



ORDINE DEI DOTTORI  
COMMERCIALISTI E DEGLI  
ESPERTI CONTABILI  
DI PORDENONE



Anno 2017

N.RF218

# INFO FISCO

La Nuova Redazione Fiscale

A cura del  
dott. Andrea Cirrincione

www.redazionefiscale.it

Pag. 1 / 9

<b>OGGETTO</b>	<b>ESTEROVESTIZIONE DIRETTA ED INDIRETTA DELLE SOCIETA'</b>
<b>RIFERIMENTI</b>	ART. 73 C. 3, 4 E 5-BIS TUIR; CONVENZIONI BILATERALI; TIE-BREAK RULES
<b>CIRCOLARE DEL</b>	<b>14/12/2017</b>

*Sintesi: nell'ambito dell'attività ispettiva cade sempre più di frequente che venga contestata alle imprese la fittizietà della residenza fiscale all'estero (situazione diversa dalla contestazione della presenza di una stabile organizzazione in Italia).*

*Di seguito si analizzano i criteri per individuare la residenza fiscale delle persone giuridiche, in applicazione della norma interna e delle disposizioni convenzionali.*

Col concetto di "esterovestizione" ci si riferisce alla fittizia localizzazione all'estero della residenza fiscale di una impresa, che di fatto ha la sua attività e persegue il suo oggetto sociale in Italia, finalizzata all'assolvimento delle imposte in un paese a più bassa fiscalità.

Diviene, pertanto, fondamentale stabilire il luogo dove l'impresa debba considerarsi fiscalmente residente. A tal fine è sempre necessario operare una **lettura congiunta**

- ⇒ della **normativa italiana**
- ⇒ dell'**eventuale Convenzione bilaterale** (prevalente sulla norma italiana) col paese estero, laddove ratificata dall'Italia.

A tal fine le convenzioni bilaterali che si conformano al modello OCSE non trovano particolari approfondimenti nell'ambito del relativo "Commentario Ocse (nè nella cd. "tie break rules", applicabile in caso di conflitto di residenza fiscale tra i due paesi).

## RESIDENZA FISCALE E DISCIPLINA INTERNA - L'ESTEROVESTIZIONE DIRETTA

### RESIDENZA DELLE PERSONE GIURIDICHE - Art. 73 Tuir

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. (...).

4. **L'oggetto esclusivo o principale** dell'ente residente e' 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**.

Una società di capitali o un ente commerciale sono considerati fiscalmente residenti nel territorio dello Stato quando, per la maggior parte del periodo d'imposta, hanno in Italia:

- 1) la **sede legale**
- 2) la **sede dell'amministrazione** (cd. "board")
- 3) l'**oggetto principale** dell'attività

La residenza fiscale è legata:

- non esclusivamente alla sede legale (**DATO FORMALE**)
- ma anche alla sede dell'amministrazione (**DATO SOSTANZIALE**)

La società è considerata residente quando anche 1 sola delle condizioni è verificata.



**Esempio:** se una società italiana trasferisce la propria sede legale all'estero ma gli amministratori sono tutti italiani, la stessa continuerà ad essere considerata residente (e quindi tassabile) nel nostro Paese, in quanto facilmente l'A.F. potrà dimostrare che le decisioni sono prese in Italia

**NORMATIVA CONVENZIONALE** (che **prevalle sulla normativa interna**): nelle convenzioni ispirate al modello OCSE, rileva la **sola sede della "direzione effettiva"** (di cui al p.to 2 precedente).

## 1) SEDE LEGALE

Se l'atto costitutivo o lo statuto stabiliscono che la sede legale di una società/ente:

- **è in Italia** (non rileva il luogo preciso): ciò è **di per sé sufficiente** a considerare tale soggetto fiscalmente residente in Italia
- **è all'estero** (oppure non stabiliscono nulla nel merito): vanno applicati i **criteri suppletivi**:
  - eventuale presenza in Italia della "sede dell'amministrazione"
  - eventuale presenza in Italia "dell'oggetto principale" dell'attività.

