CENTRO STUDI ODCEC MILANO

UNIVERSITAS STUDIORUM INSUBRIAE

SEMINARIO di DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

ESTEROVESTIZONE E CFC

Alessandro Savorana

19 ottobre 2023

Residenza fiscale delle società

Art. 73 testo unico del 22/12/1986 n. 917, comma 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.»

Art. 4 (paragrafo 1) Modello di Convenzione OCSE update 2017

"Ai fini della presente Convenzione, per «residente di uno Stato contraente» si intende qualsiasi persona che, in base alla legislazione di tale Stato, è soggetta ad imposta in tale Stato a motivo del domicilio, della residenza, ***del luogo di direzione o di qualsiasi altro criterio di natura analoga****, ….."*

Residenza fiscale delle società

Art. 4 (paragrafo 3) Modello di Convenzione OCSE update 2017

Nell'ipotesi in cui una società sia considerata residente in due diversi Stati, la residenza fiscale della persona giuridica sarà individuata sulla base di un accordo tra le autorità competenti (denominato *mutual agreement*), che dovrà tenere conto:

- del luogo di direzione effettiva (*place of effective management*);
- del luogo di costituzione (*the place where it is incorporated or otherwise constituted*);
- di ogni altro fattore rilevante (*any other relevant factors*).

Riserva dell'Italia: nel determinare la residenza fiscale di una società, oltre alla *"sede della direzione effettiva",* dovrà essere attribuita estrema rilevanza anche al luogo nel quale viene svolta «l'attività principale dell'impresa».

Residenza fiscale delle società

Nuovo comma 3 dell'art. 73? (**bozza** Schema di Decreto legislativo in corso di approvazione)

«Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno nel territorio dello Stato ***la sede legale o la sede di direzione effettiva o la gestione ordinaria in via principale****. Per sede di direzione effettiva si intende la continua e coordinata assunzione delle decisioni strategiche riguardanti la società o l'ente nel suo complesso. Per gestione ordinaria si intende il continuo e coordinato compimento degli atti della gestione corrente riguardanti la società o l'ente nel suo complesso.»*

Viene eliminato il riferimento alla sede dell'amministrazione (sostituita dalla direzione effettiva) e l'oggetto principale dell'attività, mentre viene inserita la gestione ordinaria quale ulteriore criterio di collegamento.

Residenza fiscale delle persone fisiche

Art. 2 del TUIR

«2. Ai 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.

2-bis. Si considerano altresì residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori diversi da quelli individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale.»

Residenza fiscale delle persone fisiche

Nuovo comma 2 dell' art. 2? (**bozza** Schema di Decreto legislativo in corso di approvazione)

«2. Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta, ***considerando anche le frazioni di giorno****, hanno il domicilio o la residenza nel territorio dello Stato* ***ovvero che sono ivi presenti****. Ai fini dell'applicazione della presente disposizione, per domicilio si intende il luogo in cui si sviluppano, in via principale, le relazioni personali* ***e*** *familiari della persona.* ***Salvo prova contraria, si presumono altresì residenti le persone iscritte per la maggior parte del periodo di imposta nelle anagrafi della popolazione residente****."»*

Residenza fiscale delle persone fisiche

Nuovo comma 2 dell' art. 2? (**bozza** Schema di Decreto legislativo in corso di approvazione)

Viene **eliminata** la **presunzione assoluta** di **residenza fiscale** quale conseguenza dell'iscrizione di una persona fisica alle anagrafi della popolazione residente per la maggior parte del periodo d'imposta. Il Legislatore delegato, dequalifica tale **presunzione da assoluta a relativa** consentendo, quindi, al contribuente di poter fornire la prova contraria in merito al suo effettivo domicilio, indipendentemente dalla sua residenza anagrafica.

Si capovolge la precedente impostazione dando **prevalenza delle relazioni personali e familiari** della persona e, sostanzialmente, spostando in secondo piano gli affari ed interessi di natura lavorativa ed economica (un ritorno alla giurisprudenza che la Cassazione aveva abbandonato).

Il periodo d'imposta resta il fattore temporale principale, con buona pace dello ***split year*** da tutti auspicato. Infine, la presenza fisica diventa un criterio autonomo (considerando anche le frazioni di giorno di presenza).

Esterovestizione società (Art. 73, comma 5-bis)

«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.»

Esterovestizione società (Art. 73, comma 5-bis)

(modifica prevista dalla **bozza** Schema di Decreto legislativo in corso di approvazione)

Modifica del primo alinea del comma 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 :

