo, sCo employees go to the warehouse where they take possession of the item before delivering it to the customer;
- The conditions for the application of paragraph 4.1 are met because:
 - ✓ sCo and RCo are closely related enterprises;
 - ✓ sCo's store constitutes a permanent establishment of sCo (the definition of permanent establishment is not limited to situations where a resident of one Contracting State uses or maintains a fixed place of business in the other State; and
 - ✓ the business activities carried on by RCo at its warehouse and by sCo at its store constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation (i.e. storing goods in one place for the purpose of delivering these goods).

La nuova definizione di P.E. personale



La nuova definizione di P.E. personale

- Definizione di PE personale ampliata per ricomprendere anche quelle fattispecie in cui un soggetto localizzato in Italia, indipendentemente dalla conclusione di contratti in nome dell'impresa non residente, «*opera ai fini della conclusione di contratti*» che vengono sistematicamente perfezionati senza sostanziali modifiche da parte dell'impresa non residente
- Non rileva che l'agente sia un lavoratore dipendente o un autonomo e nemmeno se sia un individuo o una società; è sufficiente che non sia un agente indipendente.
- Il requisito della abitualità impone che l'agente agisca continuativamente per conto dell'impresa non residente e non in casi isolati.
- I contratti devono essere relativi all'attività propria dell'impresa (es., non assunzione di dipendenti, locazioni passive, operazioni interne).

La nuova definizione di P.E. personale

- Commentario OCSE (par. 86):

una persona **non** agisce «per conto» di un'impresa allorché tale impresa non sia direttamente o indirettamente influenzata dall'attività posta in essere dalla persona stessa.

- Commentario OCSE (parr. 87 e 88):

la locuzione «conclude contratti» riguarda certamente le situazioni in cui un contratto può intendersi concluso da una persona secondo la legge applicabile (**test formale**). Un contratto può però intendersi «concluso» anche senza un'attiva negoziazione dei suoi termini (contratti standard o con semplice accettazione della proposta); un contratto si intende parimenti «concluso» quando una persona svolge il «ruolo principale», cioè convince il cliente a contrarre e negozia gli elementi del contratto in maniera vincolante per l'impresa non residente, anche se la firma del contratto ha luogo fuori dallo Stato di residenza della persona (**test sostanziale**).

- Commentario OCSE (par. 93):

la locuzione «in nome» dell'impresa non residente **non va intesa letteralmente**, potendosi avere situazioni in cui il nome dell'impresa non compare ma che ugualmente impegnano l'impresa medesima. Anche in assenza del nome dell'impresa, rileva il fatto che il contratto comporti la cessione o la concessione in uso di beni (materiali o immateriali) in possesso o detenzione dell'impresa, ovvero che comporti la prestazione di servizi da parte dell'impresa.

La nuova definizione di P.E. personale

- Esclusione configurazione PE personale quando l'agente:
 - ✓ è indipendente dal punto di vista economico e legale rispetto ad impresa non residente;
 - ✓ agisce nell'ambito della propria ordinaria attività
- Restrizione del concetto di indipendenza in caso di stretta correlazione con un certo numero di committenti



Nell'ipotesi in cui un soggetto agisca **esclusivamente** o **quasi esclusivamente** per conto di una o più imprese alle quali è "strettamente correlato" il requisito dell'indipendenza **non** può considerarsi **integrato**

La nuova definizione di P.E. personale

- Commentario OCSE (parr. 104 - 109).

Sono indici di indipendenza della persona (i) l'esistenza di un **rischio imprenditoriale** a suo carico, (ii) l'affidamento che l'impresa non residente fa sulle **specifiche competenze** della persona, (iii) **l'assenza di dettagliate istruzioni** su come svolgere la propria attività, (iv) **l'assenza di un controllo invasivo** da parte dell'impresa non residente.

Se la persona, in costanza del rapporto di mandato, comunica informazioni sostanziali all'impresa non residente, ciò non comporta necessariamente la «dipendenza» a meno che le informazioni siano trasmesse in occasione dell'approvazione, da parte dell'impresa, delle modalità con cui l'operazione deve essere condotta.

L'essere **plurimandatario** o **monomandatario** non è in sé sufficiente a decretare o meno l'indipendenza: il monomandatario può essere indipendente se esercita la propria attività in modo autonomo con rischi e benefici connessi ed utilizzando unicamente la propria capacità imprenditoriale; il plurimandatario non è indipendente se i mandanti agiscono congiuntamente al fine di controllare la sua attività.

- Commentario OCSE (parr. 111 e 112).

La locuzione «esclusivamente o quasi esclusivamente» va letta insieme alla stretta correlazione; essa comporta che se i ricavi conseguiti dalla persona nei confronti dei mandanti non correlati non sono significativi rispetto ai ricavi complessivi, essa non può essere considerata indipendente.