## 2) SEDE DELL'AMMINISTRAZIONE

Secondo l'Agenzia (v. oltre "Linee guida") si tratta di adottare i medesimi criteri previsti dal mod. OCSE di convenzione bilaterale:

- luogo in cui sono assunte di fatto le principali **decisioni di tipo gestionale e commerciale** necessarie per la conduzione dell'insieme delle attività dell'impresa
- "desumibile anche dal luogo
  - in cui **si tengono i consigli di amministrazione**
  - in cui è svolta la **gestione direttiva quotidiana** dell'impresa
  - in cui sono **tenuti i libri contabili**
 ecc."

**Cassazione** (sent. n. 1156 del 14/03/2000): la Corte

- ⇒ si oppone alla posizione dell'Ufficio che ritiene sufficiente ad affermare che la sede legale non coincide con quella effettiva basandosi su elementi indiziari come le utenze telefoniche e l'assenza di dipendenti
- ⇒ ritenendo doveroso appurare i seguenti **aspetti sostanziali**:
  - il luogo **dove** si svolgono in concreto le **attività amministrative e di direzione** dell'ente
  - il luogo **dove** si convocano le **assemblee [N.B.: non il CdA]**
  - il luogo **dove vengono stipulati i contratti**
  - il luogo **dove avvengono le operazioni bancarie**.

Alla luce di ciò, per provare che la sede dell'amministrazione è all'estero va valutato attentamente:

- che le decisioni delle società vengano prese nello stesso luogo (all'estero) in cui si riuniscono gli organi societari (*Place of Effective management concept*)
- se la società non dispone di locali e/o dipendenti all'estero (in tal caso è opportuno porre in essere contratti "di outsourcing" per le attività di carattere amministrativo)
- che la società non attribuisca poteri "di elevata caratura" agli amministratori italiani

che **non venga fatto eccessivo ricorso a fax o e-mail dall'Italia verso l'estero** (potrebbero dimostrare che le decisioni "strategiche" vengono in realtà prese in Italia).

### Esempio1

Alfa SA è una società:

- ⇒ **con sede (legale) in Svizzera**
- ⇒ con un **CdA composto da 2 soggetti italiani** che **si recano in Svizzera 1 sola volta all'anno** in occasione dell'approvazione del bilancio annuale.

La società sarà **considerata residente in Italia**, posto che il consiglio di amministrazione

- assume le **decisioni gestorie in Italia**
- ad eccezione della proposta di approvazione del bilancio (che non può considerarsi come unico momento decisionale nell'intero arco annuale).



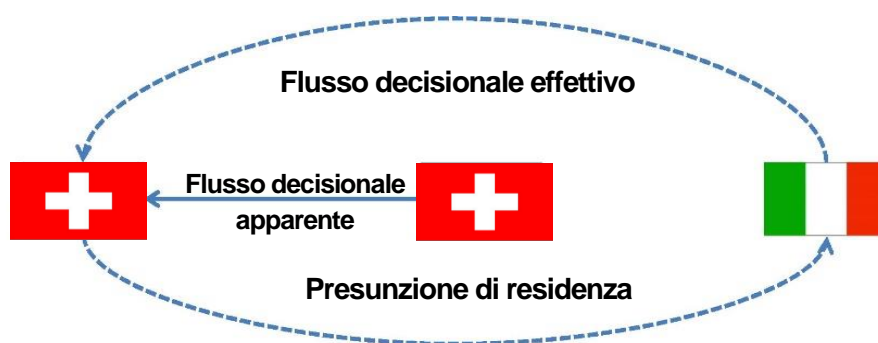
Esempio2

Beta SA è una società:

⇒ con sede (legale) in Svizzera

⇒ con un CdA composto da 2 soggetti svizzeri che si recano più volte in Italia nel corso dell'anno per acquisire indicazioni circa la gestione della società e, in occasione dei loro viaggi, tengono anche le riunioni del consiglio.