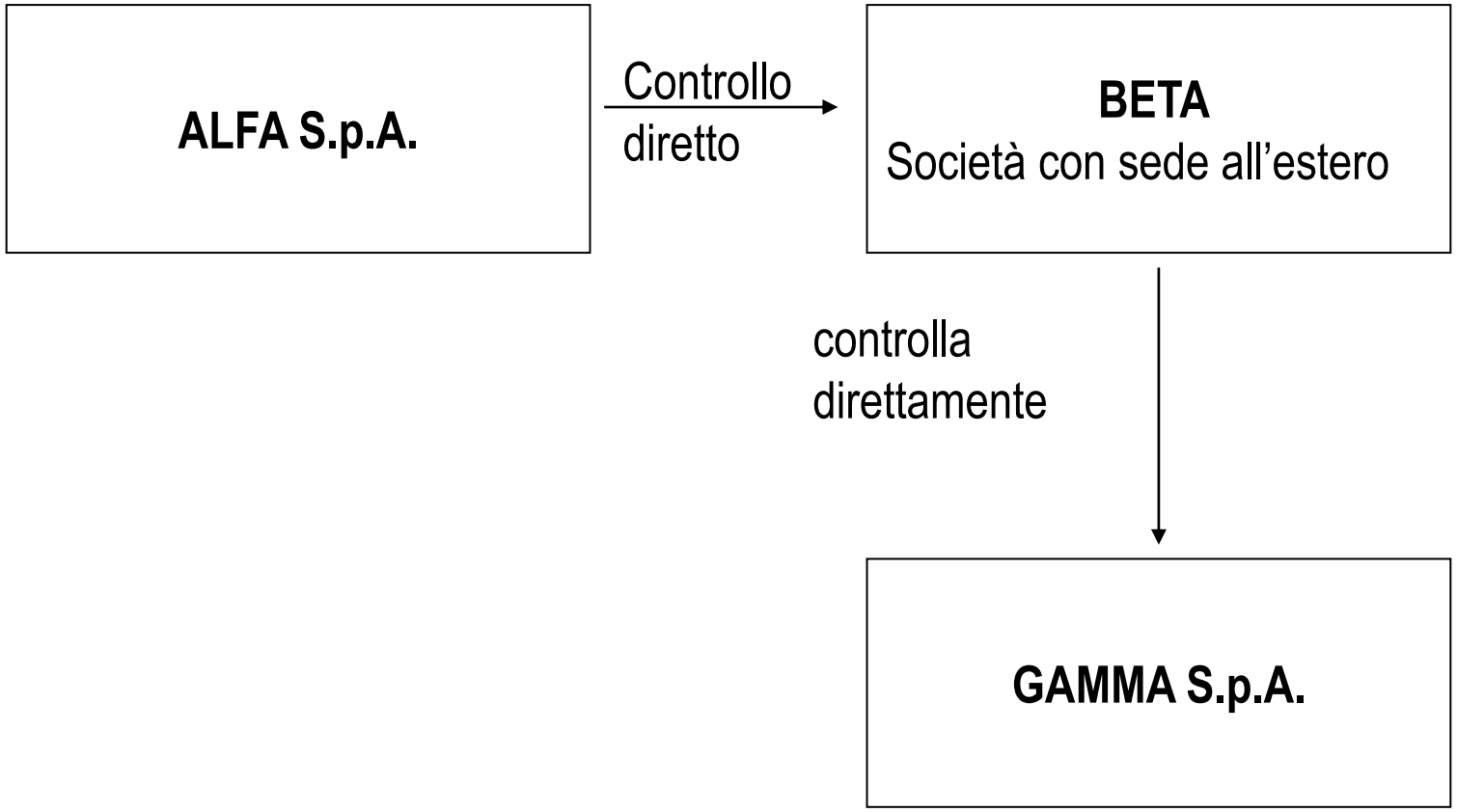
"Salvo prova contraria, si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato le società ed enti che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa":

Esterovestizione

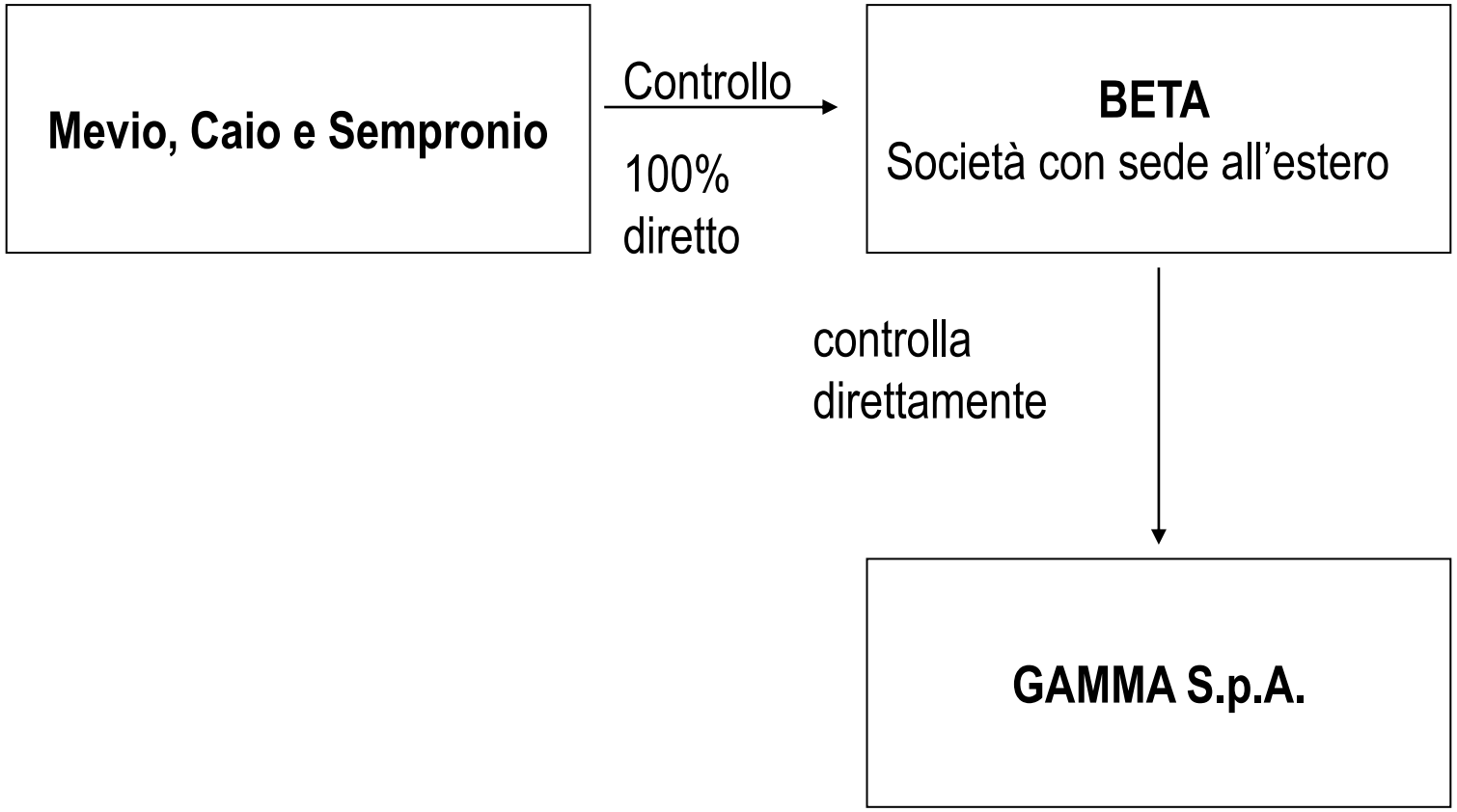
Per **esterovestizione** si intende l'**artificiosa** localizzazione della residenza fiscale di una società all'estero con interessi economici/patrimoniali nel territorio dello Stato, controllata da soggetti residenti e la cui direzione (gestione) è stabilita in Italia, con ***la principale finalità*** di usufruire di un trattamento fiscale più vantaggioso e, pertanto, di sottrarsi al più gravoso regime nazionale.