La norma in parola sconfessa l'opinione di considerare indipendente l'agente plurimandatario per il solo fatto che questi presta servizi sia a mandanti «correlati» sia a mandanti «non correlati».

La definizione di «strettamente correlato»

- Un soggetto è “strettamente correlato” ad un’impresa se (art. 162, comma 7-bis)
 - i. *«tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze rilevanti, l’uno ha il **controllo** dell’altro, oppure **entrambi sono controllati dallo stesso soggetto**»*
 - ii. *«in ogni caso, se l’uno possiede direttamente o indirettamente più del 50% della partecipazione dell’altra o, **nel caso di una società, più del 50% del totale dei diritti di voto e del capitale sociale**, o se entrambi sono partecipati da un altro soggetto, direttamente o indirettamente, per più del 50% della partecipazione, o, nel caso di una società, per più del 50% del totale dei diritti di voto e del capitale sociale»*

LA BRANCH EXEMPTION

Le fonti e la ratio

- L'art. 14 del Decreto Internazionalizzazione (Decreto Legislativo 14 settembre 2015 n. 147) ha introdotto l'art.168-ter TUIR:

“Esenzione degli utili e delle perdite da stabili organizzazione di imprese residenti”

- Provvedimento dell’Agenzia delle Entrate:
 - ✓ Bozza in consultazione del 25 febbraio 2016;
 - ✓ Definitivo n.2017/165138 del 28 agosto 2017.

“Definizione delle relative modalità applicative”

Le fonti e la ratio

- Metodo alternativo per l'eliminazione della doppia imposizione giuridica (internazionale)

- A. Credito d'imposta per le imposte assolate all'estero dalla stabile organizzazione;

Art. 23 A (DTT) –165 TUIR

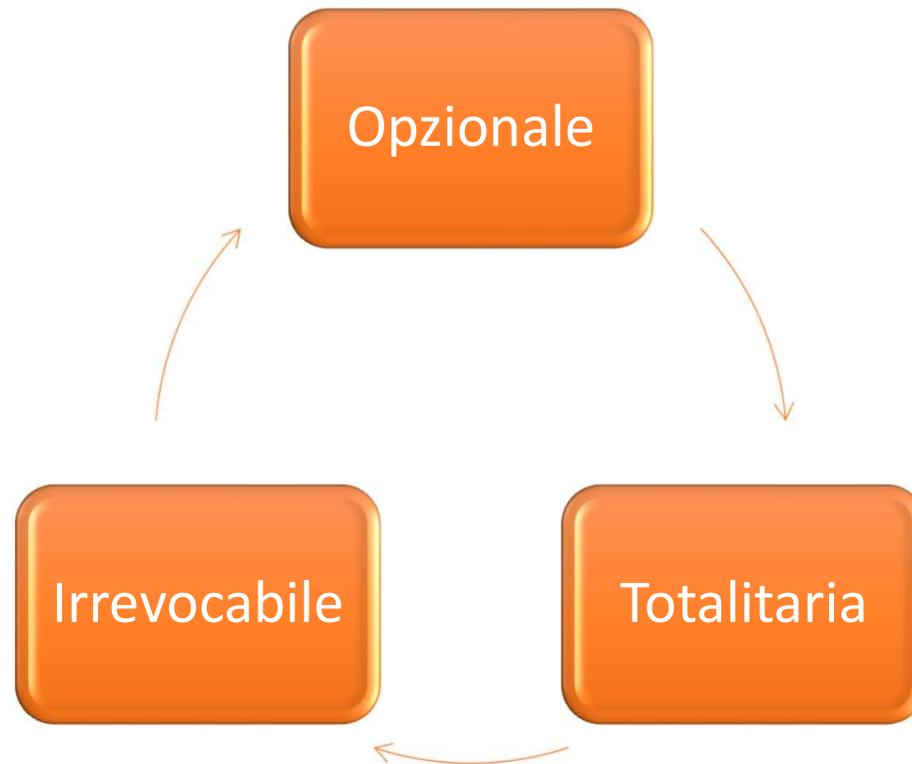
Neutralità tra un investimento domestico e uno estero (*capital export neutrality*). In tale ipotesi, se l'aliquota applicata nello Stato estero sui redditi prodotti da una stabile organizzazione è inferiore a quella domestica, lo Stato di residenza applica una tassazione aggiuntiva

- B. Esenzione dal reddito della casa madre italiana degli utili (e delle perdite) della stabile organizzazione estera.