La società sarà **considerata residente in Italia**, in quanto amministrata di fatto in tale Paese, a nulla rilevando la residenza anagrafica dei due consiglieri.



### 3) "OGGETTO PRINCIPALE" DELL'ATTIVITÀ

Per oggetto esclusivo o principale dell'attività si intende (ex art. 73 c. 4 Tuir) **l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari** indicati **nello statuto** (o dalla legge).



**ATTENZIONE:** dal punto di vista tributario il concetto:

- ➔ se appare fondamentale nella sua "natura" per individuare gli "enti non commerciali"
- ➔ va circostanziato per quanto attiene la sua "localizzazione" (rilevante nell'ambito della esterovestizione).

A tal fine appare utile analizzare il concetto alla luce di un esempio concreto.

**Caso:** società slovena produce infissi in Slovenia che vende quasi esclusivamente in Italia; l'oggetto principale:

- è in Italia per il fatto che tale paese costituisce lo sbocco principale del suo mercato? La risposta non può che essere negativa
- è in Slovenia in quanto la produzione dei beni interviene in tale paese? La risposta è positiva.

In tal caso si può solo porre il problema se in Italia esista una "stabile organizzazione" (ad esempio nel caso in cui l'impresa slovena si avvalga in modo stabile di soggetti non riconducibili ad agenti indipendenti).



**Nota:** si noti, infine, che di recente (DDL Legge di bilancio 2018) è allo studio la modifica del concetto di stabile organizzazione per i soggetti che vendono beni e/o servizi tramite Internet (concetto di "stabile organizzazione virtuale" e di "web tax").



**Circ. 1/2008 GdF:** per la verifica dell'oggetto principale ha ritenuto di dover svolgere indagini in merito:

- al luogo di **svolgimento delle attività che hanno consentito la conclusione di atti e negozi**
- all'identità e **residenza delle controparti contrattuali**
- all'individuazione dei **mercati sui quali sono stati negoziati i titoli** di eventuali società partecipate, nonché l'ubicazione di tali società
- alla **localizzazione dell'effettiva gestione dei conti correnti** e delle disponibilità finanziarie della società
- all'**assoggettamento effettivo alle imposte estere** (come conseguenza della residenza nel paese estero)
- al **possesso di idonee autorizzazioni** amministrative per l'esercizio di attività concesse dalle autorità locali.

**ALCUNE AVVERTENZE:** l'oggetto principale:

→ **si ritiene non vada identificato** nel **luogo di ubicazione dei beni** gestiti dalla società.



**Holding estera:** oggetto dell'attività è la gestione delle partecipazioni; essa:

- in genere, è **svolta nello Stato estero**
- **non può essere identificata con il bene** (cioè le partecipazioni che vengono gestite).



**Immobiliare estera:** oggetto dell'attività è la gestione di immobili; essa:

- in genere, è **svolta nello stato estero**
- **non può essere identificata con il bene** (cioè gli immobili locati).

→ **potrebbe essere confuso con la sede della gestione corrente** quotidiana (v. Circ. GdF) e dunque con la sede amministrativa.



**ATTENZIONE:** tale sede sarebbe comunque diversa da quella che assume rilievo in ambito convenzionale; infatti l'art. 4 del Mod. OCSE

- non guarda alla sede amministrativa
- ma alla sede dove sono assunte le **decisioni di indirizzo generale del top management**.

## RESIDENZA FISCALE CONVENZIONALE DELLE PERSONE GIURIDICHE

Come anticipato, le **norme convenzionali** (ratificate con legge dello Stato) **prevalgono sulla normativa interna** (Tuir). E', pertanto, fondamentale valutare le previsioni relative alla residenza previste in tali convenzioni, anche considerata la numerosità delle convenzioni ratificate dall'Italia.