E' altresì considerata esterovestizione una società estera che si avvale, in prevalenza, di amministratori residenti (fiscalmente) in Italia.

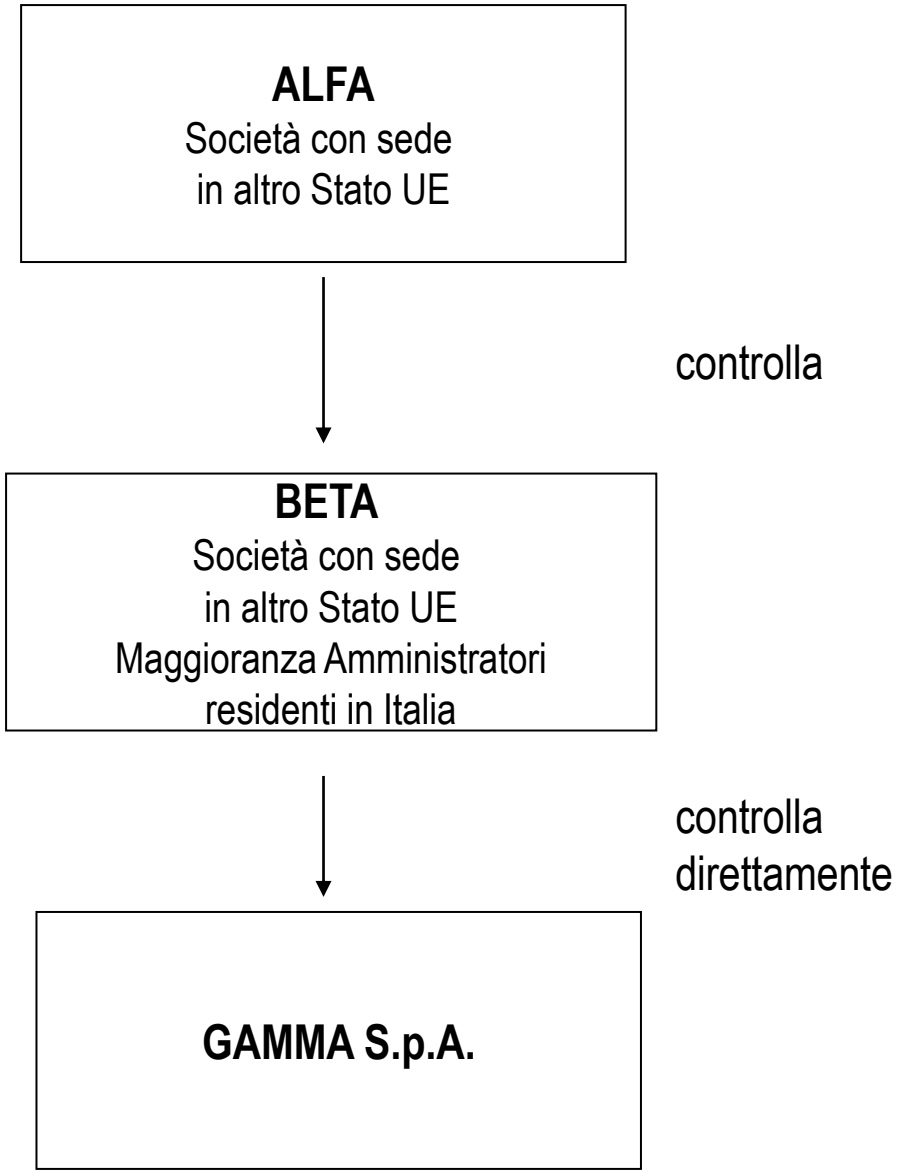
Presunzione lett. a) comma 5-bis



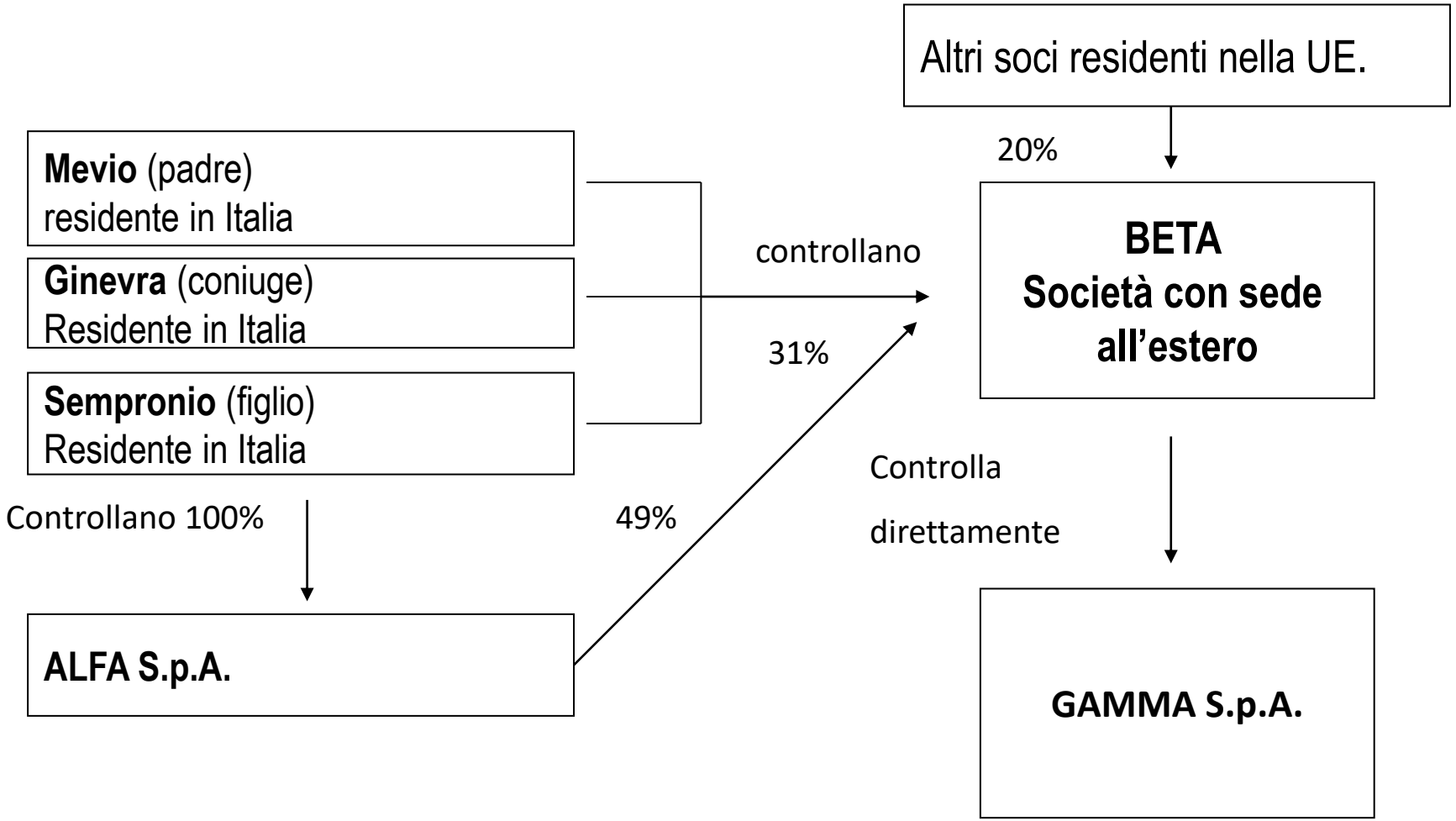
Presunzione lett. a) comma 5-bis