Art. 23 B (DTT) –168-terTUIR

Le imprese che agiscono in mercati esteri devono godere delle stesse condizioni di quelle di cui godono in quei medesimi mercati le imprese nazionali o straniere (*Capital import neutrality*)

Caratteristiche



Opzionale

- BEX (*Branch Exemption*) è un istituto alternativo, e non sostitutivo, al credito di imposta.
- L'adesione alla BEX comporta il formale esercizio, da parte della casa madre italiana, di un'opzione da esercitarsi nella dichiarazione dei redditi, indicando le singole stabili organizzazioni e il relativo Stato (o territorio) in cui si trovano:
 - i. Periodo transitorio → in presenza di stabili organizzazioni già esistenti al momento dell'entrata in vigore della disciplina (7 ottobre 2015), entro il secondo periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di tale entrata in vigore (2018);
 - ii. Periodo transitorio → in caso di apertura di stabile organizzazione in detto periodo: vedi punto i);
 - iii. A regime → «*al momento di costituzione della stabile organizzazione*» estera (con effetto dal medesimo periodo d'imposta).
- **Provvedimento, par. 2.7:** non ostativo il mancato esercizio dell'opzione in coincidenza della costituzione della “prima” stabile organizzazione. Tale opzione, infatti, può essere fatta valere anche successivamente in occasione dell'apertura di una nuova PE all'estero.

Totalitaria



- L'opzione va esercitata per tutte le stabili organizzazioni dell'impresa, tanto quelle già esistenti quanto quelle future (c.d. principio "*all in – all out*").
- Non è possibile per l'impresa optare per la BEX per alcune stabili organizzazioni e, al contempo, mantenere il regime del credito di imposta per altre, facendo il c.d. *cherry picking* delle situazioni a essa più convenienti.
- In ogni caso, l'opzione interessa il singolo contribuente, con la conseguenza che all'interno dello stesso gruppo di imprese saranno possibili scelte diverse in grado di permettere una maggiore flessibilità.

Irrevocabile

- La scelta, una volta che l'opzione è stata esercitata, è irrevocabile.
- Diretta a evitare che l'impresa residente possa revocare l'opzione nel momento in cui la stabile organizzazione inizia a realizzare perdite anziché utili, in modo da poterle utilizzare per abbattere il reddito della casa madre.
- Due ipotesi di cessazione del regime
 - i. la cessazione di tutte le PE, a seguito di liquidazione e/o cessione, e
 - ii. talune operazioni straordinarie (es. trasferimento della PE a soggetto non BEX).
- L'apertura di una nuova PE (che non aderirà al regime BEX) nel medesimo stato estero che aveva registrato la chiusura di una PE (che aveva "aderito" al regime della BEX) nel corso dei tre anni precedenti sarà attentamente vagliata dall'amministrazione finanziaria ("*cooling off period*").

Profilo soggettivo

- **Par. 2.4 Provvedimento:** stabile organizzazione estera agevolabile a condizione che questa sia conforme:
 - i. alle previsioni del DTT (art.5 del modello OCSE),ove in vigore; ovvero
 - ii. alla normativa domestica (art.162,TUIR).

a meno che, in ogni caso, lo Stato estero non ravvisi l'esistenza di una stabile organizzazione ai sensi della sua legislazione domestica.

- **Par. 2.5 Provvedimento:** Se lo stato estero accerta l'esistenza di una P.E., il contribuente (i) può esercitare l'opzione ovvero (ii) deve includerla nel regime (se ha già optato) nell'esercizio in cui l'accertamento è divenuto definitivo *“purché oltre alla configurazione nello Stato estero, ricorrano le ulteriori condizioni di cui al punto 2.4”*.

Profilo soggettivo

Estero	Trattato		Art. 162 TUIR	Branch Exemption
Riconosce la stabile?	C'è il trattato?	Riconosce la stabile?	Riconosce la stabile?	Si applica?
Si	Si	Si	Si	Si
Si	Si	Si	No	Si
Si	Si	No	Si	No
Si	No	-	Si	Si
Si	No	-	No	No
No	-	-	-	No

Profilo oggettivo

- La BEX si applica ai risultati della PE. Gli altri profitti, che derivano dall'esercizio di un'attività commerciale non conseguiti tramite PE non possono godere dell'esenzione.
- I principi che regolano la determinazione di tali risultati seguono l'*Authorized OECD Approach* ("AOA") che suggerisce di adottare il c.d. *functionally separate entity approach*:
 - i. in primo luogo, si deve trattare la stabile organizzazione come un'entità separata e indipendente;
 - ii. inoltre, occorre determinarne il risultato reddituale della stabile organizzazione in ragione delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati, a prescindere dalla mera allocazione contabile.
- **Provvedimento par. 7.3:** l'attribuzione di componenti positivi o negativi di reddito alla PE deve riflettere *"gli esiti dell'analisi fattuale e funzionale dell'attività economica effettivamente svolta dalla branch, che ne determina gli asset, le funzioni e i rischi effettivi, nonché il relativo fondo di dotazione"*.
- **Provvedimento par. 7.2:** deroga → riconoscimento totale/parziale dei principi adottati dallo Stato estero, solo alla presenza congiunta di due requisiti: (i) la mancata applicazione dell'AOA da parte dello Stato estero e (ii) l'adozione di un accordo preventivo ex art. 31-ter D.P.R. n. 600/73.