### Articolo 4 – Residenti – MOD. OCSE (cd. Tie-break Rules)

1. Ai fini della presente Convenzione, l'espressione "residente di uno Stato" designa ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga (...).

2. Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una **persona fisica** è residente di entrambi gli Stati, la sua situazione è determinata nel seguente modo:

- a) detta persona è considerata residente dello Stato nel quale ha **un'abitazione permanente**; se essa dispone di un'abitazione permanente in entrambi gli Stati, è considerata residente dello Stato nel quale le sue relazioni personali ed economiche sono più strette (**centro degli interessi vitali**);
- b) se non si può determinare lo Stato nel quale detta persona ha il centro dei suoi interessi vitali, o se la medesima non ha un'abitazione permanente in alcuno degli Stati, essa è considerata residente dello Stato **in cui soggiorna abitualmente**;

- c) se detta persona soggiorna abitualmente in entrambi gli Stati, ovvero non soggiorna abitualmente in alcuno di essi, essa è considerata residente dello Stato del quale ha la **nazionalità**;
- d) se detta persona ha la nazionalità di entrambi gli Stati, o se non ha la nazionalità di alcuno di essi, le autorità competenti degli Stati risolvono la questione di **comune accordo**.
3. Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una **persona diversa da una persona fisica** è residente di entrambi gli Stati, essa è considerata **residente dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva**.

Come anticipato, i criteri di individuazione nella convenzione OCSE:


- sono **gli stessi adottati nella normativa nazionale**
- nel caso in cui la società/ente non abbia la sede legale in Italia

 **ATTENZIONE:** va notato come nella **interpretazione maggioritaria** del criterio della **direzione effettiva** previsto dall'art. 4 del Modello OCSE:

- viene attribuita rilevanza decisiva **non tanto alla "gestione corrente" quotidiana**
- quanto **alle decisioni di indirizzo generale del top management**.

In generale si presume che la sede del board non sia in Italia:

- se gli **amministratori sono residenti all'estero**
- a nulla rilevando se si tratti di cittadini di nazionalità italiana o meno.

 **N.B.:** l'Italia, nel concludere le sue convenzioni, si è conformata al cd. "modello Ocse" anche nell'elencazione delle tie-breaker rules; queste ultime, particolarmente preziose nei casi in cui sorgono dei dubbi sull'applicazione delle previsioni delle singole Convenzioni. Tuttavia, se queste risultano utili per le persone fisiche (v. RF 170/2017), per quanto attiene le persone giuridiche nulla viene precisato.

## CONFLITTI DI RESIDENZA FISCALE

Può accadere che una società ubicata all'estero sia considerata residente fiscalmente:

- ⇒ **sia in Italia:** in base al **criterio dell'oggetto principale**
- ⇒ **che all'estero:** in base al più generale **criterio della sede dell'amministrazione**.

**Esempio:** società estera detiene esclusivamente un immobile in Italia, che concede in locazione:

- le decisioni del *top management* sono assunte all'estero
- mentre la gestione ordinaria dell'immobile avviene in Italia.

L'Agenzia Entrate contesta l'esteroinvestizione della società; in tal caso **occorre valutare se:**

- a) **il paese estero ha stipulato una convenzione bilaterale:** in tal caso
- è probabile che la convenzione preveda di applicare il criterio della sede dell'amministrazione
  - dunque l'Agenzia entrate non può che soccombere.

Nota: ove fosse adottato un criterio diverso dall'art. 4 del Mod. di Convenzione OCSE, occorrerà attenersi ai criteri ivi previsti e, in caso di persistenza di incertezza, si potrà attivare la procedura di accordo amichevole tra i due Stati (art. 25 del Modello OCSE).

b) **il paese estero non ha stipulato una convenzione bilaterale:** in tal caso:

- ⇒ **doppia tassazione** in Italia ed all'estero del medesimo reddito
- ⇒ col **credito d'imposta art. 165 Tuir** (scomputo dall'Ires delle imposte scontate in via definitiva all'estero).