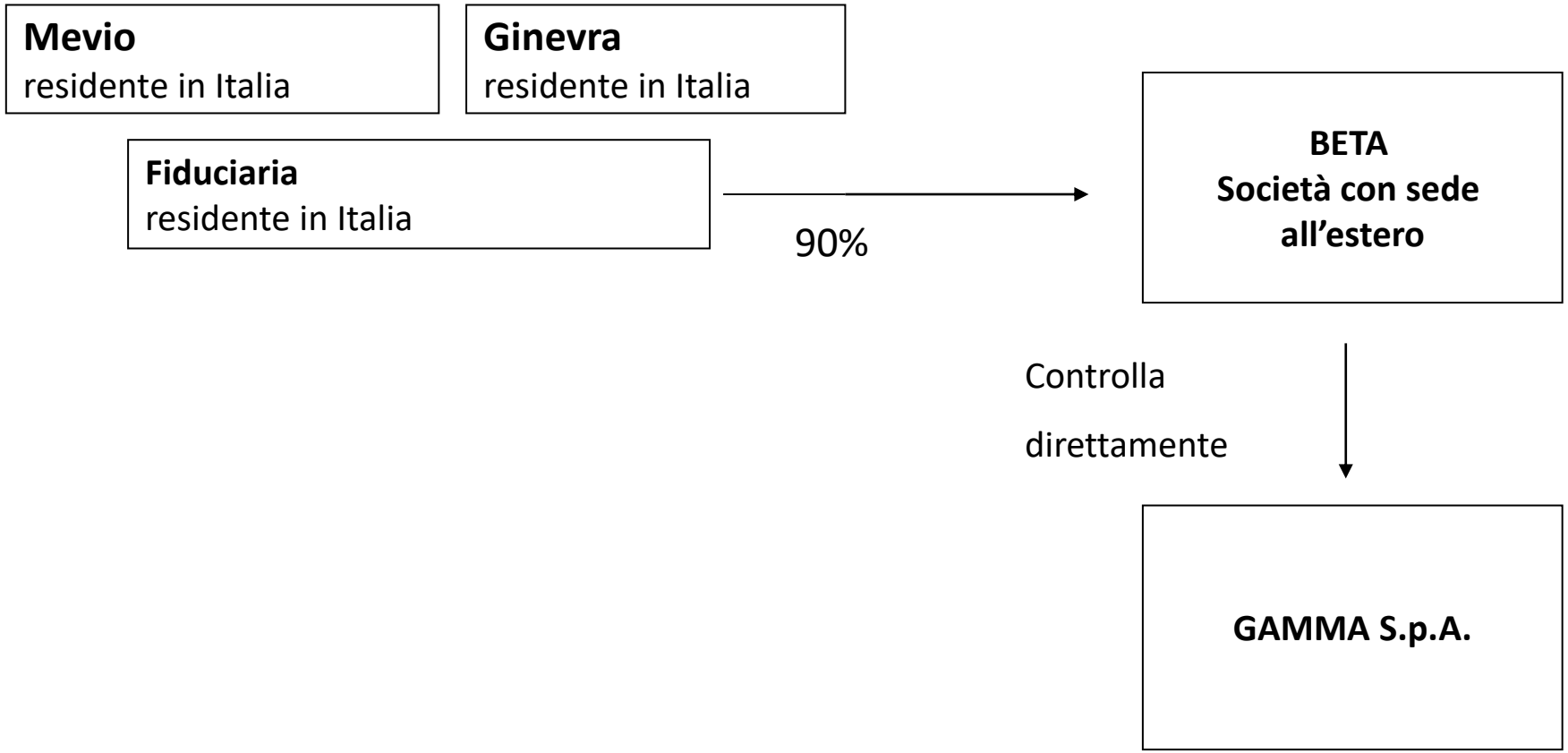
Presunzione lett. b) comma 5-bis



Presunzione lett. a) comma 5-bis e 5-ter
controllo “indiretto”



oppure


Mevio
residente in Italia
Ginevra
residente in Italia
Fiduciaria
residente in Italia
90%
BETA
Società con sede
all'estero
Controlla
direttamente
GAMMA S.p.A.

