

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
“M. FANNO”**

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E
COMUNITARIO**

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE
IN ECONOMIA E DIRITTO**

TESI DI LAUREA

**“LA STABILE ORGANIZZAZIONE E L’ISTITUTO DELLA BRANCH
EXEMPTION”**

**RELATORE:
CH.MO PROF. Marcello Poggioli**

**LAUREANDA: Elisabetta Pagliarulo
MATRICOLA N. 1131115**

ANNO ACCADEMICO 2017 –2018

Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere.

Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

Firma dello studente

*Ai legami
che rendono
liberi*

SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO PRIMO – La doppia imposizione internazionale	5
1.1. La doppia imposizione: dalle cause agli effetti.....	5
1.2. <i>Capital Import Neutrality</i> e <i>Capital Export Neutrality</i>	7
1.2.1. Il conflitto fra i due principi	9
1.2.2. L'applicazione nell'ordinamento italiano	11
1.3. La doppia imposizione internazionale	15
1.3.1. Classificazione della doppia imposizione	19
1.3.2. Le cause della doppia imposizione internazionale.....	20
1.3.3. Sulla discussa esistenza di un principio di divieto di doppia imposizione Errore. Il segnalibro non è definito.	
CAPITOLO SECONDO – La Stabile Organizzazione e i metodi per eliminare la doppia imposizione internaziolle	25
2.1. La Stabile Organizzazione come criterio di localizzazione del reddito.....	25
2.2. La definizione di Stabile Organizzazione nelle convenzioni internazionali e nell'ordinamento nazionale.....	28
2.2.1. La Stabile Organizzazione materiale.....	30
2.2.2. La Stabile Organizzazione personale	42
2.2.3. La Stabile Organizzazione ai fini IVA (cenni).....	455
2.3. La determinazione del reddito della Stabile Organizzazione	48
2.3.1. L' "Authorized OECD Approach"	52
2.3.2. La determinazione del reddito della stabile organizzazione secondo il T.U.I.R.....	58
2.4. Gli strumenti di eliminazione della doppia imposizione internazionale.....	62
2.4.1. Gli strumenti unilaterali ed il credito d'imposta	63
2.4.2. Gli strumenti convenzionali e le Convenzioni OCSE.....	71
CAPITOLO TERZO – L'istituto della <i>Branch Exemption</i>	81
3.1. Le finalità dell'istituto.....	81
3.3.1. Globalità.....	99
3.3.2. Immediatezza	102
3.3.3. Irrevocabilità	103
3.4. Effetti dell'istituto.....	105

3.4.1. Il recapture delle perdite pregresse	105
3.4.2. La disciplina Cfc e la distribuzione degli utili generati dalle branch estere	115
3.4.3. L'agevolazione ACE	127
3.4.4. L'imposta sulle attività produttive (Irap).....	129
3.5. Nuovi possibili comportamenti abusivi facenti leva sulla BEX.....	130
CONCLUSIONI	147
BIBLIOGRAFIA	151
Dottrina.....	151
Atti parlamentari.....	160
Giurisprudenza	160
Prassi	160
Altra documentazione.....	161
Sitografia	163

INTRODUZIONE

Il diritto tributario internazionale ambisce a regolare l'esercizio della potestà impositiva dei singoli Stati; per il principio di sovranità infatti ogni Stato deve sottostare alla disciplina di altro territorio se ivi vengono svolte attività produttive di reddito, potendo solo regolare le attività che si svolgono entro i propri confini.

La crescente apertura dei mercati di merci e dei fattori produttivi ha aumentato l'interesse per l'analisi delle interdipendenze fra le politiche fiscali dei singoli Stati, l'evoluzione delle economie negli ultimi anni ha di fatto accresciuto la competitività di imprese private e di sistemi economici nazionali interessati ad attrarre basi imponibili e non pregiudicare la competitività dei prodotti nazionali.

In linea generale, nell'ambito di un quadro fiscale internazionale, le imposte sul reddito di persone fisiche e giuridiche possono essere riscosse secondo due principi alternativi che corrispondono al principio di residenza e al principio di tassazione alla fonte. Secondo il primo, i contribuenti sono tassati in modo uniforme sui redditi prodotti a livello mondiale indipendentemente dalla giurisdizione in cui la ricchezza è stata realizzata. In base al secondo, al contrario, i contribuenti sono tassati nella giurisdizione in cui hanno realizzato il reddito indipendentemente dal luogo in cui risiedono. I due tipi di tassazione hanno generato nel tempo implicazioni macroeconomiche distinte producendo effetti diversi sul rendimento degli investimenti interni ed esteri.

Ai sensi del principio di sovranità statale, ogni giurisdizione ha la facoltà di delineare il sistema impositivo che ritiene ottimale sulla base dei principi sopraenunciati o di una loro parziale integrazione. Ben può accadere quindi che le pretese impositive di due o più Stati si sovrappongano creando problemi di doppia imposizione internazionale. La doppia imposizione rappresenta quindi una distorsione del sistema impositivo capace di generare una discriminazione nella tassazione degli investimenti internazionali sotto il profilo dell'equità.

Nell'ottica di realizzazione di parte del reddito all'estero, la stabile organizzazione costituisce il criterio di collegamento più rilevante per l'attrazione a tassazione del reddito prodotto da imprese non residenti. La presenza di una stabile organizzazione sul territorio diventa quindi uno strumento per realizzare una porzione di reddito che, seppur per ragioni pratiche tenuto astrattamente separato da quello della società madre e calcolato come se si trattasse di un'entità indipendente, rimane comunque imputabile alla società estera.

Attraverso il ricorso a norme convenzionali o interne, la disciplina del diritto tributario internazionale si propone di eliminare l'eventuale distorsione causata dall'imposizione del reddito generato attraverso una stabile organizzazione tanto nello stato di ubicazione della stessa quanto nello stato di residenza della casa madre.

Il lavoro si propone di analizzare il nuovo regime di esenzione degli utili e delle perdite prodotti per mezzo di una stabile organizzazione estera di un società residente italiana introdotto con l'art. 14 del D.lgs. del 14 settembre 2015 n 147, recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese. Il regime in questione si pone come alternativo ed opzionale rispetto al criterio del *foreign tax credit*, il quale prevede che la casa madre determini il proprio reddito imponibile includendo anche quello riferibile alla stabile organizzazione estera e ottenendo nello Stato di residenza un credito pari all'imposta assolta all'estero.

A parere della dottrina il metodo dell'esenzione realizza un più equo assetto tra imprese residenti e non residenti operanti in un determinato territorio, in quanto assoggetta dette imprese al medesimo livello di imposizione a prescindere dalla pressione fiscale operante negli Stati di residenza (c.d. *capital import neutrality*). Di converso il credito d'imposta permette un'uguaglianza di prelievo tra le imprese residenti nello stesso territorio, a prescindere dal luogo in cui decidano di investire, in quanto i livelli di tassazione sopportati all'estero non sono da valutarsi (c.d. *capital export neutrality*).

La prima parte dell'elaborato si propone di analizzare le origini della doppia imposizione internazionale sulla base dell'evoluzione del sistema tributario, approfondendo in seguito i metodi di prevenzione e correzione previsti dalla disciplina nazionale e da quella internazionale.

Partendo poi dai requisiti generali che caratterizzano ogni stabile organizzazione si ripercorre la disciplina internazionale – sulla cui base è strutturata la nozione di stabile organizzazione nell'ordinamento domestico – al fine di delineare le molteplici fattispecie alla luce delle recenti evoluzioni degli ordinamenti. L'analisi della nozione di stabile organizzazione risulta fondamentale per lo studio del nuovo regime di *branch exemption* in quanto è proprio sul riconoscimento o meno della *branch* che si gioca la possibilità di adesione e la profittabilità del nuovo regime. L'elaborato offre inoltre una panoramica della modalità di tassazione del reddito della stabile organizzazione sulla base del “*Authorized OECD Approach*” (“AOA”) elaborato dall'OCSE, e adottato dalla normativa domestica, che identifica la stabile organizzazione come una *functionally separate entity*. Studiare le modalità di determinazione del reddito della stabile organizzazione risulta funzionale alla comprensione dei metodi di trattamento di detto reddito ed in particolare del nuovo istituto della *branch exemption*.

Infine, sulla base dei lavori parlamentari e delle prime analisi della dottrina relativamente al D.lgs. del 14 settembre 2015 n 147 si è analizzato come le novità introdotte possano, in maniera concorde con l'ambizione del decreto, rendere il Paese più appetibile ad investimenti ed investitori esteri ed allo stesso tempo migliorare la competitività delle imprese italiane operanti oltre frontiera. In particolare, il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 28 agosto 2017, ha integrato e chiarito l'applicazione del regime opzionale di esenzione degli utili e delle perdite delle stabili organizzazioni all'estero, seppur lasciando alcuni dubbi applicativi. In questa prospettiva, l'analisi è volta inoltre ad individuare quali possano essere le ipotesi di utilizzo abusivo del neo introdotto istituto sulla *branch exemption* ed i possibili metodi correttivi.

CAPITOLO PRIMO - La doppia imposizione internazionale

SOMMARIO: 1.1. La doppia imposizione: dalle cause agli effetti – 1.2. *Capital Import Neutrality* e *Capital Export Neutrality* – 1.2.1. Il conflitto fra i due principi – 1.2.2. L'applicazione nell'ordinamento italiano – 1.3. La doppia imposizione internazionale – 1.3.1. Classificazione della doppia imposizione – 1.3.2. Le cause della doppia imposizione internazionale – 1.3.3. Sulla discussa esistenza di un principio di divieto di doppia imposizione

1.1. La doppia imposizione: dalle cause agli effetti

A partire dalla fine dell'ottocento il diritto tributario internazionale ha acquisito autonomia all'interno della disciplina tributaria domestica. Prima di tale periodo, infatti, ogni ordinamento imponeva tributi sulla base di presupposti nazionali, disinteressandosi delle fattispecie realizzatesi oltre i confini territoriali.

L'evoluzione del commercio ed, in seguito, la globalizzazione dei mercati, hanno portato le imprese alla creazione di appendici in diversi paesi, facendo emergere da parte degli Stati esportatori di capitali l'esigenza di superare l'imposizione secondo il collegamento reale al territorio (*principio di territorialità*).¹ Di conseguenza, all'aumentare dei volumi di scambio e della capillarità a livello extra-domestico delle proprie imprese, gli Stati esportatori di capitali e tecnologie non hanno più rinunciato a tassare la ricchezza prodotta all'estero dalle imprese nazionali.²

A seguito della prima guerra mondiale, la necessità di disciplinare il proliferarsi dei rapporti economici, a livello internazionale, ha condotto la Società delle Nazioni nel 1921 a promuovere, attraverso un apposito Comitato Fiscale (c.d. *Fiscal committee*)³, lo studio della doppia

¹ A seguito della Rivoluzione Industriale del XIX secolo, le crescenti importazioni di materie prime, richieste dalla sempre più fiorente industria manifatturiera, e l'emergere di nuove potenze industriali - Stati Uniti Germania e Giappone - hanno condotto alla multilateralizzazione degli scambi. Sul punto ASSOCIAZIONE RICERCHE SETTE NANI – CTM BOLZANO, *Commercio internazionale e nuove forme di intervento*, 1992.

² CORDEIRO GUERRA R., *Diritto tributario internazionale istituzioni*, Milano, 2016, p.2.

³ BRUINS M., EINAUDI L., SELIGMAN R., STAMP J., *Report on double taxation*, Document E-F-S-73, Ginevra, 1923, accessibile su www.taxtratieshistory.org. Il problema fu sottolineato da Einaudi secondo il quale « Nel sistema reale è molto semplice stabilire il luogo di tassazione, essendo questo il *locus rei sitae*. Nel sistema di distribuzione personale dell'imposta, non essendo più il *locus rei sitae* che stabilisce chi deve pagare l'imposta, ma il *locus* della persona ed essendo le persone molto più mobili di quello che non siano le cose, sorgono problemi più complicati di quelli studiati per l'imposta reale. Assumeremo il luogo del domicilio, di residenza o di dimora del contribuente. [...] Soprattutto il problema assume importanza per ciò che riguarda i rapporti tra Stato e Stato. Qui furono le maggiori controversie per stabilire qual Stato abbia diritto di stabilire l'imposta e fino a qual punto (...) anche se

imposizione internazionale, pervenendo alla conclusione di tassare l'intera capacità contributiva una sola volta e prediligendo la sfera di imposizione dello Stato di residenza del soggetto percipiente redditi da un altro Stato. La Società delle Nazioni si preoccupò da subito di promuovere le Convenzioni contro le doppie imposizioni in particolar modo restringendo la sfera di imposizione nelle attività svolgentesi nell'ambito di più Stati nei confronti dei soggetti residenti in un paese e percipienti redditi provenienti da un altro Stato.

Con il passare degli anni lo sfruttamento delle possibilità di sviluppo internazionale delle imprese ha posto infatti, fra gli altri problemi di ordine pratico, l'incognita di valutare le conseguenze fiscali dei propri investimenti.⁴ Il trasferimento di ricchezza e la tecnologia informatica hanno, ad esempio, reso sempre più appetibile la possibilità di commerciare senza una presenza fisica nei mercati in cui l'attività viene esplicata e di imputare il reddito prodotto alla casa madre localizzata in paesi a bassa fiscalità.

La possibilità di creare complesse strutture multinazionali ha stimolato le imprese ad organizzare e sviluppare il proprio *business* produttivo secondo strutture che riuscissero ad ottimizzare e minimizzare l'imposizione complessiva del gruppo. Al tempo stesso, il processo di globalizzazione dei mercati e dei sistemi economico-produttivi degli ultimi trent'anni ha dato quindi vita ad un nuovo scenario competitivo non solo a livello di imprese private, stimolate a confrontarsi su scenari internazionali, ma anche a livello di differenti sistemi economici nazionali e sovranazionali coinvolti nella reciproca concorrenza di attrazione dei capitali esteri.

L'OCSE ha dato grande impulso alle iniziative atte a limitare le "pratiche fiscali dannose" per una corretta concorrenza globalizzata, con il Consiglio del 9 aprile 1998 ha infatti approvato la direttiva "*Harmfull tax competition*", individuando i fattori attraverso i quali si identificano i c.d. "paradisi fiscali" ed i regimi preferenziali dannosi nell'ambito dei paesi non riconducibili a tale categoria.

In sede europea, nel 1996 con l'approvazione del rapporto "*Tassazione nella Unione Europea*" è stata riconosciuta l'esigenza di agire a livello coordinato al fine di ridurre gli effetti distorsivi del mercato unico, tale necessità ha condotto alla creazione di un "*Gruppo per la politica fiscale*" composto dai rappresentanti dei Ministri per le finanze dei singoli Stati membri

è vero che il criterio dominante è quello di residenza, ossia del luogo in cui il contribuente ha la sede principale dei suoi affari e interessi, del luogo che potremmo chiamare dell'appartenenza economica>>.

⁴ BORIO G., *La stabile organizzazione: convenzioni internazionali e conseguenze fiscali: giurisprudenza, prassi, casi pratici*, Rimini, 2003, pag. 7.

dell'Unione (ECOFIN) che ha approvato “*un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa*”.

1.2. Capital Import Neutrality e Capital Export Neutrality

La tendenza per cui lo Stato di residenza estenda le proprie pretese impositive ai redditi prodotti oltre i confini nazionali è apparsa particolarmente evidente nei paesi in cui sono esistite da sempre le più scarse restrizioni valutarie ed i più evidenti limiti amministrativi alla movimentazione dei capitali.⁵ L'approccio impositivo degli Stati riflette pertanto la scelta per un certo modello di sviluppo economico e sociale; contro l'approccio *worldwide* – suggerito per la prima volta nel Rapporto sulla doppia imposizione nel 1923 – si sono schierati infatti i Paesi latinoamericani che vi intravedevano la volontà occidentale di preservare la propria supremazia economico-politica.

Al fine di ricercare le soluzioni giuridiche al problema della tassazione dei redditi e del coordinamento fra i sistemi tributari dei diversi paesi è necessario partire dall'analisi dei rapporti fiscali degli Stati in una “*prospettiva economica*”. In tal senso, una delle problematiche di base attinenti alla presenza di più sistemi fiscali a livello internazionale riguarda il perseguimento della neutralità fiscale (c.d. *tax neutrality*),⁶ intesa come la possibilità che il prelievo esercitato dai diversi Stati non influenzi la scelta del contribuente tra l'effettuare l'investimento nello Stato della residenza oppure nello Stato alla fonte.

Si è quindi studiato come l'applicazione di due modelli potesse ridurre la distorsione nell'allocazione geografica di fonti e impieghi e se, al tempo stesso, uno dei due potesse

⁵ L'utilizzo del criterio di territorialità in tali fattispecie avrebbe generato una perdita di gettito da parte del paese di residenza in quanto con la delocalizzazione di redditi meno legati al territorio, ma connessi per lo più allo sfruttamento di beni immateriali o finanziari, si sarebbe potuto beneficiare dell'imposizione ridotta dei paesi con regime fiscale più vantaggioso. L'applicazione del criterio della residenza permette invece di attirare il reddito prodotto nel paese a cui è collegato il soggetto che produce la ricchezza a prescindere da dove essa venga effettivamente prodotta. Sul tema vedasi PINTO. D., *Exclusive source or residence based taxation – is a new and simpler world tax order possible?*, in *Bullettin for International Taxation*, 2007, 7, 277: “*An exclusive residence-based tax system would invariably favour countries that are net exporters of goods and services sold electronically. If the level of trade and income flows between capital-exporting and capital importing countries are relatively even, the consequences of such an approach would be minimal as each country could recover any lost revenue from its residents. Currently, capital-exporting countries are mainly developed countries, while capital-importing countries are more often than not developing countries. Flows of income between developed countries tend to be more or less balanced, while those between developed and developing countries tend to be unbalanced in favour of developed countries*”.

⁶ La riflessione nell'ambito delle scienze economiche si è incentrata sulla ricerca dell'ottimo della dislocazione interstatale dei redditi reali, ed è stata guidata da economisti statunitensi del secolo scorso fra cui: R.P. MUSGRAVE, J.G. GRAVELLE, D.J. ROUSSLANG, M.A. SULLIVAN.

orientare gli investimenti nei paesi a redditività netta maggiore e favorire lo sviluppo delle economie emergenti e sottosviluppate.⁷

Con il sintagma *Capital export neutrality* si indica un modello di politica economica e tributaria contraddistinto dall'indifferenza del prelievo rispetto alle scelte di localizzazione dell'investimento, in tal senso ai soggetti residenti che producono reddito estero dovrebbe essere accordato dallo Stato della residenza lo stesso trattamento tributario dei soggetti che producono esclusivamente reddito all'interno dei confini nazionali. A tale metodo, orientato al perseguimento della neutralità in relazione al collocamento del capitale (alla "fonte" del reddito), ben si abbina l'istituto del credito d'imposta da parte dello Stato di residenza del reddituario. La concessione di un credito d'imposta, al fine di tener conto di quanto già corrisposto all'estero, non dovrebbe influenzare la scelta di investimento del soggetto in quanto la detrazione dovrebbe essere contenuta nella misura dell'imposta che sarebbe stata prelevata ove l'investimento fosse localizzato nel medesimo Stato di residenza – senza permettere una compensazione dell'eventuale maggior prelievo generato all'estero.⁸

La *Capital import neutrality* indica, invece, il modello di politica economica internazionale che garantisce il medesimo trattamento del capitale investito all'interno dello Stato, a prescindere dalla sua provenienza. La c.d. "neutralità fiscale esterna" si verifica quando ai soggetti residenti che producono reddito estero è concesso dallo Stato di residenza lo stesso trattamento tributario di quello accordato dallo Stato alla fonte da parte dei soggetti che vi producono reddito domestico. Tale modello, orientato a soddisfare la neutralità del prelievo in relazione

⁷ Sul tema PINTO. D., *Exclusive source or residence based taxation – is a new and simpler world tax order possible?*, in *Bullettin for International Taxation*, 2007, 7, p.277, : " Prof. Richard Musgrave has been credited as being the first to distinguish between capital-export neutrality and capital-import neutrality. According to his definition, "export neutrality means that the investor should pay the same total (domestic plus foreign) tax, whether he receives a given investment income from foreign or from domestic sources Import neutrality means that capital funds originating in various countries should compete at equal terms in the capital market of any country". Prof. Vogel observed that export neutrality consequently implies a system of worldwide taxation with a foreign tax credit, while import neutrality implies a system of exemption, that is, of source-based taxation."

Per completezza si riporta come parte della dottrina non sia concorde su tale distinzione sindacando il concetto stesso di neutralità, VOGEL K., *Which Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation?*, in *Bulletin for International Taxation*, 2002 (Volume 56), No 1: "I have stated that distinguishing between two types of neutrality which are opposed to each other is, in my view, a self-contradiction. If neutrality means the absence of all (or nearly all) external influences, the absence of certain influences only, while other influences are upheld, is no neutrality. If a glass contains whisky, but not water, it is not empty, and the same is true if the glass contains water, but not whisky. Similarly, a tax system that does not influence capital-import, but export, cannot be called neutral. I further tried to criticize the assumption that capital-export neutrality promotes economic efficiency. Rather, it discriminates against investment in low-tax states, in particular developing countries, and was therefore accurately called fiscal imperialism. Efficiency, in contrast, requires that the total burden of taxes levied on taxpayers investing in foreign countries not be higher than the taxes imposed on domestic enterprises in those countries."

⁸ Ciò rileva nella maggioranza degli ordinamenti che adottano tale metodo.

all'ubicazione del soggetto produttore di reddito (alla "residenza" del produttore), tende a garantire la competitività internazionale in quanto il capitale investito in un determinato territorio sarebbe messo in condizione di competere con tutti i capitali investiti in quel territorio a condizione di parità rispetto all'origine del soggetto produttore. Il metodo dell'esenzione è quello che meglio risponde alle finalità del modello in analisi in quanto comporta che lo Stato di residenza si astenga dal sottoporre a imposizione i redditi che hanno fonte al di fuori dei confini nazionali.

Ai primi due principi, seppur meno suffragato, deve essere aggiunto il principio di *national neutrality*, il quale prevede una deduzione delle imposte assolte all'estero dalla base imponibile complessivamente generata. Tale principio, non eliminando completamente la doppia imposizione, ha un'efficacia limitata dovuta dalla riduzione della convenienza degli investimenti all'estero rispetto a quelli nazionali. Ciò in quanto, nell'ottica dei correttivi applicabili, a differenza del metodo con credito d'imposta, la deduzione riduce soltanto la base imponibile e non l'imposta netta dovuta.⁹

1.2.1. Il conflitto fra i due principi

La domanda rilevante diventa allora quale fra i modelli di politica fiscale sia da preferirsi. La dottrina maggioritaria ha mostrato nel tempo generalmente una preferenza per la neutralità interna ("*capital export neutrality*")¹⁰. In termini di efficienza è stato infatti sostenuto che se tutte le nazioni implementassero un sistema basato sulla residenza si raggiungerebbe l'allocazione del capitale a livello mondiale nel modo più produttivo possibile.¹¹ D'altro canto, l'adozione di un metodo basato sulla neutralità esterna (sulla "*fonte*" del reddito) porterebbe ad un'allocazione inefficiente delle risorse economiche in quanto "[It] discourages investment in high-tax jurisdictions and encourages investment in low-tax jurisdictions".¹²

⁹ Ad esempio, ipotizzando un'aliquota domestica del 30%, se si applicasse il principio di *capital export neutrality*, ed il relativo metodo del credito d'imposta, si avrebbe un onere detraibile per tutta l'imposta versata all'estero. Se al contrario si applicasse il principio della *national neutrality* il risparmio conseguibile nel paese di residenza sarebbe pari solo al 30% dell'imposta versata all'estero, con un evidente problema di parziale doppia imposizione.

¹⁰ Per tutti VOGEL. K., *Worldwide vs. source taxation of income*, in *Intertax international tax review*, 10/1988, il quale prediligendo tale modello affermava che "[I]t is generally correct as well to conceive of a tax neutrality with respect to all investors of one country, so that tax considerations will not influence their decisions to invest at home or abroad. Such capital-export neutrality will ensure that each national supply of capital available at that tax level will be allocated internationally in its most efficient manner. [...] In a world where capital markets are perfect and where the financing of corporate investment projects is not subjected to internal funds constraint, tax neutrality towards capital import is clearly not a prerequisite for efficient allocation of resources".

¹¹ MC LURE, JR., CHARLES E., "*US Tax Laws and Capital Flight from Latin America*", *University of Miami Inter-America Law Review* 321, 1989, p.325.

¹² i.d.

La predetta visione è stata successivamente messa in discussione e sulla base dei cambiamenti di prospettiva – che suggeriscono una preferenza nei confronti della *capital import neutrality* – ad oggi, infatti, il modello di *residence based taxation* appare in crisi. Otto Ganderberger, in un *paper* del 1983, ha presentato tre argomentazioni contrarie alla *capital export neutrality*¹³ e nello stesso periodo altri economisti di spicco, tra cui Leif Mutén e Norman True, hanno sostenuto i vantaggi della *source based taxation*¹⁴.

Alla crisi del modello di tassazione in base alla residenza, a cui ha contribuito la polverizzazione delle fonti del reddito,¹⁵ succede la riscoperta di un approccio *source-based* e la creazione di modelli di tassazione territoriale in cui il reddito venga tassato al momento del “distacco” dalla relativa fonte. Sebbene alcuni ordinamenti, secondo un approccio basato sulla *capital export neutrality*, abbiano negli ultimi anni implementato e allargato la platea di soggetti sui quali applicare una tassazione secondo il reddito mondiale,¹⁶ si ravvisa al tempo stesso una convergenza nell’introduzione di disposizioni esentative in relazione ad alcune tipologie di redditi.¹⁷

Pertanto, ad oggi, non pare potersi mettere in discussione la correttezza della tassazione del reddito nel paese in cui lo stesso è prodotto, a prescindere che il produttore sia un soggetto

¹³ In primo luogo Ganderberger evidenzia che, in un sistema basato sul principio di residenza, se il *tax rate* dello Stato di residenza risulta superiore rispetto a quello alla fonte allora al netto delle imposte una minor parte di utile sarebbe utilizzabile per finanziare gli investimenti nel paese alla fonte. Ciò perché l’impresa dovrebbe anticipare un onere fiscale complessivo superiore a quello dei suoi concorrenti che risiedono in paesi con aliquote inferiori, influenzando così le scelte d’investimento nel paese alla fonte. In secondo luogo Ganderberger, considerando il livello di *tax rate* direttamente proporzionale al livello di beni pubblici forniti da un paese, afferma che se il paese alla fonte avesse un’imposizione inferiore rispetto a quello di residenza allora le scelte di un investitore sarebbero influenzate dal fatto di ottenere un minor livello di servizi nel paese alla fonte ma, al tempo stesso, di sottostare alla maggior imposizione del paese di residenza. La terza argomentazione dimostra che, contrariamente a quanto scritto in favore della *capital export neutrality*, il *source-based-method* è adottato in molti paesi soprattutto in casi di differimento.

¹⁴ Leif Mutén ha individuato i vantaggi della *source-based-taxation* in caso di paesi in via di sviluppo. Norman True ha ridefinito la neutralità affermando “*that the taxation does not alter the (explicit or implicit) relative prices of goods, services, activities, production inputs, and so forth, in the private sector*”. Ciò significa che “*neither country will attempt to use its fiscal powers to change relative prices in the other country, any more than it would in the absence of taxes*”. Da questo True conclude che il principio di *residence based taxation* distorce la neutralità e allo stesso tempo risulta in contrasto con l’efficienza economica. Inoltre sostiene che solo la tassazione esclusiva nel paese della fonte del reddito e l’esenzione nel paese di residenza, produrrebbe un risultato neutro lasciando il flusso internazionale del capitale e del commercio inalterati.

¹⁵ In particolare in tema di redditi generati da elementi immateriali o finanziari.

¹⁶ In Italia nel 2006 sono state introdotte disposizioni di carattere antielusivo al fine di agevolare l’amministrazione finanziaria nella prova di esteroinvestizione di società estere attraverso presunzioni legali contenute all’art. 73 T.U.I.R. commi 5-*bis* e 5-*ter*.

¹⁷ Un esempio per tutti è l’istituto della “*Branch Exemption*” oggetto del lavoro di tesi, l’esperienza francese, tedesca e olandese ha ispirato il legislatore Italiano nella previsione dell’esenzione del reddito di imprese residenti prodotto mediante stabili organizzazioni localizzate all’estero, affiancando tale metodo opzionale al prevalente ed obbligatorio criterio del credito d’imposta.

residente o meno: infatti ancora nessun paese rinuncia a tassare i redditi prodotti sul proprio territorio.¹⁸ Se ciò risulta pacifico, resta da stabilire a quali condizioni un reddito debba essere considerato “prodotto di un determinato Stato” secondo un profilo direttamente collegabile alla territorialità materiale dei tributi, ossia ai limiti che ogni ordinamento incontra nella selezione dei criteri di base ai quali ogni reddito può considerarsi collegato.

Nell’attuale sistema impositivo, caratterizzato dalla sovranità tributaria dei singoli Stati, ciascuno di essi può liberamente decidere quale metodo di tassazione adottare all’interno dei propri confini; potendosi a volte dar vita ad un problema di doppia imposizione.¹⁹

1.2.2. L’applicazione nell’ordinamento italiano

L’ordinamento italiano, al pari di quanto avvenuto anche in numerosi altri Stati, guarda in primo luogo al collegamento soggettivo ed in tal caso tassa tutti i redditi prodotti dal residente ovunque prodotti; se il predetto collegamento manca allora la pretesa impositiva si fonda sul collegamento oggettivo, ovvero il luogo di produzione del reddito.²⁰ Pertanto la tassazione avviene nei confronti dei soggetti:

- residenti nel territorio dello Stato, relativamente ai redditi ovunque prodotti (“*world wide taxation*”);^{21 22}
- non residenti, solo per i redditi che presentano un collegamento con lo Stato (“*source taxation*”).

La necessità di ogni Stato di individuare dei criteri di collegamento fra il soggetto passivo dell’imposta e lo Stato stesso, si risolve quindi di un criterio di natura soggettiva (criterio personale) e uno di natura oggettiva (criterio reale).

La realtà degli ordinamenti è generalmente più complessa, quasi mai uno Stato adotta esclusivamente un sistema, anzi, diffuse sono le strutture miste in cui gli Stati che adottano un

¹⁸ Sul tema PINTO. D., *Exclusive source or residence based taxation – is a new and simpler world tax order possible?*, in *Bullettin for International Taxation*, 2007, 7, p.277.

¹⁹ In tal senso CARPENTIERI L., LUPI R., STEVANATO D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p.17.

²⁰ Sul punto CARPENTIERI L., LUPI R., STEVANATO D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, per i quali non si tratterebbe di un criterio misto, basato simultaneamente sulla territorialità e sulla residenza, bensì un sistema che valorizza tutti i criteri di collegamento territoriale con lo Stato, a partire da quello più intenso basato sulla residenza e ove questo tipo di legame manchi, facendo ricorso a quello oggettivo basato sul luogo di produzione del reddito.

²¹ In tal senso Ministero delle Finanze, Circolare n.304 del 02/12/1997.

²² Art. 3, comma 1, T.U.I.R. “*L’imposta si applica sul reddito complessivo del soggetto, formato per i residenti da tutti i redditi posseduti al netto degli oneri deducibili indicati nell’articolo 10 e per i non residenti soltanto da quelli prodotti nel territorio dello Stato.*”

criterio di collegamento personale tendono anche a tassare alcuni redditi prodotti nel loro territorio da soggetti non residenti, mentre gli Stati che adottano il principio di territorialità tassano, sulla base di un criterio di collegamento personale, anche i redditi prodotti all'estero.

Il legislatore nazionale ha strutturato, con riferimento ai soggetti residenti, il regime tributario ancorato alla "residenza fiscale" distinguendo i differenti regimi di imposizione sulla base dei criteri di residenza tanto con riferimento alle persone fisiche quanto alle persone giuridiche.

In particolare, l'art.2, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n.917,²³ (nel seguito "Testo unico delle imposte sui redditi", "T.U.I.R."), articolo relativo alle imposte dirette gravanti sulle persone fisiche, nell'individuare i soggetti passivi dell'imposta, considera residente in Italia colui che, per la maggior parte del periodo di imposta, è iscritto nell'anagrafe della popolazione residente,²⁴ ovvero mantiene il domicilio²⁵ o la residenza²⁶, richiamando per tali concetti la nozione contenuta nell'art. 43, comma 1° e 2°, c.c.

La stessa Amministrazione finanziaria ha inoltre osservato come tali criteri siano tra di loro in rapporto di alternatività e non di concorrenza, essendo quindi sufficiente la presenza di uno dei richiamati requisiti "(...) *per la maggior parte del periodo di imposta...*" per attribuire lo *status* di residente ad un determinato contribuente²⁷.

Anche nel caso di persone giuridiche il criterio di collegamento personale con il territorio dello Stato è rappresentato dalla "residenza fiscale", in generale è utile evidenziare come la determinazione della residenza di una società solleva alcune criticità in quanto, a differenza della persona fisica, la persona giuridica acquista una residenza solo in virtù di un'apposita disposizione normativa. In particolare ai sensi dell'art. 73, comma 3°, T.U.I.R, si considerano

²³ Art 2, T.U.I.R.: "1. *Soggetti passivi dell'imposta sono le persone fisiche, residenti e non residenti nel territorio dello Stato. 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.*"

²⁴ Requisito formale riconducibile all'iscrizione ai registri tenuti da ciascun comune ai sensi della L. 1228/54 e successivo regolamento attuativo D.P.R. 223/93.

²⁵ Ai sensi della nozione civilistica, il domicilio di una persona è il luogo in cui essa ha stabilito "la sede principale dei suoi affari ed interessi". Esso consiste dunque principalmente in una situazione giuridica che, prescindendo dalla presenza fisica del soggetto, è caratterizzata dalla volontà di stabilire e conservare in quel luogo la sede principale dei propri affari ed interessi.

²⁶ Ai sensi dell'art. 43, comma 2, c.c., la residenza è "il luogo in cui la persona ha la dimora abituale". Tale relazione giuridicamente rilevante sarebbe costituita sia dal fatto oggettivo della stabile permanenza in quel luogo sia dall'elemento soggettivo della volontà di rimanervi, la quale, estrinsecandosi in fatti univoci evidenziati tale intenzione, è normalmente compenetrata nel primo elemento.

²⁷ Agenzia delle Entrate, risoluzione, 3 dicembre 2008, n. 471/E: "In base alla normativa italiana vigente, pertanto, l'attribuzione dello status di soggetto residente consegue alla verifica della sussistenza di uno dei requisiti di collegamento previsti dal citato articolo 2, comma 2, del T.U.I.R. (iscrizione nelle anagrafi tributarie, residenza, domicilio)."

come residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno nel territorio dello Stato la sede legale²⁸, ovvero la sede d'amministrazione²⁹ ovvero l'oggetto principale³⁰ della propria attività.

Da ultimo, occorre citare il criterio della direzione effettiva (*"place of the effective management"*), previsto all'articolo 4 del modello OCSE e utilizzato nell'ambito dei trattati fiscali stipulati dall'Italia al fine di risolvere le controversie fra Stati con riferimento alla doppia residenza fiscale delle società.^{31 32}

Con riferimento ai soggetti non residenti, al fine di applicare il principio della *source-based taxation*, l'individuazione delle fonti di reddito domestiche che costituiscono base imponibile dovrebbe essere effettuata da parte di ciascun ordinamento nazionale.³³

La tassazione dei soggetti non residenti risponde al principio di capacità contributiva previsto dall'art. 53, comma 1°, della Costituzione.³⁴ L'espressione *"tutti"* contenuta nel testo della norma, facendo riferimento all'individuazione dei soggetti tenuti alla contribuzione, risulta talmente generica da non consentire alcuna limitazione se non facendo riferimento ai soggetti inseriti stabilmente nella comunità o che comunque entrino temporaneamente in contatto con

²⁸ Principio di carattere formale, alla stregua dell'iscrizione all'anagrafe per i soggetti persone fisiche, individua il luogo in cui dall'atto costitutivo, o dallo statuto, la persona giuridica risulta avere il centro dei propri affari (art. 46 c.c.).

²⁹ Luogo in cui vengono assunte le scelte di direzione e amministrazione della società e possono essere desunte, ad esempio, dall'esistenza di uffici amministrativi oppure dall'indicazione sulle fatture.

³⁰ I criteri per individuare l'oggetto principale dell'attività sono indicati ai commi 4 e 5 dell'art.73, T.U.I.R., per i quali *"4. L'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.5. In mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato; tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti."*

³¹ Per sede di direzione effettiva si intende generalmente il luogo in cui la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (e.g. Cda) adottano ufficialmente le decisioni ovvero il luogo in cui si delibera in merito alla società nel suo complesso, che potrebbe non coincidere con il luogo in cui si svolgono le attività che generalmente non coincidono con le scelte di gestione *day-by-day*.

³² Vale precisare che la nuova versione del Modello OCSE, pubblicata nel dicembre 2017, ha parzialmente modificato l'articolo 4 (*"Resident"*) prevedendo che, fermo restando il luogo di direzione effettiva come primo criterio al fine di dirimere le controversie in materia di doppia residenza, le Autorità dei paesi devono prendere in considerazione anche altri criteri, come il luogo di incorporazione/costituzione, basandosi sull'analisi specifica dei casi concreti.

³³ Vale precisare che i soggetti non residenti rientrano nel novero dei soggetti passivi d'imposta ai sensi dell'art. 73, comma 1, lettera d), il quale cita *"le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nello Stato"*. Tali soggetti, in virtù della presenza sul territorio nazionale e pur non essendone residenti, devono procedere alla determinazione del reddito sulla base del principio di collegamento alla fonte.

³⁴ Art. 53, comma 1, T.U.I.R.: *"Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva."*

essa.³⁵ In particolare è necessario che sussista un'appartenenza durevole alla comunità di riferimento, tale appartenenza potrebbe essere sia fondata su un legame personale con lo Stato che dia rilievo alla presenza stabile del soggetto sul suo territorio, sia su un legame meramente economico con il territorio dello Stato.³⁶

All'interno dell'ordinamento italiano, per i soggetti non residenti occorrerà procedere alla determinazione del reddito imponibile in virtù di apposite disposizioni enunciate dal Capo IV del T.U.I.R. relativo al "*reddito delle società ed enti commerciali non residenti*". La modalità utilizzata dal legislatore italiano è quella di non definire un criterio generale di territorialità, bensì di prevedere specifiche disposizioni che identifichino i presupposti di imposizione in base alla tipologia di reddito prodotto sul territorio dello Stato³⁷.

Nello specifico, per ciascuna categoria di reddito imponibile, in relazione alle società e agli enti non residenti, occorre far riferimento ai criteri stabiliti dall'articolo 23 T.U.I.R. rubricato "*Applicazione dell'imposta ai non residenti*" e al Capo IV del T.U.I.R., in riferimento all'articolo 151. Quest'ultimo, disciplinando la tassazione delle società e degli enti non residenti secondo un principio di territorialità, richiama l'art. 23 T.U.I.R., precisando che si considerano prodotti nel territorio dello Stato tutti i redditi indicati dallo stesso articolo, con la sola eccezione di cui alla lettera e), comma 1°, art. 23, ossia ai redditi derivanti da attività svolte nel territorio dello Stato mediante una stabile organizzazione. Tali redditi verranno determinati seguendo la disposizione contenuta all'art. 152, T.U.I.R. mediante l'applicazione del c.d. *functionally separate entity approach*.