**PERSONE GIURIDICHE – L'ESTEROVESTIZIONE INDIRETTA -**

**L'art. 73 c. 5-bis Tuir:** dispone che:

- **salvo prova contraria**
- si presume **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 [ndr.: persone fisiche o giuridiche]
  - b) **sono amministrati da un consiglio di amministrazione**, o altro organo equivalente di gestione, composto in **prevalenza di consiglieri residenti** nel territorio dello Stato [ndr.: anche se si recano sempre all'estero per deliberare]



**Nota:** si tratta di una norma di natura antielusiva finalizzata a contrastare l'utilizzo delle **holding** estere da parte di soggetti italiani per controllare società italiane.

**Art. 73 c. 5-ter Tuir:** la sussistenza del **rapporto di controllo va valutata**:

- a) "alla **data di chiusura** dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato"

**Nota:** la presunzione di residenza viene meno se le partecipazioni sono alienate prima del 31/12

- b) nel caso di **controllo da parte di persone fisiche**, si tiene conto **anche dei voti spettanti ai familiari** di cui all'art. 5 c. 5 Tuir (coniuge, parenti entro il 3° grado ed affini entro il 2° grado).

**PRESUNZIONE RELATIVA**

E' considerata **esistente nel territorio dello Stato la sede del board** di società/enti commerciali (che, pertanto, si considerano fiscalmente residenti in Italia, dovendo scontare l'Ires):

- che **detengono partecipazioni di controllo** (ex art. 2359 C.C.)
  - in una società di capitali (Srl, Spa, coop.)
  - in enti commerciali (pubblici e privati)
- ove, **alternativamente**:
  - sono **controllate** (anche indirettamente) **da persone fisiche o giuridiche residenti** in Italia
  - sono **amministrate** da un **board** composto in **prevalenza di consiglieri residenti in Italia**.

Non vi è esterovestizione della società estera:

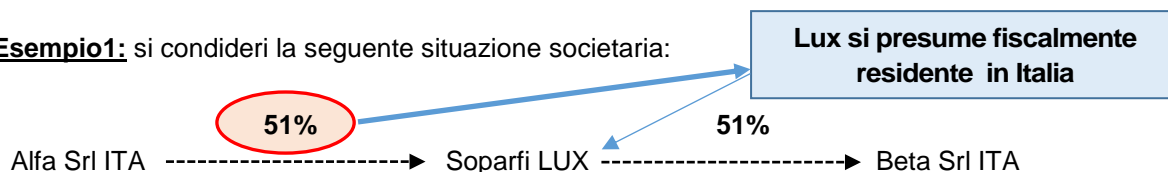
- se controlla delle Snc/Sas italiane
- per il possesso di una Stabile Organ. in Italia

Il fatto che la sede dell'amministrazione si trovi in Italia comporta l'assoggettamento a tassazione nel nostro Stato



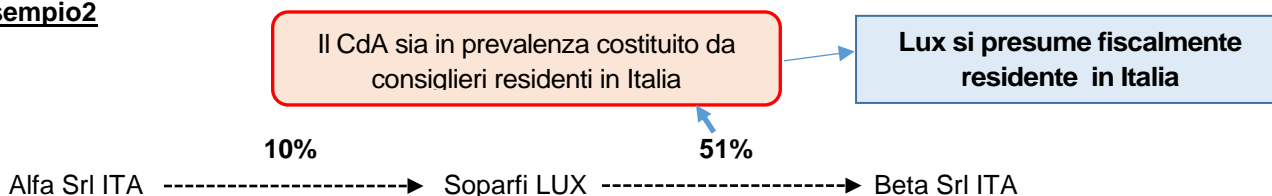
La presunzione è relativa in quanto è ammessa la prova contraria