La norma antielusiva recata dall'art. 73, commi 5- *bis*, *ter* e *quater* del D.P.R. n. 917/1986, costituisce una **presunzione generale di frode e di abuso** nella declinazione della residenza fiscale, poiché può rendere di fatto **gravoso,** *se non impossibile*, l'onere per la società di provare l'effettivo insediamento nello Stato estero della sede della direzione effettiva.

Peraltro, in ambito comunitario, appare una disposizione sproporzionata che lede la libertà di stabilimento.

Ricordo, infatti, i seguenti arresti della Corte di Giustizia:

- *La circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una* ***legislazione più vantaggiosa*** *non costituisce per se stessa un abuso di tale libertà (sentenze, Halifax, Centros, Inspire Art,).*
- *Un cittadino comunitario, persona fisica o giuridica, non può essere privato della possibilità di avvalersi delle disposizioni del Trattato solo perché ha inteso approfittare* ***dei vantaggi fiscali offerti*** *dalle norme in vigore in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede (Sentenze Barbier, Cadbury Schweppes).*

Esterovestizione

Ad ogni modo il criterio della sede legale ha natura prettamente formale. Per stabilire se una società estera è fiscalmente residente in Italia, occorre analizzare, da un punto di vista sostanziale, i criteri di collegamento con il territorio dello Stato:

- sede **principale** della direzione effettiva;
- luogo **principale** ove vi è il continuo e coordinato compimento degli atti della gestione corrente riguardanti la società o l'ente «estero» nel suo complesso (prossima new entry?);
- residenza fiscale degli amministratori che fa scattare la presunzione della sede di direzione effettiva.

Place of management

Luogo dove la società, *«…esercita in modo abituale la gestione dei suoi interessi secondo modalità riconoscibili da terzi ed in osservanza completa e regolare della sua stessa identità societaria nello Stato membro dove è situata la sua sede statutaria, i requisiti di trasparenza e riconoscibilità sono per definizione soddisfatti»* (Sentenza CGUE 2 maggio 2006, causa C-341/04, Eurofood IFSC)

*«la constatazione deve poggiare su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della società in termini di locali, di personale e di attrezzature. Se la verifica di questi elementi portasse a constatare che la società domiciliata in uno Stato CE corrisponde a un'installazione fittizia che non esercita alcuna attività economica effettiva sul territorio dello Stato membro di stabilimento, la creazione di questa società dovrebbe essere ritenuta costruzione di puro artificio. Potrebbe essere questo il caso, in particolare, di una società "fantasma" o "schermo"» (*Sentenza CGUE Eurofood IFSC e 12 settembre 2006, causa C-196/04, Cadbury Schweppes plc)

Place of management

Nel caso *Planzer AG*, 28 giugno 2007, causa C-73/06, punti 61 e 62, la CGUE ha avuto modo di ribadire che «*La determinazione del luogo della sede dell'attività economica di una società implica* ***la presa in considerazione di un complesso di fattori****, al primo posto dei quali figurano la sede statutaria, il luogo dell'amministrazione centrale, il luogo di riunione dei dirigenti societari e quello, abitualmente identico, in cui si adotta la politica generale di tale società. Possono essere presi in considerazione anche altri elementi, quali il domicilio dei principali dirigenti, il luogo di riunione delle assemblee generali, la tenuta dei documenti amministrativi e contabili e relativi allo svolgimento della maggior parte delle attività finanziarie, in particolare bancarie*». Così un'interpretazione fittizia, come quella caratterizzante una società «casella postale» o «schermo», non potrebbe essere definita sede di un'attività economica.

Un aspetto intrinseco del concetto di *«centro degli interessi principali»* è l'esistenza delle realtà funzionali in grado di sostituire criteri meramente formali, da cui ne deriva che: *«Qualunque soggetto che cerchi di vincere la presunzione…..****deve*** *comunque* ***dimostrare*** *che gli elementi addotti soddisfano i requisiti di trasparenza e riconoscibilità» (cusa Eurofood ISC)*

Nuovo comma 5-bis dell'art. 7 del D.Lgs. n. 546/1992

L'Amministrazione prova in giudizio *le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e* ***annulla*** *l'atto impositivo* ***se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale****, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale,* ***le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni****. Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso, quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati*".

In realtà il comma 5-*bis* risulta in linea di principio **influente** (ma pur sempre utile in sede di giudizio) per quanto concerne operazioni, pratiche o rapporti che rientrano nella disciplina del **diritto tributario dell'Unione Europea** ovvero che sono soggette all'applicazione di norme aventi **diretta efficacia** del diritto comunitario e che rilevino ai fini della distribuzione dell'onere della prova, tenuto conto del **primato rispetto al diritto nazionale** delle norme unionali aventi efficacia diretta alla luce, secondo la consolidata giurisprudenza di costituzionalità, dell'art. 11 della Costituzione (Savorana-Vismara in il Fisco n.7/2023).