Una volta presentate le norme dell'ordinamento nazionale in tema di tassazione dei soggetti residenti, si ritiene necessario precisare che la normativa domestica subisce l'influenza di quanto disposto a livello di diritto internazionale convenzionale. L'assenza di limiti di diritto internazionale al potere degli Stati di definire i presupposti d'imposta³⁸ può condurre

³⁵ CARPENTIERI L., LUPI R., STEVANATO D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p.105.

³⁶ Sul tema si veda TARIGO P., *Capacità contributiva e doppio d'imposta internazionale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, fasc. 5, pag. 55: "Se, da un lato, il termine indefinito che ricorre nel testo della Costituzione - "tutti" - esprime un principio di universalità del prelievo che, senza eccezioni, deve riguardare sia il cittadino, sia lo straniero, dall'altro, sarebbe irragionevole un dovere di contribuzione coinvolgente chiunque, a prescindere da un'appartenenza alla comunità statale, in quanto il dovere di solidarietà è primariamente di natura economica e perciò richiede un dato legame. Un dovere di contribuzione così concepito sarebbe, oltre che in sé irragionevole, anche, a dir poco, anacronistico in rapporto all'ordinamento internazionale ed alla sua attuale prospettiva, pur se indagini sulla sussistenza di (eventuali) limiti della potestà legislativa nella localizzazione del presupposto d'imposta debbano, sotto il profilo metodologico, tenere distinto l'ambito del diritto interno da quello internazionale."

³⁷ In tal senso RIPA G., *La fiscalità d'impresa*, Milano, 2018.

³⁸ In tal senso CARPENTIERI L., LUPI R., STEVANATO D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003; i quali richiamando i contributi di UDINA e UCKMAR, affermano l'esistenza di criteri di collegamento che rispettino il principio di ragionevolezza ("*reasonable link*"), rispondenti all'esigenza di realizzare nei confronti di

all'applicazione di criteri di collegamento confliggenti e pertanto a fattispecie di doppia imposizione internazionale. A tal fine la stipula di accordi pattizi fra Stati (*“Convenzioni contro le doppie imposizioni”*) costituisce un limite alla libertà del legislatore nazionale di scegliere le fattispecie rilevanti ai fini della tassazione degli enti e delle società non residenti. L'inserimento all'interno del T.U.I.R. dell'art. 169 permette oggi che le disposizioni pattizie prevalgano su quanto stabilito dalla normativa nazionale a meno che quest'ultima non risulti più favorevole nei confronti del contribuente.

1.3. La doppia imposizione internazionale

L'adozione congiunta del metodo basato sulla tassazione mondiale dei soggetti residenti e del principio di territorialità, adottato per i redditi prodotti sul territorio dello Stato, ha come fine quello di salvaguardare il prelievo fiscale sulla produzione di un reddito quando il soggetto non subisce tassazione all'estero. Tuttavia tale combinazione potrebbe, allo stesso tempo, generare conflitti nel caso in cui gli Stati adottino gli stessi criteri impositivi, dando vita a fattispecie di doppia imposizione internazionale.

Tale fenomeno sarebbe quindi il risultato della sovrapposizione delle pretese impositive di diversi Stati in quanto il medesimo reddito sarebbe tassato nello Stato di produzione, secondo il principio di territorialità, e nello Stato di residenza del contribuente secondo il principio di tassazione mondiale. In effetti, la doppia imposizione internazionale potrebbe generare distorsioni nel mercato, limitando gli operatori internazionali a trattare oltre i confini nazionali ed al tempo stesso creando disuguaglianza fra i contribuenti che operano in un solo paese e quelli che operano in più paesi.

La genesi e l'evoluzione del fenomeno della doppia imposizione internazionale risulta legata a doppio filo con la storia delle istituzioni e degli organismi internazionali e con i relativi lavori.

Se è possibile collocare fra la seconda metà del IX secolo e l'inizio del X la stipula delle prime Convenzioni internazionali volte a disciplinare giuridicamente gli effetti degli scambi economici fra Paesi diversi, è solo con la nascita degli organismi internazionali e lo sviluppo dell'imposizione diretta che il problema è stato affrontato in maniera sistematica.³⁹

residenti e non il principio di capacità contributiva previsto all'art. 53 della Costituzione. Tuttavia come successivamente osservato da BISCOTTINI tale limite di carattere consuetudinario non può essere ritenuto sufficientemente forte da limitare la potestà impositiva dei singoli Stati.

³⁹ Come precedentemente indicato, l'elaborazione di un complesso di principi e norme guida risale ai lavori del Comitato fiscale della Società delle Nazioni nel 1921. All'individuazione di una base uniforme per la regolamentazione convenzionale del fenomeno, ha fatto seguito l'operato delle Nazioni Unite in tema di trattamento fiscale dei non residenti nei paesi membri, il Comitato Fiscale dell'OCSE ai fini della redazione dei

In tal senso, contemporaneamente all'inizio dell'attività degli organismi internazionali – vedasi per tutti la creazione del Comitato fiscale della Società delle Nazioni nel 1921 – si colloca la stipula, nel 1922, del primo trattato multilaterale contro la doppia imposizione fra Italia e gli Stati di Austria, Ungheria, Regno di Jugoslavia, Polonia e Romania. Lo schema multilaterale è stato poi abbandonato a favore di quello bilaterale, in quanto considerato più incisivo e più agevole in fase di negoziazione, per essere poi riutilizzato in epoca moderna.⁴⁰

La nozione di “doppia imposizione internazionale”, seppur ampiamente utilizzata nel contesto fiscale, non ha trovato un'unica definizione tanto sul piano del diritto internazionale (pattizio) quanto sul piano del diritto interno. In genere, si parla di “doppia imposizione internazionale” quando i presupposti di imposta in due o più Stati si sovrappongono e dunque le diverse leggi nazionali assoggettano due o più volte ad imposta la stessa ricchezza.⁴¹

Il problema della doppia imposizione internazionale viene prevalentemente ricondotto alla sfera delle imposte sui redditi sia per la maggior rilevanza assunta negli ordinamenti nazionali sia perché la struttura degli altri tributi fa sorgere meno frequentemente problemi di concorrenza di più pretese impositive.

La fattispecie della doppia imposizione internazionale, secondo quanto previsto dal Commentario al Modello OCSE e dalla dottrina,⁴² ricorre, dunque, in presenza di una pluralità di condizioni:

- a. anzitutto, vi deve essere il concorso della giurisdizione impositiva da parte di due o più ordinamenti sovrani fra loro, distinti e autonomi. Da ciò si deduce che il concorso fra due o più Stati, fra loro indipendenti, rappresenta la principale differenza con il fenomeno della doppia imposizione interna, presente nell'ambito di un singolo ordinamento giuridico statale.

modelli di convezioni contro la doppia imposizione internazionale ed infine la Camera di commercio internazionale al fine di interpretazione delle convenzioni e risoluzione delle controversie nate in sede di applicazione delle stesse. In tal senso MIRAULO A., *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990.

⁴⁰ I trattati multilaterali sono ad oggi utilizzati nei casi di convenzioni fra gruppi di Stati con interessi comuni; nel 2017, presso la sede dell'OCSE, è stata siglata fra 67 Paesi la *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* (MLI). La Convenzione multilaterale segue la volontà di introdurre le misure sviluppate nel progetto BEPS nei trattati bilaterali, permettendo quindi agli Stati di rafforzare la propria rete di trattati in modo efficace e coerente senza il ricorso a dispendiosi negoziati bilaterali ed al tempo stesso di migliorare le procedure per la risoluzione delle controversie, mediante l'introduzione della clausola opzionale di una procedura di arbitrato obbligatorio e vincolante.

⁴¹ In tal senso FANTOZZI A., VOGEL K., *Manuale di diritto tributario internazionale*, Padova, 2012, pag. 45.

L'*International Fiscal Association (IFA)* individua la doppia imposizione internazionale nel risultato delle pretese fiscali sovrapposte da parte di due o più Stati.

⁴² FANTOZZI A., VOGEL K., *Doppia imposizione internazionale*, Torino, 1990.

Nel concetto di doppia imposizione internazionale rientra inoltre anche quella che si verifica fra enti territoriali diversi dagli Stati, ovvero fra ente territoriale minore di uno Stato e un altro ente statale, ovvero fra uno Stato sovrano ed uno Stato confederato. Ciò viene confermato dall'art. 2, par. 1 del Modello OCSE, il quale ha chiarito che la “*Convenzione si applica alle imposte sul reddito e sul patrimonio prelevate per conto di uno Stato contraente, delle sue suddivisioni politiche e degli enti locali, qualunque sia il sistema di prelevamento*”.⁴³

- b. Inoltre, le imposte applicate dai distinti ordinamenti nazionali debbono essere comparabili e simili. Sarà dunque necessario ricercare in via interpretativa la natura e la ratio delle diverse imposte applicate nei vari ordinamenti, oltre che l'oggetto ed il criterio di riparto assunto dal legislatore dei singoli Stati. Risulta quasi scontato, stante la diversità del presupposto impositivo, che il concorso tra imposta patrimoniale ed imposta sul reddito non dia luogo ad una problematica di doppia imposizione internazionale.

Alle ulteriori questioni si cerca di ovviare attraverso l'utilizzo di strumenti di tipo pattizio, spesso infatti nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni si precisano quali sono le imposte alle quali la Convenzione stessa si applica. In tal senso, il nuovo modello OCSE prevede all'art.2 l'indicazione delle imposte a cui la Convenzione si applica ed una disposizione che prevede risoluzione nel caso di mutamento successivo della disciplina impositiva di uno degli ordinamenti considerati.

- c. Per rientrare nella fattispecie di doppia imposizione internazionale è necessario che la doppia o plurima imposizione debba gravare su un medesimo contribuente. Si tratta del requisito di identità soggettiva (c.d. *Subjektidentität*), in mancanza del quale ci si troverebbe in presenza di una fattispecie di doppia imposizione economica e non giuridica. Pertanto nel caso in cui la medesima manifestazione di capacità contributiva attribuisce la

⁴³ Così l'art.2, comma 1, OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Condensed Version)*: “*This Convention shall apply to taxes on income and on capital imposed on behalf of a Contracting State or of its political subdivisions or local authorities, irrespective of the manner in which they are levied.*”. Il Commentario al paragrafo uno del secondo articolo chiarisce che “*is immaterial on behalf of which authorities such taxes are imposed; it may be the State itself or its political subdivisions or local authorities (constituent States, regions, provinces, départements, cantons, districts, arrondissements, Kreise, municipalities or groups of municipalities, etc.). The method of levying the taxes is equally immaterial: by direct assessment or by deduction at the source, in the form of surtaxes or surcharges, or as additional taxes (centimes additionnels), etc.*”

soggettività passiva a soggetti giuridici distinti, si esclude possa trattarsi di una fattispecie di doppia imposizione internazionale.⁴⁴

- d. Oggetto di doppia imposizione deve inoltre essere lo stesso presupposto, ossia la fattispecie impositiva deve individuarsi nella medesima ricchezza. Sarà quindi necessaria non la materiale identificazione fra gli elementi soggettivi ed oggettivi del tributo, bensì la connessione economica e giuridica fra gli elementi suddetti.⁴⁵

Si potranno avere casi di doppia imposizione internazionale causata dalla sovrapposizione dei criteri di collegamento utilizzati da ciascuno Stato ai fini della qualificazione di quella determinata fattispecie come imponibile nella propria giurisdizione.⁴⁶ Talvolta invece, pur in presenza dell'adozione, da parte degli Stati concorrenti, di un criterio oggettivo di collegamento che porterebbe ad escludere il generarsi della doppia imposizione (adozione del principio di territorialità), le autorità degli Stati non sono concordi nell'interpretazione del concetto giuridico – presupposto - che sta alla base del criterio di collegamento.⁴⁷

- e. Infine, nei casi di doppia imposizione internazionale per i tributi periodici, risulta rilevante l'identità del periodo di imposta. Si tratta tuttavia di un criterio che presenta notevoli difficoltà applicative in quanto gli Stati concorrenti potrebbero utilizzare diversi criteri di imputazione dei redditi, per cui l'imposta su uno stesso reddito potrebbe essere attribuita a due diversi periodi d'imposta.⁴⁸

Tali elementi devono essere considerati come necessari e sufficienti nel loro insieme per potersi qualificare una fattispecie come generatrice di doppia imposizione internazionale, infatti la mancanza di uno pregiudicherebbe il verificarsi del fenomeno.

⁴⁴ In tal senso CORDERIRO GUERRA R., *Diritto tributario internazionale istituzioni*, Milano, 2016, p. 366, per il quale: un'eccezione al requisito di identità soggettiva, avviene nel caso in cui nelle convenzioni venga prevista eliminazione della doppia imposizione internazionale anche in caso di non perfetta identità fra i soggetti, in particolare nel caso di società fra loro controllate o collegate o di gruppi di interesse economico.

⁴⁵ MIRAULO A., *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990.

⁴⁶ Si pensi al caso in cui, in materia d'imposizione sui redditi, lo Stato A utilizzi il principio residenza che implica l'assoggettamento ad imposizione dei redditi ovunque prodotti; lo Stato B, invece, utilizzi il criterio della tassazione territoriale, per cui il reddito tassabile nello Stato B è quello prodotto in tale Stato. In tale ipotesi, laddove il soggetto residente nello Stato A abbia prodotto un reddito nello Stato B, quest'ultimo reddito scontrerà l'imposizione sia nello Stato A (tassazione del reddito ovunque prodotto), sia nello Stato B (tassazione del reddito che presenti un collegamento con il territorio dello Stato), producendosi un caso di doppia imposizione internazionale.

⁴⁷ Ad esempio, il caso alternativo in cui gli Stati A e B adottino, ai fini dell'imposizione reddituale, il principio di territorialità ma ognuna consideri prodotto il reddito nel proprio territorio e quindi ivi tassabile.

⁴⁸ Ad esempio l'utilizzo alternativo del criterio di cassa o di competenza.

Occorre concludere precisando che, secondo la nozione corrente, la doppia imposizione internazionale sussiste solo quando l'ammontare complessivo delle imposte riscosse risulta superiore a quello che si sarebbe realizzato nell'ipotesi di prelievo da parte di un solo Stato, ossia solo nel caso in cui la doppia imposizione comporti un aggravio per il contribuente.

1.3.1. Classificazione della doppia imposizione

La doppia imposizione non è da considerarsi come un *unicum*, bensì come un fenomeno da classificare in diverse varianti per meglio comprenderne il significato.

Contrapposta al fenomeno della doppia imposizione internazionale è da individuarsi la nozione di *doppia imposizione interna*, la quale descrive la fattispecie in cui, nell'ambito di un medesimo ordinamento giuridico, il medesimo reddito o il medesimo soggetto venga tassato in maniera duplice. Il fenomeno, tanto a livello internazionale quanto a livello domestico, deve essere classificato secondo una veste giuridica e economica.

La *doppia imposizione giuridica* si verifica quando un medesimo reddito subisce l'imposizione in capo al medesimo soggetto da parte di uno o più Stati nel medesimo periodo d'imposta. Ciò significa che a prescindere dall'ente impositore assume rilevanza il presupposto soggettivo (medesimo contribuente) ed il fatto che l'imposizione sia relativa allo stesso presupposto oggettivo, ovvero in capo alla stessa categoria di reddito.

La doppia imposizione giuridica potrà essere *interna* se deriva dalle pretese impositive di un singolo Stato, ovvero nel caso in cui una persona fisica sia tassata due volte nel proprio Stato di residenza. Tale fenomeno è generalmente vietato negli ordinamenti domestici in quanto considerato come un'ingiustificata violazione del principio *ne bis ne idem*,⁴⁹ pertanto i casi in cui potrà verificarsi la doppia imposizione giuridica (*internazionale*) saranno quando:

- a. Un soggetto, persona fisica o giuridica, è considerato residente nello Stato A, che applica il criterio di tassazione sull'utile mondiale, e produce reddito nello Stato B, il quale adotta il criterio di tassazione territoriale;
- b. Uno stesso soggetto, persona fisica o giuridica, è considerato residente dallo Stato A e dallo Stato B, in base a diversi criteri personali di collegamento e quindi in entrambi gli Stati soccombe al principio di tassazione sull'utile mondiale.

⁴⁹ Come si dirà più avanti, nell'ordinamento italiano, l'art. 163 del T.U.I.R. dispone espressamente che, in presenza del medesimo presupposto, la stessa imposta non può essere applicata più volte, né nei confronti del medesimo soggetto, né nei riguardi di contribuenti differenti.

Ne discende che l'elemento principale della doppia imposizione giuridica è rappresentato dalla veste soggettiva, in quanto è fondamentale che la tassazione del reddito avvenga in capo allo stesso soggetto passivo, direttamente collegato, dal punto di vista normativo di due o più Stati, con la fattispecie generatrice di reddito.

Al contrario, la *doppia imposizione economica* si verifica quando ad essere tassati da parte di uno o più Stati, sono contribuenti diversi seppur sulla base del medesimo presupposto e periodo d'imposta. Ciò significa che un reddito, avente identica natura economica, subisce una duplice imposizione in capo a soggetti formalmente differenti ma legati da vincoli economici.

La doppia imposizione economica potrà essere definita *interna* nel caso in cui riguardi le pretese impositive di un singolo Stato oppure *internazionale* se coinvolga due o più Stati. Inoltre, rispetto alla doppia imposizione giuridica, quella economica non è sempre vietata nei singoli ordinamenti fiscali, ogni legislazione ha infatti adottato proprie tecniche di imposizione per arginare tale fenomeno.^{50 51}

1.3.2. Le cause della doppia imposizione internazionale

Le cause della doppia imposizione internazionale, sebbene siano molteplici e di diversa natura, sono per la maggior parte da ricondursi alla sovrapposizione dei criteri di collegamento fissati da due o più ordinamenti giuridici per l'imponibilità di un determinato reddito.

Al fine di fornire una classificazione delle possibili cause del fenomeno, la dottrina tedesca⁵² ha individuato uno schema tripartitico:

⁵⁰ Nell'ambito IRES, la doppia imposizione economica si può in concreto determinare quando, successivamente alla tassazione in capo ad una società di capitali del reddito prodotto, questo viene distribuito sotto forma di dividendo al socio (*doppia imposizione economica interna*). Prima della riforma tributaria operata con il D.lgs. del 12.12.2003 n. 344 il meccanismo utilizzato per arginare il fenomeno era quello del credito di imposta: l'imposta pagata dalla società al momento della produzione del reddito era considerata un semplice acconto d'imposta personale, pertanto al socio veniva riconosciuto un credito di imposta, da portare in detrazione della propria imposta personale, pari all'imposta già versata dalla società. Tale metodo di risoluzione, ha creato difficoltà per i soggetti non residenti, in quanto non tutti gli Stati consentivano di scomputare il credito d'imposta vantato dal soggetto. Quindi, con l'entrata in vigore della riforma, il meccanismo del credito di imposta come sistema di tassazione degli utili societari è stato sostituito con un sistema basato sull'esenzione del reddito già tassato in capo alla società; preme precisare che la parziale esenzione è determinata in misura differente a seconda della natura del socio che percepisce il reddito. Per approfondimenti sul tema dell'equità di un'imposta sui profitti delle società di capitali si veda GUERRA M.C., BOSI P., *I tributi nell'economia italiana*, Bologna, 2016, p. 140.

⁵¹ Esempio tipico di questa tipologia di doppia imposizione è fornito dalla duplice tassazione degli utili di una società residente nello Stato A, i quali vengono tassati sia nello Stato in cui vengono prodotti (Stato A) sia nello Stato di residenza dei soci (Stato B): se i soci sono residenti nel medesimo Stato allora i dividendi ricevuti saranno tassati nello Stato A (*doppia imposizione economica interna*), se i soci sono residenti in uno Stato estero allora saranno tassati nello Stato B (*doppia imposizione economica internazionale*).

⁵² RÄDLER A.J. nel 1960.

- a. Contrasto fra due ordinamenti uno dei quali adotta un criterio di collegamento personale (come il domicilio, residenza, cittadinanza, luogo di costituzione, sede sociale, oggetto sociale etc.) e l'altro un criterio di collegamento reale (come il luogo della produzione del reddito);
- b. Contrasto fra due ordinamenti ognuno dei quali adotta un criterio di collegamento personale, ma in modo che ogni legislazione domestica giunga a considerare un determinato soggetto come residente all'interno del proprio territorio ("*doppia residenza*"). Ad esempio il caso in cui lo Stato A dia rilievo all'elemento della cittadinanza e lo Stato B dia rilievo alla residenza, in mancanza di Convenzioni bilaterali che disciplinino il fenomeno, un cittadino dello Stato A che risiede nello Stato B sarà oggetto di doppia imposizione internazionale;
- c. Contrasto fra due ordinamenti ciascuno dei quali adotta un criterio di collegamento oggettivo, ma in modo tale che entrambi giungano a considerare un determinato reddito o bene come prodotto o esistente nell'ambito del proprio territorio. Per esempio nel caso in cui, in mancanza di Convenzioni bilaterali che disciplinino la fattispecie, due Stati utilizzino il criterio del luogo di produzione del reddito per la tassazione delle *royalties*: lo Stato A potrebbe considerare il reddito prodotto nel luogo di residenza del soggetto che paga le *royalties* e lo Stato B potrebbe porre importanza sul luogo in cui vengono utilizzati i diritti e i beni immateriali per cui avviene il pagamento del canone.

Oltre i predetti casi di doppia imposizione internazionale, riconducibile ad un oggettivo contrasto fra due o più ordinamenti giuridici, vi sono casi in cui la doppia imposizione è causata dalla diversa interpretazione data al medesimo concetto giuridico dalle autorità amministrative o giudiziarie di due Stati diversi.⁵³

E' da precisare che, anche in presenza di una Convenzione, si potrebbe verificare il concorso di due ordinamenti impositivi che generi situazioni di doppia imposizione internazionale: si tratta del caso in cui la Convenzione non individui espressamente una disposizione che sancisca la potestà impositiva convenzionale esclusiva nello Stato di residenza o della fonte. Pertanto, nel caso in cui vi sia attribuzione concorrente fra gli Stati contraenti e quindi ciascuno avesse il potere di applicare in via convenzionale la propria normativa interna, si verificherebbe un

⁵³ Si precisa che sarebbe più corretto ricondurre tali ipotesi alla categoria del diritto internazionale privato dei "*conflitti da qualificazione*". In tal senso UCKMAR V., CORASANITI G., DE CAPITANI DI VIMERCATE P., OLIVA C.C., *Diritto tributario internazionale manuale*, II edizione, Genova, 2012, p.48.

contrasto fra ordinamenti *residenza-fonte* come quello individuabile nella lettera a) del precedente schema.

1.3.3. Sulla discussa esistenza di un principio di divieto di doppia imposizione

Le difficoltà riscontrate nell'affrontare il fenomeno della doppia imposizione trovano conferma nella tesi dell'inesistenza nel diritto internazionale di limiti alla sovranità impositiva degli Stati, né di principi che vietino la doppia imposizione internazionale.⁵⁴

Il divieto della doppia imposizione internazionale non sussiste nemmeno nell'ordinamento interno italiano, al contrario della previsione in tema di doppia imposizione interna. L'art. 163 T.U.I.R.,⁵⁵ regolando tale fattispecie, prevede infatti il divieto di doppia imposizione nel caso in cui un medesimo reddito sia tassato in capo al medesimo soggetto nel medesimo periodo d'imposta ("*doppia imposizione giuridica interna*").

La stessa disposizione è recata, altresì, nel comma 1° dell'art. 67 del D.P.R. n. 600/1973, secondo cui "*la stessa imposta non può essere applicata più volte in dipendenza dello stesso presupposto, neppure nei confronti di soggetti diversi*". In attuazione di tale principio, il comma 2° dell'art. 67 prevede che "*l'imposta personale pagata dal soggetto erogante a titolo definitivo a seguito di accertamento, è scomputata dall'imposta dovuta dal percipiente il medesimo reddito*".

Il tema interpretativo essenziale concernente l'art. 163 del T.U.I.R. – divieto di *doppia imposizione giuridica* - risulta quello della valenza giuridica della disposizione in esame.

Secondo un primo orientamento interpretativo, il divieto di doppia imposizione giuridica consisterebbe un principio generale dell'ordinamento tributario al quale deve attribuirsi funzione interpretativa. Ne emerge, dunque, che il divieto di doppia imposizione come la declinazione del principio di coerenza interna dell'ordinamento tributario, ha come fondamento gli artt. 3 e 53 Costituzione.⁵⁶ Se si sposasse tale tesi, l'art. 163 del T.U.I.R. potrebbe essere derogato da norme speciali che ammettano la doppia imposizione giuridica ma, essendo esso espressione del principio di coerenza dell'ordinamento tributario, la norma speciale che determina l'effetto della doppia imposizione potrebbe essere sindacata per incostituzionalità. Sarebbe quindi corretto, per una parte della dottrina, attribuire all'articolo in questione

⁵⁴ In tal senso MIRAULO A., *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990, p.11; citando A. MICHELI, A. FANTOZZI, K. VOLGEL.

⁵⁵ Art. 163 T.U.I.R.: "*La stessa imposta non può essere applicata più volte in dipendenza dello stesso presupposto, neppure nei confronti di soggetti diversi.*"

⁵⁶ Eppure l'art. 53 della Costituzione non fa alcun riferimento al divieto di doppia imposizione.

valenza di principio generale, idoneo a permettere il collegamento fra le singole fattispecie sostanziali evitando di esercitare un plurimo prelievo nel caso di medesima fattispecie impositiva.⁵⁷

Altra tesi ipotizza che l'art. 163 del T.U.I.R. recherebbe un principio avente valenza procedimentale ed espressione del *ne bis in idem* (non due volte per la stessa cosa). Ciò in quanto la disposizione regolerebbe il fenomeno solo sul piano delle imposte sui redditi ed impedirebbe, di conseguenza, all'Amministrazione finanziaria di adottare più atti di accertamento in dipendenza dello stesso presupposto ed in corrispondenza della medesima imposta. Tale tesi è avallata dall'inesistenza a livello domestico di principi che facciano divieto di doppia imposizione, l'art. 163 del T.U.I.R. in quanto legge ordinaria potrebbe essere derogato da una legge successiva per il principio di "successione delle leggi nel tempo".⁵⁸

Si precisa che l'art. 163 del T.U.I.R. non individua, quale elemento costitutivo della doppia imposizione, il fatto che un reddito, avente identica natura economica, subisca una duplice imposizione in capo a soggetti formalmente differenti ma legati da vincoli economici ("*doppia imposizione economica*").

Tale fattispecie di doppia imposizione non è oggetto, dunque, del divieto di cui all'art. 163 del T.U.I.R., né risulta incompatibile col principio di coerenza interna dai principi di ordine costituzionale⁵⁹ al quale si riconduce il divieto di doppia imposizione giuridica. Preme evidenziare che, sebbene espressamente previsti dal sistema nazionale, i fenomeni di doppia imposizione economica potrebbero determinare effetti confiscatori incompatibili con il principio generale di capacità contributiva previsto dalla Costituzione.

Al contrario, la dottrina e la giurisprudenza sono ad oggi concordi nel osservare che, all'interno della disciplina tributaria internazionale, non esista alcun tipo di principio di carattere generale, consuetudinario o alcun orientamento che qualifichi la doppia imposizione internazionale come un fenomeno illecito.⁶⁰

⁵⁷ Così LEO M., *Le imposte sul reddito nel Testo Unico*, Tomo II, Milano, 2018, p. 2670.

⁵⁸ L'art. 163 del T.U.I.R. potrebbe in primo luogo essere messo in rapporto con l'attività interpretativa diventando un criterio di interpretazione per quelle disposizioni in materia di imposte sui redditi per le quali siano prospettabili due diverse opzioni. Maggior spessore assumerebbe se fosse invece posto in rapporto all'attività amministrativa di accertamento per essere intesa come espressione del divieto *ne bis in idem*, ossia il divieto di emanare più atti impositivi con riferimento al medesimo reddito anche in presenza di soggetti diversi. In tal senso FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1999.

⁵⁹ In tal senso la sentenza della Corte Costituzionale n. 308 del 2 luglio 2002.

⁶⁰ A supporto di tale affermazione CORDEIRO GUERRA R. in *Diritto tributario internazionale istituzioni*, cita Rädler A.J., *Die direkten Steuern der Kapitalgesellschaften und die Probleme der Steueranpassung in den sechs Staaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Amsterdam, 1960; Norr, M., *Jurisdiction to tax and international*

La mancanza di un principio generalmente riconosciuto a livello internazionale di doppia imposizione ha animato la discussione a livello europeo circa la compatibilità fra la doppia tassazione e le libertà fondamentali. Infatti, negli ambiti di operatività sottratti alla competenza esclusiva o concorrente dell'Unione Europea, gli Stati membri devono comunque agire in modo da non frustrare l'esercizio delle libertà fondamentali. Essi sono quindi tenuti a rispettare il generale divieto di non-discriminazione di cui all'art. 18 TFUE, nonché le disposizioni specifiche previste per le libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali.

Laddove ciascuno Stato eserciti la propria giurisdizione impositiva sulla base di pretese che abbiano le fondamenta su un ragionevole criterio di collegamento – *reasonable link* – con la fattispecie generatrice di reddito, non potrà venir meno la legittimità di dette pretese. In tal caso nell'ottica del singolo Stato, laddove l'effetto della doppia imposizione internazionale non si possa evitare attraverso l'adozione di strumenti unilaterali o pattizi, non potrebbe essere rivendicata l'illiceità della pretesa e pertanto il livello d'indagine dovrebbe essere spostato sul singolo contribuente. Egli infatti sarebbe colpito dall'imposizione di due ordinamenti diversi sulla medesima fattispecie, potendo venirsi a creare un problema in termini di effetto confiscatorio.⁶¹

In tal senso la doppia imposizione internazionale non sarebbe da considerarsi illecita *tout court* ma nel limite del carico di imposizione complessiva raggiunta sul singolo contribuente, nel caso in cui tale livello di imposizione assuma carattere espropriativo della ricchezza del soggetto.

income, in *Tax Law Review*, vol. 17, n. 2/1962, p. 431 ss.; Bühler O., *Prinzipien des internationalen Steuerrechts*, Amsterdam, 1964, p. 34; Biscottini G., *Diritto amministrativo internazionale*, in Ballardore Pallieri G. – Morelli G. – Quadri R. (diretto da), *Trattato di diritto internazionale*, sez. II, vol. VI, tomo II, *La rilevanza degli atti amministrativi stranieri*, Padova, 1966, p. 461; Chrétien M., *A la recherche du droit international fiscal commun*, Paris, 1955, pp. 208 e 212.

⁶¹ L'assenza di un principio generalmente riconosciuto a livello europeo che vieti la doppia imposizione internazionale genera, in mancanza di una convenzione contro le doppie imposizioni, la possibilità che fra due Stati emergano fattispecie sottoposte ad una doppia tassazione.

CAPITOLO SECONDO – La Stabile Organizzazione e i metodi per eliminare la doppia imposizione internazionale

SOMMARIO: 2.1. La Stabile Organizzazione come criterio di localizzazione del reddito – 2.2. La definizione di Stabile Organizzazione nelle convenzioni internazionali e nell’ordinamento nazionale – 2.2.1. La stabile organizzazione materiale – 2.2.2. La stabile organizzazione personale – 2.2.3 La stabile organizzazione ai fini IVA (cenni) – 2.3 La determinazione del reddito della Stabile Organizzazione – 2.3.1. L’ “*Authorized OECD Approach*” – 2.3.2. La determinazione del reddito della stabile organizzazione secondo il T.U.I.R. – 2.4. Gli strumenti di eliminazione della DDI – 2.4.1. Gli strumenti unilaterali ed il credito d’imposta – 2.4.2. Gli strumenti convenzionali e le Convenzioni OCSE

2.1. La Stabile Organizzazione come criterio di localizzazione del reddito

L’introduzione di sistemi fiscali su base personale ha generato, nei diversi ordinamenti, conflitti di tassazione - dicasi *doppia imposizione internazionale* - dovuti all’imposizione nello Stato alla fonte di soggetti che non hanno ivi residenza fiscale, ma vi operano producendo reddito.⁶² Al fine di mitigare tale fenomeno, prevedendo un collegamento di tipo reale fra il soggetto non residente ed il paese di produzione del reddito, la Società delle Nazioni ha introdotto, all’art.5, par.1 del Modello di Convenzione del 1927, il concetto di “*permanent establishment*”.

L’evoluzione dei modelli di business delle imprese multinazionali, che nel tempo hanno rivisto il proprio *business model* di catena distributiva e produttiva al fine di ottimizzarne l’efficienza, ha reso sempre più necessaria l’analisi di nuovi temi di carattere societario e fiscale. In particolare, la centralizzazione delle funzioni e la frammentazione della produzione fra le entità del gruppo ha comportato una specializzazione della singola entità su determinate fasi della *supply chain* e la necessità di un’attività di coordinamento da parte del soggetto c.d. *Principal*, il quale è preposto ad esercitare un controllo che prescinde dall’esercizio delle funzioni di direzione e coordinamento.⁶³

⁶² Atteso tutto quanto fin ora considerato.

⁶³ In tal senso AVOLIO D., *Il Modello di “impresa globale”: effetti sulle contestazioni di esteroinvestizione e stabile organizzazione “occulta”*, in *Il fisco*, 6/2017, p. 550. Per ulteriori approfondimenti, la nota 17/2016 (*“Imprese multinazionali aspetti societari e fiscali”*) di Assonime, analizza l’evoluzione dei modelli di *business* delle imprese multinazionali e le relative aree di interesse in ambito fiscale e societario. Per quanto riguarda gli aspetti tributari,

Il concetto di stabile organizzazione assume una rilevanza strutturale all'interno della disciplina della fiscalità internazionale per un triplice ordine di ragioni: ⁶⁴

- a. al fine di mitigare le problematiche relative alla doppia imposizione giuridica internazionale, in quanto lo Stato alla fonte vede operare entro il proprio territorio organizzazioni produttive che non dispongono di residenza fiscale nello Stato ma vi producono reddito d'impresa;
- b. alla necessità delle imprese di svolgere attività produttive mediante strutture o rapporti giuridici di cui la casa madre sia titolare al di fuori dei confini dello Stato di residenza; il fenomeno dei gruppi multinazionali societari e l'impiego di una stabile organizzazione dovrebbe rispondere principalmente ad esigenze organizzative, tuttavia spesso la variabile fiscale assume un alto peso specifico;
- c. all'alternatività fra stabile organizzazione e società controllata nell'ambito di un gruppo, in quanto strutturare l'attività mediante una pluralità di stabili organizzazioni permette di creare un modello organizzativo più snello e trasparente rispetto al rapporto societario data l'unitaria imputazione della personalità giuridica. Allo stesso tempo, la decisione sul modello di business da strutturare dovrebbe tener conto di una serie di ricadute sull'effettivo livello di tassazione, quali riporto delle perdite, imputazione dei redditi, definizione di costi e ricavi.

La nozione di stabile organizzazione ha la sua genesi nel Codice Industriale di Prussia del 1845 ed è attualmente presente all'interno dell'art.5 nella maggior parte delle Convenzioni contro le doppie imposizioni concluse dal nostro Paese sulla scorta della struttura della clausola contenuta nel primo Modello di Convenzione fiscale, elaborato dall'OCSE nel 1963.

La nozione di stabile organizzazione fino all'introduzione dell'art. 162 del T.U.I.R., entrato in vigore con l'art.1 del D.lgs. 344/2003, non era ufficialmente riconosciuta all'interno dell'ordinamento italiano. La configurazione di tale fattispecie era infatti stata lasciata all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, le quali vi riconoscevano la nozione di sede secondaria disciplinata dall'art. 2506 del codice civile. La definizione domestica in questione, risulta fondamentalmente ispirata a quella pattizia, in quanto il D.lgs. 344/2003 è stato adottato sulla base di quanto previsto dalla legge delega per la riforma del sistema fiscale statale, il cui

i temi di fiscalità internazionale affrontati nel documento sono: esteroinvestizione, stabile organizzazione occulta, individuazione del beneficiario effettivo, *cooperative compliance* e *Country by country reporting (CbCR)*.

⁶⁴ Così GAMBARINO C, *Manuale di tassazione internazionale*, II edizione, Milano, 2008.

art.4, comma 1°, lett. a), prevedeva espressamente che il legislatore avrebbe dovuto fornire una “definizione della nozione di stabile organizzazione sulla base dei criteri desumibili dagli accordi internazionali contro le doppie imposizioni”.

La funzione localizzatrice della stabile organizzazione emerge con chiarezza dall’art. 7 dei trattati bilaterali contro le doppie imposizioni conformi al Modello OCSE, dove si attribuisce il potere impositivo al solo Stato di residenza dell’impresa a meno che questa non svolga la propria attività nell’altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione. All’interno della disciplina italiana, così come avviene nella maggior parte degli ordinamenti con cui l’Italia intrattiene rapporti commerciali, la suddetta funzione localizzatrice emerge dall’art. 23 T.U.I.R., il quale, al comma 1°, lett. e), considera prodotti nel nostro Paese i redditi d’impresa derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni. La suddetta previsione e la relativa lettura “*a specchio*” al fine dell’identificazione dei redditi esteri su cui applicare il credito d’imposta, rende la stabile organizzazione un criterio di collegamento efficiente sia nel caso di entità nazionale di un soggetto non residente sia nel caso opposto di stabile estera di un soggetto residente.⁶⁵

La stabile organizzazione si presenta quindi come una declinazione della soggettività tributaria;⁶⁶ tramutandosi nello strumento per realizzare una porzione del reddito, che pur se astrattamente tenuto separato da quello della società non residente per ragioni pratiche e pur essendo determinato fittiziamente come se fosse prodotto da un’impresa indipendente, rimane comunque imputabile alla società estera. In maniera concorde, la Cassazione nella sentenza n.16106 del 22 luglio 2011 ribadisce che tale reddito debba essere considerato come prodotto da un soggetto non residente; la stabile organizzazione pertanto non realizza di per sé il presupposto d’imposta ma è strumentale alla realizzazione dello stesso, in quanto il presupposto

⁶⁵ Così DELLA VALLE E., *Stabile organizzazione, in Diritto e Pratica Tributaria Internazionale, 2008/Permanent Establishment, in International Tax Law and Practice, 2008, p.692.*

⁶⁶ La stabile organizzazione prevista dall’ordinamento fiscale rappresenta un centro di imputazione di fattispecie e/o effetti normativi nell’ordinamento fiscale; dovrebbe risultare lampante come la stabile organizzazione non sia accostabile alla figura della sede secondaria prevista dall’ordinamento civilistico in quanto essa viene individuata secondo regole fiscali. Inoltre, la soggettività tributaria della stabile organizzazione, può coesistere con la personalità giuridica (stabile organizzazione di soggetto esterno “annidata” in una controllata del medesimo soggetto). In questa prospettiva la stabile organizzazione costituisce una manifestazione della c.d. “soggettività tributaria”, intesa come tecnica di imputazione normativa adottata tipicamente nell’ordinamento fiscale e differente rispetto a quella accolta nell’ordinamento civilistico. In tal senso BORIA P., *L’individuazione della stabile organizzazione, in I venerdì di diritto e pratica tributaria, Milano, 11-12 Ottobre 2013, Fondazione Antonio Uckmar.*

è realizzato “mediante” la presenza di una stabile in un territorio diverso dallo Stato di residenza della società madre.⁶⁷

2.2. La definizione di Stabile Organizzazione nelle convenzioni internazionali e nell’ordinamento nazionale

Ai sensi dell'art. 7 del modello OCSE e delle Nazioni Unite, un residente di uno Stato contraente non è imponibile per i profitti derivati nell'altro Stato contraente a meno che il *business* venga perseguito attraverso una stabile organizzazione in quello Stato.