**Esempio1:** si consideri la seguente situazione societaria:



- **Alfa controlla Lux**; tale rapporto di controllo **fa presumere che la sede dell'amministrazione di Lux sia in Italia** (art. 73 c. 5-bis Tuir)
- dunque la società va considerata **fiscalmente residente in Italia**, con conseguente obbligo di assolvimento dell'IRES (l'Irap non va assolta in quanto non esiste una presunzione analoga a quella prevista per le imposte dirette e il valore della produzione realizzato all'estero non è assoggettato ad Irap)

### Esempio2

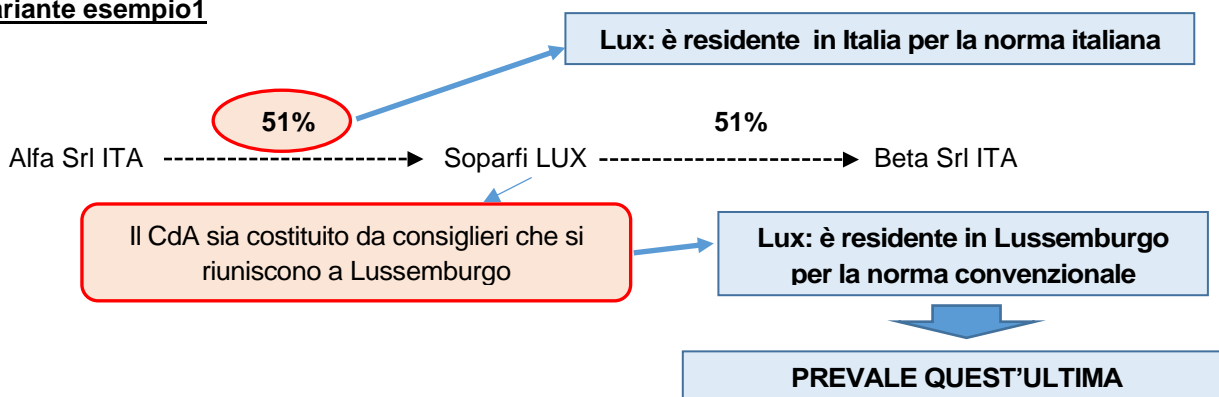


- Alfa non controlla Lux, ma il consiglio di amministrazione di quest'ultima è prevalentemente costituito da soggetti residenti in Italia
- anche in questo caso si presume la sede dell'amministrazione di Lux in Italia (art. 73 c. 5-bis Tuir).

**ATTENZIONE – NORMA CONVENZIONALE:** l'art. 4 del mod. OCSE prevede la tassazione:

- **nel 1° caso:** all'estero se il CdA assume le decisioni di indirizzo economico all'estero (conflitto che va risolto a favore della norma convenzionale!)
- **nel 2° caso:** in Italia

### Variente esempio1



Nota: la residenza fiscale imposta dal solo controllo della società estera (che controlla la società italiana) risulta utilizzabile dall'Agenzia nel solo caso in cui l'Italia non abbia stipulato una convenzione bilaterale (infatti le convenzioni stipulate dall'Italia si ispirano nella fattispecie al mod. OCSE).

### LA PROVA CONTRARIA

Per **dimostrare che la sede del board non è in Italia** occorre provare che le **decisioni fondamentali sono assunte effettivamente all'estero**, valutando a tal fine tutta la documentazione disponibile:

a) particolare importanza:

- assume il **luogo in cui sono tenute le riunioni del CdA** (come indicato nei relativi verbali) (**Dubbio:** se le riunioni sono in videoconferenza?)
- in presenza di consiglieri residenti in Italia, sarà necessario che la data in cui si sono tenute le singole riunioni del CdA sia confortata
  - da documenti di trasporto all'estero (biglietti aerei, ferroviari, telepass, ecc.)
  - da documenti che certificano la presenza all'estero (fatture di alberghi, di ristoranti, ecc.)

- b) documenti ad iuvandum: sono rappresentati dallo scambio di corrispondenza tra membri del CdA (e-mail, lettere, ecc.), dalla sottoscrizione dei contratti societari di maggior rilevanza, ecc.