Nello specifico, la Corte di Giustizia ha rilevato, in una recentissima pronuncia resa nella causa C-512/21 (Sentenza 1° dicembre 2022,Aquila Part Prod Com SA., punti 33 e 34), che l'Autorità tributaria deve **dimostrare in modo adeguato**, conformemente alle **norme in materia di prova** previste dal diritto nazionale e senza pregiudicare l'efficacia del diritto dell'Unione, sia gli **elementi oggettivi** che provino la violazione, sia quelli che **dimostrino** che il **soggetto passivo** sapeva o avrebbe dovuto sapere che l'operazione compiuta era contraria alla legge, concludendo che tale requisito della prova "***vieta**, indipendentemente dal tipo di violazione o dal comportamento esaminato, il ricorso a supposizioni o a presunzioni che abbiano l'effetto, confutando l'onere della prova, di violare un principio fondamentale e l'efficacia del diritto dell'Unione».*

E sempre a livello unionale va ricordato il costante orientamento della Corte di Giustizia UE in forza del quale spetta all'Amministrazione finanziaria comprovare i fatti addebitati, escludendo del pari che la stessa non sia tenuta a fornire una benché minima prova del comportamento presunto non corretto del contribuente.

*"Per verificare se un'operazione persegue un obiettivo di frode e di abuso, le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, a un esame complessivo dell'operazione interessata. L'introduzione di un provvedimento fiscale di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di contribuenti dall'agevolazione fiscale, senza che l'amministrazione finanziaria sia tenuta a fornire il benché minimo principio di prova o di indizio di frode e abuso, eccederebbe quanto necessario per evitare le frodi e gli abusi" (*da ultimo: sentenze CGUE Eqiom SA, causa C-6/16 del 7 settembre 2017, Euro Park Service dell'8 marzo 2017, C-14/16, e le c.d. sentenze danesi causa C-115/16, causa C-116/16, causa C-117/16, causa C-118/16, causa C-119/16 e causa C-299/16 tutte del 26 febbraio 2019). In definitiva una presunzione generale di frode e di abuso non può giustificare né un provvedimento fiscale che pregiudichi gli obiettivi di una direttiva, né un provvedimento fiscale che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato. Per cui una normativa interna, avente portata generale, che riguardi qualsiasi operazione/costruzione che presuntivamente intenda contrastare una "possibile" (ma non certa) abuso/elusione o frode, non può rivestire carattere di necessità.

Per inciso ricordo che l'Agenzia delle Entrate, a seguito di una denuncia presentata dall'AIDC sez. di Milano, e in conseguenza del procedimento EU Pilot avviato dalla Commissione Europea, è ritornata su suoi passi rispetto alla Circolare n. 28/E del 4 agosto 2006 (Nota prot. 157346 AGE del 20.12.2010 e Nota prot. 157346 AGE del 20.12.2010), precisando che:

- La presunzione **non esonera l'amministrazione** dal provare in concreto l'effettività dell'esterovestizione.
- La disciplina dell'onere della prova previsto dalla norma, **in ogni caso**, non vale ad addossare **in toto** al contribuente la dimostrazione necessaria ad identificare il luogo di residenza effettivo della società.
- al fine di "…..fondare la residenza effettiva di un soggetto estero in Italia, i relativi riscontri degli organi verificatori devono basarsi su un'analisi complessiva della situazione di fatto dell'impresa, **non limitata da una valutazione acritica fondata soltanto su dette presunzioni.**"

- La disciplina **non limita** in alcun modo il contenuto della prova contraria a carico del contribuente, utilizzando liberamente qualunque documentazione a sua disposizione, che ritiene più idonea allo scopo di dimostrare l'effettività dell'insediamento all'estero.

- In particolare la dimostrazione della prova contraria può essere fornita «*sulla base non solo del dato documentale, ma anche sulla base di tutti gli elementi concreti da cui risulti, in particolare, il luogo in cui le decisioni strategiche, la stipulazione dei contratti e le operazioni finanziarie e bancarie siano effettivamente realizzate»,* sì da provare che la società è di fatto amministrata/gestita al di fuori dell'Italia.

Elementi di prova

- regolare periodico svolgimento delle riunioni dell'organo amministrativo presso la sede sociale con la partecipazione di diversi consiglieri (mediante l'esibizione delle relative delibere, dei biglietti aerei/ricevute di alberghi che attestano lo spostamento dei consiglieri residenti in Italia);
- effettività della gestione, attraverso l'adozione di atti volitivi da parte dei medesimi (es. decisioni strategiche, progetti, interventi diretti a migliorare la performance della società, ecc.);
- dimostrazione dell'effettivo svolgimento in loco della gestione operativa. Sotto tale profilo, rileva il grado di autonomia funzionale della società, dal punto di vista organizzativo, amministrativo, finanziario e contabile;

Elementi di prova

- grado di autonomia accordato ai country managers con riferimento all'organizzazione del personale, alle decisioni di spesa, alla stipula di contratti;
- atti di gestione adottati e attività gestionale posta in essere, ad esempio: direttive interne, contratti di natura commerciale o finanziaria stipulati dall'impresa ovvero corrispondenza e documenti che precedono o integrano le trattative commerciali cui è orientata la strategia aziendale e, in generale, la normale conduzione dell'attività caratteristica.

Per cui *«In presenza di documentazione formalmente idonea a dimostrare la localizzazione della sede di amministrazione all'estero,* ***l'onere di contestare la validità*** *delle prove fornite dal contribuente* ***viene ribaltato in capo all'amministrazione finanziaria.»***

Elementi di prova

- grado di autonomia accordato ai country managers con riferimento all'organizzazione del personale, alle decisioni di spesa, alla stipula di contratti;
- atti di gestione adottati e attività gestionale posta in essere, ad esempio: direttive interne, contratti di natura commerciale o finanziaria stipulati dall'impresa ovvero corrispondenza e documenti che precedono o integrano le trattative commerciali cui è orientata la strategia aziendale e, in generale, la normale conduzione dell'attività caratteristica.