L'esistenza di una stabile, rappresenta quindi una “soglia minima” da soddisfarsi affinché un paese possa tassare un non residente per i redditi d’impresa derivati da fonti nel territorio di propria competenza. Infatti, in tal caso, non solo il paese alla fonte acquisisce il diritto di tassare i profitti aziendali prodotti all’interno dei propri confini, ma la sua potestà impositiva ha la precedenza sul diritto del paese di residenza di tassare quei profitti.⁶⁸

A livello internazionale, il *Final Report* del BEPS (*Base erosion and profit shifting*) comprende un insieme di azioni connaturate da nuovi standard minimi in materia di:

- a. scambio di informazioni tra paesi con l'obiettivo di fornire alle amministrazioni finanziarie un quadro globale delle strategie implementate dalle imprese multinazionali;
- b. abuso (uso) dei trattati per porre fine allo sfruttamento delle società-veicolo con finalità elusive;
- c. limitazione alle pratiche fiscali dannose, in particolare nel settore della proprietà intellettuale;
- d. scambio automatico di informazioni in sede di accordi fiscali tra multinazionali e paesi (ruling);
- e. accordi tra amministrazioni fiscali al fine di evitare una doppia tassazione.

In materia di stabile organizzazione, l'Italia ha recepito la raccomandazione dell'*Action 7* dei BEPS nel D.Lgs 147 del 14 settembre 2015 che modifica gli artt. 151, 152 e 153 abrogando anche l'art. 154 del T.U.I.R. La Commissione Europea ha promulgato la Raccomandazione n. 2016/136 del 28 gennaio 2016 con la quale ha invitato tutti gli Stati membri ad attuare ed utilizzare le nuove disposizioni contenute nell'art. 5 del Modello OCSE sulla nozione di stabile organizzazione nei trattati fiscali conclusi.

⁶⁷ CORRADO OLIVA C., *Soggettività della Stabile Organizzazione e soggezione all’attività accertativa*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 3/2017, p. 705.

⁶⁸ ARNOLD B.J., *Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties*, in *Bullettin for international taxation*, 2003, p.476.

Risulta rilevante quanto stabilito al punto n. 5 della Raccomandazione Ue citata: "*Ai fini del corretto funzionamento del mercato interno è essenziale che gli Stati membri siano in grado di avvalersi di sistemi fiscali efficienti e di prevenire l'erosione indebita della loro base imponibile dovuta all'involontaria assenza di imposizione e agli abusi e che le soluzioni adottate per proteggere la loro base imponibile non creino indebiti disallineamenti e distorsioni del mercato*".

L' *Action 7* in tema di stabile organizzazione definisce un nuovo e più articolato concetto di stabile organizzazione, di tipo materiale e personale, che tenga conto delle dinamiche evolutive di mercato.⁶⁹

La definizione domestica di stabile organizzazione è stata riscritta dall'art. 1, comma 1010°, della legge 205/2018 (*Legge di bilancio 2018*) che ha modificato l'art. 162 del T.U.I.R.; la nuova previsione, collocata fra le modifiche in tema di economia digitale, trova in parte ispirazione dalle indicazioni fornite con riferimento al settore digitale dal Rapporto finale dell' *Action 1* del progetto BEPS (*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*) e dal recepimento di quanto previsto dalla Convenzione Multilaterale BEPS.

Mette conto precisare che l'art.162 T.U.I.R., come modificato dalla Legge di Bilancio 2018, trova applicazione di regola in assenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni che disciplini i rapporti fra l'Italia e l'altro paese coinvolto ovvero, ai sensi dell'art. 169 T.U.I.R., laddove disponga di un trattamento più favorevole per il contribuente.

Rispetto alla tradizionale dicotomia individuata - sia nella nozione domestica che convenzionale - fra stabile organizzazione materiale e personale, la modifica sopracitata ha tentato di superare l'impostazione per cui la qualifica di stabile organizzazione sia da ritenersi collegabile all'insediamento di una struttura fisica (materiale o personale) nel territorio dello Stato.⁷⁰

⁶⁹ Come si vedrà in seguito nella stabile organizzazione personale gli elementi qualificanti diventano l'abituale conclusione di contratti in nome dell'impresa non residente ed il fatto che l'agente agisca in uno stato di sostanziale "dipendenza". Le finalità del piano dei BEPS sono volte a far prevalere la sostanza sulla forma, rendendo inefficaci le tecniche elusive consistenti nel sostituire i distributori con "*commissionaire arrangements*" impedendo che possano essere considerati agenti indipendenti coloro che detengono in modo continuativo il potere di concludere contratti in nome di un'impresa. Inoltre in tema di stabile organizzazione materiale si vogliono evitare le tecniche artificiose legate alla frammentazione di attività commerciali tra imprese strettamente correlate.

⁷⁰ Il suddetto impianto dicotomico risulta ad oggi obsoleto rispetto allo svilupparsi di attività completamente multimediali che consentono alle imprese di operare senza una presenza fisica sul territorio, o al più, avvalendosi di strutture "leggere". I ricavi d'impresa, nel tempo, si sono trasformati in elementi "mobili" di reddito, in quanto realizzabili da "remoto" (da una qualsiasi giurisdizione estera). Una mobilità che si esprime nel massiccio utilizzo di beni immateriali, nella volatilità delle funzioni dell'impresa, che possono essere svolte senza ricorrere a

2.2.1. La Stabile Organizzazione materiale

L'art. 5 del Modello OCSE, presente in quasi tutte le convenzioni contro le doppie imposizioni siglate dall'Italia, e l'art. 162, comma 1°, T.U.I.R.,⁷¹ definiscono un primo "tipo" di stabile organizzazione c.d. *materiale*. In tal senso, il legislatore nazionale, sulla stregua di quanto previsto dalle disposizioni internazionali, elenca una serie di installazioni (*positive list*) da considerarsi come stabili organizzazioni "a priori". Una lista che non deve intendersi come esaustiva, ma meramente semplificativa, nel senso di permettere che altre ed ulteriori installazioni vengano configurate come stabili organizzazioni anche se non espressamente menzionate, qualora esse rispettino i requisiti previsti nella prima parte dei sopracitati articoli.

Purché si abbia una stabile organizzazione materiale è pertanto necessaria la coesistenza dei seguenti tre requisiti:

- a. la presenza di una sede d'affari. Un valido strumento interpretativo di tal requisito è il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE, il quale specifica che la sede d'affari può consistere in qualsiasi tipo di edificio, struttura, installazione che venga utilizzato per lo svolgimento, ancorché non esclusivo, dell'attività d'impresa. Quanto alla modalità di utilizzazione della sede d'affari, il legislatore tace in merito al titolo giuridico, non è infatti necessario che la società sia proprietaria della sede ma che ne abbia la disponibilità al fine di produrvi reddito (*power of disposition test*) e che, nel caso in cui si tratti di locali appartenenti a terzi, gli stessi siano messi a disposizione dell'impresa estera.⁷² Tale spazio oltre ad essere di un terzo, potrebbe essere persino detenuto illegalmente, condizione che non farebbe perdere la qualifica di "*sede d'affari*".

personale locale e nella flessibilità delle opzioni per la localizzazione dei servizi e delle altre risorse. In tal senso GASPARRI T., *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza*, in *Note e studi*, Assonime, 15, 2017.

⁷¹ Il primo comma dell'art.162, riproducendo la definizione di stabile organizzazione del primo paragrafo dell'art. 5 del Modello OCSE, prevede che "*l'espressione "stabile organizzazione" designa una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato.*"

⁷² Il Commentario al Modello Ocse 2017 prosegue al paragrafo 10 dell'art. 5 affermando che "*The term "place of business" covers any premises, facilities or installations used for carrying on the business of the enterprise whether or not they are used exclusively for that purpose. A place of business may also exist where no premises are available or required for carrying on the business of the enterprise and it simply has a certain amount of space at its disposal. It is immaterial whether the premises, facilities or installations are owned or rented by or are otherwise at the disposal of the enterprise. A place of business may thus be constituted by a pitch in a market place, or by a certain permanently used area in a customs depot (e.g. for the storage of dutiable goods). Again the place of business may be situated in the business facilities of another enterprise. This may be the case for instance where the foreign enterprise has at its constant disposal certain premises or a part thereof owned by the other enterprise.*"

b. la stabilità della sede. La materialità della sede presuppone che esista un legame fra la stabile organizzazione e il luogo in cui essa si trova, costituendo un collegamento minimo tale da legittimare l'imposizione dei redditi nello Stato di ubicazione.⁷³

Il "Comitato affari fiscali" dell'OCSE ha infatti ritenuto che il concetto di sede fissa d'affari debba essere interpretato come "ogni luogo che costituisca un insieme coerente dal punto di vista commerciale e geografico in relazione ad un particolare tipo di attività".⁷⁴ La fissità della sede d'affari è da intendersi tanto nel senso spaziale quanto in quello temporale; ciò in quanto affinché possa essere configurabile un stabile organizzazione è necessario un collegamento duraturo con il territorio dello Stato.

Per quanto concerne il profilo spaziale, le strutture in questione non debbono essere necessariamente ancorate al suolo, bensì è soddisfacente che il luogo dove è collocata tale sede sia nella disposizione del soggetto estero per un periodo di tempo sufficiente a far sì che il requisito spaziale si integri con la necessaria permanenza temporale.

Sotto il profilo temporale, la permanenza di una stabile organizzazione si configura quando vi è una regolarità nel tempo del suo utilizzo: non essendo richiesta una continuità, le interruzioni temporanee non determinano l'estinzione della stabile organizzazione.⁷⁵ Inoltre la permanenza temporale acquisisce rilievo se rapportata con l'intenzionalità e con l'effettività della stessa.⁷⁶

In tema di permanenza della stabile organizzazione, il commentario fornisce un importante chiarimento in merito all'individuazione della data di inizio e della data di cessazione dell'entità, precisando che "una stabile organizzazione comincia ad esistere non appena l'impresa comincia a svolgere la sua attività per mezzo di una sede fissa d'affari. Ciò avviene quando l'impresa prepara alla sede di affari l'attività per la quale la sede dovrà

⁷³ Così FRANZONI P, *La stabile organizzazione delle imposte sui redditi*, Milano, 2014.

⁷⁴ OCSE, *Issues Arising From Article 5 (Permanent Establishment) of the Model Tax Convention*, 2 Novembre 2002, punto 11.

⁷⁵ Il Commentario al Modello Ocse 2017 prosegue al paragrafo 28 dell'art. 5 affermando che "Since the place of business must be fixed, it also follows that a permanent establishment can be deemed to exist only if the place of business has a certain degree of permanency, i.e. if it is not of a purely temporary nature. A place of business may, however, constitute a permanent establishment even though it exists, in practice, only for a very short period of time because the nature of the business is such that it will only be carried on for that short period of time. It is sometimes difficult to determine whether this is the case. Whilst the practices followed by member countries have not been consistent in so far as time requirements are concerned, experience has shown that permanent establishments normally have not been considered to exist in situations where a business had been carried on in a country through a place of business that was maintained for less than six months"

⁷⁶ L'intenzionalità rileva nel caso in cui l'esistenza di una stabile organizzazione materiale si basi su una sede che duri nei fatti per un periodo ridotto, rispetto a quanto preventivato, a causa di una specifica natura dell'attività. L'effettività, d'altro canto, rileva nel caso in cui l'installazione sia originariamente disposta per finalità temporanee ma rimanga attiva per un periodo che non può considerarsi come temporaneo. In tal senso GAMBARINO C., *Manuale di tassazione internazionale*, II edizione, Milano, 2008.

*servire permanentemente.*⁷⁷ D'altro canto, la stabile organizzazione cessa di esistere con l'alienazione della sede fissa d'affari o con la cessazione delle attività che venivano svolte mediante la medesima sede.

c. l'utilizzo della sede per l'esercizio dell'attività d'impresa. L'esistenza di una connessione fra l'istallazione esistente nello Stato estero e l'attività svolta dall'impresa risulta fondamentale al fine di qualificare un'istallazione come stabile organizzazione materiale. In tal senso, la sede fissa d'affari dovrà essere utilizzata dall'impresa non residente per l'esercizio, in tutto o in parte, dell'attività d'impresa. La strumentalità della stessa risulta esistente a condizione che le operazioni della sede corrispondano ad un'attività imprenditoriale o commerciale che contribuisca in forma globale alla realizzazione dell'oggetto d'impresa (*business activity test*) e che l'attività svolta presso la sede fissa sia connessa con il luogo in cui essa è situata (*business connection test*). La stabile organizzazione potrà quindi essere utilizzata per realizzare una singola attività ovvero una specifica funzione (marketing, finanza, commerciale, *etc.*), oppure riprodurre l'attività della casa madre nello Stato alla fonte: non rileva quindi lo specifico contenuto dell'attività ma il collegamento fra la medesima e il territorio dove la stabile organizzazione ha sede. Ciò considerato, vi sono casi in cui la sede fissa d'affari non può essere considerata stabile organizzazione in quanto il tipo di attività svolta acquisisce esclusivamente carattere ausiliario o preparatorio.

Il requisito di strumentalità permette di escludere la configurabilità di una stabile organizzazione nel caso di possesso di immobili detenuti a titolo di investimento in base all'assunto per cui dovrebbe esistere una connessione strumentale fra l'immobile e l'attività d'impresa.⁷⁸

Dibattuto risulta il tema dell'idoneità produttiva (*carrying on the business enterprise*) della stabile organizzazione ossia della capacità di produrre reddito da parte dell'entità. Detto requisito, presente nel Modello di Convenzione della Società delle Nazioni del 1946, è scomparso nell'art.5 del Modello OCSE del 1963 sulla base dell'assunto che cui il "carattere produttivo" dell'attività è in qualche modo insito in ogni attività d'impresa.⁷⁹

⁷⁷ Commentario al Modello OCSE, 21 Novembre 2017, par.44. Sul tema, il Commentario distingue fra le attività di predisposizione della sede d'affari e quelle di preparazione delle attività; le prime, attività di allestimento, sono considerate irrilevanti ai fini dell'individuazione della data d'inizio d'esistenza della sede.

⁷⁸ In tal senso Ministero delle Finanze, Risoluzione del 13 dicembre 1989, n. 460196.

⁷⁹ Non è considerata condizione necessaria che l'attività svolta abbia carattere produttivo e cioè che contribuisca alla realizzazione degli utili d'impresa. Così PIAZZA M., *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2004, p.200.

In conclusione, secondo il Commentario OCSE, la locuzione “*through which*”, di cui all’art. 5 del Modello OCSE, risulterebbe equivalente all’espressione “*per mezzo della quale*”, utilizzata dal legislatore italiano all’art. 162 del T.U.I.R. e starebbe ad indicare qualsiasi ipotesi in cui un determinato spazio sia a disposizione di un’impresa estera per esercitarci il proprio *business*.⁸⁰

Il modello di Convenzione OCSE elenca una serie di c.d. “fattispecie positive” e “fattispecie negative”, ossia di casi per i quali può o non può accertarsi ai fini impositivi l’esistenza di una stabile organizzazione. Tanto il Commentario, quanto l’art.162 del T.U.I.R., proseguono quindi l’analisi della stabile organizzazione materiale individuando una lista di esemplificazioni non tassative al fine di qualificare un’installazione come soggetto impositivo nel territorio in cui produce reddito.⁸¹

L’elenco previsto dalla normativa nazionale sino all’introduzione della legge n. 2015/2017 (“Legge di Bilancio 2018”) ed al netto della fattispecie dei “cantieri” risultava perfettamente aderente a quanto disciplinato dal paragrafo 2 dell’art. 5 del Modello OCSE. La legge di Bilancio 2018, ha rivisto la definizione di stabile organizzazione contenuta nel T.U.I.R. per allinearla alle modifiche licenziate in ambito OCSE a seguito dell’approvazione definitiva dell’*Action 7* del BEPS e della Convenzione multilaterale siglata il 7 giugno 2017.⁸²

⁸⁰ Il Commentario al Modello Ocse 2017 prosegue al paragrafo 10 dell’art. 5 affermando che “*The words “through which” must be given a wide meaning so as to apply to any situation where business activities are carried on at a particular location that is at the disposal of the enterprise for that purpose. Thus, for instance, an enterprise engaged in paving a road will be considered to be carrying on its business “through” the location where this activity takes place.*”

⁸¹ SACCHETTO C., ALEMANNO L. (coordinato da), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002, p.110.

⁸² Il recepimento in seno al modello OCSE delle misure proposte dall’*Action 7* e dalla raccomandazione della Commissione Europea n.136/2016 del 28 febbraio 2016, hanno reso necessaria una modifica della normativa interna in quanto, in assenza, le modifiche al Modello OCSE sarebbero inefficaci nel caso in cui il Testo Unico delle Imposte sui Redditi prevedesse un trattamento più favorevole per il contribuente (disciplina recata all’art.169 T.U.I.R.). Cfr. BOSCO L., SANNA C., *La nozione di stabile organizzazione nell’imposizione diretta: il BEPS ACTION 7 e la raccomandazione 2016/136*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 4/2016, p.116.

Art. 5, par. 2, del Modello OCSE & “Vecchio” art. 162, comma 2°, del T.U.I.R.	“Nuovo” art. 162, comma 2°, del T.U.I.R. (in vigore dal periodo d’imposta 2018)
<p>“ The term “permanent establishment” includes especially:</p> <p>a) a place of management;</p> <p>b) a branch;</p> <p>c) an office;</p> <p>d) a factory;</p> <p>e) a workshop,</p> <p>f) a mine, an oil or gas well, a quarry or any other place of extraction of natural resources.”</p>	<p>“L’espressione «stabile organizzazione» comprende in particolare:</p> <p>a) una sede di direzione;</p> <p>b) una succursale;</p> <p>c) un ufficio;</p> <p>d) un’officina;</p> <p>e) un laboratorio;</p> <p>f) una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali, anche in zone situate al di fuori delle acque territoriali (...);</p> <p><u>f-bis) una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso”.</u></p>

Di seguito si esaminano brevemente le installazioni rientranti nel novero delle *positive list*:

Sede di direzione: luogo stabilmente e temporalmente collegato con un territorio estero, dove vengono svolte attività di direzione d’impresa che non necessariamente corrisponde con l’*head office* dove vengono assunte le decisioni. Tale fattispecie si pone al confine con quella di sede di direzione effettiva (*place of effective business*) rilevante nell’ottica di attribuzione della residenza fiscale secondo il Modello OCSE;

Succursale: “segmento” della sede centrale estera con indipendenza economico-commerciale e spesso identificato con il termine *filiale*; la nozione, non essendo stata identificata in maniera puntuale dal legislatore, viene fatta coincidere con quella di “sede secondaria con rappresentanza”, di cui agli artt. 2197 e 2506 c.c.;⁸³

⁸³ La parificazione di concetti è stata parzialmente superata dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 8820/1987, affermando che “...le succursali o sedi secondarie, previste dall’art. 2506 c.c. [...] costituiscono solo una *species* tipica di stabile organizzazione”.

Ufficio: qualsiasi unità organizzativa che si occupi dell'amministrazione dell'attività (in parte o totale) d'impresa nel territorio estero, si tratta di un concetto che viene comunemente sovrapposto alla sede di direzione e succursale;

Officina o laboratorio: installazioni in cui vengono generalmente svolti i processi produttivi in dipendenza dalla casa madre; generalmente non presuppongono problemi di individuazione in quanto per definizione si tratta di strutture fisse e temporaneamente stabili;

Miniera, pozzo di petrolio o di gas, cava e altri luoghi di estrazione: esempi espliciti di qualsiasi luogo in cui si realizzi un'attività di estrazione finalizzata allo sfruttamento industriale, si tratta delle fattispecie che variano maggiormente in base ai paesi contraenti delle convenzioni bilaterali.

Risulta necessaria una menzione particolare ai cantieri, ad oggi contenuti nel paragrafo 3 del Modello OCSE e nel comma 3° dell'art. 162 del T.U.I.R.. Il richiamo a tale tipo di installazione al di fuori della *positive list* sopramenzionata, rende dubbia la volontà del legislatore di sancire che, relativamente ai cantieri, i tre requisiti generali delle stabili organizzazioni non siano necessari perché sostituiti da quello della durata superiore ai 12 mesi.⁸⁴ In tal senso, il *permanence test* viene sostituito dal *duration test*, che risulta più rigido in quanto in caso di mancato superamento dell'anno di permanenza del cantiere, qualunque sia il motivo, non viene a costituirsi una stabile organizzazione.⁸⁵

Le novità introdotte nella nuova formulazione dell'art. 162 del T.U.I.R. riguardano quanto previsto in materia di *positive list*, di attività "preparatorie e ausiliarie", di *anti-fragmentation rule* e di stabile organizzazione "personale".

⁸⁴ La questione, ampiamente dibattuta dalla dottrina internazionale, sembra aver trovato una direzione nella giurisprudenza nazionale con la sentenza n. n. 28059 del 24 novembre 2017 dalla Corte di Cassazione, la quale sancisce che se un'impresa ha svolto lavori saltuari in Italia ed ha organizzato un cantiere presso il committente italiano, per configurarsi la stabile organizzazione è necessario che l'amministrazione illustri le ragioni per le quali tali cantieri hanno una rilevanza strumentale rispetto allo svolgimento dell'attività e funzionale per la produzione del reddito. In particolare: "Invero la disposizione in materia prevede alcuni casi esemplificativamente ricompresi nell'espressione "stabile organizzazione": tra questi rientra il c.d. cantiere di costruzione o di montaggio la cui durata superi i dodici mesi. Non si tratta, tuttavia, di casi eccentrici rispetto alla definizione generale, e pertanto si deve affermare che anche in relazione a tali casi spetta al giudice del merito -come è avvenuto nel caso in esame - verificare in concreto la ricorrenza della stabile organizzazione, sia in relazione agli elementi costitutivi generali, che alla luce degli ulteriori elementi specifici caratterizzanti la fattispecie (ad es. durata del cantiere)." Per apprendimenti ROLLE G., *La stabile organizzazione "da cantiere" e "da servizi" nelle convenzioni italiane*, in *Il fisco*, 24/2018, p.2355.

⁸⁵ L'espressione "cantiere" include cantieri di sola costruzione, cantieri di solo montaggio di parti prefabbricate ovvero cantieri in cui è contestualmente svolta l'attività di costruzione e montaggio. È necessario precisare che gran parte delle convenzioni concluse dall'Italia non contengono il paragrafo 3, bensì riconducono la fattispecie in questione all'elencazione del paragrafo precedente, ciò ad avvalorare la tesi per cui i casi rientranti nella *positive list* siano da considerarsi stabili organizzazioni a priori. Così PIAZZA M., *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2004, p. 211.

In tema di *positive list*, il profilo di novità riguarda l’inserimento nell’elenco di fattispecie che integrano la sussistenza di una stabile organizzazione dell’ipotesi rappresentata dalla “*significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso*” (nuova lettera f-bis, comma 2°, art. 162 T.U.I.R.).

In sede OCSE, ci si è posti il problema dell’individuazione di nuovi criteri di collegamento (*nexus*) nel caso di imprese non residenti che, per la particolarità del *business*, possano produrre ricchezza in un determinato Stato indipendentemente da qualsiasi forma di presenza fisica e dunque, senza integrare i presupposti materiali di stabile organizzazione. In particolare, il problema si pone nel caso di imprese operative nel c.d. settore della *new economy*, le quali, operando attraverso modalità immateriali, rendono difficile la determinazione della giurisdizione in cui avviene la creazione di valore. I dubbi interpretativi sorti in merito alla norma italiana derivano dal mancato inserimento della disposizione né nel modello OCSE, né negli articoli della Convenzione Multilaterale inerenti la stabile organizzazione.

Nell’ambito del progetto BEPS (*Base erosion and profit shifting*), si è deciso di evitare l’introduzione di regole *ad hoc* per le imprese digitali, optando per l’introduzione del concetto di “*presenza economica significativa*” al fine di dare rilievo ad una serie di fattori che implicino una connessione fra il reddito prodotto ed il territorio, senza che vi sia ivi stabilita una sede fissa d’affari.⁸⁶ Indicatori di tale presenza vengono individuati nell’interazione significativa con l’economia di uno Stato per mezzo della tecnologia *web* e di altri strumenti automatizzati che implicino la realizzazione di ricavi da remoto; a questi si devono aggiungere indicatori tecnici come l’utilizzo di un dominio locale, una caratterizzazione locale della piattaforma digitale in termini di costumi dei consumatori, l’utilizzo di metodi di pagamento e prezzi in valuta locale. Alle prime due tipologie, si affiancano fattori di “penetrazione del mercato” quali il numero di utenti mensili attivi (*Monthly Active Users – MAU*), il volume di dati raccolti presso gli utenti e la regolare conclusione di rapporti *on line*.⁸⁷ Risulta necessario precisare che il rimando ad elementi di stabilità, ricorrenza e dimensione economica mirerebbe ad evitare “manipolazioni” che impediscano la qualificazione di un’entità come stabile organizzazione.⁸⁸

⁸⁶ Così ALBANO G., *Nuovi modelli di business delle imprese multinazionali e stabile organizzazione occulta*, in *Corriere Tributario*, 6/02017, p.467.

⁸⁷ Cfr. il §7.6 del *Action 1* del progetto BEPS (*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*).

⁸⁸ L’allineamento della normativa domestica alle direttive in ambito OCSE è supportata dalla documentazione parlamentare dei lavori alla legge di Bilancio 2018, in cui si sottolinea come la riscrittura dei criteri per

L'introduzione della lettera *f-bis*) del comma 2°, dell'art. 162 T.U.I.R., è avvenuta contestualmente all'abrogazione del comma 5° del medesimo articolo, diretto ad escludere la configurabilità di una stabile organizzazione nel caso di disponibilità a qualsiasi tipo di "elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari che consentano la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi". L'interpretazione di tale disposizione, non richiamata dall'art.5 del modello OCSE, ha fatto ritenere che il *sito internet* non configuri di per sé una stabile organizzazione, a differenza del *server* che può configurare in tal senso se nella piena disponibilità dell'impresa estera per lo svolgimento di attività significative.⁸⁹ Nel nuovo impianto normativo, l'attività di raccolta e trasmissione dei dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi potrebbe essere "assorbita" nell'ambito della più generica formulazione; in tal senso si attendono precisazioni da parte dell'autorità amministrativa.⁹⁰

Precisazioni dovranno essere fornite anche sul tema della finalità della nuova lett. *f-bis*), in quanto dal *Dossier 560/2* del Centro Studi del Senato, sembrerebbe che la nuova disposizione ambisca ad avere una funzione antielusiva al pari della *Diverted Profits Tax*, introdotta nel Regno Unito nel 2015. Infatti, già prima della pubblicazione del pacchetto finale del Progetto BEPS e delle modifiche apportate dall'*Action 7* al modello di stabile organizzazione, diversi

determinare l'esistenza di una stabile organizzazione sia coerente con la previsione di un'imposta sulle transazioni digitali relative a prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici. In tal senso il *Dossier* n.560/2 relativo all'Atto Senato 2960, commento all'art. 88-*bis* (Misure fiscali per l'economia digitale) chiarisce la necessità di "riscrive i criteri per determinare l'esistenza di una "stabile organizzazione" nel territorio dello Stato, al fine di alleviare il nesso - finora imprescindibile - tra presenza fisica di un'attività nel territorio dello Stato e assoggettabilità alla normativa fiscale." Viene quindi dato nuovo ed assoluto rilievo ad elementi connessi alla presenza economica significativa e continuativa dell'impresa ovvero alla complementarietà delle attività economiche complessivamente esercitate nel territorio dello Stato. Vedasi FERRONI B., *Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la "continuativa presenza economica"*, in *Il fisco*, 7/2018, p. 632.

⁸⁹ La risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 119 del 28 maggio 2007 precisa che per configurarsi una stabile organizzazione per mezzo del possesso di un server in Italia, è necessaria "la piena ed esclusiva disponibilità dell'apparecchiatura da parte del soggetto non residente per un periodo tale da configurare il presupposto della fissità e lo svolgimento attraverso di essa di attività ritenute principali nell'ambito dell'attività complessiva dell'impresa"

⁹⁰ L'introduzione della nuova lettera *f-bis*) ha suscitato infatti non poche perplessità da parte degli operatori economici. Assonime, nella circolare 15/18 ha recentemente evidenziato che la norma, così come scritta, si applicherebbe ai soli casi in cui l'impresa non residente abbia effettivamente "una sua consistenza fisica" in Italia, che viene tuttavia celata dal comportamento del contribuente (non residente). In altri termini, il richiamo alla "consistenza fisica" sembra richiedere una presenza fisica nel territorio, che per la natura del *business* è assente nei casi di imprese digitali. Risulta quindi dubbia la possibilità di applicare la nuova disposizione alle imprese digitali non residenti, posto che esse non hanno consistenza fisica in Italia. Inoltre, l'inidoneità della nuova disposizione si dimostrerebbe in considerazione dell'assenza di chiarimenti normativi in merito ai fatti-indice al ricorrere dei quali potrebbe ipotizzarsi la sussistenza di una "significativa e continuativa presenza economica". In tal senso ANTONIMI M., MARIELLA M.L., *Stabile organizzazione: la parola ad Assonime*, in *Corriere Tributario*, 34/2018, P.2593.

Stati avevano unilateralmente introdotto misure di contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva dei gruppi multinazionali.⁹¹ La *Diverted Profits Tax* è una tassa che si applica a transazioni ed entità estere che abbiano strutturato la proprie attività nel Regno Unito in modo tale da non sottostare all'imposta sul reddito e prevede un'aliquota del 25% sui redditi relativi all'attività *in loco*.⁹² In tal senso si tenta di evitare che grandi gruppi multinazionali, aggirando la creazione di stabili organizzazioni o utilizzando soggetti privi di sostanza economica, producano una erosione della base imponibile da tassare nel Regno Unito.⁹³

Sulla base del quarto paragrafo dell'art. 5 del Modello OCSE, il legislatore nazionale ha previsto una serie di casi (c.d. *negative list*) in cui, pur esistendo una sede fissa di affari, si deve escludere la presenza di una stabile organizzazione. Con la Legge di Bilancio 2018 è stato modificato l'elenco eliminando il riferimento esplicito nelle lettere e) ed f) alle attività preparatorie ed ausiliarie ed introducendo il nuovo articolo 4-*bis*.

⁹¹ In tal senso CASTRO F., *Meccanismi di implementazione del progetto BEPS negli ordinamenti nazionali e multilateralismo*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2/2017, p.343.

⁹² In SALUZZO D., *Regno Unito*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, inserto 4/2018, p. XXIV.

⁹³ Per approfondimenti sul tema della tassazione digitale, TOMASSINI D., *L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale*, in *Corriere Tributario*, 3/2018, p.172.

<p>“Vecchio” art. 162, comma 4°, T.U.I.R. (in vigore fino periodo d’imposta 2017)</p>	<p>Art. 5, par. 4, del Modello OCSE & “Nuovo” art. 162, comma 4°,4-bis, T.U.I.R.</p>
<p>“Una sede fissa di affari non è, comunque, considerata stabile organizzazione se:</p> <p>a) viene utilizzata una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;</p> <p>b) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;</p> <p>c) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;</p> <p>d) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa;</p> <p>e) viene utilizzata ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario;</p> <p>f) viene utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e), purché' l'attività della sede fissa nel suo insieme, quale risulta da tale combinazione, abbia carattere preparatorio o ausiliario.”</p>	<p>“Notwithstanding the preceding provisions of this Article, the term “permanent establishment” shall be deemed not to include:</p> <p>a) the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise;</p> <p>b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery;</p> <p>c) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;</p> <p>d) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise or of collecting information, for the enterprise;</p> <p>e) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any other activity;</p> <p>f) the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e),</p> <p><u>Provided that such activity or, in the case of subparagraph f), the overall activity of the fixed place of business, is of a preparatory or auxiliary character.”</u></p>

L'intervento del legislatore nazionale recepisce la formulazione recata dall'opzione A dell'art. 13 della Convenzione Multilaterale BEPS,⁹⁴ secondo cui al fine di escludere la sussistenza di

⁹⁴ L'entrata in vigore della Convenzione Multilaterale BEPS, in considerazione dell'intenzione dell'Italia di esercitare l'opzione A, modificherà automaticamente le convenzioni bilaterali a patto che il paese controparte abbia esercitato la medesima opzione. L'art.13 della Convenzione Multilaterale prevede infatti la scelta fra l'opzione A (necessità del carattere preparatorio e ausiliario delle attività) e l'opzione B (non necessità che l'attività inclusa nella *negative list* si configuri quale attività di carattere preparatorio e ausiliario).

una stabile organizzazione è necessario che l'attività inclusa nella c.d. *negative list* - fra cui il deposito, il magazzino, gli uffici d'acquisto o per la raccolta di informazioni – abbia carattere preparatorio o ausiliario (nel caso in cui vengano svolte più attività è necessario che l'attività complessiva rispetti i due requisiti). In tal modo diviene esplicito come il profilo della stabile organizzazione debba essere analizzato caso per caso, prevedendosi un esonero a condizione che le attività svolte o l'esercizio congiunto delle stesse presenti carattere preparatorio e ausiliario. La scelta adottata in sede nazionale e pattizia è stata, quindi, quella di passare da una disapplicazione “automatica” ad una valutazione di tipo “casistico” delle fattispecie elencate, in quanto, per poter essere considerate irrilevanti ai fini della qualificazione di una stabile organizzazione, esse devono rivestire carattere preparatorio o ausiliario.

Sulla base delle indicazioni OCSE, le attività preparatorie possono essere individuate nelle attività che precedono e sono poste in essere in vista dello svolgimento dell'attività principale dell'impresa per un breve periodo di tempo. Le attività ausiliare sono, invece, attività di supporto all'attività principale che non dovrebbero impiegare un ingente ammontare di risorse materiali e umane.⁹⁵

Analizzando le fattispecie che compongono la *negative list*, si può affermare che nonostante quanto previsto in tema di stabile organizzazione, esse non integrino tale fattispecie se condotte con carattere preparatorio e ausiliario:

L'uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti non si proceda alla raccolta di ordini o alla vendita dei beni commercializzati e la consegna dei beni stessi ai clienti.

L'immagazzinamento dei beni o merci appartenenti all'impresa ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna: mantenimento in sé dei beni dell'impresa in un determinato luogo anche promiscuamente con altre imprese.

L'immagazzinamento dei beni o merci appartenenti all'impresa ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa: stoccaggio dei beni dell'impresa in locali appartenenti ad un'altra impresa che procede alla trasformazione dei beni stessi, in altre parole lo stock di beni dell'impresa estera deve essere lavorato da parte di una seconda impresa per conto della prima.

⁹⁵Dal commentario all'art.5, paragrafo 60, del Modello OCSE 2017. In tal senso BOSCO L., SANNA C., *La nozione di stabile organizzazione nell'imposizione diretta: il BEPS ACTION 7 e la raccomandazione 2016/136*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 4/2016, P.116 e CORSO L., ODETTO G., *La nuova nozione di stabile organizzazione*, in *QuaderniEutekne*, 138/2017, p.171.

Utilizzo di una sede fissa di affari ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa: per qualificarsi un ufficio acquisti è necessario che la sede fissa si occupi solo dell'acquisto e non anche della commercializzazione o trasformazione; quanto alla raccolta delle informazioni si fa riferimento ad una sede che proceda esclusivamente all'individuazione delle informazioni da trasmettere alla casa madre per l'elaborazione e lo sfruttamento.

Utilizzo di una sede fissa ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività o combinazione delle attività sopramenzionate: ipotesi negativa di chiusura che permette di escludere l'esistenza di una stabile organizzazione sulla base di un'analisi casuale delle attività svolte.

A completamento delle modifiche apportate alla *negative list*, il legislatore nazionale, ispirandosi a quanto previsto dall'art.13 della Convenzione Multilaterale, ha introdotto la c.d. *anti-fragmentation rule*. Si tratta di una disposizione finalizzata ad evitare che l'impresa estera suddivida artificiosamente un'attività unitaria in più operazioni, che si possano ritenere preparatorie ed ausiliarie, al solo fine di ricadere in una delle ipotesi di esclusione della configurazione di una stabile organizzazione previste dal legislatore. La soluzione adottata permette di evitare l'invocarsi dell'esclusione nel caso in cui l'impresa estera o un'impresa strettamente correlata svolgano un'attività d'impresa nel medesimo Stato di quello in cui costituisce la stabile organizzazione (*preesistenza di una stabile organizzazione dell'impresa o di altre imprese del gruppo*). Altra fattispecie rilevante riguarda il caso in cui la combinazione delle attività svolte all'interno del medesimo Stato estero superi la soglia prevista per caratterizzare un'attività come preparatoria o ausiliaria e siano funzioni complementari di un complesso unitario di operazioni dell'impresa (*combinazione di attività d'impresa o di altre imprese del gruppo*).⁹⁶

Allo scopo di individuare il rapporto di correlazione ai fini dell'applicazione della *anti-fragmentation rule*, è stato stabilito che un soggetto si considera strettamente correlato ad

⁹⁶ Il Commentario al Modello OCSE 2017, al paragrafo 79 dell'art. 5, precisa che: "*The purpose of paragraph 4.1 is to prevent an enterprise or a group of closely related enterprises from fragmenting a cohesive business operation into several small operations in order to argue that each is merely engaged in a preparatory or auxiliary activity. Under paragraph 4.1, the exceptions provided for by paragraph 4 do not apply to a place of business that would otherwise constitute a permanent establishment where the activities carried on at that place and other activities of the same enterprise or of closely related enterprises exercised at that place or at another place in the same State constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation.*"

un'impresa se l'uno ha il controllo dell'altra ovvero entrambi sono controllati da uno stesso soggetto.⁹⁷

2.2.2. La Stabile Organizzazione personale

Il quadro normativo in tema di stabile organizzazione si completa con la definizione di *stabile organizzazione personale*, alla quale sono dedicati i paragrafi 5 e 6 dell'articolo 5 del Modello OCSE. Sulla base delle proposte sorte in sede BEPS,⁹⁸ il Modello è stato recentemente modificato nel senso che qualora un'entità, persona fisica o giuridica, concluda con abitualità contratti per conto di un'impresa estera o svolga con abitualità un ruolo fondamentale nella conclusione di detti contratti, si configurerà nello Stato una *stabile organizzazione personale*. È un principio generalmente riconosciuto che una società, nel caso in cui non abbia una sede fissa nello Stato estero ma una persona (fisica o giuridica) che agisca in suo conto, dovrebbe essere trattata come se ivi avesse una stabile organizzazione.⁹⁹

I requisiti affinché venga a configurarsi una stabile organizzazione personale ai sensi del Modello OCSE sono i seguenti:

- a. elemento soggettivo: una persona agisce in uno Stato contraente per conto di un'impresa, non ci si riferisce solo alla figura dell'agente che conclude contratti in nome della stessa, ma anche a tutte quelle ipotesi di persone fisiche e giuridiche che operano per conto di un'impresa.
- b. elemento funzionale: la persona deve concludere abitualmente contratti, o abitualmente ricoprire il ruolo principale che conduce alla conclusione di contratti senza modifiche rilevanti da parte dell'impresa. L'estensione alla possibilità che l'agente acquisisca un "*principal role leading the conclusion of the contracts*" ha notevolmente ampliato le fattispecie di configurazione di una stabile organizzazione personale, facendovi rientrare tutte quelle situazioni in cui le azioni svolte dal soggetto nel territorio, possano convincere parti terze a stipulare contratti con l'impresa estera proponente. In tal senso non risulta più

⁹⁷ In ogni caso un soggetto è considerato strettamente correlato ad un'impresa se l'uno possiede direttamente o indirettamente il 50% della partecipazione dell'altra o, nel caso di 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 società, più del 50% del totale dei diritti di voto e del capitale sociale. In tal senso AVOLIO D., *La nuova definizione di stabile organizzazione*, in *Corriere tributario*, 4/2018, p.269.