Nota: in ogni caso vanno tenute ben distinte:

- le funzioni di coordinamento e indirizzo della controllante
- rispetto dagli atti di concreta amministrazione riferiti alla *mission* della società estera.

In generale l'Ufficio potrà presumere che la sede del board non sia in Italia:

- se gli **amministratori sono residenti all'estero**
- a nulla rilevando se si tratti di cittadini di nazionalità italiana o meno.

### LE LINEE GUIDA DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Nel giugno 2009 l'**Associazione Italiana Dottori Commercialisti (AIDC)** ha presentato alla Commissione UE **formale denuncia di illegittimità** (n. 1 del 1° giugno 2009) della normativa italiana per violazione dei principi comunitari:

- di libero stabilimento nei paesi della UE
- di proporzionalità
- di non discriminazione.

La Commissione UE ha quindi avviato un'attività istruttoria volta ad ottenere, da parte dell'Amministrazione finanziaria italiana, alcune precisazioni.

→ **Chiarimenti richiesti dalla Commissione UE**: tre questioni principali:

1. il modo in cui l'Agenzia delle Entrate valuta i requisiti della residenza della maggioranza dei soci o degli amministratori, ai fini dell'applicazione della presunzione di residenza
2. il modo in cui il contribuente può fornire la prova contraria
3. le conseguenze pratiche derivanti dall'applicazione della norma in questione, anche con riferimento alle sanzioni eventualmente applicabili.

→ **Chiarimenti dell'Agenzia**: sono state fornite le seguenti *linee guida*:

- 1) **L'Ufficio**: la norma "facilita il compito del verificatore nell'accertamento degli elementi di fatto per la determinazione della residenza effettiva della società, **ma non lo esonera dal provare** in concreto **l'effettività dell'esteroinvestizione**"; la norma **costituisce "solo il punto di partenza"** per una verifica più ampia, da effettuarsi in contraddittorio con l'Agenzia.

**ATTENZIONE**: quanto sostenuto dall'Agenzia porta dunque:

- ⇒ a considerare l'**esteroinvestizione** indiretta (art. 73 c. 5-bis Tuir) una **presunzione semplice**
- ⇒ **non idonea ad invertire l'onere della prova** pur non trovando ciò conferma nel testo di legge.

E' l'Ufficio a dover provare che le decisioni di politica economica sono assunte all'estero

Rilevano le sole funzioni di coordinamento e indirizzo della controllante, non anche gli atti di ordinaria amministrazione riferiti alla società estera.

- 2) **Il contribuente**: può utilizzare **qualsiasi mezzo** ritenuto idoneo per dimostrare la effettività dell'insediamento all'estero

→ **Esito**: la Commissione UE ha ritenuto che l'Agenzia **applichi le disposizioni in conformità con il principio di proporzionalità** (lettera Comm. UE del 7/01/2011).



**LE CONSEGUENZE DELLA ESTEROVESTIZIONE**

Il fatto che la società estera sia considerata residente in Italia comporta pesanti conseguenze, con la violazione di disposizioni varia natura.

**CONSEGUENZE IMMEDIATAMENTE SANZIONATORIE:**

- 1) sanzioni per **omessa tenuta delle scritture contabili in Italia** (sanzione da €. 1.000 ad €. 8.000 ex art. 9 c. 1 Dlgs 471/97)
- 2) **omessa fatturazione** operazioni escluse da iva (sanzione dal 5% al 10% del corrispettivo)
- 3) **omessa presentazione delle dichiarazioni** dei **redditi e IVA** (sanzione dal 120% al 240% delle maggiori imposte, con maggiorazione per redditi prodotti all'estero – si applica il cumulo giuridico)

**ALTRE CONSEGUENZE FISCALI:**

- riqualificazione della tassazione dei dividendi e delle plusvalenze
- possibile riqualificazione di alcuni contratti (es: modifica del trattamento riservato alle royalties; ecc.).