Per cui *«In presenza di documentazione formalmente idonea a dimostrare la localizzazione della sede di amministrazione all'estero,* ***l'onere di contestare la validità*** *delle prove fornite dal contribuente* ***viene ribaltato in capo all'amministrazione finanziaria.»***

Ne consegue:

1. l'AF deve comunque provare che l'insediamento all'estero sia solo apparente (cioè fittizio);
2. In caso di documentazione fornita dalla società UE, spetta all'AF assume l'onere di contestare la validità delle prove fornite e darne puntuale giustificazione nell'atto di accertamento;
3. Il certificato di residenza fiscale o altra certificazione attestante l'assoggettabilità a imposizione in altro Stato membro "…***rilevano significativamente ai fini della prova dell'insussistenza di un attendibile collegamento con l'Italia***. ***Tuttavia, si tratta di una prova necessaria e valida, ma non sufficiente a rigettare la presunzione in questione.***";
4. laddove vengano ravvisati gli elementi riconducibili alla presunzione che l'entità sia di fatto amministrata in Italia in forza dell'art. 73 commi 5-*bis*, *ter* e *quater*, "… ***viene di prassi attivata l'assistenza amministrativa con gli Stati membri dell'Unione Europea…***";

In conclusione:

- le fattispecie al verificarsi delle quali la società estera si considera "*esterovestita*" e, pertanto, fiscalmente residente in Italia, assurgono a **meri elementi indiziari**, che depotenziano la presunzione legale insita nella norma in esame;
- l'attivazione della procedura prevista per lo scambio di informazioni previste dalle varie DAC comunitarie (che si rafforzerà a breve), costituisce **un passaggio obbligato per l'autorità fiscale** (obbligo più pregnante ove sia esibito un certificato di residenza fiscale da parte dell'autorità estera), i cui risultati, in caso di eventuale contenzioso, dovranno essere presentati e, quindi, messi a disposizione del contribuente per preservare il principio del contraddittorio.

Il comma 5-bis, a mio avviso, rimane sempre una disposizione contraria ai precetti unionali sanciti dalla Corte di Giustizia, ma piuttosto che niente meglio piuttosto.

Abuso/Elusione o Evasione?

I confini sono incerti e la giurisprudenza altalenante formandosi due orientamenti:

- Nel primo (tra le altre, Cassazione 2869/2013 e 33234/2018, richiamate nella sentenza 7454/2022; 8297/2022; 5075/2023) l'esterovestizione rientrerebbe nel fenomeno dell'abuso di diritto e spetterebbe all'Agenzia dimostrare la artificiosità della localizzazione della società all'estero al fine di ottenere un vantaggio fiscale.
- Secondo un diverso, più recente, orientamento, la individuazione della residenza ai fini Ires va effettuata sulla base delle disposizioni dell'articolo 73 del Tuir, trattandosi di una fattispecie riconducibile all'evasione e non all'abuso del diritto (Cassazione 11709 e 1710/2022; 23150 e 23225/2022; 1753/2023).

Abuso/Elusione o Evasione?

L'adesione all'uno o all'altro orientamento determina conseguenze ai fini della ripartizione dell'onere probatorio e delle garanzie riconosciute al contribuente in sede di controllo, di accertamento e nella fase contenziosa.

Recentemente la Cgt della Liguria (n.56/01/2023 del 25 gennaio 2023, ha statuito che nel contrasto all'esterovestizione di società ed enti, la prova da parte del Fisco deve essere rigorosa e precisa e deve tenere conto della novità introdotta nell'articolo 7, comma 5-bis, Dlgs 546/1992, applicabile (anche) ai giudizi in corso al 16 settembre 2022. (rif. articolo di N. Borzoni e F.Cancelliere sul Il Sole 24 ore del 15/05/2023).

Nell'accogliere l'appello del contribuente, la Corte ha ritenuto non adeguatamente provata l'esterovestizione della società accertata, avente ad oggetto il noleggio a terzi di aeromobili: la società, secondo i giudici, «*era pienamente attiva ed operativa all'estero come risulta dal relativo contratto di affitto, dalle bollette delle utenze, dagli estratti conto bancari, dalle assemblee sociali ivi svolte e dalla corrispondenza e documentazione sociale ivi ricevuta e conservata, dall'assenza di rapporti con banche italiane*».

Abuso/Elusione o Evasione?

A mio parere, in presenza di una sia pur minima struttura, beninteso se la società esercita in modo abituale la gestione dei suoi interessi secondo modalità riconoscibili da terzi ed in osservanza completa e regolare della sua stessa identità societaria nello Stato dove è situata la sua sede statutaria, direzionale o di ordinaria gestione, non si verte in un caso di evasione. Al limite si potrebbe essere in presenza di un struttura abusiva (rif. sentenze Danesi), e a questo punto scatterebbe l'art. 10-bis della Legge 212/2000, con onere della prova a carico dell'AF.

Il punto critico sono le strutture leggere, con affidamento in outsourcing di funzioni amministrative

Strutture leggere

La “presenza fisica” della società in termini di locali, di personale e di attrezzature, è salvaguardata anche se quest’ultima ricorre in parte a servizi o a prestazioni di terzi in *outsourcing*. (Cassazione, ordinanza 25 maggio 2009, n. 12078). In definitiva si deve trattare di un’entità funzionante in normale regime d’impresa, compenetrata nell’economia dello Stato membro di residenza, a nulla conferendo le eventuali decisioni connesse al risparmio degli oneri di gestione. L'outsourcing, sempre per restare nel tema, è una delle modalità di organizzazione economica dell'attività di impresa e dipende da scelte riservate all'iniziativa economica dell'imprenditore (Cassazione civile Sentenza, Sez. lav., 02/10/2006, n. 21287).