⁹⁸ La modifica del Modello OCSE nel 2017 e della disposizione italiana, in tema di stabile organizzazione personale, recepisce quanto previsto all'art. 12, paragrafo 1 della Convenzione Multilaterale, sul quale però l'Italia ha esercitato una riserva ai fini dell'integrale disapplicazione.

⁹⁹ In tal senso il Commentario al Modello OCSE 2017 al paragrafo 82 dell'art.5.

necessario che il soggetto ponga in essere i contratti impegnando la casa madre, bensì risulta sufficiente che egli conduca le trattative e invii alla casa madre le preposte di contratto da firmare senza materiali modifiche. Il requisito della non occasionalità dovrebbe essere determinato in maniera differente a seconda dell'ambito e della modalità di conclusione dei contratti.¹⁰⁰

- c. elemento oggettivo: i contratti devono essere conclusi nel nome dell'impresa, ovvero per il trasferimento del proprietà ovvero per la concessione del diritto di utilizzo di beni posseduti dall'impresa ovvero per la fornitura di servizi da parte della stessa. Si tratta, come specificato dal Commentario, delle situazioni in cui regolarmente un soggetto conclude contratti in rappresentanza dell'impresa senza deciderne i termini. Le tipologie di contratti che rientrano nei requisiti per qualificarsi una stabile organizzazione, includono chiaramente, a differenza della precedente formulazione nazionale e comunitaria, quelli relativi al trasferimento di proprietà o alla concessione del diritto di utilizzo dei beni dell'impresa.

Sulla base del nuovo approccio proposto, assume rilievo il luogo in cui i contratti sono effettivamente negoziati piuttosto che il luogo in cui sono legalmente conclusi ed in particolare la configurazione di una stabile organizzazione personale può avvenire, a prescindere della spendita del nome della stessa, sia quando una persona agisca per conto dell'impresa e abitualmente concluda contratti sia quando si adoperi per la conclusione degli stessi se questi vengono firmati senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa estera.¹⁰¹

Preme precisare che, il legislatore ha previsto espressamente l'esclusione della configurazione di una stabile organizzazione, nel caso in cui l'attività svolta da parte del soggetto si limiti ad una o più attività rientranti nella *negative list* dell'articolo e svolte in maniera preparatoria ed ausiliaria.¹⁰²

¹⁰⁰ All'interno delle convenzioni siglate dall'Italia ed attualmente in vigore, alcune prendono in considerazione specifici elementi discriminatori al fine di stabilire se un soggetto integri o meno la fattispecie di stabile organizzazione in uno stato estero. In tal senso la Convenzione con il Bangladesh prevede che la disponibilità di un deposito di merci dal quale si eseguono abitualmente ordinazioni o effettuano consegne costituisce un presupposto per l'esistenza di una stabile organizzazione personale. Altro caso, nella Convenzione bilaterale con l'India è previsto che è il soggetto sia considerato stabile organizzazione se abitualmente assicura ordini, interamente o quasi, a favore dell'impresa stessa o per correlate oppure nel caso in cui detta persona produca o trasformi per l'impresa beni o merci appartenenti all'impresa stessa.

¹⁰¹ In tal senso MICOSSI D., *Redditi 2018-SC – IRAP 2018*, Circolare 15/2018, Assonime, p.60.

¹⁰² Il Commentario al Modello OCSE 2017, al paragrafo 100 dell'art. 5, specifica la residualità della fattispecie personale rispetto a quella materiale, disponendo che "*Under paragraph 5, only those persons who meet the*

Inoltre, ai sensi del paragrafo 6 all'art. 5 del Commentario OCSE, non può essere accertata l'esistenza di una stabile organizzazione personale, nel caso in cui il soggetto operi nello Stato estero in qualità di agente indipendente ed agisca per l'impresa nell'ambito della propria ordinaria attività.

In tal senso, secondo la normativa domestica e convenzionale, l'esistenza di un agente monomandatario controllato da un'impresa estera si presume elemento caratterizzante di una stabile organizzazione dell'impresa nello Stato estero.¹⁰³ L'indipendenza del soggetto dovrebbe essere riscontrata sia da un punto di vista giuridico che economico; al riguardo la normativa precisa che nel caso in cui tale soggetto operi esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di una o più imprese alle quali è strettamente correlato¹⁰⁴, non potrà essere considerato in ogni caso un agente indipendente.

L'agente potrà essere considerato giuridicamente indipendente in rapporto all'ampiezza e alla specificità degli obblighi o dei poteri legalmente e contrattualmente riconosciuti dall'impresa estera. Pertanto l'ingerenza circa le modalità di svolgimento della propria attività o il controllo complessivo giuridicamente riscontrabile farebbero venir meno il requisito d'indipendenza dell'operato del soggetto.¹⁰⁵

Il requisito di indipendenza economica dipende, a sua volta, dal soggetto a cui sia riconducibile il rischio d'impresa derivante dall'attività esercitata. Non vi esisterebbe infatti indipendenza dell'agente nel caso in cui il rischio d'impresa non ricada sullo stesso ma sull'impresa per la quale egli opera. Indici di carenza di indipendenza economica sarebbero la previsione di una remunerazione stabilita ex ante o la garanzia della copertura delle eventuali perdite sofferte dall'intermediario. Risulta ragionevole presumere che nel caso di un agente monomandatario, ossia che operi nell'interesse di un solo operatore, le possibilità di sostenerne l'indipendenza economica risultano scarse.

specific conditions may create a permanent establishment; all other persons are excluded. It should be borne in mind, however, that paragraph 5 simply provides an alternative test of whether an enterprise has a permanent establishment in a State. If it can be shown that the enterprise has a permanent establishment within the meaning of paragraphs 1 and 2 (subject to the provisions of paragraph 4), it is not necessary to show that the person in charge is one who would fall under paragraph 5."

¹⁰³ Così CORSO L., ODETTO G., *La nuova nozione di stabile organizzazione*, in *Quaderni Eutekne*, 138/2017.

¹⁰⁴ In tema di correlazione risulta valido il chiarimento fornito in sede di esposizione dell'*anti-fragmentation rule*.

¹⁰⁵ L'ingerenza dell'impresa estera in termini di obblighi di autorizzazione ad ispezione o richiesta di informazioni che superino i normali obblighi di informativa, potrebbero far supporre la dipendenza dell'agente. In tal senso MAYR S., SANTACROCE B., *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, I edizione, Milano, 2013, p.45.

2.2.3. La Stabile Organizzazione ai fini IVA (cenni)

La definizione di stabile organizzazione ai fini IVA differisce notevolmente rispetto alla nozione utilizzata ai fini delle imposte dirette. Ciò in quanto nell'individuare una installazione che integri tale fattispecie si è spinti da motivazioni ben diverse: nel caso delle imposte dirette vi è la necessità di determinare il reddito ovunque prodotto di un'entità estera attraverso un collegamento con il territorio, nel secondo caso il fine è quello di fissare la territorialità di determinate operazioni e individuare il debitore d'imposta e le relative modalità di assolvimento dell'IVA.

A seguito delle modifiche previste dall'*Action 7* del BEPS e della Convenzione Multilaterale siglata nel 2017, risulta una frattura insanabile fra la definizione di stabile organizzazione ai fini delle imposte dirette, che abbraccia un ampio spettro di situazioni¹⁰⁶ e quanto stabilito ai fini IVA, quest'ultima ancorata ad una visione conservatrice di necessaria fissità e combinazione di risorse umane e tecniche.¹⁰⁷

La definizione di stabile organizzazione ai fini IVA è stata introdotta nell'ordinamento dall'art.11 del Regolamento 282/2011/EU,¹⁰⁸ il quale ha formalizzato l'orientamento giurisprudenziale europeo secondo cui ai fini dell'individuazione di una stabile organizzazione è necessaria una permanenza minima di mezzi tecnici e umani necessari a garantire la prestazione di servizi. Il Regolamento conferma la necessità della contemporanea sussistenza di elementi umani e tecnici per garantire la prestazione oggetto di attività economica, seppur prevedendo un'autonoma identificabilità della stessa ("*qualsiasi organizzazione*") a patto che sia separata dalla casa madre.

¹⁰⁶ Si pensi all'introduzione all'interno della *positive list* della possibilità di configurazione di stabile organizzazione a seguito della "*significativa e continuativa presenza nel territorio dello Stato*".

¹⁰⁷ La differenziazione fra le disposizioni, potrebbe portare ad una diversa qualificazione, ai fini dei redditi e di IVA, del medesimo soggetto; la mancata assimilazione fra le due previsioni è stata inoltre ribadita dalla Corte di Giustizia UE che, nella sentenza del 23 marzo 2006, causa C210/04, ha affermato che "*per quanto riguarda la Convenzione OCSE, occorre rilevare che essa non è pertinente, in quanto vertente sulla fiscalità diretta, laddove l'IVA rientra nelle imposte dirette*". Sul punto PAPOTTI F., *Stabile organizzazione: dogmi, gregari e rivoluzionari*, in *Corriere Tributario*, 21/2018, p.1676.

¹⁰⁸ Art.11 del Regolamento 282/2011/UE dispone che "*La stabile organizzazione designa qualsiasi organizzazione, diversa dalla sede di attività economica (...) caratterizzata da un grado sufficiente di permanenza e una struttura idonea in termini di mezzi umani e tecnici atti a consentirle di ricevere e di utilizzare i servizi che le sono forniti per le esigenze proprie di detta organizzazione, (...) di fornire i servizi cui assicura la prestazione l'art. 45 della Direttiva 2006/112/CE (...) l'articolo 192-bis della Direttiva 2006/112/CE*". Si precisa che il Regolamento, quale fonte secondaria di diritto comunitario, è definito come direttamente applicabile in ciascuno Stato membro ed è destinato a produrre effetti senza un intervento formale da parte delle autorità nazionali.

Il criterio di definizione di stabile organizzazione ai fini IVA è quindi il criterio di matrice comunitaria, essendo tale imposta armonizzata a livello europeo.¹⁰⁹

Seppur teoricamente le due definizioni di stabile organizzazione possano convivere all'interno degli ordinamenti senza necessità di un coordinamento, rendendo la duplice qualificazione di una medesima entità tutt'altro che inusuale. In particolare, l'introduzione nella normativa nazionale della lettera *f-bis*) all'interno dell'art. 162 T.U.I.R. rende esplicita la riconduzione di siti *web* o *server* per le vendite *on line* alla disciplina della stabile organizzazione. Ai fini IVA, sul tema, la Corte di Giustizia UE ha previsto che *“un primo soggetto passivo con sede della propria attività economica in uno Stato membro, che benefici di servizi forniti da un secondo soggetto passivo stabilito in un altro Stato membro, dev'essere considerato titolare, in quest'altro Stato membro, di una «stabile organizzazione», ai sensi dell'articolo 44 della direttiva IVA, ai fini dell'accertamento del luogo di imposizione dei servizi stessi, qualora tale organizzazione sia caratterizzata da un sufficiente grado di permanenza e da una struttura idonea, in termini di risorse umane e tecniche, che le consenta di ricevere le prestazioni di servizi e di utilizzarle ai fini della propria attività.”*¹¹⁰

Ai fini dell'applicazione dell'imposta diretta, i rapporti fra casa madre e stabile organizzazione estera sono regolati in maniera differente a seconda che si tratti di cessioni di beni oppure di prestazioni di servizi. Nel primo caso l'unitarietà giuridica delle due entità non rileva in quanto assume rilevanza il fatto che la cessione di beni avvenga fra due diversi paesi con superamento dei confini fisici degli stessi. Nel secondo caso, la Corte di Giustizia ha previsto che le due

¹⁰⁹ Sul punto la Corte di Cassazione nella sentenza n. 10802/2012 ha affermato che: *“Al fine di individuare il concetto di "stabile organizzazione" nello Stato di un soggetto domiciliato e residente all'estero, al quale si richiama il D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, art. 7, comma 3, occorre fare riferimento non alle convenzioni internazionali in materia di imposte sui redditi, bensì alla disciplina comunitaria uniforme in materia di IVA dettata dalla direttiva del Consiglio del 17 maggio 1977, n. 77/388/CEE, il cui art. 9, n. 1, contiene il richiamo alla nozione di "centro di attività stabile", da intendere come una struttura organizzata di mezzi e di persone alle dipendenze del soggetto non residente.”*

¹¹⁰ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 16 ottobre 2014, causa C-605/12, in tema di riconducibilità di un sito *web* o di un *server* a stabile organizzazione. Più di recente la Corte di Cassazione nella sentenza n. 12237 del 18 maggio 2018, ha ribadito che *“In materia di IVA, per la definizione di stabile organizzazione occorre riportarsi al concetto di centro di attività stabile, cui fa riferimento la sesta direttiva, n. 77/388/CEE, art. 9, comma 1, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale per poter essere considerato un centro di attività cui si riferiscono le cessioni di beni o le prestazioni di servizi di un soggetto passivo, è necessario che tale centro di attività presenti un grado sufficiente di stabilità e una struttura idonea, sul piano del corredo umano e tecnico, a rendere possibili in modo autonomo le operazioni di cui trattasi. Non costituisce, invece, un centro di attività stabile un'installazione fissa utilizzata al solo fine di effettuare, per conto dell'impresa, attività di carattere preparatorio o ausiliario, quali l'assunzione del personale o l'acquisto dei mezzi tecnici necessari allo svolgimento delle attività dell'impresa.”*

entità vadano considerate come un unico soggetto e in quanto tale che le reciproche prestazioni vadano considerate come fuori campo Iva.¹¹¹

La stabile organizzazione seppur sottoposta all'autonomia decisionale della casa madre, ai fini delle imposte indirette si considera un soggetto passivo distinto ed autonomo nei rapporti con l'esterno. Essa infatti, in termini IVA, acquisisce rilievo solo nel caso in cui sia riscontrata l'impossibilità della sede centrale di orientare la territorialità di una prestazione; in altri termini la stabile organizzazione rappresenta una forma di collegamento "di secondo grado" del soggetto passivo in quanto non altera la rilevanza della casa madre su cui permane la forza di attrazione privilegiata.¹¹²

Quindi, in presenza di una stabile organizzazione costituita sul territorio dello Stato, la stessa assume lo status di "*soggetto passivo stabilito*" nel territorio in cui è situata per le sole operazioni da essa rese o ricevute.¹¹³ Pertanto, al fine di stabilire se l'entità sia debitore nel territorio dello Stato in cui è dovuta l'imposta, occorre verificare se la stessa partecipi attivamente all'effettuazione dell'operazione posta in essere dalla casa madre. Gli elementi essenziali per qualificare una struttura come stabile organizzazione saranno dunque un grado di permanenza sufficiente ed una coesistenza minima di mezzi umani e tecnici al fine di ricevere e porre in essere prestazioni di servizi.

¹¹¹ La Corte di Giustizia nella causa C-210/04 ha previsto che "*un centro di attività stabile, che non sia un ente giuridico diverso dalla società di cui fa parte, stabilito in un altro Stato membro e al quale la società fornisce prestazione di servizi, non deve essere considerato soggetto passivo in ragione dei costi che gli vengono imputati a fronte di tali prestazioni*". Vale precisare che unica eccezione alla regola sopraesposta è rappresentata dalla possibile appartenenza della stabile organizzazione al Gruppo IVA, che fa "saltare" l'unitarietà soggettiva degli enti, fraponendo nei rapporti fra detti soggetti l'autonomia soggettiva passiva del Gruppo IVA stesso. In tal senso AVOLIO D., RUGGERO P., "*Trasformazione*" di società estera in stabile organizzazione: problematiche ancora aperte, in *Il fisco*, 37/2018, p. 3557.

¹¹² La forza di attrazione privilegiata dovrà quindi ritenersi operante sia per le operazioni direttamente riferibili alla casa madre sia per le operazioni riferibili alle stabili organizzazioni estere, tale affermazione comporterebbe il collegamento residuale delle operazioni, non riferibili in senso attivo o passivo alla stabile organizzazione, alla casa madre. Così MAYR S., SANTACROCE B., *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, I edizione, Milano, 2013, p.444.

¹¹³ In tal senso CENTRONE, *La soggettività parziale ai fini IVA della stabile organizzazione*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 1/2012, p.14. L'autore ritiene che l'espressione "*rese o ricevute*" vada letta in senso congiunto, dubitando dell'effettiva esistenza di una stabile organizzazione nel caso in cui un'istallazione sia dotata di mezzi tecnici e umani ma che ponga in essere solo acquisti, non fornendo servizi che vengono direttamente prestati alla clientela da parte della casa madre.

2.3. La determinazione del reddito della Stabile Organizzazione

Dopo aver stabilito i criteri e le casistiche che portano alla definizione di una stabile organizzazione in uno Stato estero, risulta logico analizzare le modalità di attribuzione del “giusto” reddito alla stessa.

L'individuazione della ricchezza, attribuibile alla stabile organizzazione, assolve la duplice funzione di determinare, nello Stato di insediamento della stessa, il reddito assoggettabile alle imposte sui redditi ricadenti nell'ambito delle Convenzioni applicabili e, nello Stato di residenza della società casa madre, la porzione di reddito da assoggettare ad esenzione ovvero a detrazione dall'imposta lorda (qualora fosse prescelto il metodo del credito d'imposta).

La necessità di definire la porzione di reddito attribuibile alle stabili organizzazioni è stata avvertita tanto nelle legislazioni nazionali quanto a livello di trattati internazionali; si tratta tuttavia di una materia assai delicata in quanto la stessa non è considerata una *legal entity* a sé, bensì un'estensione della *legal entity* esistente nello Stato di residenza. A tal fine, la maggior parte delle Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni, includono regole distributive, per l'allocazione dei profitti fra lo Stato alla fonte e quello di residenza, strutturate sulla base dell'art. 7 del Modello OCSE.¹¹⁴

I primi contributi in tema possono essere individuati all'art. 3 del Modello di Convenzione della Società delle Nazioni¹¹⁵ del 1933, i cui principi base sono stati successivamente trasposti nel Modello di Convenzione OCSE del 1966 all'art. 7 paragrafo 2¹¹⁶ e preservati nei successivi aggiornamenti.

¹¹⁴ “Among these distributive rules, article 7 of the OECD Model and the UN Model and most of the tax treaties currently in force, which deals with the allocation of taxing rights over “business profits”, is a very significant provision as it covers a stream of income that is, more often than not, relevant. This is because the width of the term “business” lends itself to an expansive interpretation, which is a trend followed in the domestic laws of most contracting states. Tax treaties are also structured in such a way that article 7 acts as a residual and/or catch-all clause with many other distributive rules redirecting the users of tax treaties to it in certain situations.” Così SAGAR S., *How “Limited” Is Limited Force of Attraction? An Analysis of the Relevant Case Law and the Potential Implications of the OECD/G20 BEPS Initiative*, in *Bulletin for International Taxation*, 3/4 2017, p.182.

¹¹⁵ Art. 3 del Modello di Convenzione del 1933: “If an enterprise with its fiscal domicile in one Contracting State has permanent establishments in other Contracting States, there shall be attributed to each permanent establishment the net business income which it might be expected to derive if it were an independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions. Such net income will in principle be determined on the basis of separate accounts pertaining to such establishment. Subject to the provisions of this Convention, such income shall be taxed in accordance with the legislation and international agreements of the State in which such establishment is situated”.

¹¹⁶ Art. 7, par.2, del Modello di Convenzione del 1963: “Where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits it might be expected to make if it

Alle Convenzioni si sono aggiunti, sul tema della determinazione del reddito della stabile organizzazione, ulteriori contributi,¹¹⁷ fra i quali il più rilevante è il “*2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*”, pubblicato dall’OCSE in concomitanza con l’approvazione del Modello di Convenzione OCSE 2010, e rivisitato alla luce dei contributi BEPS nel marzo 2018 con “*The Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, BEPS Action 7*”.

In generale si può affermare che i *business profits*, oggetto del paragrafo 1, art.7 del Modello OCSE,¹¹⁸ sono oggetto di imposizione secondo dei criteri base stabiliti a livello convenzionale:

- a. i redditi diversi da quelli dei punti (b) e (c) saranno soggetti ad imposizione esclusiva dello Stato di residenza del produttore, a meno che esso non operi nello Stato contraente attraverso una stabile organizzazione; in tal caso il potere impositivo è attribuito in maniera concorrente allo Stato alla fonte del reddito solo nella misura in cui gli utili dell’impresa siano attribuibili alla stabile organizzazione;
- b. per gli elementi di reddito per i quali la Convenzione prevede un’apposita disciplina, ossia per i dividendi, gli interessi e le royalties, non è prevista l’applicazione della regola al punto (a) anche nel caso in cui l’impresa abbia una stabile organizzazione nello Stato dove sono localizzate le fonti degli stessi. In particolare gli artt. 10, 11 e 12 del Modello di Convenzione OCSE prevedono che lo Stato alla fonte abbia una potestà impositiva concorrente rispetto a quello di residenza, seppur limitando da un punto di vista quantitativo tale potere;¹¹⁹
- c. il criterio alla lettera (b) non si applica a patto che, nel caso dei predetti elementi reddituali, l’asset alla base degli stessi (la partecipazione finanziaria, il credito o il bene immateriale) sia “*effectively connected*” alla stabile organizzazione situata nello Stato alla fonte ovvero essa ne abbia “*right of property*”. Per quanto previsto, rispettivamente, all’art. 10, paragrafo

were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment”.

¹¹⁷ Fra i quali “*Attribution of Income to Permanent Establishments*” del 1993, le cui considerazioni sono state inserite nel Commentario al Modello OCSE del 1994; i “*Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*” del 2001, 2004 e 2006; ed il “*Discussion Draft on a new Article 7 (Business Profits) of the OECD Model Tax Convention*” del 2009.

¹¹⁸ Art. 7, par.2, del Modello di Convenzione del 2017: “*Profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other State.*”

¹¹⁹ Sebbene le modalità di imposizione di tali elementi reddituali differisca fra le diverse convenzioni bilaterali, nel Modello OCSE si prevede che “*the tax so charged shall not exceed*” un determinato valore percentuale del valore lordo del reddito in oggetto.

4 (per i dividendi), 11, paragrafo 4 (per gli interessi) e 12, paragrafo 3 (per i canoni), il criterio della lettera (a) torna ad essere applicabile in caso di tali elementi reddituali e quindi la potestà impositiva dello Stato alla fonte non sarà più soggetta ad un limite quantitativo, bensì il profitto diventerà ricompreso nel reddito attribuibile alla stabile da tassarsi in misura piena. Gli articoli in questione introducono nel panorama internazionale la clausola del “*beneficial owner*”, sulla cui base, i benefici previsti dalle fonti internazionali sono accordati solo nei confronti dell’effettivo beneficiario del reddito, venendo meno la possibilità di sfruttare da parte del soggetto che agisce solo in qualità di mero interposto, le agevolazioni fiscali previste dalla normativa interna del singolo Stato alla fonte.

In tema di principi generali, si può affermare che la finzione per cui la stabile organizzazione, al momento di determinazione del reddito, dovrebbe essere considerata come “indipendente” e “separata” rispetto alla casa madre fosse già insita nelle intenzioni del legislatore del 1933. In tal senso, i redditi da attribuire alla stabile organizzazione sarebbero quelli che la stessa avrebbe realizzato se avesse posto in essere transazioni con un’impresa non correlata (nel senso di indipendente) alle condizioni ed ai prezzi di mercato.¹²⁰ L’OCSE ha avvertito la necessità, a tutela del contribuente, di garantire l’applicazione analogica e l’interpretazione uniforme del “*arm’s length principle*” alle stabili organizzazioni.¹²¹ Il concetto di “*arm’s length principle*” è da ricondursi al contenuto dell’art. 9, paragrafo 1 del Modello OCSE, in particolare alla parte in cui si afferma che “[*Where*] *conditions are made or imposed between the two [associated] enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly*”. Quindi, imitando una determinazione dei profitti basata sull’applicazione di condizioni di libera concorrenza perseguibili da imprese indipendenti in transazioni e circostanze comparabili, l’*arm’s length principle* impone di considerare i membri di un gruppo multinazionale come entità separate,

¹²⁰ Il Commentario al Modello OCSE 2017, al paragrafo 16 dell’art. 7, precisa che “*The basic approach incorporated in the paragraph for the purposes of determining what are the profits that are attributable to the permanent establishment is therefore to require the determination of the profits under the fiction that the permanent establishment is a separate enterprise and that such an enterprise is independent from the rest of the enterprise of which it is a part as well as from any other person. The second part of that fiction corresponds to the arm’s length principle which is also applicable, under the provisions of Article 9, for the purpose of adjusting the profits of associated enterprises (see paragraph 1 of the Commentary on Article 9).*”

¹²¹ Così VALENTE P., *Attribuzione del reddito alla stabile organizzazione. Il Rapporto OCSE del 2010, in Il fisco*, 43/2010, p.7000.

piuttosto che come parti di un singolo soggetto economico.¹²² Così, ai fini della sola determinazione del reddito della stabile organizzazione, si ritiene applicabile in via analogica un principio che dal punto di vista formale non potrebbe ritenersi calzante al caso in questione.¹²³ Si può quindi affermare che, l'attribuzione dei profitti ad una stabile organizzazione, dovrebbe avvenire applicando le metodologie previste dalla disciplina del *transfer pricing* con i necessari adattamenti per considerare che sotto il profilo giuridico la stabile organizzazione non è un soggetto distinto dalla casa madre.¹²⁴

Nel 2008 è stato quindi redatto il Rapporto “*Attribution of Profits to Permanent Establishment*” al fine di individuare l’approccio per l’attribuzione del reddito ad una stabile organizzazione ai sensi dell’art. 7 del Modello OCSE. Tale documento, in cui il Comitato degli Affari fiscali dell’OCSE ha individuato un nuovo approccio alla tematica di attribuzione dei redditi alla stabile organizzazione (il c.d. “*Authorized OECD Approach*” o “*AOA*”), è stato poi trasfuso nel *Report 2010* e nelle modifiche apportate al Commentario del Modello 2010.¹²⁵

L’ *Authorized OECD Approach* si basa sul cosiddetto “*functionally separate entity approach*” il quale richiama il sopracitato *arm’s length principle*, affermando che “*The authorised OECD approach is that the profits to be attributed to a PE are the profits that the PE would have earned at arm’s length, in particular in its dealings with other parts of the enterprise, if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise.*”

A livello domestico, il D. Lgs. 147/2015 (“*decreto internazionalizzazione e crescita delle imprese*”) è intervenuto in modo puntuale sulle regole di determinazione del reddito prodotto da società ed enti commerciali non residenti con stabile organizzazione in Italia, prevedendone che il reddito complessivo fosse determinato come cumulo dei singoli redditi prodotti nel territorio dello Stato e appartenenti alle diverse categorie. In tale classificazione è da

¹²² Report OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2010, 1.6. Il principio di libera concorrenza (c.d. *arm’s length principle*), prevedendo che le cessioni di beni e prestazioni di servizi fra società appartenenti allo stesso gruppo, debbano avvenire al prezzo di mercato e di libera concorrenza, mira ad evitare che le imprese multinazionali pervengano, per mezzo di una sovrastima o sottostima dei prezzi, al trasferimento di reddito imponibile negli Stati con minor carico fiscale.

¹²³ In quanto di norma applicabile alle transazioni poste in essere tra imprese associate ma distinte da un punto di vista giuridico.

¹²⁴ GAZZO M., *La nozione di stabile organizzazione e le interrelazioni con la tematica dei prezzi di trasferimento*, in *Fiscalità Internazionale*, 3/2004, p. 262.

¹²⁵ Sebbene la maggior parte delle Convenzioni bilaterali siglate dall’Italia siano antecedenti al Report 2008 ed alla conseguente modifica del Commentario, è importante rilevare che l’Italia non ha fatto osservazioni né opposto riserve al Commentario all’art.7 nella versione 2008, 2010 e 2017.

comprendersi il reddito di impresa della stabile organizzazione e da escludersi i redditi esenti e quelli soggetti a imposte sostitutive ovvero ritenute alla fonte o a titolo di imposta. Con la modifica è stato definitivamente abbandonato il principio della c.d. *forza attrattiva della stabile organizzazione* - prima della modifica normativa, infatti, la stabile organizzazione attraeva componenti di reddito anche non prodotti attraverso l'uso di risorse della stessa o per via del suo reale intervento. La normativa domestica ha quindi adottato, in luogo del precedente, il c.d. "*Authorized OECD Approach*" ("AOA"), che identifica la stabile organizzazione come una *functionally separate entity*. In particolare, in linea con il metodo previsto dall'art. 7 del Modello di Convenzione OCSE, il nuovo art. 152, comma 2°, del T.U.I.R.¹²⁶ stabilisce che, ai fini della determinazione del reddito, la stabile organizzazione italiana di soggetti esteri si considera "*entità separata e indipendente, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o similari, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati*". Prevedendosi che, in via generale, il reddito della stabile organizzazione sia "*determinato in base agli utili e alle perdite ad essa riferibili, e secondo le disposizioni della Sezione I, del Capo II, del Titolo II*", tramite "*un apposito rendiconto economico e patrimoniale, da redigersi secondo i principi contabili previsti per i soggetti residenti aventi le medesime caratteristiche*". Specificando inoltre che il fondo di dotazione della stabile organizzazione debba essere determinato "*in piena conformità ai criteri definiti in sede OCSE, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati*".¹²⁷

2.3.1. L' "*Authorized OECD Approach*"

Chiarito il concetto per cui, ai fini della determinazione del reddito, la stabile organizzazione debba essere considerata come entità autonoma e indipendente rispetto alla casa madre, l'OCSE, nel documento intitolato "*2010 Report on Attribution of Profit to Permanent Establishments*", ha proposto l'approccio operativo denominato AOA, il quale si fonda essenzialmente su due fasi.

¹²⁶ Art. 152, comma 2°, del T.U.I.R.: "*Ai fini del comma 1, la stabile organizzazione si considera entità separata e indipendente, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o similari, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati. Il fondo di dotazione alla stessa riferibile è determinato in piena conformità ai criteri definiti in sede OCSE, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati.*"

¹²⁷ La risoluzione n. 44 del 30 marzo 2006 ha sottolineato l'importanza dell'attribuzione di un fondo di dotazione alla stabile organizzazione, affermando che: "*come qualsiasi impresa indipendente, la stabile organizzazione di una impresa non residente deve avere un proprio fondo di dotazione che, ai fini fiscali, può essere anche "figurativo". In altre parole, qualora non risulti dal suo bilancio, il fondo di dotazione deve essere determinato ai soli fini fiscali per stabilire se gli eventuali interessi passivi dedotti sono determinati correttamente così come avviene per le imprese indipendenti.*"

- a. La prima fase implica l'esecuzione di una *functional and factual analysis* della stabile organizzazione, che ne descriva le funzioni svolte, i rischi assunti ed i beni utilizzati nell'attività eseguita. In questa fase una particolare attenzione dovrà essere rivolta al fondo di dotazione, il quale dovrà essere congruo rispetto alle esigenze dell'attività svolta, ai rischi assunti ed ai beni impiegati;
- b. La seconda fase del procedimento è direttamente volta a individuare criteri che consentano una quantificazione del reddito della stabile organizzazione in linea con l'*arm's length principle*, per mezzo dell'applicazione delle stesse metodologie e degli stessi criteri prescritti dalle Linee Guida Ocse in materia di *transfert pricing*.

L'*Authorized OECD Approach*, quindi, è un approccio, suddiviso in due fasi, che mira ad identificare le attività e le responsabilità economicamente significative della sede centrale e della stabile organizzazione attraverso un'analisi fattuale e funzionale. A prima vista, tale approccio non si discosta dall'applicazione del principio della portata generale dell'articolo 9 del modello OCSE. Tuttavia, un cambiamento di prospettiva si verifica nel rispetto della base concettuale per la tassazione e la politica dei prezzi di trasferimento nella relazione tra una sede centrale ed una relativa stabile organizzazione.¹²⁸

La *functional and factual analysis* che introduce il primo *step* di analisi assolve lo stesso ruolo perseguito dall'analisi di comparabilità nello studio dei prezzi di trasferimento delle transazioni fra imprese appartenenti al medesimo gruppo. Nello specifico, per analisi di comparabilità si intende l'individuazione e la selezione di transazioni comparabili attraverso un'indagine delle funzioni effettivamente svolte, dei rischi assunti e degli *assets* impiegati dalle parti coinvolte nella transazione.¹²⁹

¹²⁸ In altre parole: "Under the AOA, the profit allocation between the PE and the head office is calculated in two stages. In the first stage, the SPF of the PE must be determined, i.e. the functions that the employees of the PE actually carry out compared to the rest of the enterprise and the related responsibilities. Based on this analysis, the assets needed to perform those activities, as well as the changes and related risks, must be attributed to the PE. Subsequently, the free capital to be allocated to the PE must be determined. Under the second step, the business relations between the PE and its head office must be determined, as well as the arm's length transfer prices in respect of those relationships. This calculation will be made by reference to the functions performed, assets used and risk assumed by the theoretical enterprises. The result of this two-step approach will be to allow for a calculation of the profits or losses of the PE from all its activities, including transactions with other unrelated enterprises, transactions with related enterprises and dealings with other parts of the enterprise". In tal senso HUIBREGTSE S.B., VERDONER L., VALUTYTE I., OFFERMANNNS R., *Status of Implementation of the Authorized OECD Approach into Domestic Tax Law and Tax Treaties – Part 1, European Taxation* August 2015, in Journals IBFD, p. 370.

¹²⁹ Così VALENTE P., *Transfert pricing: la rilevanza dell'analisi funzionale*, in *Fiscalità & Commercio internazionale*, 8-9/2013, p.24.

A livello di analisi funzionale, in ambito di stabile organizzazione, risulta necessario individuare i diritti e gli obblighi derivanti dalle transazioni che coinvolgono l'impresa di cui l'entità è parte. In particolare risulta necessario individuare le c.d. *significant people function* rilevanti ai fini dell'individuazione dei rischi assunti e degli *assets* economicamente posseduti. Le funzioni in questione potrebbero differire molto sulla base del settore di *business* considerato, secondo le Linee Guida dell'OCSE, dovrebbero essere considerate: le caratteristiche di proprietà o servizio, i termini contrattuali, le circostanze economiche e le strategie aziendali perseguite.

Sulla base delle *significant people function*, caratterizzanti di una stabile organizzazione, è necessario individuare gli *assets* "economicamente posseduti" ovvero utilizzati dall'entità sia rispetto alla tipologia dei beni sia all'attività esercitata. La proprietà economica degli *assets*, sulla base delle disposizioni OCSE, è equiparata alla proprietà fiscalmente rilevante da parte di un'impresa separata; in altre parole la proprietà non rileva nella sua veste giuridica bensì in relazione alla titolarità del reddito conseguente all'esercizio di determinate funzioni per mezzo del bene in oggetto.¹³⁰ Per quanto concerne l'allocazione delle immobilizzazioni materiali, essa può basarsi su una determinazione delle *significant people function* rilevanti, mediante un'analisi funzionale e fattuale del caso o sulla base del luogo di utilizzo dei beni. Ai fini dell'allocazione di beni immateriali, invece, è realizzata una distinzione tra i *trade intangibles* e *marketing intangibles*:

- a. Per i "*trade intangible*" internamente sviluppati, l'allocazione deve essere effettuata con riguardo all'assunzione dei singoli rischi o portafogli di rischi associati allo sviluppo di proprietà immateriale e dei soggetti che hanno deciso di assumere il rischio dello sviluppo del bene. Ciò richiede una descrizione analitica del programma di ricerca e sviluppo dell'impresa, del processo critico decisionale e del livello gerarchico a cui sono assunte tali decisioni.¹³¹
- b. Per i "*trade intangible*" acquisiti o assunti in licenza da terzi, è necessario individuare la persona che ha assunto la decisione di procedere all'acquisizione del bene immateriale; fattori rilevanti in tale analisi sono la valutazione dell'acquisito del intangibile, l'esecuzione

¹³⁰ Considerare la proprietà giuridica del bene come rilevante ai fini dell'attribuzione dell'*asset* perderebbe di senso in quanto giuridicamente i beni appartengono esclusivamente all'impresa madre di cui fa parte la stabile organizzazione in questione.

¹³¹ In tal senso HUIBREGTSE S.B., VERDONER L., VALUTYTE I., OFFERMANN S., *Status of Implementation of the Authorized OECD Approach into Domestic Tax Law and Tax Treaties – Part 1, European Taxation* August 2015, in *Journals IBFD*, p. 370

di qualsiasi attività di sviluppo richiesta e la valutazione e gestione dei rischi associati alla distribuzione del bene interessato;

- c. Per i “*marketing intangible*”, sviluppati internamente o acquistati da terzi, caratteristiche rilevanti nella decisione di allocazione del bene sono la creazione e il controllo delle *branding strategies*, la protezione del marchio e del nome commerciale ed il mantenimento del mercato.

Al fine di integrare l’analisi funzionale è necessario individuare i rischi sostenuti dalla singola stabile organizzazione in relazione alla particolare attività svolta e ad essa attribuibili. Nonostante, diversamente da quanto possa accadere per le imprese associate, nel caso di stabili organizzazioni i rischi siano concentrati dal punto di vista legale in un’unica entità, l’OCSE giunge all’individuazione dei rischi attribuiti alla singola installazione per mezzo delle *significant people function*, ossia delle funzioni rilevanti svolte dal personale per l’assunzione dei rischi. In relazione rispetto alle attività svolte dalla stabile organizzazione, il rischio potrà essere sia di tipo finanziario che di tipo commerciale, quindi: rischio diretto di *business*, rischio di magazzino, rischio di cambio, rischio di mercato o rischi di tipo normativo.¹³² Fra i rischi inerenti alle funzioni svolte vi è certamente quello fiscale, in particolare rispetto l’applicazione della normativa e della prassi fiscale in vigore in un paese diverso da quello dell’impresa oppure la scelta di un sistema ottimo di allocazione delle attività d’impresa al fine di minimizzare la variabile fiscale. La massimizzazione del carico fiscale dovrebbe essere da un lato mirata a prevenire controversie fiscali con le autorità dei paesi in cui l’impresa ha deciso di operare e dall’altro dovrebbe tener conto della capacità della stessa di assumere rischi di tale sorta.¹³³

Dopo aver individuato funzioni svolte, *assets* attribuibili e rischi sostenuti dalla stabile organizzazione, è necessario individuare il “*free capital*” (fondo di dotazione) da attribuire alla stessa, al fine di assicurare un’imputazione del reddito nel principio di *arm’s length*. Il punto di partenza per pervenire ad una corretta attribuzione del capitale è rappresentato dal principio per

¹³² Il *Report 2010* al paragrafo 23 e 24 individua i rischi attribuibili ad una stabile organizzazione che svolge attività di vendita per un *head office* in cui avviene la produzione nel caso in cui le due installazioni appartengano a due ordinamenti diversi. L’analisi porta ad individuare che le funzioni svolte dalla stabile organizzazione comportano l’assunzione del rischio magazzino (se la stessa decide i livelli ottimi di scorte) ed il rischio di credito (assunto dal personale che decide di vendere a particolari clienti dopo averne individuato il livello di solvibilità).