Coordinamento BEX - CFC

- In caso di esercizio dell'opzione per la BEX, alla PE si applicano le disposizioni in materia di CFC qualora ne ricorrano i presupposti, vale a dire:
 - ✓ Tassazione effettiva estera < al 50% di quella italiana (vedi slides successiva);
 - ✓ Oltre un terzo dei proventi in una delle seguenti categorie:
 - i. Interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari;
 - ii. Canoni o qualsiasi altro reddito generato da IP;
 - iii. Dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni;
 - iv. Redditi da leasing finanziario;
 - v. Redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie;
 - vi. Cessione di beni o prestazioni di servizi intercompany a valore economico aggiunto scarso o nullo.
- Disapplicazione norma CFC se si dimostra che PE svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali.
- Se CFC → (i) tassazione per trasparenza in capo alla casa madre, (ii) determinazione del reddito in base alle disposizioni IRES (salvo alcune eccezioni) e (iii) tassazione separata con aliquota media non inferiore al 24%.
- No possibilità di compensare utile CFC con perdite prodotte dalla casa madre.

Coordinamento BEX – Dividendi Black List

- Tassazione in capo alla casa madre (e non in capo ai soci)
- Evento impositivo: al momento della distribuzione degli utili dalla casa madre ai propri soci
- L'attribuzione di utili della PE alla casa madre: ogni atto di riduzione del fondo di dotazione assumendo che siano *“prioritariamente attribuiti a casa madre gli utili realizzati quando la branch non era in regime di esenzione”*



Coordinamento BEX – Dividendi Black List

TEST BLACK LIST	
TEST	COMMENTI
Esclusi UE e SEE	SEE: Islanda, Liechtenstein e Norvegia.
Tax rate effettivo < 50%	Confronto tra: (i) tax rate effettivo estero , (tax estera / utile ante imposte) e (ii) tax rate virtuale italiano , (potenziale tax Italia / utile ante imposte)

STEPS	RISULTATO	TUIR
1 Inapplicabilità delle norme CFC	SI	167
2 Regime fiscale privilegiato	SI	47-bis
3 Regola generale dividendi black	TAX 100% DIVIDENDO	89(3) 1°
4 Con esimente B (non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati BL)	TAX 5% DIVIDENDO	89(3) 1°
5 Con esimente A (svolgimento un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali)	TAX 50% DIVIDENDO + (FTC se controllo)	89(3) 2°

Recapture perdite fiscali

- Volta ad evitare che il beneficio dell'esenzione dei redditi futuri conseguiti dalla PE possa cumularsi alle perdite fiscali deducibili apportate dalla PE nei 5 anni precedenti all'esercizio dell'opzione.
- La casa madre, al momento dell'esercizio dell'opzione, dovrà ricalcolare i risultati reddituali della PE in ciascuno dei cinque periodi di imposta precedenti e, qualora dalla relativa somma algebrica risultasse una perdita fiscale netta:
 - ✓ Se utilizzate → gli utili successivamente realizzati dalla PE non potranno godere dell'esenzione fino a concorrenza dell'ammontare di detta perdita;
 - ✓ Se non-utilizzate → non potranno essere utilizzate.
- Nel caso in cui sia la casa madre sia la PE abbiano realizzato delle perdite pregresse, quelle della prima si considerano prioritariamente utilizzate.
- Regole particolari in caso di consolidato fiscale ed in caso di trasferimento della PE tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo.

Trattamento operazioni interne pregresse

- I trasferimenti tra casa madre e PE di
 - attività,
 - passività,
 - beni di cui all'art. 85 TUIR,
 - funzioni e rischi

avvenuti nei 5 periodi d'imposta precedenti a quello di efficacia dell'opzione dovranno essere valorizzati in ragione dell' *arm's lenght principle*.

- Naturalmente, la determinazione di tali valori avrà conseguenze fiscali, imponendo l'apposizione di variazioni in aumento o in diminuzione nella dichiarazione dei redditi, sia ai fini della determinazione del reddito dell'impresa nel complesso, che nella determinazione del reddito della stabile organizzazione estera.



LED Taxand Studio Legale Tributario - Via Dante, 16 – 20121 Milan

tel: +39 02 494864 - fax: +39 02 494864864

email: studiomi@led-taxand.it - PEC: led-taxand@legalmail.it - www.led-taxand.it