Evoluzione - Cosa potrebbe cambiare

- Proposta di Direttiva Shell Companies - COM (2021) 565 del 22 Dicembre 2021

La Commissione Europea, intende contrastare l'impiego di società prive di sostanza minima, costituite in uno Stato membro con l'obiettivo principale di ottenere un vantaggio fiscale, identificando tre criteri quali condizioni (*gateway*) che devono essere tutte soddisfatte:

1) Imprese che svolgono attività economiche geograficamente mobili, cioè i cui redditi sono costituiti prevalentemente da flussi di reddito passivi. Tra queste sono da annoverare anche le entità che detengono attività per uso privato, come immobili, yacht, jet, opere d'arte;

2) sviluppano attività transfrontaliere;

3) infine, terza condizione, imprese che non dispongono di risorse proprie o sono inadeguate per svolgere attività di gestione di base. Queste tendono ad assumere fornitori terzi di servizi di amministrazione e gestione o a stipulare accordi con imprese associate per la fornitura di tali servizi al fine di creare e mantenere una presenza legale e fiscale. L'esternalizzazione di taluni soli servizi accessori, come i soli servizi contabili, mentre le attività principali rimangono di per sé a carico dell'impresa, **non sarebbe di per sé sufficiente affinché un'impresa soddisfi questa condizione**.

Condizioni (tutte) per la comunicazione

1. redditi «pertinenti»: > 75% di tutti i ricavi/proventi lordi conseguiti dall'impresa nei due esercizi precedenti
2. Attività transfrontaliera:
   a. > 60% del **valore contabile** degli attivi relativi a redditi di beni immobili e beni mobili (collezioni d'arte, yatch, ecc..) è situato fuori dallo Stato nei due esercizi precedenti;
   b. = o > 60% degli altri redditi pertinenti è realizzato o versato mediante operazioni transfrontaliere.
3. **Nei due anni precedenti l'impresa ha esternalizzato la gestione delle operazioni ordinarie e il processo decisionale su funzioni significative.** Particolarmente difficile appare quali/quantificare la gestione «esterna» delle operazioni ordinarie e il processo decisionale su funzioni significative. La congiunzione «e» dovrebbe considerare salvi i servizi esterni che non incidono sul processo decisionale, ma la disposizione appare indeterminata.

Se si sono verificate tutte le condizioni, le imprese sono tenute a dichiarare nella loro dichiarazione annuale dei redditi, per ciascun esercizio fiscale, se soddisfano i seguenti **indicatori di sostanza minima** :

a) l'impresa dispone di locali propri o di locali ad uso esclusivo nello Stato membro.
(Qui bisogna capire cosa s'intende per uso esclusivo. Caso di comodato gratuito? Affitto temporaneo? Coworking?)

b) l'impresa ha almeno un conto bancario proprio e attivo nell'Unione.

Indicatori di sostanza minima a fini fiscali

- **c)** **<u>uno</u>** dei seguenti indicatori:
  - **<u>i)</u>** uno o più amministratori dell'impresa:
  - 1) sono residenti a fini fiscali nello Stato membro dell'impresa **o a una distanza da tale Stato membro che non sia superiore alla distanza compatibile con il corretto esercizio delle loro funzioni (?)**;
  - 2) sono qualificati e autorizzati a prendere decisioni in relazione alle attività che generano i redditi pertinenti per l'impresa o in relazione agli attivi dell'impresa;
  - 3) utilizzano regolarmente in modo attivo e indipendente l'autorizzazione di cui al punto 2;
  - 4) non sono dipendenti di un'impresa che non è un'impresa associata e non svolgono la funzione di amministratore o equivalente di altre imprese che non sono imprese associate;
  - **<u>ii)</u>** la maggior parte dei dipendenti equivalenti a tempo pieno dell'impresa sono residenti a fini fiscali nello Stato membro dell'impresa, **o a una distanza da tale Stato membro che non sia superiore alla distanza compatibile con il corretto svolgimento delle loro funzioni,** e tali dipendenti sono qualificati a svolgere le attività che generano i redditi pertinenti per l'impresa (in sostanza non addetti alle attività rutinarie)

Documenti giustificativi da allegare

a) indirizzo e tipo dei locali;
b) ammontare dei ricavi lordi e loro natura;
c) ammontare dei costi d'impresa e loro natura;
d) tipo di attività svolte per generare i redditi pertinenti;
e) numero di amministratori, loro qualifiche e autorizzazioni e luogo di residenza a fini fiscali **o** numero di dipendenti equivalenti **a tempo pieno** (no part- time?) che svolgono le attività che generano i redditi pertinenti e loro qualifiche e luogo di residenza a fini fiscali;
f) attività commerciali in outsourcing;
g) numero di conto bancario, eventuali mandati conferiti per accedere al conto bancario e per utilizzare o emettere istruzioni di pagamento e prove dell'attività del conto.

Conseguenze

Gli effetti sostanziali della Direttiva, se l'impresa non soddisfa gli indicatori di sostanza minima, **non sono però l'attrazione della residenza della società**, ma la tassazione per trasparenza del reddito prodotto dalla *Shell Company* in capo ai soci della stessa. Questi - in sintesi - gli effetti:

Nello SM della Shell Company

Lo SM non rilascia il certificato di residenza fiscale oppure lo rilascia specificando però che l'impresa non può beneficiare:

- delle Convenzioni contro le doppie imposizioni (in seguito CTA);
- delle Direttive Madre e Figlia e Interessi e Royalties.

Ne discende che, mancando il certificato di residenza, non solo gli SM ma anche gli Stati terzi applicheranno le loro norme domestiche sui flussi in entrata e in uscita verso la *shell company.*

Allo stesso modo lo SM di residenza della *shell company* amplia il suo potere di tassazione per cui, ad esempio, non riconoscerà i benefici della M&F e I&R applicando le proprie ritenute sui flussi in uscita e non riconoscendo, in caso di società, l'esenzione al 95% per i dividendi.

Negli SM diversi dallo SM dell'impresa

Gli SM:

- non tengono conto delle CTA in vigore con lo Stato membro della *shell company*, nonché dei vantaggi fiscali previsti dalle Direttive Madre e Figlia e Interessi e Royalties;
- se i soci sono residenti a fini fiscali in uno SM, gli SM dei soci della *shell company* tassano i redditi conformemente al proprio diritto nazionale come se fossero direttamente **maturati** da soci e detraggono l'imposta pagata su tali redditi nello SM della *shell company.*

GRAZIE PER L’ATTENZIONE