¹³³ In tal senso VALENTE P., *Manuale del transfert pricing*, I edizione, Milano, 2009, p.1615 ss. Oltre a categorie di rischio fiscale generiche, individuabili nel rischio di gestione e nel rischio per la reputazione), esistono categorie specifiche riguardanti:

- a. Le transazioni complesse che possono essere giustificate da considerazioni di carattere strettamente fiscale;
- b. Il *day-to-day management* relativo alla determinazione del valore delle transazioni infragruppo;
- c. Processo di preparazione, compilazione e verifica delle dichiarazioni fiscali;
- d. Revisione interna e certificazione esterna legata a singole voci di bilancio che possono assumere collocazioni differenti in base alla rilevanza fiscale che se ne vuole dare.

cul la stabile organizzazione dovrebbe essere dotata di risorse sufficienti per sostenere le “*functions it undertakes, the assets it economically owns and the risks it assumes*”.¹³⁴ Il processo di attribuzione del *free capital* è diviso in due *step* secondo quanto definito dall’approccio AOA, il quale attribuisce alla suddivisione del capitale dell’impresa complessiva una valenza esclusiva ai fini fiscali. Si precisa inoltre che, secondo il suddetto approccio, la stabile organizzazione ha generalmente il medesimo merito creditizio dell’impresa complessivamente considerata.

1. La prima fase si propone di misurare il rischio e valutare gli *assets* attribuiti alla stabile organizzazione; pertanto, una volta definiti i beni di “proprietà economica” dell’entità, è necessario valutare gli stessi in base al costo di iscrizione nella contabilità dell’impresa (*book value*), al valore di mercato (*market value*) oppure al costo di acquisto originario (*original purchase price*).¹³⁵
2. In secondo luogo è necessario determinare il “*free capital*” per finanziare gli *assets* e sostenere i rischi che si generano dall’utilizzo dei medesimi. Tale definizione risulta rilevante in quanto una volta definito il “fondo di dotazione” della stabile organizzazione ed il *funding* necessario, la differenza fra gli importi andrà imputata a capitale di debito, sul quale andranno calcolati gli interessi passivi. Il problema dell’individuazione del fondo di dotazione, ossia del capitale di rischio, dipende dall’assenza, nel caso di una stabile organizzazione, di un soggetto autonomo rispetto alla casa madre e quindi di un atto costitutivo che individui una riserva di capitale sociale ovvero, in caso di aumento o di entrata di un altro soggetto, una riserva da sovrapprezzo. Pertanto, il fondo di dotazione viene individuato solo contabilmente e le eventuali ulteriori erogazioni, da parte della casa madre, sarebbero da classificare come finanziamenti fruttiferi di interessi, al contrario il fondo di dotazione si considera alimentato dall’accantonamento degli utili prodotti dalla stabile organizzazione stessa.¹³⁶ I metodi per determinare il fondo di dotazione, a cui contrapporre il capitale di debito, sono individuati dal *Report 2010*:¹³⁷

¹³⁴ Il *Report 2010*, al paragrafo 28, precisa inoltre che “*In the financial sector regulations stipulate minimum levels of regulatory capital to provide a cushion in the event that some of the risks inherent in the business crystallise into financial loss. Capital provides a similar cushion against crystallisation of risk in non-financial sectors.*”

¹³⁵ Il *Report 2010*, al paragrafo 110, non individua un metodo da utilizzare in base ad un principio generale, bensì stabilisce che il metodo scelto dovrebbe essere mantenuto nel tempo.

¹³⁶ Circolari 24 Fisco, *Stabile organizzazione: il fondo di dotazione*, Il Sole 24 Ore, 2017.

¹³⁷ I paragrafi 121 – 138 del *Report 2010* individuano 4 criteri per la determinazione del “*free capital*” senza indicare una particolare preferenza, nella trattazione non è descritto il c.d. “*Economic capital allocation approach*” usualmente utilizzato nel settore finanziario.

The capital allocation approach: attribuisce una quota proporzionale dell'effettivo capitale di rischio dell'impresa alla stabile organizzazione sulla base degli *assets* utilizzati e dei rischi assunti; se per esempio ad essa fosse attribuito il 10% degli *assets* complessivi dell'impresa proporzionalmente dovrebbe essere attribuita la stessa porzione del capitale di rischio complessivo dell'impresa. L'utilizzo di questo metodo potrebbe risultare efficace nel caso in cui l'impresa sia adeguatamente patrimonializzata, al contrario nel caso in cui l'impresa nel complesso fosse sotto patrimonializzata allora sarebbero più adeguati altri criteri di attribuzione.

The thin capitalisation approach: attribuisce alla stabile organizzazione la medesima quota di capitale di rischio ("*free capital*") e di debito riscontrabile in soggetti indipendenti, comparabili per rischi e attività alla stabile, nello Stato di insediamento delle medesima. L'importo della valutazione degli *assets* da attribuire alla stabile organizzazione dovrebbe quindi essere scomposto fra capitale di rischio e di debito in base al rapporto *debt-to-equity* mediamente presente nelle suddette imprese comparabili. Sebbene tale metodo sia più corretto nel caso di imprese sottocapitalizzate, la comparazione con altre potrebbe, ai sensi del *Report 2010*, attribuire per assurdo un ammontare superiore di quello che realmente l'impresa abbia nel suo complesso.

The safe harbour approach: attribuisce alla stabile organizzazione almeno l'ammontare minimo di capitale di rischio previsto a livello regolamentare nello Stato di attività.¹³⁸ Il criterio su cui si fonda tale metodo ne rappresenta, al tempo stesso, la maggior debolezza in quanto non in tutti settori di operatività esiste un capitale minimo regolamentato a cui fare riferimento.

Una volta individuato il fondo di dotazione attribuibile alla stabile organizzazione e gli interessi passivi da sottrarre al reddito della stessa, è necessario identificare gli accordi ("*dealings*") tra la stabile organizzazione e l'impresa a cui appartiene. Tali accordi non hanno valore legale, essendo fra parti della stessa impresa, e non sono supportati da contratti; pertanto dovrebbero essere individuati nelle operazioni intercorse fra la stabile organizzazione e la casa madre e valutati sulla base degli effetti economici.

A seguito della "*functional and factual analysis*", l'approccio previsto dall'OCSE, ovvero il c.d. "*functionally separate entity approach*", prevede un secondo *step* ai fini della

¹³⁸ Solitamente nel caso di imprese attive nel settore bancario, è previsto un ammontare minimo di capitale di rischio.

determinazione del prezzo “*at arm’s length*” e quindi in conformità delle Linee Guida in tema di *transfer pricing*. Una volta identificate le *significant people function* che identificano quale parte dell’impresa assume rischi e possiede economicamente gli *assets* è necessaria un’analisi che dia una quantificazione di tali valori. L’attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione avviene applicando in analogia i metodi di trasferimento previsti dalle *Guidelines* sulla base delle specifiche circostanze del caso.¹³⁹

Ad integrazione del documento del 2010, l’OCSE ha pubblicato il 22 marzo 2018, il documento “*Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*” al fine di integrare il “*Report on Attribution of Profit to Permanent Establishments*” alle novità apportate in campo internazionale dal progetto BEPS (ed in particolare dall’*Action 7*). In nuovo *Report* si occupa principalmente di affrontare la problematica della determinazione dell’utile della stabile organizzazione personale, alla quale l’OCSE ha ritenuto applicabile l’art. 7 del Modello equiparandola di fatto alla stabile organizzazione materiale. Il *Report 2010*, seppur trattando il tema specifico, lascia molti dubbi irrisolti, facendo presumere la volontà da parte dell’organismo internazionale di adottare la c.d. tesi della “*zero sum theory*” la quale ipotizza che alla stabile organizzazione personale non vada attribuito alcun reddito in quanto sarebbe implicito che il reddito lordo non possa eccedere la remunerazione *at arm’s length* conseguita dall’agente. All’interno del *Report 2018*, l’OCSE ribadisce l’importanza delle *significant people function*, esercitando una finzione giuridica per cui seppur in assenza di personale diretto, le funzioni attribuite alla stabile organizzazione sarebbero quelle effettivamente esercitate dall’agente nel territorio dello Stato.¹⁴⁰

2.3.2. La determinazione del reddito della stabile organizzazione secondo il T.U.I.R.

Al fine di razionalizzare la normativa e renderla coerente con le indicazioni e gli orientamenti espressi in materia dall’OCSE, lo schema di decreto legislativo recante misure per la crescita e l’internazionalizzazione delle imprese (D.Lgs. n. 147/2015) ha riformato la disciplina relativa alla determinazione del reddito derivante da attività esercitate nel territorio dello Stato da società ed enti non residenti. Espressamente, le modifiche introdotte dal legislatore hanno

¹³⁹ Il *Report 2010* indica come metodo applicabile il “*most appropriate method to the circumstances of the case*”, contrastando con il *Report 2008* che indicava un ordine di preferenza fra i metodi di determinazione del reddito della stabile organizzazione.

¹⁴⁰ CRAZZOLARA A., *OECD (2018), Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, in *Rubrica di diritto tributario internazionale e comparato*, p.15.

previsto la riformulazione degli articoli 151, 152 e 153 T.U.I.R. e la conseguente abrogazione dell'art. 154, oggi assorbito dall'articolo 153 del medesimo decreto.

Secondo quanto previsto dall'art. 151 del T.U.I.R., il reddito complessivo delle società ed enti commerciali non residenti di cui all'art. 73, comma 1°, lettera d), T.U.I.R. è formato esclusivamente dai redditi prodotti nel territorio dello Stato ad esclusione di quelli esenti dall'imposta e di quelli soggetti a ritenuta a titolo d'imposta o imposta sostitutiva.¹⁴¹

La previsione in questione ha eliminato ogni riferimento agli utili distribuiti da società ed enti commerciali residenti e alle plusvalenze derivanti dalla cessione di beni che si trovano nel territorio dello Stato o da partecipazioni in società residenti, in quanto si tratta di redditi inclusi tra i redditi di capitale e i redditi diversi di cui alle lettere b) ed f) del citato art. 23.

Coerentemente con la scelta di aderire all'impostazione OCSE in tema di reddito attribuibile alla stabile organizzazione di soggetti non residenti stabiliti nel territorio dello Stato, il comma 1°, dell'art. 152 del T.U.I.R. è stato modificato prevedendo che *“(...) il reddito della stabile organizzazione è determinato in base agli utili e alle perdite ad essa riferibili, e secondo le disposizioni della Sezione I, del Capo II, del Titolo II, sulla base di un apposito rendiconto economico e patrimoniale, da redigersi secondo i principi contabili previsti per i soggetti residenti aventi le medesime caratteristiche (...)”*.

Anteriormente alla riforma, l'articolo citato si riferiva esclusivamente al conto economico relativo alla “gestione” della stabile organizzazione; ad oggi il legislatore prevede espressamente che tale rendiconto debba avere una natura anche patrimoniale e si debbano seguire i principi contabili *“previsti per i soggetti residenti aventi le stesse caratteristiche”* nella redazione dello stesso.¹⁴² Risulterebbe opportuno un chiarimento della prassi in riferimento a quest'ultimo richiamo, in particolare, il dubbio è se rilevino i principi contabili adottati dalla casa madre o dalla branch per la seguente scelta dei principi da utilizzarsi ai fini della redazione del rendiconto.¹⁴³ Nel caso in cui fosse possibile un'applicazione volontaria dei principi

¹⁴¹ Al fine di individuare i redditi prodotti nel territorio dello Stato, l'art. 151, comma 2°, prevede che: *“Si considerano prodotti nel territorio dello Stato i redditi indicati nell'articolo 23.”*

¹⁴² La Relazione Governativa al D.Lgs. n. 147/2015 introduce la modifica affermando che: *“al fine di rilevare più compiutamente i fatti di gestione attribuibili alla stabile organizzazione, anche in relazione alla struttura patrimoniale, la norma proposta prevede l'inserimento nell'art. 152, comma 2 dell'obbligo di redazione da parte dei soggetti non residenti di un apposito rendiconto economico e patrimoniale secondo i principi contabili previsti per i soggetti residenti aventi le medesime caratteristiche, eccezion fatta per quella della emissione da parte della casa madre estera di strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in mercati regolamentati di qualsiasi Stato membro dell'Unione Europea (in tal modo si evita un eccessivo aggravio di adempimenti a carico di quei soggetti non residenti con stabile organizzazione in Italia che, pur essendo quotati all'estero, non sono tenuti nel Paese di residenza all'applicazione degli IAS/IFRS per la redazione del proprio bilancio di esercizio)”*.

¹⁴³ In tal senso ANDREANI G., FERRANTI G., *Testo unico imposte sui redditi*, Edizione I, Milano, 2017, p.2084.

contabili internazionali da parte della stabile organizzazione, possibilità esclusa per i soggetti che redigono il bilancio in forma abbreviata, si ritiene che, al fine di allinearsi ad una casa madre assoggettata a tali principi contabili, la problematica potrebbe considerarsi risolta.

L'art. 152 del T.U.I.R. prevede quindi che il reddito di una stabile organizzazione debba essere calcolato sulla base di un rendiconto, le cui risultanze contabili costituiscono le fondamenta per la determinazione del risultato fiscale della stessa. Al risultato economico così determinato dovranno essere apportate variazioni in aumento o diminuzione, previste dalla normativa domestica in tema di reddito d'impresa sulle singole voci di ricavo e di costo. Il risultato economico, così determinato, dovrà essere indicato separatamente nella dichiarazione dei redditi dell'impresa nel suo complesso.

La riforma ha inoltre esplicitato come oggetto della determinazione del reddito non siano tutti gli utili, o le perdite, generate nel paese alla fonte da parte del soggetto non residente, ma esclusivamente quella porzione di reddito "riferibile" alla stabile organizzazione. La modifica riflette gli orientamenti dell'OCSE, per i quali in presenza di una stabile organizzazione il potere di tassazione non è solo attribuito allo Stato di residenza dell'impresa ma anche allo Stato di insediamento della stabile organizzazione nella misura in cui i redditi siano attribuibili all'entità estera.¹⁴⁴

L'allineamento alle previsioni internazionali si estende anche all'abrogazione del principio della "forza di attrazione" nell'ordinamento nazionale. Il principio in questione comportava che i redditi derivanti da cespiti "esterni" alla stabile organizzazione ma sempre di fonte italiana non risultassero più oggetto di applicazione della disciplina fiscale propria (ad esempio l'applicazione di una ritenuta a titolo d'imposta o d'acconto) ma oggetto attratto alla determinazione del reddito d'impresa da aggiungersi ai redditi prodotti direttamente dalla stabile organizzazione.¹⁴⁵

La riforma operata dal D.Lgs. n. 147/2015 ha inoltre inciso sulla determinazione del reddito della stabile organizzazione estera dei soggetti IRES residenti, introducendo con l'art.14 un regime di "esenzione degli utili, e delle perdite delle stabili organizzazioni di imprese residenti"

¹⁴⁴ L'art. 7, paragrafo 1, del Modello OCSE 2018 prevede che: "Profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other State."

¹⁴⁵ Il principio della forza di attrazione veniva generalmente neutralizzato in presenza di una Convenzione basata sul Modello OCSE, al cui interno non vi è alcun riferimento al principio di forza di attrazione della stabile organizzazione.

(la c.d. “*branch exemption*”). Ne consegue che, a seconda dell’esercizio o meno dell’opzione, un soggetto residente che abbia una stabile organizzazione all’estero potrebbe optare per un metodo diverso dal c.d. metodo ordinario.

Infatti, sino al periodo d’imposta 2016, l’unico metodo utilizzabile da parte dei contribuenti residenti consisteva nel credito d’imposta estero ai sensi dell’art. 165 del T.U.I.R.; in particolare, secondo l’art. 75, comma 1°, T.U.I.R., le società e gli enti commerciali residenti, soggetti passivi IRES ex art. 73, comma 1°, lett. a) e b), applicano l’imposta dovuta sulla base del “*reddito complessivo netto, determinato secondo le disposizioni della sezione I del capo II*” del medesimo testo.¹⁴⁶

Dibattuta in dottrina risulta la questione per cui, secondo la normativa domestica, la stabile organizzazione estera di un soggetto residente fosse da considerarsi un centro autonomo di imputazione di effetti giuridici a cui farebbe seguito l’obbligo di tenuta di contabilità distinte.¹⁴⁷

La prassi ha propeeso per la non qualificazione della stabile come centro di imputazione di effetti giuridici e nella confluenza dei risultati di gestione della stessa nella contabilità del soggetto residente.¹⁴⁸ Tale interpretazione pare trovare un riscontro normativo nel comma 10°, art. 168-ter ove si prevede che ai fini dell’applicazione del regime della c.d. “*branch exemption*”, il reddito della stabile organizzazione vada separatamente indicato nella dichiarazione dei redditi dell’impresa e che ai fini della determinazione valgano i criteri di cui all’art.152. In senso “negativo” si potrebbe quindi supporre che, in caso di mancata applicazione dell’opzione, non sia applicabile la finzione di entità separata ed indipendente ai fini della determinazione del

¹⁴⁶ L’art. 81 del T.U.I.R., facente parte del capo citato, prevede che il reddito complessivo netto di tali soggetti “*da qualsiasi fonte provenga, è considerato reddito d’impresa ed è determinato secondo le disposizioni di questa sezione*”.

¹⁴⁷ Obbligo ai sensi dell’art.4, comma 5°, D.P.R. 600/73, secondo cui: “*Le società, gli enti e gli imprenditori di cui al primo comma che esercitano attività commerciali all’estero mediante stabili organizzazioni e quelli non residenti che esercitano attività commerciali in Italia mediante stabili organizzazioni, devono rilevare nella contabilità distintamente i fatti di gestione che interessano le stabili organizzazioni, determinando separatamente i risultati dell’esercizio relativi a ciascuna di esse.*”

¹⁴⁸ Ministero Finanze, Circolare n.12/1979, per cui: “*Pertanto, pur non potendo da un lato, come innanzi accennato, non rilevare la funzionale autonomia della stabile organizzazione all'estero, non si può non riconoscere dall'altro che per il suo tramite la casa - madre esercita in tutto od in parte la sua attività. Quindi la stabile organizzazione non può non essere considerata soggetto giuridico distinto dalla casa - madre stessa. Peraltro occorre notare che la disposizione che prevede la tassazione in Italia delle attività esercitate nel nostro paese mediante stabile organizzazione è stata rubricata dal legislatore all'art. 19 del D.P.R. n. 597 avente per titolo "Applicazione dell'imposta ai non residenti". Ciò comporta che il legislatore stesso ha ritenuto, anche se indirettamente, annoverare le stabili organizzazioni di soggetti esteri quali non residenti ai fini dell'imposizione nello Stato; sorge, quindi, legittima la necessità di ritenere a contraris, che le stabili organizzazioni all'estero di soggetti residenti in Italia siano dal legislatore medesimo considerate essere fiscalmente assorbite, anche per quanto concerne la residenza, nella residenza della casa - madre. Da ciò discende che la stabile organizzazione all'estero di un istituto del credito nazionale debba seguire, relativamente ai redditi realizzati nella sua attività istituzionale, lo stesso regime riservato a quelli della propria casa - madre.*”

reddito della stabile organizzazione estera. Quindi, tale utile sarebbe a prescindere da considerarsi come territorialmente rilevante in Italia e soggetto alle ordinarie regole del reddito d'impresa; la finzione tuttavia torna rilevante ai fini del calcolo del credito d'imposta estero.¹⁴⁹

2.4. Gli strumenti di eliminazione della doppia imposizione internazionale

La centralità dell'istituto della stabile organizzazione, quale livello minimo di presenza nello Stato alla fonte del reddito d'impresa, necessita di un accurato studio dei criteri di tassazione della casa madre e dei metodi che ogni Stato adotta per evitare il generarsi di doppia imposizione.

Come precedentemente esposto, nei confronti della doppia imposizione internazionale, a differenza di quella interna, non è riscontrabile alcun tipo di divieto nei diversi ordinamenti tributari domestici.

Ciò nonostante, la prospettiva sviluppatasi nel tempo risulta *in primis* quella della prevenzione del fenomeno e di una successiva ed eventuale correzione dello stesso.¹⁵⁰ Tale previsione risulta evidente dalle misure bilaterali contro le doppie imposizioni, mentre l'intento non risulta esplicitamente confermato in tema di misure unilaterali; in ambedue i casi appare invece palese come la finalità preventiva risulti integrata da quella correttiva.

Fondamentale, nel coordinamento degli ordinamenti, è l'arretramento totale o parziale della pretesa impositiva di uno Stato su una fattispecie (nel caso della stabile organizzazione sul reddito attribuibile alla stessa) già tassata dall'altro. Tale previsione, fa sorgere affianco al fenomeno della *doppia imposizione internazionale* quello, opposto, della *doppia non imposizione internazionale*. Considerando le Convenzioni internazionali come il principale strumento pattizio per evitare la doppia imposizione, può accadere che le diverse modalità con cui ciascuno Stato applichi la Convenzione determinino conflitti di natura positiva e negativa, che diano luogo rispettivamente a doppia imposizione internazionale ovvero ad un'esenzione della fattispecie in entrambi gli ordinamenti.¹⁵¹

Non potendosi estrapolare esclusivamente dal principio di territorialità dell'imposta un valido criterio di coordinamento degli ordinamenti, si è cercato di porre rimedio al fenomeno della

¹⁴⁹ Così MAYR S., SANTACROCE B., *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II edizione, Milano, 2016.

¹⁵⁰ Così MIRAULO A., *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990, p. 27.

¹⁵¹ UCKMAR V., CORASANITI G., DE CAPITANI DI VIMERCATE P., OLIVA C.C., *Corso di Diritto tributario internazionale*, Cap XVIII a cura di PISTONE P., Genova, 2012.

doppia imposizione giuridica internazionale per mezzo di specifiche misure unilaterali e bilaterali. Risulta necessario precisare come le misure correttive in questione vadano tenute distinte dai principi di residenza e territorialità dell'imposizione, anzi come si è osservato, la preferenza di un principio piuttosto che un altro comporta la predilezione per distinti metodi nella risoluzione delle fattispecie di doppia imposizione.¹⁵²

Il problema dell'eliminazione, o al più della limitazione, della doppia imposizione internazionale si presenta in generale di difficile soluzione, in quanto le disposizioni concorrenti che generano il fenomeno sono appartenenti a due o più ordinamenti giuridici sovrani. Potendosi arginare solo parzialmente gli effetti del fenomeno con norme di carattere interno, gli Stati concorrenti dovranno fare ricorso a norme pattizie. Pertanto, i metodi più diffusi, utilizzati al fine di prevenire il fenomeno della doppia imposizione, possono essere divisi in due tipologie: si distinguono metodi unilaterali, derivanti dalla normativa domestica e con effetti limitati entro i confini nazionali, e metodi bilaterali – detti anche convenzionali o pattizi – i quali derivano da accordi stipulati fra due o più ordinamenti statali e formalizzati mediante trattati internazionali, forma di risoluzione considerata più efficace rispetto alla prima sebbene più complessa da realizzare.¹⁵³

2.4.1. Gli strumenti unilaterali ed il credito d'imposta

A livello unilaterale, i metodi di eliminazione della doppia imposizione più diffusi risultano: il metodo del credito d'imposta nello Stato di residenza per le imposte versate all'estero (*foreign tax credit*), il metodo dell'esenzione dei redditi prodotti all'estero (*exemption method*) ed il metodo della deduzione dalla base imponibile delle imposte estere (*deduction method*).

Il primo strumento di eliminazione, introdotto con la firma della prima Convenzione contro le doppie imposizioni fra Austria e Prussia nel 1899, è stato il metodo dell'esenzione per i redditi

¹⁵² Si potrebbe affermare che al principio di residenza si affianca la concessione di un credito d'imposta nel paese di residenza per quanto tassato all'estero e nel caso nel principio di territorialità l'esenzione dei redditi prodotti all'estero. In breve, con riferimento ai principali metodi unilaterali per evitare le doppie imposizioni, il meccanismo dell'esenzione appare rispondente alle prerogative di *capital import neutrality*, in quanto comporta che lo Stato con cui il soggetto abbia un collegamento personale (residenza o nazionalità) si astenga dal sottoporre a imposizione redditi che hanno fonte al di fuori dei propri confini territoriali. In tal modo il capitale investito in un territorio sarebbe in condizioni di competere alla pari con tutti i capitali investiti in quel territorio e ciò indipendente dal gravame dello Stato di residenza del produttore del reddito.

Il metodo del credito d'imposta sarebbe invece rispondente alle prerogative della *capital export neutrality*, poiché lo Stato di residenza del reddituario prevede un credito d'imposta per tener conto dell'onere delle imposte già prelevate nello Stato estero dove il reddito è Stato prodotto. Sebbene il credito nella maggioranza degli Stati in cui è adottato tale metodo, risulta contenuto nella misura dell'imposta che sarebbe stata prelevata se l'investimento fosse stato effettuato nello Stato di residenza, tale metodo permette di operare in posizione di parità a prescindere da dove sia localizzata la fonte del reddito.

¹⁵³ SACCHETTO C., ALEMANNO L., *Materiali di diritto tributario internazionale*, 2002, pag. 55.

prodotti all'estero, ciò in quanto a livello pattizio per gli ex Stati Confederati era sembrato logico prevedere di distribuire la ricchezza in modo tale che ogni reddito fosse tassato in un solo Stato (e specularmente fosse da considerarsi esente nell'altro paese contraente). Sulla base di quest'idea, fino alla Seconda Guerra Mondiale, il metodo dell'esenzione è stato unanimemente adottato all'interno delle Convenzioni contro la doppia imposizione stipulate fra i paesi Occidentali.

Contrapposto al primo, il criterio del credito d'imposta è stato adottato per la prima volta nel 1916 in Gran Bretagna ma fino al 1950 è stato circoscritto all'ambito territoriale dei domini britannici ed utilizzato nella versione piena¹⁵⁴ (aveva infatti funzione di evitare la doppia imposizione nei rapporti fra la Gran Bretagna e le proprie colonie). Anche gli Stati Uniti con il *Revenue Act* del 1918 hanno adottato il metodo del credito d'imposta al fine di assicurarsi che la ricchezza del contribuente fosse tassata almeno una volta all'interno degli Stati federali.¹⁵⁵

A livello pattizio, l'iniziale preferenza per il metodo dell'esenzione aveva reso Stati Uniti e Gran Bretagna riluttanti alla firma di convenzioni internazionali fin quando, alla fine della Seconda Guerra Mondiale, la Gran Bretagna, reso meno oneroso il metodo del credito fino allora adottato, ha deciso di avviare le negoziazioni di trattati con paesi diversi dai propri domini.¹⁵⁶ Nello stesso periodo, il metodo del credito d'imposta, aveva acquisito popolarità in Europa occidentale, al punto che oggi rappresenta il criterio prevalente negli ordinamenti che adottano un tipo di collegamento personale, ossia quasi la totalità degli Stati.

Nonostante ciò, si evidenzia come alcune giurisdizioni fiscali seppur esplicitamente ispirate a criteri di tassazione mondiale, adoperino attualmente, limitatamente ad alcune fonti di reddito,

¹⁵⁴ Il criterio del credito d'imposta illimitato (o pieno) prevede la concessione da parte dello Stato alla residenza di un credito d'imposta pari a quanto versato nello Stato alla fonte senza alcuna limitazione. Pertanto nel caso in cui l'aliquota d'imposta sia superiore nello Stato dove si produce il reddito, il contribuente potrà chiedere rimborso di quanto versato in eccesso al proprio Stato di residenza. Tale rimborso si trasformerebbe in un'agevolazione fiscale (*inter-country transactions*) con cui lo Stato di residenza si addosserebbe una perdita globale.

¹⁵⁵ Il prof. VOGEL K., in una lettura del 1999 all'Università di Amsterdam, precisa come la diffusione del metodo del credito d'imposta negli Stati Uniti sia avvenuta a seguito di una scelta politica piuttosto che quella di raggiungere una *capital export neutrality* o una *capital import neutrality*. L'introduzione, ad opera di Thomas Sewall Adams (professore di economia a Yale e consigliere del Dipartimento del Tesoro del Presidente Wilson), è nata a seguito della necessità per cui: "[B]usiness ought to be taxed because it costs money to maintain a market and those costs should in some way be distributed over all the beneficiaries of that market. [...] Income must to some extent be taxed where it is earned, at rates and by methods determined by the conditions under which it is earned – not by the conditions under which it is spent. [...] foreign tax credit as a method to encourage foreign trade and to prevent revenue loss through incorporation of foreign subsidiaries or expatriation". Si veda VOGEL K., *Which Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation?*, in *Bulletin for International Taxation*, 2002 (Volume 56), No 1.

¹⁵⁶ AVERY JONES J. F., *Avoiding double taxation: Credit versus Exemption – The Origins*, *Bulletin for International Taxation*, vol. 66, n 2/2012, p.67

il metodo dell'esenzione della ricchezza prodotta all'estero. In tal senso anche l'Italia che, a partire dal 2015, ha seguito le esperienze tributarie di Francia, Germania e Paesi Bassi in tema di esenzione del reddito prodotto mediante stabili organizzazioni localizzate all'estero (*branch exemption*).

In via astratta, i metodi che gli ordinamenti conoscono per eliminare la doppia imposizione giuridica internazionale sono essenzialmente due.

Il metodo del *credito d'imposta* è considerato il più efficace in quanto assicura che almeno in uno degli Stati contendenti l'imposta sia versata, quindi che non si vengano a creare casi di *doppia non imposizione*. Lo stesso garantisce che tendenzialmente tutti i soggetti appartenenti ad un medesimo ordinamento assolvano lo stesso ammontare d'imposta (*capital export neutrality*).¹⁵⁷

Sebbene si persegua l'obiettivo di sottoporre tutti i redditi prodotti da un residente al medesimo livello di imposizione (*neutralità interna*), i paesi che adottano tale metodo generalmente non riescono ad eliminare totalmente il problema della doppia imposizione in quanto esso soffre di alcune limitazioni. In particolare l'utilizzo del metodo del credito d'imposta ordinario¹⁵⁸ prevede la concessione nello Stato alla residenza di una detrazione pari all'imposta versata nello Stato estero sui redditi di fonte estera. In altre parole la concessione del credito è limitata alla sola quota "capiente" nella corrispondente imposta nazionale, in quanto la funzione perseguita è quella di evitare un cumulo di prelievi (ovvero il realizzarsi del fenomeno di doppia imposizione) e non di rimborsare al contribuente residente le maggiori imposte pagate dopo aver effettuato l'investimento all'estero. Ne consegue che l'adozione del sistema del credito d'imposta attesta l'imposizione sulla più onerosa fra quella prevista dal paese di residenza del contribuente e quella prevista dal paese della fonte del reddito prodotto.

Nella maggior parte degli ordinamenti, compreso quello italiano, esiste inoltre un'ulteriore limitazione: la ripartizione del credito viene effettuata separatamente in relazione ai redditi prodotti in diversi Stati esteri (*per country method*). In tal senso, è possibile limitare il credito sui redditi esteri a quelli prodotti in un singolo Stato alla fonte; in contrapposizione con il c.d.

¹⁵⁷CORDEIRO GUERRA R., *Diritto tributario internazionale istituzioni*, Milano, 2016, p. 573.

¹⁵⁸ Rispetto al metodo di credito d'imposta illimitato (o pieno), la versione limitata prevede che nel caso in cui un soggetto produca parte del suo credito in un paese estero - che applica aliquote più elevate rispetto a quelle adottate nello Stato di residenza - quest'ultimo non pretenderà un'ulteriore imposta sul reddito prodotto all'estero ma, allo stesso tempo, non rimborserà le maggiori imposte pagate all'estero rispetto a quelle che il contribuente avrebbe pagato se avesse investito nello Stato di residenza.

overall method,¹⁵⁹ il quale permette di considerare i redditi globalmente prodotti in più Stati alla fonte.

Pregio della seconda tipologia è quello di consentire la compensazione fra i crediti riferiti ai diversi paesi, permettendo così di massimizzare l'ammontare del credito globale nel caso in cui l'aliquota dello Stato estero alla fonte sia superiore o inferiore a quella applicata nello Stato di residenza. Al contrario, l'utilizzo del metodo nella sua versione *per country*, prevede l'applicazione della detrazione separatamente in ciascuno Stato, non consentendo quindi l'utilizzazione delle eccedenze di credito in relazione ad uno Stato pur se vi siano rilevanti perdite in altri Stati esteri.¹⁶⁰ In particolare, il credito d'imposta concesso dall'ordinamento italiano risulta pari al tributo pagato all'estero e fino a concorrenza della quota di imposta italiana corrispondente al rapporto fra i redditi prodotti all'estero e il reddito complessivamente prodotto dal contribuente.¹⁶¹

A fronte delle sopramenzionate situazioni di "incapienza", nei diversi ordinamenti, possono essere previsti correttivi che impediscano la definitiva perdita della maggior imposta estera versata.

Un primo correttivo potrebbe consentire nel ritenere l'imposta estera non capiente come un elemento negativo di reddito.¹⁶² Nonostante nessuna disposizione legislativa riconosca tale natura alle imposte versate in uno Stato diverso rispetto a quello di residenza, essa potrebbe essere dedotta dal concetto stesso di reddito assunto a presupposto d'imposta; ciò a maggior ragione nei casi in cui – come per il reddito d'impresa o di lavoro autonomo – le entrate (ricavi) debbano essere depurate dei costi di produzione. In tal senso le imposte versate all'estero potrebbero essere considerate come un costo di produzione e pertanto dovrebbero essere ammesse in deduzione per la quota che non ha trovato capienza nel calcolo del credito d'imposta. Tale correttivo potrebbe trovare almeno due limitazioni:

¹⁵⁹ Sistema adottato, seppur con alcune limitazioni, negli Stati Uniti.

¹⁶⁰ Nel caso in cui vi siano perdite in uno Stato alla fonte inferiori ai redditi prodotti in quello alla residenza, non viene concesso alcun credito d'imposta.

¹⁶¹ Si chiarisce con un esempio la differenza fra i due metodi. Considerando una società, residente in Italia (*tax rate* 33%), con un reddito complessivo di 2.000, di cui solo 500 prodotto all'estero (rapporto proporzionale pari al 25%) si ipotizzi che:

1. L'imposta versata nello Stato estero sia pari a 120, quindi inferiore alla quota di imposta italiana attribuibile al reddito prodotto all'estero pari a 165 ($2.000 \times 33\% \times 25\%$), sarà detraibile per l'intero ammontare;
2. L'imposta versata nello Stato estero sia pari a 180, quindi superiore alla quota di imposta italiana attribuibile al reddito prodotto all'estero pari a 165, sarà indetraibile per la parte eccedente la quota d'imposta italiana ossia per 15 (180-165).

¹⁶² Pare propendere per una soluzione in tal senso CARPENTIERI L., LUPI R., STEVANATO D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p.149.

- a. Sul piano concettuale tale rimedio potrebbe essere utilizzato solo nel caso di redditi che vengano determinati analiticamente, ossia tenendo conto dei costi di produzione;
- b. Dal punto di vista dell'ordinamento interno italiano, la disposizione prevista all'art. 99, comma 1°, T.U.I.R.,¹⁶³ esclude dal computo della base imponibile gli oneri di carattere tributario senza operare alcuna distinzione fra le imposte italiane e quelle estere. Nonostante ciò le imposte versate nello Stato diverso rispetto a quello di residenza, collocandosi a monte rispetto al prelievo di quest'ultimo, non dovrebbero considerarsi un'erogazione di reddito ma un fatto economico necessario alla sua produzione.

Un seconda soluzione consiste nel consentire il riporto dell'imposta estera incapiente nei periodi successivi a quello in cui la stessa è riferita. In tal senso, a prescindere dal livello d'imposizione nello Stato di residenza in un determinato periodo, si permetterebbe il riconoscimento integrale dell'imposta versata all'estero. Tale correttivo risulta essere quello adottato nell'ordinamento italiano e previsto all'art. 165, comma 6°, T.U.I.R., rubricato "*Credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero*".¹⁶⁴

Il meccanismo consente di far diventare attuali i crediti d'imposta potenziali derivanti dalle eccedenze di imposta in ragione dei "saldi d'imposizione"¹⁶⁵ relativi al medesimo reddito estero ed emersi nell'arco dei sedici periodi d'imposta a cavallo di quello di competenza.

Con l'utilizzo del meccanismo del riporto all'indietro, da imputarsi per primo, se si verificano delle eccedenze di imposta italiana negli otto periodi precedenti rispetto a quello di competenza, l'eccedenza di imposta estera costituisce un credito d'imposta immediatamente detraibile. Al fine di aumentare la capienza della quota di imposta italiana le eccedenze di imposta pregresse si sommano a quella desumibile dal reddito prodotto nell'anno. Il riporto in avanti prevede

¹⁶³ Art. 99, comma 1°, T.U.I.R.: "*Le imposte sui redditi e quelle per le quali è prevista la rivalsa, anche facoltativa, non sono ammesse in deduzione. Le altre imposte sono deducibili nell'esercizio in cui avviene il pagamento.*"

¹⁶⁴ Art. 165, comma 6°, T.U.I.R.: "*L'imposta estera pagata a titolo definitivo su redditi prodotti nello stesso Stato estero eccedente la quota di imposta italiana relativa ai medesimi redditi esteri, costituisce un credito d'imposta fino a concorrenza della eccedenza della quota d'imposta italiana rispetto a quella estera pagata a titolo definitivo in relazione allo stesso reddito estero, verificatasi negli esercizi precedenti fino all'ottavo. Nel caso in cui negli esercizi precedenti non si sia verificata tale eccedenza, l'eccedenza dell'imposta estera può essere riportata a nuovo fino all'ottavo esercizio successivo ed essere utilizzata quale credito d'imposta nel caso in cui si produca l'eccedenza della quota di imposta italiana rispetto a quella estera relativa allo stesso reddito di cui al primo periodo del presente comma. Le disposizioni di cui al presente comma relative al riporto in avanti e all'indietro dell'eccedenza si applicano anche ai redditi d'impresa prodotti all'estero dalle singole società partecipanti al consolidato nazionale e mondiale, anche se residenti nello stesso paese, salvo quanto previsto dall'articolo 136, comma 6.*"

¹⁶⁵ Per "saldo d'imposizione" si intende la differenza fra le imposte assolute all'estero e la quota d'imposta italiana relativa al medesimo reddito di fonte estera. In tal senso TESAURO F. (opera diretta da), *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, Bologna, 2007, p.1096.

invece il rinvio della detrazione delle imposte estere residue agli otto periodi di imposta successivi a quello di competenza e il relativo utilizzo fino a concorrenza della più elevata quota d'imposta italiana.¹⁶⁶

Il criterio del credito d'imposta è posto quindi a presidio delle fattispecie di doppia imposizione giuridica internazionale, la quale subordina la concessione del credito al fatto che un reddito estero concorra alla formazione del reddito complessivo imponibile in Italia. Pertanto l'unica condizione – esplicitamente richiamata dall'art. 165 T.U.I.R. – concerne il prelievo definitivo effettuato dallo Stato estero in cui il reddito è stato prodotto e “non la coincidenza del presupposto giuridicamente inteso o delle imposte applicate”.

In generale quindi, per poter applicare il criterio in esame, devono essere rispettate congiuntamente le seguenti condizioni:

1. Produzione di reddito estero e concorso alla formazione del reddito complessivo del soggetto passivo residente. Con la riforma del d.lgs. 12 dicembre 2003 n. 344, è stato introdotto¹⁶⁷ nell'ordinamento italiano il concetto di reddito estero al comma 2° dell'art.165, T.U.I.R., facendo espresso richiamo alla lettura speculare dei criteri di collegamento previsti dall'art. 23 del T.U..I.R..¹⁶⁸ In tema di reddito d'impresa, la natura unitaria del reddito andrà quindi scomposta e le singole componenti positive del reddito d'impresa inquadrare e localizzate secondo il relativo criterio di collegamento per potersi o meno ricondurre al reddito estero. Tale reddito dovrà inoltre concorrere alla formazione del reddito complessivo del contribuente residente al netto delle perdite riportate nei precedenti periodi d'imposta. Ciò significa che potranno essere scomputate le imposte estere relative a redditi di società

¹⁶⁶ Il meccanismo del riporto è Stato individuato nella relazione illustrativa del D.lgs. 344 del 2003 come segue: *“In sostanza, il “riporto in avanti” si ha nell'ipotesi in cui l'imposta assolta all'estero è maggiore dell'imposta effettivamente scomputabile dall'imposta dovuta sul reddito complessivo in base al rapporto previsto dal comma 1 dell'articolo 165. In questo caso la differenza di imposta estera non utilizzata che eccede quella consentita dal rapporto, potrà essere utilizzata nei successivi periodi d'imposta sino all'ottavo, laddove si presentino condizioni opposte, vale a dire quando l'imposta estera effettivamente scomputabile nella dichiarazione dei redditi prodotta in Italia in base al citato rapporto, è maggiore dell'imposta di fatto assolta all'estero.*

Il “riporto all'indietro” si sostanzia nell'esatto opposto, ossia se l'imposta assolta all'estero è inferiore a quella scomputabile dall'imposta dovuta sul reddito complessivo in Italia, la differenza costituisce un bonus che potrà essere utilizzato nei successivi periodi d'imposta sempre non oltre l'ottavo, quando si presenteranno condizioni opposte, vale a dire quando l'imposta assolta all'estero sarà superiore a quella scomputabile in base al rapporto di cui al citato comma 1 dell'articolo 165.”

¹⁶⁷ L'art. 15 T.U.I.R. che disciplinava il credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero precedentemente alla riforma del 2003, non prevedeva una definizione di reddito prodotto all'estero. Pertanto ai fini applicativi, l'individuazione di tali redditi veniva effettuata sulla base di metodologie empiriche (“criterio della fonte materiale”, “criterio del luogo di pagamento d'imposta”) come approfondito da MANTOVANO G., *Aspetti problematici dell'attuale disciplina del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero*, in *Il fisco*, n.3 del 22 gennaio 1990, p.360.

¹⁶⁸ In tal senso PIAZZA M., *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2004.

estere in regime ordinario o opzionale di trasparenza, ma non nel caso in cui i redditi esteri subiscano in Italia una tassazione sostitutiva, anche per mezzo di ritenute alla fonte.

2. Definitività dell'imposta versata. Nella versione attuale dell'art. 165, T.U.I.R., non è possibile individuare la nozione di "imposta estera", pertanto si dovrà fare riferimento al concetto di assimilabilità, da considerarsi in senso ampio in linea con la *ratio* della norma. Saranno quindi da considerarsi assimilabili alle imposte sui redditi italiane: quelle personali e uniche applicabili al reddito complessivo e i tributi di carattere reale, quelle sostitutive a prescindere che il regime sia opzionale o obbligatorio e i prelievi anche se non presentano i medesimi requisiti delle imposte nazionali e sono state istituite con atti non legislativi.¹⁶⁹ Per poter godere nel meccanismo del credito, le imposte estere devono essere pagate definitivamente nello Stato alla fonte, in questo senso si escludono sia le imposte non versate per effetto di norme agevolatrici,¹⁷⁰ sia le imposte ripetibili. Sul punto la circolare ministeriale n. 3/7/360 dell'8 febbraio 1980 ha chiarito che "*il concetto di definitività dell'imposta pagata coincide (...) con l'irripetibilità della stessa e quindi non possono considerarsi definitive quelle pagate in acconto, in via provvisoria, e quelle in genere, per le quali è previsto il conguaglio con la possibilità di rimborso totale o parziale*". A commento della circolare, Assonime chiarisce che per le imposte pagate in via provvisoria devono intendersi oltre a quelle pagate a titolo di acconto anche quelle corrisposte in pendenza di controversia.¹⁷¹

Il criterio dell'*esenzione* dei redditi prodotti all'estero ambisce a conseguire la neutralità fiscale esterna (*capital export neutrality*) ed è ad oggi utilizzato in diversi Paesi dell'America Latina e rispetto ad alcune forme reddituali anche in alcuni Paesi Europei. Si tratta di un metodo che si avvicina più di altri alla finalità di eliminare il problema della doppia imposizione internazionale ma presenta il limite essere contrapposto al principio di progressività dell'imposizione¹⁷² se utilizzato nella sua forma piena.

In metodo in questione attribuisce esclusivamente allo Stato alla fonte l'esercizio della potestà impositiva su redditi che hanno un collegamento di tipo reale con il territorio. Lo Stato di

¹⁶⁹ TESAURO F. (opera diretta da), *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, Bologna, 2007, p.1073. Preme precisare che, nel caso in cui sia attiva una Convenzione per evitare la doppia imposizione, essa individua le imposte sui redditi aventi natura identica o sostanzialmente simile.

¹⁷⁰ Se si concedesse il credito d'imposta in tali fattispecie si detrarrebbe, dall'imposta italiana, un'imposta estera effettivamente riconducibile a quel soggetto passivo, ma che non è mai stata versata nello Stato di produzione del reddito per motivi agevolatori. Si considerano comunque definitive "per competenza" le imposte che anche se non pagate al momento del calcolo del credito saranno liquidate nell'anno successivo.

¹⁷¹ ASSONIME, *Circolare n.69 del 13 maggio 1980*.

¹⁷² MIRAULO A., *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990, p.30.

residenza pertanto si costringe ad una limitazione della propria pretesa impositiva sulla ricchezza generata dai propri contribuenti *worldwide*, e probabilmente ciò ha limitato nei paesi esportatori di capitali la diffusione di tale metodo a favore della detrazione per le imposte versate all'estero.

Con l'utilizzo di tale metodo, il prelievo tributario effettuato dallo Stato alla fonte risulta non correlato con quello effettuato dallo Stato di residenza, con la conseguenza che il soggetto residente che produce reddito all'estero subisce una tassazione differente rispetto al soggetto residente che produce reddito all'interno dei confini nazionali.

L'esenzione può generalmente presentarsi in due forme: il forma *piena*, nel caso in cui il reddito prodotto all'estero sia escluso totalmente dalla base imponibile del soggetto residente, ed in forma *progressiva*, nel caso in cui il reddito non venga tassato nello Stato di residenza (in quanto è imponibile esclusivamente nello Stato alla fonte) ma concorra alla formazione della base imponibile al solo fine di determinare l'aliquota applicabile al reddito complessivo, ossia agli altri redditi considerati imponibili per il soggetto (tale progressione non esplicherebbe i suoi effetti nel caso di aliquote fisse).^{173 174}

Sebbene, rispetto al metodo del credito d'imposta, in questo caso non si ponga alcun problema in tema di capienza dell'imposta estera nella quota di imposta domestica relativa al medesimo reddito, permane il limite dello stabilire quali fonti costituiscono o meno reddito estero – con il rischio di confrontarsi con fenomeni di “*doppia fonte*”.

Prima dell'introduzione dell'istituto della *branch exemption* nell'ordinamento italiano, fra le fonti di reddito oggetto di esenzione si evidenziano i dividendi di origine comunitaria, oggetto di esenzione per il 95% del loro ammontare, in base alla Direttiva “Madre – figlia” CEE 434/90.

Oltre al metodo del credito d'imposta e a quello dell'esenzione, il *metodo della deduzione* (*deduction method*) prevede la deduzione dalla base imponibile nello Stato di residenza dell'imposta pagata nello Stato alla fonte utilizzato in Italia ai fini della soppressa imposta sulle

¹⁷³ SACCHETTO C., ALEMANNI L. (coordinato da), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002, p.56.

¹⁷⁴ Il Commentario OCSE agli articoli 23A-23B, paragrafi 20- 22 fornisce una comparazione quantitativa fra i due metodi nella quale evidenzia che, nonostante in ambedue i casi il livello di imposizione nello Stato di fonte non incida sull'ammontare dell'imposta a cui rinuncia lo Stato di residenza, lo sgravio concesso con il metodo di esenzione totale potrebbe essere superiore rispetto al prelievo fiscale nello Stato alla fonte, anche se quest'ultimo avesse aliquote d'imposta maggiori. Ciò in quanto oltre alla rinuncia dello Stato di residenza sul reddito generato nello Stato alla fonte (medesimo effetto si ottiene in caso di esenzione progressiva), l'imposta sul restante reddito viene ridotta di un importo pari alle differenze di aliquota dei due livelli di reddito nello Stato di residenza.

società¹⁷⁵ ed ancora presente in alcuni ordinamenti come quello lussemburghese. Tale metodo quindi considera i tributi assolti all'estero come un costo inerente alla produzione del reddito e subordina la deducibilità di tale costo al solo fatto che venga pagato un tributo all'estero. Seppur permetta di perseguire la c.d. *national neutrality*, tale metodo raggiunge risultati ben meno efficaci rispetto ai due precedentemente esposti.

Per completezza preme evidenziare che, considerate le diversità e le peculiarità di ogni ordinamento nazionale, nel tempo sono nati altri e diversi metodi con il fine di eliminare la doppia imposizione.¹⁷⁶

2.4.2. Gli strumenti convenzionali e le Convenzioni OCSE

Gli obiettivi di coordinamento da realizzarsi in chiave bilaterale non si discostano rispetto a quelli a livello unilaterale, entrambi infatti perseguono l'interesse fiscale di massimizzazione del reddito acquisibile a tassazione in ciascuno Stato e di efficiente allocazione delle risorse a livello internazionale. Le convenzioni internazionali, bilaterali o multilaterali, risultano di particolare importanza considerando l'attuale assenza di principi internazionali generali che prevengano o eliminino la doppia imposizione internazionale. Infatti, l'adozione da parte della maggioranza degli Stati industrializzati di criteri di collegamento sia reali sia personali, in materia di imposte dirette, costituisce ad oggi un ostacolo alla libertà di circolazione dei capitali e dei soggetti in ambito transnazionale.

Risulta indispensabile precisare che il prelievo del tributo avviene sempre e solo in base alla legge interna dello Stato, pertanto gli accordi a livello internazionale non definiscono la norma tributaria applicabile ad una singola fattispecie reddituale ma delimitano l'operatività delle norme interne al fine di prevenire il fenomeno della doppia imposizione. Ne consegue che l'assetto delle convenzioni esprime una consensuale ripartizione della materia imponibile fra gli Stati contraenti, i quali autolimitano (e non perdono) l'esercizio della propria potestà impositiva a condizioni di reciprocità.

Le norme contenute all'interno delle convenzioni non sono norme di "collisione", bensì norme di distribuzione o delimitazione (*distributives rules*) in quanto non conducono all'applicazione del diritto straniero nell'ordinamento interno ma delimitano il contenuto del potere normativo

¹⁷⁵ La normativa italiana non permette oggi la deduzione delle imposte dirette versate all'estero. In tal senso, nel caso in cui l'aliquota di imposizione in un paese estero fosse superiore rispetto a quella italiana, non esiste la possibilità di compensazione della maggior imposta versata all'estero, in quanto in caso contrario si scaricherebbe tutto il peso del metodo adottato sullo Stato di residenza.

¹⁷⁶ Si pensi al metodo di tassazione con aliquota ridotta dei redditi prodotti all'estero, utilizzato in Belgio sino al 1962.

dei singoli Stati.¹⁷⁷ Nel caso in cui l'applicazione di tali norme non dovesse risultare sufficiente all'eliminazione della doppia imposizione – ad esempio del caso in cui il prelievo fosse consentito ad entrambi gli Stati firmatari – per perseguire l'obiettivo sono disciplinati strumenti simili a quelli previsti nella normativa interna come il credito d'imposta o l'esenzione dei redditi prodotti al di fuori dei confini nazionali.

Gran parte degli accordi internazionali si basa sulle “*Convenzioni Internazionali contro le doppie imposizioni*” definite come “*il risultato di un accordo tra più Stati, per regolamentare, sulla base del principio di reciprocità, la propria sovranità tributaria*”¹⁷⁸ e formulate sulla base del Modello di Convenzione OCSE.

Le finalità delle Convenzioni sono generalmente articolate secondo un triplice ordine di ragioni:

- a. Evitare fenomeni di doppia imposizione. La funzione primaria delle convenzioni internazionali risulta quella di prevenire, ed al più eliminare, i fenomeni di doppia imposizione giuridica internazionale. Al fine di evitare che un stesso presupposto sia oggetto di imposizione in due o più Stati, le convenzioni regolano i rapporti tributari fra i soggetti che operano nei paesi firmatari;
- b. Risolvere le controversie. Tale funzione deriva essenzialmente dalla necessità di risolvere i conflitti interpretativi e applicativi della Convenzione da parte dei soggetti che ne fanno adozione, mediante l'uso di procedure amichevoli e arbitrali;
- c. Contrastare evasione ed elusione fiscale internazionale. La repressione di tali fenomeni non rappresenta la funzione primaria delle convenzioni ma rientra nello scopo generale delle convenzioni in materia tributaria in quanto l'esigenza repressiva è una diretta conseguenza del collegamento che si instaura fra due Stati in materia di prelievo sul reddito ed attuato mediante la stipula dell'atto,¹⁷⁹ ci si pone quindi il problema di evitare la *doppia non imposizione internazionale*. Alla necessaria finalità di prevenzione dell'evasione fiscale si affianca il principio di reciprocità delle discipline di carattere pattizio. Tale principio richiede non solo un'equivalenza di trattamento, ma soprattutto che gli Stati firmatari

¹⁷⁷ Ciò in quanto si ritiene impensabile che uno Stato si spogli completamente della propria potestà impositiva, sia nella sua eccezione sostanziale che procedurale, e punitiva. In tal senso CORDEIRO GUERRA R., *Diritto tributario internazionale istituzioni*, Milano, 2016, p.374.

¹⁷⁸ Definizione in *il Fisco oggi*, in *Accordi e convenzioni*.

¹⁷⁹ Così UCKMAR V., CORASANITI G., DE CAPITANI DI VIMERCATE P., OLIVA C.C., *Diritto tributario internazionale manuale*, II edizione, Padova, 2012, p.53.

provvedano ad una regolamentazione delle fattispecie impositive che assicuri l'aderenza alle finalità della Convenzione stessa.¹⁸⁰

Le Convenzioni non incidono direttamente sulla potestà normativa tributaria di uno Stato, in quanto nel momento in cui le delegazioni dei paesi firmatari negoziano e votano i singoli articoli della bozza di Convenzione fino a pervenire alla stesura finale del trattato, l'accordo non è ancora da considerarsi parte dell'ordinamento interno.¹⁸¹ La fase che attribuisce efficacia alla Convenzione è quella della ratifica, che consiste nell'approvazione parlamentare della legge ordinaria con la quale si autorizza il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione contro le doppie imposizioni in oggetto, dando così "*piena ed intera esecuzione al trattato*".¹⁸² Alla ratifica segue la necessaria fase di sottoscrizione che, nel caso di trattati bilaterali contro le doppie imposizioni sul Modello OCSE, consiste nello scambio degli strumenti di ratifica fra i paesi firmatari ed in generale nel momento in cui gli Stati si obbligano reciprocamente manifestando l'approvazione di un determinato testo.

Il rango delle norme convenzionali introdotte nell'ordinamento italiano risulta pari al rango della norma utilizzata per la ratifica - generalmente legge ordinaria - ed una volta rese applicabili le norme di origine convenzionale prevalgono sulle norme tributarie interne a meno che quest'ultime non risultino più favorevoli per il contribuente.¹⁸³ In generale quindi, le Convenzioni contro le doppie imposizioni, essendo state recepite negli ordinamenti interni con legge di ratifica, acquistano il valore di fonte primaria. L'analisi dell'applicabilità delle norme convenzionali nell'ordinamento domestico è da individuarsi nelle disposizioni nazionali di cui all'art.10, comma 1° Costituzione (sistema di adattamento dell'ordinamento italiano alle norme del diritto internazionale), all'art.117 della Costituzione (obbligo comune dello Stato e delle Regioni di conformarsi ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ed agli obblighi internazionali) e all'art. 75 del D.P.R. n. 600/73, a norma del quale "*nell'applicazione delle disposizioni concernenti le imposte sui redditi, sono fatti salvi accordi internazionali resi esecutivi in Italia*".¹⁸⁴

¹⁸⁰ MIRAULO A., *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990, p.146.

¹⁸¹ Essendo le convenzioni dei trattati internazionali, l'iter di formazione e i requisiti di validità ed efficacia devono rispettare quanto contenuto della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. Nel momento in cui esiste un testo definitivo su cui le parti concordano, la Convenzione soggiace alla c.d. *parafatura*, che consiste nell'apposizione delle sigle dei negoziatori in calce al trattato.

¹⁸² CARPENTIERI L., LUPI R., STEVANATO D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p.68.

¹⁸³ Ai sensi del richiamato articolo 169 del T.U.I.R.

¹⁸⁴ Trattasi di una previsione che potrebbe assumere il carattere di superfluità, in quanto l'obbligo di rispettare gli accordi internazionali - in virtù del quale, in caso di conflitto con la legislazione nazionale, prevale sempre la convenzione, anche se antecedente - costituisce un principio consolidato di diritto internazionale.

Le Convenzioni in materia di imposte sul reddito essendo classificabili come trattati internazionali, derivanti quindi dalla reciproca limitazione dell'esercizio della sovranità da parte dei singoli Stati, saranno da analizzarsi alla luce delle norme contenute nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.¹⁸⁵

Il coordinamento fra la norma convenzionale e quella nazionale deve inoltre essere analizzato alla luce della frequenza con cui le Convenzioni necessitano di un'integrazione del testo convenzionale con il diritto interno. All'interno delle Convenzioni, caratterizzate da un elevato grado di genericità, diversi sono gli articoli che operano tramite rinvio, esplicito o implicito, al diritto interno. In particolare la clausola contenuta nell'art.3, par. 2 del Modello OCSE, e riprodotta in tutte le Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia, ricerca nei diritti interni il significato dei termini non definiti nella convenzione. Tale rinvio ai diritti interni genera i problemi più onerosi sul piano dell'adeguamento sotto un duplice ordine di motivi. In primo luogo ci si pone la questione se detto rinvio debba intendersi al diritto interno vigente all'epoca in cui è stato concluso il trattato ("*static meaning*"), ovvero all'epoca nel quale esso trova applicazione ("*ambulatory meaning*"). Dall'altro lato si pone il problema nell'eventualità di una norma interna successiva che modifichi la legge ordinaria di origine convenzionale e dell'efficacia del principio della "successione delle leggi nel tempo". Si tratta di un tema contiguo a quello del "*treaty overriding*", vale a dire la possibilità da parte di una norma interna di violare il trattato.¹⁸⁶

Sotto il primo profilo la Convenzione prevale sulla norma interna precedente più in termini di "specialità" che di "successione delle leggi nel tempo".¹⁸⁷ La norma interna, infatti, risulta applicabile non solo a quei rapporti non rientranti nell'ambito di applicazione soggettivo della Convenzione, ma anche a fattispecie non coperte dalla Convenzione sotto il profilo oggettivo oppure territoriale. Sul tema dell'interpretazione statica o dinamica che si debba dare alla Convenzione, il dubbio si sostanzia nell'eventualità che il senso di un determinato termine debba interpretarsi in base al contesto vigente nel momento in cui è stata siglata la Convenzione oppure possa essere interpretato in base all'evoluzione successiva. A tal riguardo proprio l'art. 3, par. 2 del Modello OCSE chiarisce che "*As regards the application of the Convention at any*

¹⁸⁵ L'importanza sia sul piano della validità, sia sul piano dell'interpretazione ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati è confermata da gran parte della dottrina tributaria internazionale. Cfr. AVERY JONES e altri, *The interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3[2] of the Oecd Model*, in Dir. prat. trib., 1984, p. 1626; VOGEL, *Interpretation of Double Taxation Treaties. In particular the Problem of Qualification*, in Rass. trib., 1988, p. 176 ss., MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, cit., p. 173.

¹⁸⁶ Se si modifica la legislazione interna si pone il problema di verificare se tale modifica configuri *sic et simpliciter* una violazione del trattato oppure possa darsi luogo, appunto, ad una interpretazione "evolutiva" del trattato.

¹⁸⁷ In tal senso CARPENTIERI L., LUPI R., STEVANATO D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p.69 e FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1999.

time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires or the competent authorities agree to a different meaning pursuant to the provisions of Article 25, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies”.

Si evidenzia che la dottrina internazionale ha in passato esaminato attentamente il dilemma dell'interpretazione dei termini utilizzati nelle Convenzioni. A favore dell'interpretazione “statica” si può osservare come essa favorirebbe la certezza del diritto per il contribuente e allo stesso tempo non consentirebbe agli Stati contraenti di ampliare a proprio piacimento le definizioni dei termini utilizzati.¹⁸⁸ A favore dell'interpretazione “evolutiva” si è invece osservato come essa corrisponda ad esigenze di praticità, in quanto permetterebbe di rendere la convenzione attuale, evitando di dover ricercare quale fosse la legge in vigore al momento di conclusione del trattato. A sostegno di quest'ultima interpretazione si deve prendere atto che alcune clausole convenzionali comunque richiedono un'interpretazione evolutiva.¹⁸⁹

Il dibattito dottrinale sul tema si è affievolito quando la preferenza per un'interpretazione evolutiva della norma è stata esplicitamente indicata dal Commentario del Modello OCSE del 1995 (commento all'art. 3, par. 2). Ad oggi infatti non sembra porsi in dubbio che l'interpretazione “evolutiva” sia da preferire a quella “statica”, in particolar modo considerando l'elevata volatilità della legislazione tributaria che in alcuni casi, renderebbe la “*ambulatory interpretation*” una soluzione obbligata.¹⁹⁰

Problema conseguente all'analisi della specificità o meno della norma convenzionale che le permetterebbe di prevalere su quella nazionale è quello della possibilità di “violare” il trattato con una successiva modifica alla legislazione interna. Quindi, nel caso in cui la norma interna successiva non sia “più favorevole”, bensì “più sfavorevole” di quella internazionale. Una legislazione nazionale potrebbe infatti, attraverso una modifica della propria normativa domestica, voler sfruttare l’“*ambulatory meaning*” al fine di ottenere un vantaggio indebito e uscire dai margini dello schema pattizio (c.d. “*Treaty Override*”). I mutamenti delle legislazioni interne non sono comunque vietati, nei limiti in cui non alterino sostanzialmente gli equilibri

¹⁸⁸ AVERY JONES e altri, *The interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3[2] of the Oecd Model*, in *Dir. prat. trib.*, 1984, p. 1626.

¹⁸⁹ In tal senso VOGEL K., *On Double Taxation Conventions*, III Edition, Kluwer, 1997.

¹⁹⁰ L'adesione alla “*ambulatory interpretation*” necessita tuttavia di talune precisazioni. In particolare, nell'ambito dell'art. 3 par. 2 del Modello OCSE, il rinvio al diritto interno è da considerarsi escluso se ed in quanto “*the contest otherwise requires*”. Intendendo come contesto “*tutto ciò a cui è dato di ricorrere, nella interpretazione dei trattati internazionali, in base alle norme contenute nella convenzione di Vienna.*” Vedasi GIULIANI F.M., *Interpretazione delle convenzioni internazionali*, in UCKMAR (coordinato da), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999, p.292.

convenzionali, e ferma restando la necessità che la violazione del trattato sia espressamente voluta come tale dallo Stato che procede alla modifica rilevante sul piano interno.¹⁹¹

L'analisi del coordinamento fra i trattati internazionali e la normativa interna necessita di un richiamo alla "*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*" "la quale consente di introdurre all'interno delle convenzioni esistenti le novità del progetto BEPS con un approccio simultaneo e omogeneo da parte degli Stati firmatari. Si mira ad evitare quindi che ciascun Paese debba intervenire a modificare i singoli trattati bilaterali negoziando, in momenti diversi, un elevato numero di accordi. Si evidenzia peraltro che, ai sensi dell'articolo 34 della stessa Convenzione multilaterale l'entrata in vigore (e la relativa efficacia) avverrà il primo giorno del mese successivo alla conclusione di un periodo di tre mesi di calendario che decorre dalla data di deposito del quinto strumento di ratifica, accettazione o approvazione. In tal senso, si precisa che allo stato attuale, l'Italia non ha ancora formalizzato la ratifica.¹⁹²

Alla luce delle considerazioni svolte finora, nel caso in cui si debba valutare la presenza o meno di una stabile organizzazione in Italia di un'impresa residente in un altro Stato si dovrebbe in primo luogo individuare il testo vigente dell'articolo 5 della Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata fra l'Italia e il paese di residenza della casa madre e confrontarlo con la norma interna dell'articolo 162 del T.U.I.R. (nel caso in cui non sia stata stipulata una convenzione l'unico criterio sarà individuabile nella normativa interna). Una volta verificato se la norma convenzionale sia o meno più favorevole al contribuente rispetto alla norma interna, bisognerà applicare la norma più favorevole delle due al contribuente.

Fondamentale per lo sviluppo delle Convenzioni contro le doppie imposizioni è stata l'attività svolta prima dalla Società delle Nazioni e poi dalle Nazioni Unite e dall'OECE (*Organizzazione*

¹⁹¹ Sul punto la dottrina ha affermato che in base al principio di specialità, il rapporto fra norme interne di origine convenzionale e norme interne successive di pari grado si struttura in modo da assicurare alle prime una tendenziale prevalenza in via interpretativa. Tale prevalenza potrebbe venir meno nel caso in cui la norma interna successiva esprima in modo inequivocabile la volontà di contravvenire agli obblighi che scaturiscono dal trattato internazionale. In tal senso CARPENTIERI L., LUPI R., STEVANATO D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p.69.

¹⁹² Dal 1° luglio 2018, la Convenzione è in vigore per Austria, Isola di Man, Jersey, Polonia e Slovenia, i primi a depositare gli strumenti di ratifica (art. 34, par. 1). Dal 1° ottobre, è entrata in vigore anche per Nuova Zelanda, Svezia, Serbia e Regno Unito. Non è invece in vigore per gli Stati firmatari che, come l'Italia, non abbiano depositato ratifica, accettazione o approvazione (a seconda delle procedure interne). Infatti, per gli Stati che la ratificano dopo il deposito del quinto strumento di ratifica, la Convenzione entra in vigore il primo giorno del mese successivo i tre mesi dal deposito della rispettiva ratifica ed è solo da questo momento che la Convenzione modifica i trattati "coperti".

Europea per la cooperazione economica)¹⁹³. Il primo schema di convenzione è stato infatti redatto dal Comitato Fiscale dell'OCSE nel 1963 e già contemplava come alternativi i metodi dell'esenzione (art. 23A) e del credito d'imposta (art. 23B). Il modello è attualmente utilizzato dalla maggior parte dei paesi facenti parte dell'OCSE come base per la negoziazione degli accordi internazionali contro la doppia imposizione ed è stato periodicamente rivisitato sino all'ultima versione del 21 novembre 2017.

Preme precisare che tanto il modello quanto il relativo commentario non sono strumenti giuridici vincolanti (par.29¹⁹⁴ Introduzione al modello OCSE 2017), a differenza delle convenzioni bilaterali concluse dagli Stati; tuttavia i primi rappresentano documenti di innegabile rilevanza dal punto di vista interpretativo dei concetti espressi all'interno degli accordi bilaterali. Questi ultimi possono infatti discostarsi rispetto al contenuto specifico delle varie disposizioni del modello, essendo ogni patto bilaterale frutto di negoziazione, ma solitamente comunque riproducendone la struttura,¹⁹⁵ che si presenta come segue:

- a. Gli articoli introduttivi: identificano i presupposti di applicazione della Convenzione e specificano i soggetti, le imposte e i territori a cui essa si riferisce. Inoltre specificano l'interpretazione dei termini contenuti rimandando al significato che il termine ha nello Stato che applica la Convenzione;
- b. I criteri di localizzazione e di imposizione del reddito e del patrimonio: regole distributive che ripartiscono il potere impositivo fra gli Stati contraenti, localizzando le varie fattispecie reddituali all'interno di uno o dell'altro Stato sulla base di determinati criteri di collegamento e stabilendo quale dei due (o se entrambi) possono esplicare la propria sovranità tributaria.
- c. L'eliminazione delle doppie imposizioni: nel caso in cui le sopracitate regole distributive non abbiano giudicato possibile od opportuno riservare a un unico Stato il potere impositivo,

¹⁹³ Diventata OCSE (*Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico*) a seguito dell'ingresso di Stati Uniti e Canada nel 1961.

¹⁹⁴ Par. 29 Introduction Model Tax Convention on Income and on Capital: "As the Commentaries have been drafted and agreed upon by the experts appointed to the Committee on Fiscal Affairs by the Governments of member countries, they are of special importance in the development of international fiscal law. Although the Commentaries are not designed to be annexed in any manner to the conventions signed by member countries, which unlike the Model are legally binding international instruments, they can nevertheless be of great assistance in the application and interpretation of the conventions and, in particular, in the settlement of any disputes."

¹⁹⁵ In tal senso SACCHETTO C., ALEMANNO L. (coordinato da), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002, p.61.

la doppia imposizione deve essere rimediata con altri meccanismi ovvero con la concessione, da parte dello Stato della residenza di un credito d'imposta o di un'esenzione. I due metodi sono considerati fra loro alternativi¹⁹⁶ e, quindi, spetterà agli Stati Contraenti, in sede di negoziazione della Convenzione, optare per l'uno o l'altro metodo. Probabilmente in quanto la propensione per un metodo piuttosto che per un altro evidenzia un certo tipo di politica perseguita dallo Stato.

Il metodo dell'esenzione in base alla normativa convenzionale è previsto tanto nella forma *piena* quanto in quella con *progressività* inoltre, rispetto alle norme interne, la norma convenzionale si pone come integrativa in quanto lascia ampia facoltà di disciplina allo Stato contraente di residenza per la definizione dei dettagli dell'istituto.

Le norme di tipo sostanziale che disciplinano il credito d'imposta concedono una detrazione del tutto analoga a quella prevista nell'ordinamento domestico italiano all'art. 165 T.U.I.R.; in aggiunta l'art. 23(B) introduce la c.d. "*matching credit*" (o "*tax sparing credit*"), prevedendo che qualora, in conformità con la Convenzione, i redditi derivanti da un residente in uno Stato contraente siano esenti da imposte in detto Stato, quest'ultimo può considerare i redditi esentati nel calcolare l'imposta sul reddito restante. Rispetto al credito ordinario, limitato alle imposte effettivamente versate nello Stato alla fonte del reddito, tale metodologia consente il mantenimento degli incentivi fiscali, concessi dai paesi alla fonte per attrarre gli investimenti stranieri, e di evitare il completo trasferimento dell'onere impositivo su tali redditi allo Stato della residenza.¹⁹⁷ Ciò consente ai c.d. Paesi in via di sviluppo di attrarre capitali esteri, senza subire la concorrenza impositiva da parte dello Stato di residenza degli investitori nel caso in cui sia adottato il principio di tassazione dell'utile mondiale per i residenti.¹⁹⁸

L'Italia ha stipulato diverse convenzioni che prevedono il predetto credito d'imposta, mediante l'inserimento di clausole di:

1. "*matching credit*", attraverso cui si accorda all'investitore un credito d'imposta figurativo calcolato ad un tasso fisso (Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Brasile);

¹⁹⁶ Non si è voluta esprimere alcuna preferenza al riguardo e ciò è Stato sottolineato attribuendo agli articoli che disciplinano la materia numerazione identica: 23A per l'esenzione e 23B per il credito d'imposta.

¹⁹⁷ L'Agenzia delle Entrate, con la circolare n. 9/E del 5 marzo 2015 ha precisato che, ai fini della determinazione del credito d'imposta rilevano anche le imposte estere non effettivamente pagate, qualora la Convenzione stipulata con l'Italia riconosca eccezionalmente un credito d'imposta "figurativo". Fra le altre, prevedono il riconoscimento del "*matching credit*" le convenzioni stipulate con l'Argentina, il Brasile e la Corea del Sud.

¹⁹⁸ In tal senso COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA, *Circolare 1/2018: Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali*, in Parte V, Volume III, p.341.

2. “*tax sparing*”, attraverso cui si concede un credito d’imposta figurativo calcolato sul valore delle imposte estere che si sarebbero dovute prelevare nello Stato alla fonte su un certo reddito (Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Venezuela).
- d. Le disposizioni finali: disposizioni speciali riguardanti la lotta contro l’evasione e l’elusione fiscale internazionale e la definizione di alcuni principi fondamentali (“non discriminazione”) o di procedure per la risoluzione di controversie. Per quanto attiene la tutela predisposta a favore del contribuente in caso di non corretta applicazione delle disposizioni convenzionali da parte delle amministrazioni fiscali di uno o più paesi, l’art.25 del Modello OCSE prevede la procedura amichevole per la risoluzione delle controversie. Nel caso in cui il contribuente reputi che le misure adottate nei suoi confronti non siano conformi alle disposizioni della convenzione, può sottoporre il caso all’autorità competente dello Stato di residenza¹⁹⁹ e nel caso in cui essa ritenga il ricorso fondato potrà regolare il caso in via di composizione amichevole con l’autorità dell’altro Stato contraente.²⁰⁰
- e. I protocolli: in aggiunta al testo della Convenzione possono essere previste delle integrazioni contenenti i risultati delle discussioni o le trattative ritenute meno rilevanti o alto che si ritenga di escludere dal testo della Convenzione.

¹⁹⁹ Nel caso in cui l’Italia fosse lo Stato di residenza l’autorità competente sarebbe la commissione tributaria.

²⁰⁰ BARGAGLI M., *Le procedure amichevoli per evitare la doppia imposizione*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 7/2013, p. 25.

CAPITOLO TERZO – L’istituto della Branch Exemption

SOMMARIO: 3.1. Le finalità dell’istituto – 3.2. L’ambito di applicazione dell’opzione – 3.3. Caratteristiche dell’istituto – 3.3.1. Globalità – 3.3.2. Immediatezza – 3.3.3. Irrevocabilità – 3.4. Effetti dell’istituto – 3.4.1. Il recapture delle perdite pregresse – 3.4.2. La disciplina Cfc e gli utili generati dalle branch estere – 3.4.3. L’agevolazione ACE – 3.4.4. L’imposta sulle attività produttive (IRAP) – 3.5. Nuovi possibili comportamenti abusivi facenti leva sulla BEX

3.1. Le finalità dell’istituto

Con l'art. 14 del D. Lgs. 147 del 14 settembre 2015, recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese, è stato introdotto l'art. 168-ter del T.U.I.R. in tema di esenzione degli utili e delle perdite delle stabili organizzazioni di imprese residenti in Italia.

La novità introdotta dal legislatore italiano ricalca la normativa esistente in altri ordinamenti europei quali Regno Unito e Olanda e si fonda sulla facoltà, esercitabile qualora ne ricorrano determinate condizioni, di esentare da imposizione i redditi prodotti dalle stabili organizzazioni localizzate al di fuori dei confini nazionali.

Il 22 settembre 2015 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 220, il Decreto Legislativo 147/2015 che, entrato in vigore il 7 ottobre 2015, si occupa di supportare e semplificare l'internazionalizzazione delle imprese. Le disposizioni del decreto hanno lo scopo di creare un sistema fiscale più equo e favorire l'attività transnazionale delle aziende italiane, nonché l'internazionalizzazione dei soggetti economici operanti in Italia ciò in applicazione delle raccomandazioni degli organismi internazionali e perseguendo i più recenti orientamenti emersi in sede OCSE e gli sviluppi della discussione a livello europeo sull'adozione di una base imponibile comune consolidata.²⁰¹ La legge delega del 11 marzo 2014, n.23, in attuazione della quale il 6 agosto 2015 il Consiglio dei Ministri ha prodotto lo schema di decreto legislativo, perseguiva l'obiettivo della riduzione della pressione tributaria sui contribuenti attraverso 16 articoli che rendessero l'Italia un paese maggiormente attrattivo e competitivo sia per le imprese italiane, sia per quelle straniere che intendono ivi operare. Lo schema di decreto legislativo mira

²⁰¹ Il direttore dell’Agenzia dell’Entrate Rossella Orlandi, in audizione presso la VI Commissione finanze e tesoro del Senato della Repubblica in data 19 maggio 2015 ha espresso quanto segue: *“Il decreto risente fortemente delle recenti evoluzioni registrate in campo internazionale, sia ispirandosi ad esperienze già tastate da ordinamenti esteri (adattandole alla realtà italiana al fine di renderla più competitiva, come nel caso della branch exemption), sia mirando ad allineare velocemente il nostro ordinamento ai principi e al rispetto delle libertà fondamentali sanciti dall’Unione Europea, adeguandolo ai pronunciamenti espressi dalla Corte di Giustizia UE e prevenendo eventuali censure comunitarie (ad es. estensione del regime del consolidato, sospensione della riscossione in caso di trasferimento all’estero).”*

alla revisione di diversi aspetti della fiscalità internazionale con lo scopo di: creare maggiore certezza all'interno della normativa domestica, ridurre gli adempimenti per le imprese e i relativi oneri amministrativi, adeguare la normativa interna alle più recenti pronunce della Corte di Giustizia ed eliminare alcune distorsioni del sistema vigente.

I temi del decreto sono stati sintetizzati e classificati in quattro categorie:²⁰²

- a. Definizione in via preventiva, rispetto all'attività accertativa, degli elementi essenziali dell'obbligazione tributaria a beneficio degli investitori internazionali e delle imprese nazionali. L'obiettivo viene perseguito attraverso la ridefinizione dell'istituto del *rulling internazionale* (art.1), originariamente previsto dall'art. 8 del decreto legge n. 269 del 2003, inserendolo all'art. 31-ter del D.P.R. n. 600/1973. L'ambito applicativo dell'istituto risulta ampliato²⁰³ alla determinazione dei valori di ingresso e di uscita dei beni d'impresa in caso di trasferimento della residenza dall'estero all'Italia, o viceversa, e la validità degli stessi viene anticipata al periodo di imposta di presentazione dell'istanza. Alla possibilità di stipulare accordi preventivi vincolanti per il contribuente e per l'Amministrazione finanziaria, si affianca l'introduzione di un nuovo interpello *ad hoc* per i nuovi investimenti di cui all'art. 2 del decreto. Con lo scopo di dare certezza al contribuente in merito ai profili fiscali del piano di investimento da effettuare, coloro che intendono effettuare investimenti in Italia (a prescindere che siano o meno ivi residenti), di ammontare non inferiore a trenta milioni di euro e con ricadute occupazionali significative e durature in relazione all'attività, possono presentare un'istanza di interpello all'Agenzia delle Entrate in cui sia fornito il *business plan* dell'investimento con indicazione dell'ammontare, dei tempi o delle modalità di realizzazione dello stesso ed eventualmente una valutazione preventiva circa la possibile assenza di abuso del diritto fiscale o elusione. L'Agenzia potrebbe rendere una risposta, scritta e motivata entro centoventi giorni,²⁰⁴ a cui il contribuente dovrebbe dare attuazione oppure potrebbe non rispondere, lasciando intendere l'aderenza all'interpretazione o al comportamento prospettato dal richiedente;

²⁰² In tal senso la dottrina (Assonime, *Nota tecnica degli schemi di d.l.vo di attuazione della legge delega fiscale approvati in via preliminare dal consiglio dei ministri in data 21.4.2015*, in *Consultazione*, 9/2015) e la prassi (Audizione del direttore dell'Agenzia dell'Entrate Rossella Orlandi, presso la VI Commissione finanze e tesoro del Senato della Repubblica in data 19 maggio 2015)

²⁰³ La nuova procedura prevede l'accesso all'istituto anche nei casi già previsti dalla disciplina, fra cui l'attribuzione di utili e perdite alla stabile organizzazione in un altro Stato di un'impresa, o un ente residente, ovvero alla stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente.

²⁰⁴ Il termine di risposta è da intendersi prorogabile di ulteriori novanta giorni nel caso in cui fosse necessario acquisire ulteriori informazioni.

b. Sistematizzazione della disciplina degli investimenti esteri effettuati in Italia per mezzo di misure di semplificazione. Il consolidato nazionale, articoli 117 ss. T.U.I.R., è stato oggetto di modifiche, per adeguare la normativa interna ai principi affermati della Corte di Giustizia.²⁰⁵ Sono state introdotte una serie di novità che hanno esteso l'ambito di applicazione del consolidato, precedentemente limitato alle società residenti e alle società non residenti solo in qualità di controllanti.²⁰⁶ Il decreto ha ampliato significativamente il perimetro di consolidamento alle società "sorelle", sia residenti in Italia sia stabili organizzazioni in Italia di società residenti in Stati appartenenti all'Ue, ovvero in Stati SEE con cui l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni, di consolidare le proprie basi imponibili. Ciò previa indicazione, da parte del soggetto non residente, di quale fra le società controllate (o delle stabili organizzazioni residenti) sia designata ad esercitare l'opzione, assumendo quindi il ruolo di consolidante. All'ampliamento del perimetro di consolidamento, vengono introdotte, all'art.7 del decreto, nuove regole per la determinazione del reddito derivante da attività esercitate in Italia mediante stabile organizzazione, in linea con le indicazioni e gli orientamenti elaborati dall'OCSE. Come già precisato, il nuovo articolo 151 del T.U.I.R., per le società e gli enti commerciali non residenti, prevede ai fini Ires la tassazione su base isolata, senza compensazioni e secondo le disposizioni del Titolo I del T.U.I.R, dei redditi che si considerano prodotti nel territorio dello Stato, con la sola eccezione dei redditi di impresa da stabile organizzazione per i quali viene dettata una disciplina specifica all'articolo successivo.²⁰⁷ Regole analoghe vengono previste anche per la determinazione della base imponibile IRAP delle stabili organizzazioni di soggetti esteri localizzate in Italia. Infine, all'art. 12 del decreto in oggetto, viene colmato il vuoto normativo in merito al trasferimento della sede sociale in Italia, con l'introduzione nel T.U.I.R. dell'articolo 166-bis, rubricato "*Trasferimento della residenza nel territorio dello Stato*", il quale regola il trasferimento della residenza nel territorio dello Stato da parte dei soggetti non residenti, esercenti attività commerciali, prevedendo regole diverse in base allo Stato di provenienza.

²⁰⁵ Orientamento espresso con le sentenze del 12 giugno 2014 n. C-39/13, C- 40/13 e C-41/13.

²⁰⁶ A condizione le società controllanti fossero residenti in Paesi con i quali fosse in vigore un accordo per evitare la doppia imposizione e che esercitassero attività d'impresa in Italia mediante una stabile organizzazione il cui patrimonio comprendesse la partecipazione in ciascuna società controllata

²⁰⁷ La nuova normativa ha inoltre previsto la semplificazione degli adempimenti a carico delle società e degli enti non residenti che saranno tenuti a presentare un'unica dichiarazione dei redditi, nella quale indicare, per ciascuna categoria, tutti i redditi prodotti nel territorio dello Stato. Inoltre, al fine di rilevare più specificatamente i fatti di gestione attribuibili alla stabile organizzazione, in relazione alla struttura economico patrimoniale, la norma ha previsto l'inserimento dell'obbligo di redazione, da parte dei soggetti non residenti, di un apposito rendiconto economico e patrimoniale.

Per le imprese provenienti da Stati o territori che consentono un adeguato scambio di informazioni, si assume quale valore fiscale il valore normale²⁰⁸ delle attività e passività, a prescindere dall'applicazione o meno di un "exit tax" da parte dello Stato di provenienza. Negli altri casi, per le imprese provenienti da Stati o territori per i quali non vi è un adeguato scambio informativo, il valore delle attività e delle passività è assunto in misura pari al valore normale così come determinato in esito a un accordo preventivo concluso ai sensi del nuovo articolo 31-ter del D.P.R. 600/1973 ("Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale"). In mancanza di accordo, il valore fiscale delle attività e passività trasferite è assunto per le prime, in misura pari al minore tra il costo di acquisto, il valore di bilancio e il valore normale e per le seconde in misura pari al maggiore tra i precedenti parametri.

- c. Semplificazione degli investimenti delle imprese italiane effettuati verso l'estero, per mezzo della previsione di disposizioni di maggior favore per i residenti in Italia che detengono partecipazioni per i soggetti localizzati all'estero. Relativamente ai costi *black list*, l'art. 3 del decreto modifica in più punti la disciplina contenuta nell'articolo 110 del T.U.I.R., introducendo la deducibilità nel limite del valore normale delle spese e degli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese localizzate in Stati o territori aventi regimi fiscali privilegiati, a meno che il residente non riesca a dimostrare che per la transazione abbia effettivamente corrisposto un importo maggiore. E' stata inoltre eliminata l'esimente che prevedeva la dimostrazione di un'effettiva attività commerciale da parte dell'impresa *black list* e introdotta una norma di interpretazione autentica volta a precisare che la modifica non ha valenza per operazioni che intercorrono fra soggetti residenti o localizzati nel territorio dello Stato. Il decreto modifica, all'art. 5, la disciplina del regime fiscale relativo alla percezione da parte dei soci residenti in Italia di dividendi provenienti da società residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata. Con le nuove disposizioni, il meccanismo dell'integrale imponibilità in capo al soggetto residente, viene limitato ai soli casi di partecipazione diretta in una società *black listed* o nei casi di partecipazione indiretta, all'ipotesi in cui il socio residente detenga una partecipazione di controllo in una società intermedia (residente o meno) non *black list*, che consegue a sua volta utili da partecipate, anche non di controllo, in Stati *black list*. Inoltre, nel caso in cui

²⁰⁸ Per la determinazione del valore normale si applica l'articolo 9, comma 3°, del T.U.I.R.: "Per valore normale, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi."

si dimostri che la società o l'ente non residente da cui provengono gli utili svolge effettivamente un'attività principale industriale o commerciale nello Stato di residenza, è riconosciuto al soggetto controllante un credito pro-quota per le imposte assolte dal soggetto partecipato estero nello Stato o nel territorio di localizzazione. Il credito d'imposta è da riconoscersi, peraltro, con riferimento alle plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni in soggetti *black list* per le quali non sussistono i presupposti di applicazione della disciplina della *participation exemption*. Il decreto modifica la normativa vigente in materia di società collegate estere, in particolare, con la modifica dell'ultimo periodo del comma 5° dell'articolo 167, elimina l'obbligo di interpello ai fini della disapplicazione della disciplina Cfc (*Controlled Foreign Companies*) in caso di partecipazioni in imprese estere controllate. L'obbligo in questione è sostituito dalla facoltà per il socio di controllo residente di presentare un "interpello preventivo" per ottenere un parere da parte dell'Amministrazione Finanziaria in merito alla disapplicazione della disciplina.²⁰⁹ Sono inoltre introdotte modifiche alla vigente normativa relativamente all'individuazione dei c.d. "paradisi fiscali", con l'abrogazione dell'art. 168-*bis* del T.U.I.R.²¹⁰ La nuova disciplina ha individuato, ai sensi dell'articolo 167, comma 4°, del T.U.I.R., il riferimento ai "regimi fiscali privilegiati" negli Stati o territori che presentino un livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia ed in caso di mancanza di un adeguato scambio di informazioni, ovvero di altri criteri equivalenti. Al Ministro dell'Economia e delle Finanze è stato affidato il compito di individuare, con uno o più decreti, l'elenco degli Stati che consentono un adeguato scambio di informazioni (rientranti nella c.d. *white list*). In merito al possibile trasferimento intracomunitario di sede di una società residente in Italia all'estero, il decreto ha modificato gli articoli 166 e 179 del T.U.I.R., ed in particolare, la possibilità di sospensione opzionale della c.d. "exit tax".²¹¹ Le norme consentono che la sospensione possa operare anche in caso di trasferimento, da parte di un'impresa non residente nel territorio dello Stato, di una parte o della totalità degli attivi collegati a una stabile organizzazione, aventi ad oggetto un'azienda o un ramo d'azienda, verso altro Stato

²⁰⁹ Il socio residente controllante deve segnalare nella dichiarazione dei redditi la detenzione di partecipazioni estere, fatti salvi i casi di applicazione della disciplina Cfc o della sua disapplicazione a seguito di interpello favorevole.

²¹⁰ La norma in esame prevedeva due distinte *white list*, che dovrebbero individuare i Paesi che assicurano un adeguato scambio di informazioni (comma 1) ed oltre a consentire tale modalità di interazione tra le Amministrazioni finanziarie, presentano un livello di tassazione "non sensibilmente inferiore" a quello italiano (comma 2).

²¹¹ L' "exit tax" è un tributo che si applica alle società residenti in Italia che decidono di trasferire la propria sede all'estero, perdendo il requisito della residenza ai fini dell'imposizione diretta, sulla base del realizzo, al valore normale, dei componenti del complesso aziendale, a patto che gli stessi non vengano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato.

appartenente all'Unione Europea, ovvero aderente all'accordo sullo SEE (Spazio economico europeo). Per effetto delle modifiche in esame, in conformità con quanto previsto dalla Corte di Giustizia UE, il regime di sospensione di tassazione in uscita è stata estesa anche ai trasferimenti che conseguono indirettamente ad operazioni straordinarie, quali fusioni, scissioni e conferimenti. L'evoluzione della disciplina relativa all'istituto della stabile organizzazione è stata supportata per mezzo dell'introduzione del regime opzionale della "*branch exemption*", il quale prevede sul modello anglosassone di derogare al principio della tassazione dell'utile mondiale e di optare per un regime di piena esenzione del reddito della stabile organizzazione estera. Infine, al fine di eliminare le disparità di trattamento presenti nel sistema, l'art. 15 del decreto ha previsto l'esenzione a tutti i contribuenti del meccanismo di riconoscimento del credito d'imposta per competenza (ai sensi dell'art. 165 del T.U.I.R.), anche se il pagamento delle imposte all'estero non è stato ancora realizzato, e della facoltà del riporto in avanti o all'indietro delle perdite non ancora utilizzate. Infine, il decreto introduce una disposizione interpretativa in forza della quale si stabilisce che la disciplina del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero, trova applicazione sia per le imposte coperte da Convenzione contro le doppie imposizioni, sia per ogni altra imposta o tributo estero sul reddito.

- d. Razionalizzazione delle regole di determinazione del reddito d'impresa rivolte alle imprese che operano in mercati internazionali. L'art. 4 del decreto ha modificato le disposizioni fiscali relative al trattamento degli interessi passivi ai fini del calcolo del reddito d'impresa, fra tutti includendo nel calcolo del Reddito Operativo Lordo i dividendi incassati provenienti dalle società controllate estere ed eliminando la possibilità di avvalersi del limite di deduzione degli interessi passivi includendo "virtualmente" nel consolidato nazionale anche le società controllate estere. Anche il regime fiscale della deducibilità delle perdite sui crediti in ambito internazionale viene modificato con le novità apportate agli articoli 88, 94 e 101 del T.U.I.R, ampliando le possibilità di deduzione delle perdite su crediti con l'inserimento dei piani attestati di risanamento e delle fattispecie concorsuali fra le specie che integrano *ex lege* i presupposti di deducibilità di dette perdite. In ultimo la normativa in materia di spese di rappresentanza viene parzialmente rinnovata con le modifiche all'articolo 108, previste dall'art. 9 del decreto, introducendo la percentuale di deducibilità in ragione di scaglioni di ricavi della gestione caratteristica dell'impresa.

A margine di tale classificazione risulta necessario analizzare le finalità dell'introduzione, per mezzo dell'art. 14 del D. Lgs. 147/2015 recante *“Misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese”*, del nuovo regime opzionale di esenzione del reddito delle stabili organizzazioni estere di soggetti residenti denominato *“Branch Exemption”*. Il decreto ha infatti inserito all'interno del Testo Unico delle Imposte sui redditi il nuovo articolo 168-ter, rubricato *“Esenzione degli utili e delle perdite delle stabili organizzazioni di imprese residenti”*, in base al quale si consente ad un'impresa residente in Italia di esercitare l'opzione per esentare utili e perdite attribuibili a tutte le proprie stabili organizzazioni all'estero. Lo Stato italiano rinuncia così alla propria potestà impositiva sugli utili realizzati all'estero dalle stabili organizzazioni di un'impresa residente in Italia in contrapposizione del mancato riconoscimento di perdite fiscali conseguite da dette stabili organizzazioni e del credito d'imposta ai sensi dell'art. 165 del T.U.I.R. (*foreign tax credit*).²¹² L'introduzione di tale regime rispecchia quanto previsto dalla legge delega n. 23 del 11 marzo 2014, il cui art. 12 (rubricato *“Razionalizzazione della determinazione del reddito di impresa e della produzione netta”*), comma 1°, lett. b) stabilisce che *“Il Governo è delegato ad introdurre, con i decreti legislativi di cui all'articolo 1, norme per ridurre le incertezze nella determinazione del reddito e della produzione netta e per favorire l'internazionalizzazione dei soggetti economici operanti in Italia, in applicazione delle raccomandazioni degli organismi internazionali e dell'Unione europea, secondo i seguenti principi e criteri direttivi: revisione della disciplina impositiva riguardante le operazioni transfrontaliere, con particolare riferimento all'individuazione della residenza fiscale, al regime di imputazione per trasparenza delle società controllate estere e di quelle collegate, al regime di rimpatrio dei dividendi provenienti dagli Stati con regime fiscale privilegiato, al regime di deducibilità dei costi di transazione commerciale dei soggetti insediati in tali Stati, al regime di applicazione delle ritenute transfrontaliere, al regime dei lavoratori all'estero e dei lavoratori transfrontalieri, al regime di tassazione delle stabili organizzazioni all'estero e di quelle di soggetti non residenti insediate in Italia, nonché al regime di rilevanza delle perdite di società del gruppo residenti all'estero”*.²¹³ L'introduzione

²¹² Ne deriva il vantaggio per le imprese residenti che abbiamo *branch* in paesi dove il *tax rate* risulti inferiore a quello dello Stato di residenza. Si consideri una società residente nello Stato A (*tax rate* del 24%) che abbia un ufficio nello Stato B (*tax rate* 10%). Applicando il metodo del *foreign tax credit*, sul reddito prodotto dalla stabile organizzazione la società pagherebbe l'irs per 24% da cui potrà al massimo detrarre un credito d'imposta del 10%. Applicando il metodo della *branch exemption*, invece, sul medesimo reddito, la società pagherebbe il 10% dell'imposta sui redditi nel paese dove è localizzato l'ufficio, realizzando un risparmio non inferiore al 12%. In questo senso GALASSI C., *“Branch Exemption”: un istituto ancora da conoscere*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 10/2015, pag.14.

²¹³ Come precisa la relazione illustrativa allo schema di decreto attuativo dell'art.12 della Legge delega dell'11 marzo 2014, n.23, le novità sono volte a armonizzare il contesto fiscale verso una maggiore certezza, anche per mezzo dell'eliminazione di alcune lacune e distorsioni presenti nell'ordinamento domestico, nonché tramite l'adeguamento della normativa interna alle più recenti sentenze della Corte di Giustizia.

del nuovo regime permette di attribuire una forte spinta competitiva al sistema fiscale italiano, favorendo le imprese residenti che operano all'estero, in quanto “*Per operare sui mercati esteri le imprese devono superare barriere informative, superiori a quelle riscontrate sul mercato domestico, che scaturiscono sia dalle inevitabili diversità culturali e regolamentari sia dall'esistenza di ostacoli burocratici e legali. Quale che sia la forma di internazionalizzazione prescelta (insediamento produttivo, sviluppo di una rete commerciale e logistica, definizione di servizi post-vendita, semplice esportazione), le imprese investono risorse ingenti nell'estendere all'estero la propria rete di rapporti e relazioni, con nuovi partner e istituzioni. Il ruolo che il fisco può e deve svolgere, a sostegno dell'internazionalizzazione, è quello di ridurre i vincoli alle operazioni transfrontaliere e di creare un quadro normativo quanto più certo e trasparente per gli investitori*”.²¹⁴

Per effetto della globalizzazione e della diffusione della *supply chain* oltre confine, numerose imprese italiane hanno negli anni affrontato il problema di come penetrare il mercato estero di riferimento, attraverso la costituzione principalmente di due modelli di impresa: *subsidiary*, società controllata o collegata di diritto estero, ovvero *branch*, stabile organizzazione sul territorio estero. La scelta della modalità di insediamento all'estero risulta condizionata da una molteplicità di fattori legati alla rischiosità del paese di riferimento, all'onerosità o meno delle procedure richieste dal paese di insediamento, oppure alla tipologia di *business* che si intende porre in essere. La variabile fiscale risulta comunque rilevante ai fini della scelta, considerata la sempre maggior attenzione riservata da parte delle norme tributarie alle relazioni e ai rapporti internazionali. La *subsidiary*, costituita fuori dai confini nazionali, è un'entità distinta e separata dalla società madre italiana in quanto gode di piena autonomia giuridica e il cui reddito prodotto risulta generalmente soggetto alla potestà impositiva esclusiva dello Stato estero. La costituzione di una società estera appare sicuramente vantaggiosa dal punto di vista della limitazione del profilo giuridico di responsabilità sociale e autonomia contabile e fiscale, nonché della fruizione di norme tributarie di favore che consentono di beneficiare della riduzione impositiva sui flussi reddituali fra la controllata e la controllante.²¹⁵ La creazione di una *subsidiary* comporta inoltre il soggiacere a specifiche disposizioni tributarie antielusive che mirano a contrastare fenomeni di fittizia localizzazione giuridica finalizzata a godere di

²¹⁴ In tal senso la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo n. 147/2015.

²¹⁵ Fra tutti, le disposizioni convenzionali previste dai trattati internazionali e, nel caso di società appartenenti all'Unione Europea, dell'applicazione delle disposizioni previste dalla direttiva n. 2011/96/UE del 30 novembre 2011 (“*Direttiva Madre-Figlia*”), la quale esenta dall'applicazione della ritenuta fiscale in uscita i flussi *intercompany* derivanti da distribuzione di dividendi e percezione di interessi o canoni.

trattamenti fiscali di favore.²¹⁶ Fra queste le disposizioni in tema di “esterovestizione”, la cui nozione dal punto di vista normativo è disciplinata dall’art. 73, comma 5-*bis*^o del T.U.I.R. che introduce una presunzione di residenza in Italia nel caso in cui la società *subsidiary* integri una serie di condizioni.²¹⁷ A ciò si aggiunge l’estensione della disciplina Cfc alle società controllate residenti in Stati a fiscalità ordinaria, compresi gli stati membri dell’Unione Europea e gli Stati SEE, quando, ai sensi del comma 8-*bis*^o dell’art. 167 del T.U.I.R., ricorrano le seguenti condizioni:

- a. le società controllate estere sono assoggettate a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero state soggette ove residenti in Italia;
- b. le stesse hanno conseguito proventi derivanti per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall’investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l’ente non residente, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla la società o l’ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari.

La *branch* è, invece, un’entità priva di autonomia giuridica il cui reddito concorre alla determinazione del reddito complessivo della casa madre secondo le regole del regime ordinario a meno che non si opti per la nuova opzione. La vantaggiosità della scelta di creare una *branch* nel territorio estero si fonda sulla semplicità della struttura amministrativa e sulla riduzione dei costi societari rispetto alla creazione di una *subsidiary*. L’introduzione del regime di *branch exemption* perseguirebbe quindi, nelle intenzioni del legislatore, la volontà di assimilare le stabili organizzazioni all’estero delle società italiane alla detenzione di partecipazioni di controllo in società estere, neutralizzando così la variabile fiscale nella scelta dell’investimento da effettuare. La scelta di ubicare una stabile organizzazione sul territorio dello Stato estero potrebbe risultare anche più vantaggiosa in quanto non la si dovrà dotare di un capitale minimo

²¹⁶ In tal senso ZINNO G., *La stabile organizzazione come alternativa alla costituzione di una società estera: un’analisi*, in *Amministrazione & Finanza*, 7/2017, p. 23.

²¹⁷ Art. 73, comma 5-*bis*, T.U.I.R. “*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.”

ed inoltre gli utili che essa trasferirebbe alla casa madre non sarebbero assoggettati alla tassazione prevista per la distribuzione dei dividendi ai sensi dell'art. 89 del T.U.I.R. (anche se nel limite del 5%).

In tema di tassazione del reddito di una stabile organizzazione estera di un soggetto italiano, sino all'esercizio in corso all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 147 del 2015, l'unico regime previsto per la tassazione dei redditi era quello ordinario, il quale, ancora oggi adottabile, prevede l'inclusione dei redditi attribuibili alla *subsidiary* nel reddito complessivo della casa madre italiana ai fini della loro imponibilità, con conseguente recupero delle imposte pagate all'estero. Il legislatore, con l'introduzione del nuovo regime, ha inteso uniformarsi alle norme adottate da altri Paesi come Francia, Paesi Bassi e Regno Unito, dove all'interno delle rispettive legislazioni fiscali l'esenzione è presente.²¹⁸ Entrambi i criteri si prefiggono lo scopo di eliminare la doppia imposizione a livello internazionale nel caso in cui vengano a combinarsi diversi regimi impositivi ispirati alla tassazione dell'utile mondiale, nello Stato di residenza, e al principio di tassazione territoriale nello Stato alla fonte.²¹⁹ Nel caso di paesi ad alto livello di tassazione, come quello italiano, l'opzione per il regime dell'esenzione favorisce l'internazionalizzazione delle imprese nazionali permettendole di competere con le imprese estere al medesimo livello di imposizione.²²⁰ L'opzione di esenzione dei redditi sarà quindi conveniente quando il *tax rate nazionale* eccede quello estero, mentre il regime ordinario del credito d'imposta sarà preferibile nel caso opposto nonché in presenza di stabili organizzazioni estere in perdita. Solo nel secondo caso infatti le perdite della *branch* sono riportabili in Italia a decurtazione degli eventuali utili della casa madre.²²¹ Come sarà messo in evidenza in seguito, il regime opzionale dell'esenzione soffre di cautele talmente incisive che rischiano di snaturarne la vantaggiosità, ponendo in dubbio che la vera anima del regime non sia semplicemente quella di favorire l'internazionalizzazione delle imprese italiane, quanto più individuare un regime

²¹⁸ Nei Paesi Bassi e in Francia, tale metodo, rappresenta l'unico possibile ai fini della tassazione del reddito di una stabile organizzazione in un paese estero.

²¹⁹ FORMICA G., GALDIERI G., *Nuove opzioni di internazionalizzazione alla luce della branch exemption*, in *Il fisco*, 11/2016, p.1056.

²²⁰ Così TRABUCCHI A., CERULLI IRELLI F., *Il regime opzionale di "branch exemption"*, in *Corriere tributario*, 21/2015, p. 1610

²²¹ Un confronto fra il metodo del credito d'imposta e quello dell'esenzione dimostra come il primo acquisisca l'aliquota di tassazione maggiore, al di fuori del caso limite di identità di aliquote e basi imponibili. Assumendo che le aliquote rappresentino il *tax rate* effettivo del paese e che i redditi imponibili si determinino secondo criteri omogenei, appare chiaro che il metodo dell'esenzione permette di cogliere i benefici di un'eventuale minor tassazione locale.

“parallelo” che equipari l’esistenza di una *branch* a quella di una *subsidiary*.²²²

Il regime opzionale di esenzione per le stabili organizzazioni all’estero ha certamente rafforzato il principio di territorialità all’interno dell’ordinamento italiano in quanto affida al paese ove il reddito viene prodotto il potere esclusivo di tassazione sulla medesima ricchezza. Tuttavia tale regime sarà solo da applicarsi ai c.d. redditi *active*, ossia derivanti dall’esercizio dell’attività d’impresa per tramite di una stabile organizzazione, e non i redditi *passive*, ovvero quelli generati dal mero godimento di *assets*.²²³ Quest’ultimi non godranno dell’esenzione, a nulla rilevando che siano assoggettati a tassazione nel paese alla fonte, sulla base della normativa interna o per espressa previsione pattizia in presenza di una Convenzione bilaterale fra i due paesi.²²⁴ I redditi *active*, su cui applicare l’esenzione, sono determinati sulla base dell’Approccio Autorizzato OCSE, il quale considera la stabile organizzazione come un’entità separata e indipendente. Nell’ipotesi in cui lo Stato estero non applichi i medesimi criteri per l’attribuzione degli utili e delle perdite alla stabile organizzazione, la casa madre ha la possibilità di richiedere il riconoscimento, parziale o totale, dei principi utilizzato dallo Stato estero ai sensi dell’art.31-*ter*, comma 1°, lett. b) del D.P.R. del 29 settembre 1973, n. 600. Una volta determinato il risultato economico dovrà essere indicato separatamente nella dichiarazione dei redditi dell’impresa nel suo complesso per poi essere oggetto della disciplina opzionale di cui all’art. 168-*ter* sulla base di una duplice metodologia applicativa. In particolare, nel caso in cui:

- a. l’impresa nel suo complesso registrasse un reddito imponibile, il risultato fiscale della stabile organizzazione se positivo deve essere sottratto dal primo al fine di determinare il reddito imponibile (ovvero la perdita) della casa madre mentre deve essere aggiunto al primo nel caso in cui la stabile organizzazione *stand alone* registrasse una perdita;
- b. l’impresa nel suo complesso registri una perdita, specularmente rispetto al caso precedente, al fine di determinare il reddito imponibile della casa madre il risultato fiscale della stabile organizzazione dovrà essere aggiunto a quest’ultimo nel caso in cui sia positivo, ovvero

²²² Fatta salva l’imposizione del 5% sui dividendi distribuiti dalla controllata alla casa madre, il carico fiscale è il medesimo che si avrebbe nel caso in cui venisse costituita una *branch* ed esercitata l’opzione prevista all’art. 268-*ter*. Concorde con la prospettiva di “parallelismo” LEO M., *Le imposte sul reddito nel Testo Unico*, Tomo II, Milano, 2018, p.2810.

²²³ In tal senso GASPARRI T., *Il nuovo regime di branch exemption per le stabili organizzazioni all’estero*, in *Il fisco*, 25/2015, p.2448.

²²⁴ DI CESARE, *Il nuovo regime di branch exemption*, in *La gestione straordinaria delle imprese* 6/2015, p.122.

dedotto dal reddito complessivo laddove risulti negativo.

In termini di scelta di politica fiscale, il regime risulta coerente con la disciplina della *capital import neutrality* secondo la quale la variabile fiscale è neutrale rispetto alla provenienza dell'investimento rendendo, pertanto, il reddito della stabile organizzazione tassabile esclusivamente nel paese di insediamento ed irrilevante la questione fiscale relativa ai paesi di residenza delle case madri.²²⁵ Non si è voluto, però, sostituire *tout court* il principio di *capital export neutrality*, a cui l'ordinamento italiano si è da sempre adeguato, quanto più tentare di armonizzare i due principi, introducendo un sistema a doppio binario basato contemporaneamente sul modello del *capital import neutrality*, per le imprese che scelgono l'esenzione, e sul modello del *capital export neutrality*, per le imprese che scelgono il credito d'imposta. In generale il regime dell'esenzione, rispetto a quello del credito d'imposta, permette di non vanificare le eventuali agevolazioni concesse all'estero per attrarre investimenti.

All'interno dell'ordinamento tributario italiano, il regime dell'esenzione non rappresenta una novità assoluta. Il legislatore nazionale sembra infatti voler tornare alle origini introducendo all'interno dell'ordinamento la possibilità di esenzione degli utili e delle perdite prodotti all'estero dalle proprie stabili organizzazioni.²²⁶ Agli arbori del sistema fiscale il D. Lgs. n. 3062 del 1923 ha sovvertito la tendenza del regime tributario uniformandolo ad un criterio di tassazione dell'utile mondiale,²²⁷ rispetto al regime precedente nato a ridosso dell'unificazione nazionale ed orientato ad un principio di tassazione territoriale. Invertendo nuovamente ottica, pochi anni dopo, l'art. 9 del regio decreto legge n. 1463 del 1927,²²⁸ ha previsto l'esenzione dei redditi prodotti all'estero dalle succursali, autonome e con regolare contabilità degli accadimenti di gestione, di imprese residenti. Tuttavia, in un periodo di massima espansione economica, quando ancora la tassazione di redditi prodotti all'estero poteva essere percepita come una violazione alla sovranità statale, l'introduzione di tale regime era visto come svantaggiante per le imprese residenti in particolare nel caso di imprese estere concorrenti residenti in paesi a fiscalità privilegiata. L'evolversi dei sistemi impositivi ha successivamente

²²⁵ In tal senso DELLA VALLE E., *La branch exemption nelle stabili organizzazioni estere dei soggetti residenti*, in *Il fisco*, 46/2015, pp 4412-4415.

²²⁶ In tal senso GRILLI S., *Branch Exemption: una prima lettura ragionata della disciplina*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 4/2017, p.1073.

²²⁷ In particolare la norma ha introdotto l'imposta complementare progressiva sul reddito che prevedeva l'imposizione dei redditi prodotti o goduti in Italia anche se realizzati all'estero.

²²⁸ R.d.l. n. 1463/1927, art. 9: “[a] decorrere dal 1 gennaio 1928 per l'applicazione dell'imposta di ricchezza mobile sui redditi di categoria B e C-2 a carico di società e ditte private, aventi la sede principale in Italia e succursali fuori del territorio nazionale, non si tiene conto del reddito prodotto all'estero, ne' degli stipendi ed altri assegni d'ogni genere quivi corrisposti, ogni qualvolta le società e ditte conservino gestione distinta per le succursali suddette e producano all'Ufficio delle imposte regolari contabilità, corredate da ogni elemento probatorio necessario alla ripartizione e separazione dei redditi”.

generato sempre maggior interesse nella possibilità di tassazione dei redditi prodotti oltre i confini nazionali, sino all'abrogazione della normativa citata con la riforma del 1973 e all'introduzione del sistema ordinario di tassazione dei redditi prodotti da stabili organizzazioni.

3.2. L'ambito di applicazione dell'opzione

Sotto il profilo soggettivo l'opzione può essere esercitata dalle imprese residenti nel territorio dello Stato che producono reddito d'impresa e che possiedono stabili organizzazioni all'estero.

Ai sensi dell'art. 168-ter, comma 1°, l'opzione per la *branch exemption* può essere esercitata non solo dalle società e dagli enti di cui all'art. 73, comma 1°, lett. a), b) del T.U.I.R.,²²⁹ ma anche da società di persone che svolgono attività di impresa, dagli imprenditori individuali e da enti non commerciali diversi dalle società, di cui all'art. 73, comma 1°, lett. c) del T.U.I.R.; resta dubbia l'applicazione del regime alle c.d. *Sub-Permanent Establishment*. Sul punto, l'esplicito riferimento al requisito della residenza, permette di concludere che i soggetti non residenti che esercitino un'attività d'impresa per mezzo di una stabile organizzazione in Italia, siano sempre esclusi dal regime opzionale in esame. Tale previsione sarebbe da estendere anche al caso in cui dette imprese non residenti, esercitino la propria attività mediante una stabile organizzazione in Italia che, a sua volta, svolga attività d'impresa in uno stato terzo mediante un insediamento qualificabile come *branch* (cd. *Sub-PE*). Sul punto né il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 28 agosto 2017 (di seguito, il "Provvedimento") ha fornito precise indicazioni, né la dottrina internazionale risulta unanime. Alcuni autori hanno chiarito che laddove l'esistenza del fenomeno in questione fosse ipotizzabile, dovrebbe ritenersi applicabile il regime opzionale di esenzione al reddito della stabile organizzazione nello Stato terzo, nel rispetto del principio di non discriminazione dei trattati internazionali ovvero di libero stabilimento della normativa UE.²³⁰

²²⁹ Art. 73, comma 1, T.U.I.R.: "Sono soggetti all'imposta sul reddito delle società:

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

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

c) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, i trust che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale nonché gli organismi di investimento collettivo del risparmio, residenti nel territorio dello Stato;

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

²³⁰ Concordi sull'applicabilità alle stabili organizzazioni di soggetti non residenti che svolgono attività d'impresa in un paese terzo mediante un insediamento che abbia a sua volta i requisiti per essere classificato come stabile

Ulteriore questione in tema di soggetti che possono accedere al regime dell'esenzione dei redditi esteri ai sensi dell'art. 168-ter riguarda la nozione di "impresa" e di "impresa nel suo complesso" come individuata dall'art. 1 del Provvedimento. Il problema, postosi a livello dottrinale, nasce dai possibili abusi del regime in quanto una società italiana potrebbe decidere, anziché creare una società estera assoggettabile ad accertamento per esteroinvestizione, di costituire una "scatola vuota" in Italia e una *branch* operativa nell'altro Stato estero. I più recenti contributi a livello internazionale,²³¹ hanno rivisto la qualificazione delle società vertice italiane prive di struttura, sostenendo che anche le *holding* statiche di mera partecipazione svolgono un'attività economica. Ai fini quindi dell'identificazione della nozione di "impresa", per l'accesso al regime di esenzione, si ritiene che essa vada intesa in senso ampio, tale da ricomprendersi qualsiasi soggetto residente titolare di reddito d'impresa anche se non operi per mezzo di una struttura organizzata ed eserciti attività economica (non essendo quindi richiesto il requisito di commercialità dell'attività).²³²

I vantaggi del nuovo regime opzionale applicabile alle stabili organizzazioni certamente permettono di eliminare alla radice il problema dell'esteroinvestizione; non realizzandosi l'investimento estero per mezzo di una *subsidiary* l'Amministrazione finanziaria non potrà più contestare la dissociazione fra la sede legale della società e la sede dell'amministrazione effettiva della stessa.²³³ Il tema dell'esteroinvestizione pare del tutto estranea alla fattispecie delle *branch* estere in quanto da un lato la normativa di riferimento non estende il campo di applicazione al caso delle stabili organizzazioni di soggetti residenti e allo stesso tempo l'esistenza stessa della *branch* presuppone che l'investimento venga effettuato per mezzo di un

organizzazione LEO M., *Commento art.168-ter, Le imposte sul reddito nel Testo Unico*, Tomo II, Milano, 2018, p. 2811 e TRABUCCHI A., CERULLI IRELLI F., *Il regime opzionale di "branch exemption"*, in *Corriere tributario*, 21/2015, p.1611.

²³¹ Fra gli altri: le Conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di Giustizia UE presentate nella causa C-6/16, la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 40 del 26 settembre 2016 in materia di consolidato nazionale e la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 69 del 5 agosto 2016 in materia di trasferimento della sede di una società in Italia

²³² Risultano concordi in tale prospettiva TRABUCCHI A., CERULLI IRELLI F., *Il regime opzionale di "branch exemption"*, in *Corriere tributario*, 21/2015, p.1610 e ODETTO G., *L'opzione per la branch exemption da parte delle strutture italiane "minime"*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 4/2018, p. 39.

²³³ Anche prima dell'introduzione del regime opzionale, la stabile organizzazione poteva risultare come una soluzione al problema dell'esteroinvestizione, tuttavia la convenienza economica dell'operazione era di molto inferiore in quanto la tassazione del reddito della *branch* estera soggiaceva, come unica soluzione, alle aliquote italiane con riconoscimento di un credito a fronte delle imposte pagate all'estero.

ramo di attività che sia privo di un proprio organo amministrativo.^{234 235}

Chiarito l'aspetto soggettivo delle entità che possono esercitare l'opzione, la normativa pone esplicito riferimento alle stabili organizzazioni all'estero oggetto dell'esenzione. Il Provvedimento citato, ai paragrafi 2.4 e 2.5, appare chiaro “2.4. *L'opzione è efficace a condizione che sia configurabile una stabile organizzazione nello Stato estero di localizzazione ai sensi della Convenzione contro le doppie imposizioni tra quest'ultimo e l'Italia, ove in vigore, ovvero, in mancanza di una Convenzione, dei criteri di configurazione della stabile organizzazione dettati dall'articolo 162 del T.U.I.R., a meno che, in ogni caso, lo Stato estero non ravvisi l'esistenza di una stabile organizzazione ai sensi della sua legislazione domestica.* 2.5. *Se lo Stato estero accerta l'esistenza di una stabile organizzazione, il contribuente può esercitare l'opzione per l'esenzione degli utili e delle perdite attribuibili alla stessa, ovvero, se già in regime di branch exemption, deve includere la stabile organizzazione nel perimetro di esenzione, nell'esercizio in cui l'accertamento estero è diventato definitivo, purché, oltre alla configurazione nello Stato estero, ricorrano le ulteriori condizioni di cui al punto 2.4.*”²³⁶

Secondo l'Agenzia delle Entrate l'opzione è quindi efficace a condizione che sia configurabile una stabile organizzazione nello Stato estero di localizzazione, condizione da verificarsi, in via prioritaria, in base alla normativa interna dello Stato estero in cui la *branch* è localizzata. In

²³⁴ Così FORMICA G., GALDIERI G., *Nuove opzioni di internazionalizzazione alla luce della branch exemption, in Il fisco*, 11/2016, p. 1056.

²³⁵ Sotto il profilo amministrativo la stabile organizzazione può essere o meno “accentrata” in capo alla casa madre italiana. Si può infatti prevedere un sistema contabile “decentrato” con la costituzione di “giornali sezionali” presso ogni stabile organizzazione i cui saldi vengano convertiti e trasferiti, a cadenze periodiche, nel libro giornale della casa madre residente. In alternativa si può optare per un sistema contabile “accentrato” che preveda la tenuta di un unico libro giornale presso la casa madre sulla quale annotare cronologicamente le operazioni riferibili alla *branch* e tanti conti mastro su cui annotare esclusivamente gli accadimenti contabili di ogni singola *branch*. In tal senso CANTINO V., AVOLIO D., *Niente più doppio binario per la contabilità in valuta della stabile organizzazione, in Il fisco*, 9/2017, p. 821.

²³⁶ Prima dell'emanazione del Provvedimento in questione da parte dell'Amministrazione finanziaria, non risultavano chiari i criteri di identificazione della stabile organizzazione estera. L'art. 168-ter non fornisce infatti una definizione di “stabile organizzazione” ai fini dell'applicazione del regime, né prevede un espresso richiamo all'art. 162 del T.U.I.R. che individua il concetto all'interno dell'ordinamento italiano, ovvero opera un richiamo alle convenzioni contro le doppie imposizioni eventualmente siglate dai paesi. Dubbi interpretativi non sono mai stati posti nel caso in cui la definizione di stabile organizzazione estera coincidesse con la normativa interna ma sulla possibilità che l'identificazione ad opera del paese di localizzazione della *branch* non fosse conforme ad un eventuale Convenzione esistente con lo Stato italiano. In maniera lungimirante, la dottrina aveva già considerato l'impossibilità di accedere all'esenzione anche nel caso in cui le normative domestiche fossero concordi a dispetto di quella pattizia. In circostanze analoghe infatti, l'Agenzia delle Entrate aveva già negato la spettanza del credito per le imposte versate all'estero, identificando quale unica soluzione per evitare la doppia imposizione, la richiesta di rimborso di quanto corrisposto alle amministrazioni fiscali estere. Il citato orientamento, seppur opinabile in quanto non consideri l'art. 169 del T.U.I.R., è stato perseguito nella risoluzione 277/E del 3 luglio 2008 e confermato dalla più recente circolare n. 9/E del 5 marzo 2015. In tal senso SAINI A., MANDARINO P., *“Branch exemption” e stabile organizzazione tra norma interna e convenzioni contro le doppie imposizioni, in Fiscalità & Commercio internazionale*, 10/2016, p.25.

aggiunta, nel caso in cui fra l'Italia e il paese controparte sia stata stipulata (e sia in vigore) una Convenzione per evitare le doppie imposizioni ovvero, nel caso in cui suddetta Convenzione non esista o essa non sia applicabile) ai sensi di quanto previsto dall'art. 162 del testo unico delle imposte sui redditi. La valutazione di configurabilità di una stabile organizzazione non potrà quindi prescindere dall'eventuale disciplina convenzionale esistente, non potendo esclusivamente basarsi sulla normativa estera. Ciò in quanto, in alcuni casi, potrebbe esserci una divergenza fra la disposizione convenzionale in tema di *branch* e la normativa interna che potrebbe comportare fenomeni di doppia non imposizione dei redditi prodotti all'estero. Tali divergenze inoltre sono state considerate come origine di situazioni di *mismatching* e analizzate all'interno del *report OECD "Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2"* pubblicato il 27 luglio 2017. Un differente caso, il cui il regime di esenzione si ritiene comunque applicabile, riguarda l'evenienza in cui sia configurabile una stabile organizzazione sia per la normativa interna estera sia ai sensi dell'art. 5 della Convenzione contro le doppie imposizioni, ma non secondo l'art. 162 T.U.I.R.; in quanto il fatto che il reddito sia in ogni caso assoggettato ad imposizione nello Stato alla fonte vincola l'Italia ad eliminare la doppia imposizione attraverso il meccanismo dell'esenzione. Non chiara risulta la fattispecie in cui sia in vigore una Convenzione per evitare le doppie imposizioni tra l'Italia e lo Stato estero di localizzazione della stabile organizzazione ma i due stati giungano a differenti conclusioni a seguito della difforme interpretazione delle norme pattizie.²³⁷

In secondo luogo, il paragrafo 2.5 del Provvedimento affronta il caso in cui lo Stato estero riconosca l'esistenza di una stabile organizzazione nell'ambito di un procedimento di accertamento tributario. In tal caso, la possibilità di esercitare l'opzione con riferimento alla stabile organizzazione o l'obbligo di includere nel perimetro la stessa,²³⁸ è accordata

²³⁷Il Provvedimento non affronta il caso in cui lo stato estero accerti l'esistenza di una stabile organizzazione secondo la propria normativa interna e la disciplina convenzionale, mentre l'Italia non sia concorde, interpretando in maniera diversa l'art. 5 della Convenzione siglata. Da un'analisi letterale del paragrafo 2.4 del Provvedimento, in questo caso l'esistenza della stabile organizzazione non sarebbe riconosciuta in entrambi gli Stati come definita dalla disposizione convenzionale pertanto si dovrebbe escludere la possibilità di accedere all'opzione dell'esenzione dei redditi prodotti all'estero. Si tratta della fattispecie descritta al paragrafo 32.5 del Commentario all'art. 23 del Modello OCSE del 2017, "*Article 23 A and Article 23 B, however, do not require that the State of residence eliminate double taxation in all cases where the State of source has imposed its tax by applying to an item of income a provision of the Convention that is different from that which the State of residence considers to be applicable.*" Tuttavia, si precisa che il paragrafo 2.4 del Provvedimento non fa alcun riferimento al caso di difforme interpretazione della Convenzione, ma di mancanza o inapplicabilità della stessa e che l'art. 169 del T.U.I.R., prevede l'obbligo di applicazione della fattispecie più favorevole nel caso di difformità fra norma convenzionale e unilaterale. Pertanto, sulla base dell'obbligo di eliminazione della fattispecie di doppia imposizione da parte dell'Italia su un reddito già assoggettato a tassazione nel paese alla fonte ed in coerenza con le ulteriori fattispecie, si dovrebbe concedere la possibilità di accedere al regime di esenzione.

²³⁸ Sulla scorta dell'obbligo di totalitarierà che caratterizza l'istituto.

esclusivamente nell'esercizio in cui l'accertamento diviene definitivo.²³⁹ Le condizioni in questione ricorreranno sempreché valgano i criteri individuati al precedente paragrafo 2.4, ossia che, oltre alla configurazione ai sensi della normativa interna dello stato estero, la stabile organizzazione sia configurabile anche secondo la Convenzione contro le doppie imposizioni siglata dalle parti, o in mancanza ai sensi dell'art. 162 della disciplina italiana.

La possibilità di esercitare l'opzione nel caso in cui la natura della stabile organizzazione estera fosse identificata in fase di accertamento, lascia aperta l'ipotesi di applicazione del regime anche alla c.d. *stabile organizzazione occulta*. Si tratta del caso in cui una società estera controllata da una società italiana sia qualificata, in sede di accertamento, quale stabile organizzazione occulta dell'impresa italiana.²⁴⁰ Se si volesse superare il dato letterale del paragrafo 2.4, il quale come visto vuole ricondurre la natura di stabile organizzazione alla normativa estera e a quella convenzionale se presente, non sarebbe irrealistico estendere la possibilità di applicazione del regime laddove sia l'Italia, e non lo stato estero, ad accertare una stabile organizzazione occulta oltre i propri confini nazionali.²⁴¹

La seguente tabella riepiloga le differenti casistiche di identificazione della *branch* ai sensi delle diverse discipline unilaterali e convenzionali e la relativa possibilità di applicazione del regime della *branch exemption* secondo quando individuato dal Provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate.

ESTERO	TRATTATO		ITALIA	BEX?
Riconosce la stabile organizzazione?	Esiste una Convenzione?	Riconosce la stabile organizzazione?	Riconosce la stabile organizzazione?	
SI	SI	SI	SI	✓
SI	SI	SI	NO	✓
SI	SI	NO	SI	✗
SI	NO	-	SI	✓
SI	NO	-	NO	✗
NO ²⁴²	-	-	-	✗

²³⁹ Tuttavia, il paragrafo in questione del Provvedimento, non fornisce precisazioni in merito al periodo d'imposta con riferimento al quale l'opzione per l'esenzione diviene efficace.

²⁴⁰ Tale fenomeno sta acquisendo valenza negli ultimi anni, in forza dell'attività di accertamento da parte della Guardia di finanza, la quale con la *Circolare 1/2018: Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali* ha identificato le attività da svolgersi. In particolare, ai sensi della circolare, nel momento in cui la casa madre eserciti nei confronti di una controllata estera una "pervasività" tale da poter far presumere che essa rappresenti in realtà un suo ramo, privo di autonomia giuridica, la controllata potrebbe essere considerata come una stabile organizzazione occulta all'estero.

²⁴¹ Così ODETTO G., *L'opzione per la branch exemption da parte delle strutture italiane "minime"*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 4/2018, p. 36.

²⁴² Il caso in cui una società italiana operi all'estero per mezzo di una stabile organizzazione che venga riconosciuta come tale dall'ordinamento italiano e dalla Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata fra il paese terzo e l'Italia ma non dallo stato estero, potrebbe originare fenomeni di "doppia esenzione" o "non inclusione/esenzione" che saranno affrontati nel proseguo.

Si ricorda che, in merito al requisito di possesso di una o più stabili organizzazioni all'estero, l'articolo 1 del D.Lgs. del 14 agosto 2015, n. 147, ha introdotto l'articolo 31-ter nel D.P.R. n. 600 del 1973 che disciplina gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale. Tra gli ambiti di applicazione della nuova norma, la lettera c) del comma 1°, prevede la possibilità per ogni impresa residente di valutazione preventiva della sussistenza o meno dei requisiti che configurano una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato, in considerazione dei criteri previsti dall'articolo 162 del T.U.I.R., nonché dalle vigenti Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate all'Italia.²⁴³

L'amministrazione finanziaria, all'interno del paragrafo 11 del Provvedimento rimanda all'art. 4, comma 4°, del citato decreto legislativo, il quale ha previsto la possibilità che *“ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui agli articoli 165 e 168-ter del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, l'impresa residente nel territorio dello Stato può interpellare l'Agenzia delle Entrate ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera a), della legge 27 luglio 2000, n. 212, in merito alla sussistenza di una stabile organizzazione all'estero, da valutarsi anche in base ai criteri previsti da accordi internazionali contro le doppie imposizioni, ove in vigore.”*

Il doppio rimando, contenuto nell'ultima versione della norma, tanto all'art. 165 del T.U.I.R., quanto al regime di esenzione previsto all'art. 168-ter, permette di estendere la validità della procedura di interpello oltre i casi di possesso di stabili organizzazioni per le quali si vuole applicare il regime dell'esenzione dei redditi prodotti all'estero. Non deve trarre quindi in inganno il chiarimento contenuto nella circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 9/E del 1 aprile 2016 laddove, nel commentare la presentazione dell'istanza di interpello in relazione alla valutazione dell'esistenza di una stabile organizzazione estera ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 168-ter del T.U.I.R., *“porta ad escludere che il tema della stabile organizzazione, in fattispecie diverse da quella di cui al richiamato articolo 168-ter del T.U.I.R., possa essere oggetto di istanze di interpello presentate ai sensi dell'articolo 11 dello Statuto”*.

²⁴³ La previsione mira quindi ad evitare contestazioni postume in merito all'esistenza di stabili organizzazioni estere per i cui redditi, negli anni intermedi, sia stata esercitata l'opzione di esenzione in Italia. Sul punto la relazione illustrativa al D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 156, recante Misure per la revisione della disciplina degli interpelli e del contenzioso tributario, ha al riguardo chiarito che *“La facoltà di presentazione delle istanze di interpello presuppone in ogni caso l'esistenza di un'obiettiva incertezza sulla qualificazione delle fattispecie, con la conseguenza che quelle ricorrenti, se non caratterizzate da elementi di peculiarità o, comunque, di complessità, non possono costituire oggetto dell'istanza. Rientrano, in particolare, nell'ambito applicativo della nuova ipotesi tutte quelle fattispecie, purché complesse, obiettivamente incerte — quali ad esempio la valutazione della sussistenza di un'azienda o di una stabile organizzazione ai fini dell'esenzione degli utili e delle perdite delle stabili organizzazioni di imprese residenti di cui al nuovo articolo 168-ter del T.U.I.R. [...]— sempre che l'istanza sia finalizzata ad ottenere chiarimenti sull'applicazione di disposizioni tributarie.”*

Tale precisazione vorrebbe solamente escludere dalle finalità di applicazione della norma tutte quelle richieste di interpello qualificatorio estranee all'ambito dei redditi, non potendosi derogare alla previsione normativa che, citando espressamente l'art. 165 del T.U.I.R., vuole consentire la procedura di interpello anche in caso di stabile organizzazione estera per cui si applichi il regime ordinario del credito d'imposta.²⁴⁴

3.3. Caratteristiche dell'istituto

L'art. 14, comma 3°, del decreto legislativo 147/2015 ha rimandato ad un successivo Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, la disciplina delle modalità di applicazione del nuovo regime. Considerando l'elevata complessità tecnica della materia, l'Agenzia ha perseguito la via, tipica delle elaborazioni a livello OCSE, del procedimento di consultazione, pubblicando nel febbraio 2016 una bozza di Provvedimento sulla cui scorta sono stati raccolti i commenti degli operatori interessati fra cui: imprese, operatori economici, ordini professionali, mondo accademico ed esperti del settore.²⁴⁵

In considerazione dei rilevanti effetti dell'applicazione dell'opzione, la stessa è stata corredata di una serie di limiti che ne circoscrivono la possibilità di arbitraggio, finalizzate quindi ad evitare che per una medesima impresa possano coesistere i due regimi di imponibilità e di esenzione della *branch* estere al fine di cogliere i vantaggi di entrambi, fra questi la possibilità di esenzione dei profitti e le contemporanea rilevanza delle perdite estere.

3.3.1. Globalità

L'opzione di esenzione dei redditi realizzati all'estero per mezzo di proprie stabili organizzazioni è da considerarsi totalitaria, ossia, al fine di marginalizzare i casi di arbitraggio nell'utilizzo dei regimi è stata esclusa la possibilità per l'impresa di optare per il regime solo limitatamente ad alcune *branch* estere. La "globalità" dell'opzione è già insita nelle intenzioni del legislatore quando, nell'art. 168-ter, comma 1°, sancisce che *"un'impresa residente nel territorio dello Stato può optare per l'esenzione degli utili e delle perdite attribuibili a tutte le proprie stabili organizzazioni all'estero."*

²⁴⁴ A sostegno di tale affermazione conferma si ritroverebbe nel proseguo della circolare 9/E/2016, allorquando si afferma che: *"Di conseguenza, tenuto conto peraltro che tale attività, ai fini delle imposte sui redditi, è ricompresa nell'ambito applicativo dell'articolo 31-ter del D.P.R. 600 del 1973 e, come tale, esclusa dagli interpellati in esame, devono considerarsi non validamente presentabili le istanze di interpello qualificatorio aventi ad oggetto l'esistenza di una stabile organizzazione ai fini IVA."*

²⁴⁵ Per un'analisi della Bozza del Provvedimento del febbraio 2016 si rimanda Cfr. GALARDO S.M., *La "branch exemption" nell'ambito del metodo dell'esenzione*, in *Corriere Tributario*, 15/2016, p. 1166 e FORMICA G., FORMICA P., *Proposte di attuazione del regime di branch exemption*, in *Il fisco*, 13/2016, p.1268.

Si tratta, quindi, di un'opzione "*all in – all out*", in quanto se l'impresa decide di optare per il regime di *branch exemption*, la disciplina dovrà trovare applicazione per tutte le stabili organizzazioni detenute sempreché le stesse rispettino le condizioni previste. Si rimanda alla possibilità di applicare l'opzione per le *branch* che non rispettino la normativa, ovvero di quelle che fruiscono di regimi fiscali privilegiati, individuati in base ai criteri di cui all'art. 167, comma 4°, del T.U.I.R., ovvero, abbiano le caratteristiche previste dal successivo comma 8-bis° in tema di "*CFC white list*".

La rigidità dell'opzione in questione permette di evitare il c.d. *cherry picking*, ossia la libertà di scegliere sulla base della funzione della localizzazione e della profittabilità di ciascuna stabile organizzazione estera, se includerla o meno nel regime di esenzione. Ciò sulla base di una *ratio* antielusiva per cui si potrebbe decidere di assoggettare al nuovo regime le stabili organizzazioni in utile o localizzate in paesi con livelli di *tax rate* inferiore a quello italiano e continuare ad utilizzare il metodo del credito d'imposta per le *branch* in perdita.

Al fine di rendere effettiva la caratteristica di globalità dell'opzione, il Provvedimento ha previsto che la clausola "*all in – all out*" non produca effetti solo in riferimento al passato, bensì anche in relazione al futuro. In particolare, al paragrafo 2.6²⁴⁶ è previsto che nei casi in cui venga costituita una nuova *branch* in un periodo d'imposta successivo a quello di esercizio dell'opzione il regime trovi automatica applicazione; trattasi quindi di una forma automatica di adesione al regime in questione.

La totalitarità dell'opzione va tuttavia rapportata alla singola impresa, potrebbe quindi accadere che, all'interno del medesimo gruppo, alcune società optino per il regime di *branch exemption* mentre altre, anche partecipanti al medesimo consolidato fiscale, scelgano di proseguire con la fruizione del criterio ordinario del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero.²⁴⁷ L'unico presidio posto in essere a fronte di situazioni di tal sorta attiene al regime

²⁴⁶ Paragrafo 2.6 del Provvedimento del 2017: "*L'opzione per il regime di branch exemption ha effetto nei confronti di tutte le stabili organizzazioni dell'impresa esistenti al momento dell'esercizio, nonché per quelle costituite successivamente senza che sia necessaria una nuova opzione.*"

²⁴⁷ Prima di esercitare l'opzione irrevocabile, il contribuente dovrebbe considerare che la stessa potrebbe generare perdite fiscali che secondo il metodo ordinario sarebbero pacificamente scomputabili dal reddito imponibile della casa madre. Nel caso di gruppi societari Italiani, con controllate residenti in Italia, si potrebbe pensare ad una pianificazione fiscale di gruppo che permetta di ottimizzare il carico imponibile ed allo stesso tempo non aggirare i divieti posti in essere dall'ordinamento tributario. Si consideri una società A residente in Italia che controlli le società B e C, anch'esse ivi residenti, e che la prima detenga 2 *branch* estere storicamente redditizie e voglia tentare di aggredire due nuovi mercati per mezzo di altrettante stabili organizzazioni. Se tali *branch* fossero costituite direttamente dalla società capogruppo A, essa dovrebbe applicare il regime della *branch exemption* per tutte le proprie stabili, supportando il rischio di produrre perdite nei nuovi mercati (che sarebbero da considerarsi fisiologiche in fare si *start-up*) in deducibili dal reddito complessivo della casa madre.

di “circularizzazione” delle stabili organizzazioni all’interno di un gruppo. I commi 7° e 8° dell’art. 168-ter del T.U.I.R.,²⁴⁸ prevedono un regime di *recapture* delle perdite delle *branch* oggetto di trasferimento al fine di rimediare all’asimmetria di trattamento fra i soggetti che hanno adottato il regime dell’esenzione, per i quali le perdite saranno da considerarsi irrilevanti e per i soggetti che non hanno optato per il regime, nel cui caso le perdite continueranno a concorrere alla determinazione del reddito complessivo. Al fine di restringere potenziali profili elusivi realizzabili per mezzo di operazioni infragruppo e di evitare potenziali duplicazioni d’imposta, il paragrafo 10.2 del Provvedimento specifica che *“In caso di trasferimento, a qualsiasi titolo, di una stabile organizzazione o di parte di essa ad altra impresa del gruppo, non possono essere riconosciute duplicazioni di benefici e non possono verificarsi penalizzazioni, ivi inclusa la doppia imposizione, anche in capo a soggetti giuridici diversi, tenendo in ogni caso presente la necessità di tutelare i diritti impositivi sui redditi di fonte italiana.”* In particolare, nel caso di specie, è stabilito che il regime di esenzione non trovi applicazione sino a quando non venga assorbita la “perdita netta” – determinata dalla somma algebrica degli utili e delle perdite generati dalla stabile organizzazione – dei cinque periodi d’imposta precedenti al trasferimento. Ai fini dell’applicazione del *recapture* delle perdite non dovrebbe essere considerato l’insieme delle stabili organizzazioni, bensì il calcolo della perdita netta sarà da eseguirsi per singola *branch* senza alcuna differenza rispetto alla modalità di trasferimento della stessa (a qualsiasi titolo, pertanto probabilmente anche per mezzo di operazioni straordinarie).²⁴⁹ Da ciò consegue che, sino al riassorbimento della predetta perdita

L’opzione della *branch exemption* si potrebbe altrimenti esercitare per singolo mercato di riferimento in modo tale da ottimizzare il carico fiscale complessivo:

- a. La società capogruppo A potrebbe esercitare l’opzione ottenendo l’esenzione per i redditi realizzati dalle due stabili che storicamente erano produttrici di ricchezza;
- b. Le società controllate B e C potrebbero decidere di costituire autonomamente due *branch* nei due nuovi mercati di penetrazione, optando per l’applicazione del regime ordinario del credito d’imposta e sfruttando l’opportunità di imputare eventuali perdite di *start up* in capo alla casa madre.

Il singolo contribuente sarà quindi nella posizione di scegliere il regime di tassazione ritenuto più soddisfacente per le proprie aspettative di *business*. In tal senso ASCOLI G., PELLECCIA M., *Il regime di c.d. branch exemption diviene operativo già dal periodo d’imposta 2016*, in *Il fisco*, 40/2017, p. 3872 e THIONE M., BARGAGLI M., *“Branch transfer” e “business transfer” quali possibili nuovi comportamenti abusivi*, in *Corriere tributario*, 28/2016, p. 2221.

²⁴⁸ Art. 168-ter, comma 7 e 8, T.U.I.R.: *“7. Ai fini del comma 6, l’impresa indica separatamente nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo d’imposta di esercizio dell’opzione, gli utili e le perdite attribuibili a ciascuna stabile organizzazione nei cinque periodi d’imposta antecedenti a quello di effetto dell’opzione. Se ne deriva una perdita fiscale netta, gli utili successivamente realizzati dalla stabile organizzazione sono imponibili fino a concorrenza della stessa. Dall’imposta dovuta si scomputano le eventuali eccedenze positive di imposta estera riportabili ai sensi dell’articolo 165, comma 6. 8. Le disposizioni del comma 7 relative al recupero delle perdite fiscali pregresse della stabile organizzazione si applicano anche quando venga trasferita a qualsiasi titolo la stabile organizzazione o parte della stessa ad altra impresa del gruppo che fruisca dell’opzione di cui al comma 1.”*

²⁴⁹ In tal senso SCALA G., *Fissate le modalità applicative della branch exemption*, in *Il fisco*, 38/2017, p.3652. Ad esempio, qualora la costituzione della *branch* fosse avvenuta entro il 30 settembre 2016, l’opzione per l’adesione al regime di *branch exemption* dovrebbe essere effettuata nel modello redditi 2017 relativo all’annualità 2016.

netta, il reddito derivante dalla stabile organizzazione post trasferimento risulterà imponibile in capo all'impresa cessionaria e, specularmente, si renderanno scomputabili le eventuali eccedenze positive di imposta estera riportabili ai sensi dell'art. 165, comma 6°, del T.U.I.R.²⁵⁰

3.3.2. Immediatezza

L'opzione di esenzione dei redditi deve inoltre essere "immediata", peraltro deve essere esercitata, da parte delle imprese che rispettino i requisiti soggettivi ed oggettivi, non appena sussistano le condizioni. In tal senso, l'art. 168-ter, ha previsto tempistiche e termini diversi per l'esercizio dell'opzione nel caso in cui:

- a. le imprese abbiano costituito la loro prima stabile organizzazione all'estero dopo la data di entrata in vigore del D.lgs. n. 147 del 2015.²⁵¹ Il legislatore ha previsto che l'opzione per l'esenzione possa essere esercitata nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta di costituzione della stabile organizzazione, con effetto dal medesimo periodo d'imposta.²⁵² Il Provvedimento ha concesso inoltre alle medesime di esercitare l'opzione per il nuovo regime entro il termine della presentazione della dichiarazione dei redditi 2018, in caso di costituzione della prima stabile organizzazione entro il 31 dicembre;²⁵³

²⁵⁰ Art. 165, comma 6°, del T.U.I.R.: *"L'imposta estera pagata a titolo definitivo su redditi prodotti nello stesso Stato estero eccedente la quota di imposta italiana relativa ai medesimi redditi esteri, costituisce un credito d'imposta fino a concorrenza della eccedenza della quota d'imposta italiana rispetto a quella estera pagata a titolo definitivo in relazione allo stesso reddito estero, verificatasi negli esercizi precedenti fino all'ottavo. Nel caso in cui negli esercizi precedenti non si sia verificata tale eccedenza, l'eccedenza dell'imposta estera può essere riportata a nuovo fino all'ottavo esercizio successivo ed essere utilizzata quale credito d'imposta nel caso in cui si produca l'eccedenza della quota di imposta italiana rispetto a quella estera relativa allo stesso reddito di cui al primo periodo del presente comma. Le disposizioni di cui al presente comma relative al riporto in avanti e all'indietro dell'eccedenza si applicano anche ai redditi d'impresa prodotti all'estero dalle singole società partecipanti al consolidato nazionale e mondiale, anche se residenti nello stesso paese, salvo quanto previsto dall'articolo 136, comma 6"*

²⁵¹ Così ALBANO G., SPAZIANI R., *Branch exemption più sistematica, organica, ma restano rigidità e difficoltà applicative*, in *Corriere tributario*, 38/2017, p.2925.

²⁵² Cfr. paragrafo 2.1 del Provvedimento. Si precisa che con la Risoluzione n.4/E del 15 gennaio 2018 sono state chiarite le modalità operative per godere del regime in esame e risolvere le incongruenze riscontrate fra i modelli dichiarativi 2017 e il Provvedimento. Per un approfondimento sulle modalità di esposizione in dichiarazione successiva all'esercizio dell'opzione, si precisa che Assonime e l'Agenzia delle Entrate hanno posto rimedio ai difetti di modulistica per il 2016 in maniera anacronistica ripeto al regime introdotto con il D. Lgs n. 147/2015. Sul punto vedasi TRETTEL S., *Branch exemption senza segreti già dal 2016, grazie ad Assonime e Agenzia*, in *Il fisco*, n. 8/2018, p. 712; Assonime, *Regime di c.d. branch exemption: chiarimenti sulla compilazione dei Modelli dichiarativi Redditi SC 2017 e IRAP 2017*, Circolare 2/2018, 15 gennaio 2018; SESINI E., CASTELLATTI M., *Branch exemption: dal 2018 la prima volta in dichiarazione*, in *Pratica fiscale e professionale*, n. 20/2018, p. 27.

²⁵³ Il Provvedimento, al paragrafo 2.3, ha previsto che: *"[l]'estensione temporale per esercitare l'opzione di cui al punto precedente [paragrafo 2.2 del Provvedimento] opera anche nel caso in cui, durante detto arco temporale, siano costituite – anche per la prima volta – nuove stabili organizzazioni"*.

- b. le imprese alla data di entrata in vigore del medesimo decreto, detengano già una (o più) stabili organizzazioni all'estero. L'art. 168-ter, comma 6°, ha previsto che l'opzione in questione possa essere esercitata entro il secondo periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 147 del 2015, con effetto dal medesimo periodo d'imposta per il quale è presentata la dichiarazione dei redditi, al fine di concedere il tempo necessario per l'adeguamento al nuovo regime.²⁵⁴

Come precedentemente precisato, l'opzione esercitata esplicherà gli effetti anche nel futuro nei confronti delle stabili organizzazioni costituite successivamente alla scelta, nel rispetto del criterio di "globalità" dell'opzione.

Pare difficile comprendere le motivazioni per cui l'impresa residente, qualora non eserciti l'opzione nei termini indicati, non possa più accedere al regime in esame, salvo che non venga costituita una nuova stabile organizzazione all'estero.²⁵⁵

3.3.3. Irrevocabilità

L'opzione quindi è da esercitarsi immediatamente per tutte le stabili organizzazioni, ove sussistano i presupposti, ed una volta esercitata la scelta è da ritenersi "irrevocabile", salvo il verificarsi delle circostanze espressamente previste dal Provvedimento idonee a determinare la cessazione dell'opzione.²⁵⁶ Non risulta pacifica la riammissione del regime nel caso in cui l'impresa residente abbia optato per l'opzione di *branch exemption* e successivamente chiuso tutte le proprie stabili organizzazioni, per poi aprirne altre in un periodo posteriore. Il linea di principio la dottrina²⁵⁷ considera ammissibile tale eventualità in quanto, potendo passare un periodo di tempo indefinito, verrebbero meno le esigenze di cautela che hanno ispirato

²⁵⁴ Poiché il decreto è entrato in vigore il 7 ottobre 2015, l'opzione per le imprese che già detenevano stabili organizzazioni, deve essere esercitata entro il termine per la trasmissione della dichiarazione dei redditi 2018. Cfr. paragrafo 2.1 del Provvedimento.

²⁵⁵ In tal caso, l'opzione potrà essere esercitata in via successiva rispetto a tutte le stabili organizzazioni estere che soddisfino i requisiti per l'accesso al regime. Cfr. paragrafo 2.7 del Provvedimento.

²⁵⁶ Sul tema dell'irrevocabilità, Assonime nella *nota tecnica degli schemi di d.l.vo di attuazione della legge delega fiscale approvati in via preliminare dal consiglio dei ministri in data 21.4.2015* ha espresso perplessità "poiché non è ragionevole che le imprese possano assumere ex ante decisioni su un arco di tempo indefinito, sarebbe forse opportuno prevedere una durata limitata dell'opzione (es. cinque anni) con facoltà di rinnovo. In alternativa, ove si voglia mantenere ferma l'irrevocabilità dell'opzione, si potrebbe prevedere la facoltà di attribuire comunque una rilevanza alle perdite della stabile organizzazione, salvo l'obbligo di assoggettare a tassazione gli utili della medesima stabile che dovessero manifestarsi successivamente, fino a concorrenza delle perdite di cui l'impresa abbia nel frattempo beneficiato.

²⁵⁷ Conformi a tale interpretazione TRABUCCHI A., CERULLI IRELLI F., *Il regime opzionale di "branch exemption"*, in *Corriere tributario*, 21/2015 e LEO M., *Le imposte sul reddito nel Testo Unico*, Tomo II, Milano, 2018.

l'irrevocabilità dell'opzione. Il Provvedimento affronta invece altre casistiche in tema di cessazione e irrevocabilità dell'opzione, in particolare il paragrafo 3.1 specifica che *“l'efficacia dell'opzione cessa a seguito della chiusura, anche per liquidazione o cessione, di tutte le branch esenti, oltre che in applicazione delle disposizioni del paragrafo 10. La successiva costituzione di altre stabili organizzazioni richiede l'esercizio di una nuova opzione, ove l'impresa scelga di ricominciare ad applicare il medesimo regime.”* Da qui, risulta evidente come la caratteristica di irrevocabilità dell'opzione sia da ricondursi al profilo oggettivo del regime e non a quello soggettivo; ossia non alla “casa madre” e non alle stabili organizzazioni oggetto delle esenzioni.²⁵⁸

La disposizione del direttore dell'Agenzia, prevede inoltre che l'Amministrazione possa valutare, ai sensi dell'abuso del diritto, la costituzione nei tre periodi d'imposta (*“cooling off period”*) successivi il verificarsi di una delle cause di cessazione dell'opzione, di nuove stabili organizzazioni nei medesimi Stati o territori in cui le stesse erano ubicate, nel caso di assenza di una nuova specifica opzione per il regime di esenzione.²⁵⁹

In merito, preme evidenziare che, avendo introdotto una specifica disposizione antielusiva temporalmente circoscritta, si ritiene che eventuali analoghe condotte poste in essere in un periodo successivo al triennio, non possano essere contestate ai sensi della disciplina generale dell'art. 10-bis della legge 27 luglio 2000, n.212. In altre parole, non potrà considerarsi censurabile il comportamento del contribuente che, nel quarto periodo d'imposta successivo la cessazione dell'efficacia del regime di esenzione, costituisca nuove stabili organizzazioni nei medesimi Stati o territori in cui erano ubicate le precedenti stabili organizzazioni cedute o liquidate, non esercitando una nuova opzione. Anche in questa eventualità, presupporre il carattere elusivo del comportamento parrebbe eccessivamente forzato, in considerazione dell'onerosa e lungimirante attività di pianificazione fiscale che si dovrebbe porre in essere.

Ad ogni modo, in tutti i casi in cui il contribuente potesse rinvenire la probabilità che l'operazione posta in essere possa costituire fattispecie di abuso di diritto, resta ferma la possibilità per il soggetto stesso di presentare apposito interpello ai sensi dell'art. 11, comma

²⁵⁸ Il principio di diritto n.13 pubblicato dall'Agenzia delle Entrate in data 28 novembre 2018 si è espressa sulla impossibilità di presentazione di una dichiarazione integrativa “a sfavore” ai sensi dell'art.2, c. 8° del D.P.R. 322/98. In particolare l'Agenzia prevede che la scelta operata in dichiarazione è espressione di una manifestazione di volontà negoziale e pertanto rettificabile solo in presenza di dolo, violenza o errore.

²⁵⁹ Il paragrafo 3.2 del Provvedimento, prevede che *“dopo la cessazione di efficacia dell'opzione, la costituzione nei tre periodi d'imposta successivi di una o più branch nei medesimi Stati o territori esteri da parte dell'impresa, in assenza di una nuova opzione, viene valutata ai sensi dell'articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212 (“Statuto del contribuente”).*

1°, lett. c) della legge 27 luglio 2000, n.212.

Vale precisare che il regime opzionale si interrompe nel momento in cui vi sia il trasferimento di una *branch* esente a favore di un soggetto che non abbia esercitato l'opzione, nel momento in cui l'impresa nel suo complesso venga liquidata, ovvero nel caso in cui il soggetto residente ceda tutte le stabili organizzazioni ad opera dell'impresa residente.²⁶⁰

3.4. Effetti dell'istituto

Gli effetti dell'opzione esercitata differiscono sia sulla base dei risultati economici delle singole *branch* sulle quali è applicata l'opzione, sia rispetto alla localizzazione o meno delle stesse in paesi a regime privilegiato.

3.4.1. Il recapture delle perdite pregresse

Sulla base delle caratteristiche individuate, la scelta per il regime della *branch exemption* comporta la stima dei risultati futuri di tutte le stabili organizzazioni della casa madre, in quanto uno degli effetti principali dell'accesso al regime riguarda l'impossibilità di dedurre le perdite fiscali delle stabili organizzazioni dal reddito complessivo dell'impresa. La prospettiva del conseguimento di perdite potrebbe infatti rendere più conveniente continuare ad utilizzare il meccanismo del credito d'imposta al fine di far valere in Italia le eventuali perdite realizzate dalle stabili organizzazioni al di fuori dei confini nazionali. Con riferimento a tale possibilità, l'art. 168-ter, comma 7° e 8°,²⁶¹ prevede un meccanismo di recupero delle perdite fiscali pregresse, in sede di prima applicazione dell'opzione. L'impresa che sceglie per l'opzione, dovrà quindi ricalcolare il reddito imponibile realizzato dalla stabile organizzazione nei cinque esercizi precedenti e laddove emerga una perdita netta, gli utili successivamente realizzati saranno da tassarsi fino a concorrenza della stessa perdita nonostante l'adesione al regime per l'esenzione. Invero, la citata clausola, deve essere applicata non solo per le società che

²⁶⁰ Il paragrafo 3.1 del Provvedimento, nel rinviare genericamente al paragrafo 10, non specifica, nella fattispecie, le condizioni per la cessazione dell'efficacia dell'opzione.

²⁶¹ Art. 168-ter, comma 7 e 8, T.U.I.R.:

"7. Ai fini del comma 6, l'impresa indica separatamente nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta di esercizio dell'opzione, gli utili e le perdite attribuibili a ciascuna stabile organizzazione nei cinque periodi d'imposta antecedenti a quello di effetto dell'opzione. Se ne deriva una perdita fiscale netta, gli utili successivamente realizzati dalla stabile organizzazione sono imponibili fino a concorrenza della stessa. Dall'imposta dovuta si scomputano le eventuali eccedenze positive di imposta estera riportabili ai sensi dell'articolo 165, comma 6.

8. Le disposizioni del comma 7 relative al recupero delle perdite fiscali pregresse della stabile organizzazione si applicano anche quando venga trasferita a qualsiasi titolo la stabile organizzazione o parte della stessa ad altra impresa del gruppo che fruisca dell'opzione di cui al comma 1."

detenevano stabili organizzazioni alla data di applicazione del decreto, ma anche nel caso in cui la *branch* venga trasferita ad altra impresa del gruppo che abbia fruito dell'opzione.

Il regime, con l'introduzione della previsione di *recapture* delle perdite fiscali pregresse, non sembra tener conto della giurisprudenza comunitaria che considera incompatibile con il diritto europeo una normativa che comporti il divieto di riporto delle *final losses*, ossia delle perdite realizzate nello Stato alla fonte ma ivi inutilizzabili.²⁶²

L'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia europea risulta ad oggi univoca nel considerare possibile la deduzione delle perdite fiscali transfrontaliere solo se caratterizzate dal requisito della definitività sia nel caso di perdite sostenute da una *subsidiary*, la cui società controllante in un altro paese ne chiedeva lo scomputo dal proprio reddito imponibile, sia da una *branch* per la quale la casa madre residente in un altro Stato ne chiedeva la deduzione dal proprio reddito imponibile.

La disciplina introdotta dal legislatore italiano non prevede alcun particolare riferimento alla definitività delle perdite realizzate dalla stabile organizzazione estera contrariamente a quanto previsto nella disciplina inglese e olandese. La qualifica di "definitività" delle perdite fiscali transfrontaliere è stata affrontata nella sentenza *Timac Agro* (causa C-388/14) e ricondotta esclusivamente al mancato percepimento dei ricavi da parte della stabile organizzazione nello Stato membro in cui essa è situata. Rivedendo parzialmente il precedente orientamento dei giudici comunitari in merito alla comparabilità di perdite transfrontaliere relative ad una *subsidiary* (causa *Marks & Spencer*, C-446/03) e ad una *branch* (causa *Lidl Belgium*, C-414/06),²⁶³ nella sentenza *Timac Agro*, la Corte di Giustizia EU ha fatto ricorso all'analisi di comparabilità fra stabile organizzazione estera in regime di esenzione e stabile organizzazione

²⁶² In questa prospettiva BELTRAMELLI G., *Il regime del consolidato nazionale alle luce del D. Lgs. n. 147/2015 (cd. Decreto internazionalizzazione): una lettura comunitariamente orientata*, in *Rivista di diritto tributario*, 4/2015, p.349 e VICINI RONCHETTI A., *Principio di territorialità versus residenza: riflessioni sulla tassazione alla fonte e connesse problematiche legale alle perdite fiscali*, in *Rassegna Tributaria*, 1/2018, p.103.

²⁶³ La sentenza *Lidl Belgium* del 2008 ha esteso i principi di ammissione della deducibilità delle perdite conseguite da controllate non residenti, previsti dalla sentenza *Marks & Spencer*, ove la deducibilità sia prevista anche alle controllate residenti e le perdite siano da considerarsi "definitive", anche alle perdite della stabile organizzazione a cui si applica l'esenzione. Sulla base della considerazione per cui il metodo dell'esenzione e il relativo principio di simmetria impositiva sono giustificati da motivi imperativi di interesse generale, pur rappresentando una limitazione alla libertà di stabilimento. In base al principio di proporzionalità, l'impresa residente dovrebbe quindi poter utilizzare le perdite della stabile organizzazione estera qualora siano da considerarsi definitive; ciò nonostante il concetto di "definitività" non fosse ancora stato specificato. Sul punto CRAZZOLARA A., *Un nuovo tassello nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE relativa all'utilizzabilità nello Stato di residenza delle perdite delle stabili organizzazioni estere: la sentenza Timac Argo (Commento alle sentenze della Corte di Giustizia)*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 4/2016, p.1483.

situata nel medesimo paese di residenza della società per escludere l'obbligo di consentire la deduzione delle perdite definite dalla stabile organizzazione estera in capo alla casa madre.²⁶⁴

Applicare le soluzioni raggiunte nella sentenza *Timac Agro* alla disciplina italiana implicherebbe affermare che nel caso del regime della *branch exemption* vi sia la completa assenza di potestà tributaria da parte del paese di residenza della "casa madre". Da un'analisi della disciplina, tale assenza non risulta oggettivamente determinabile nel regime di esenzione in quanto viene attribuito allo Stato di residenza il diritto di includere nel reddito della casa madre elementi reddituali della *branch* estera e, allo stesso tempo, le disposizioni implicano al fine della determinazione dell'ammontare del risultato estero l'applicazione della normativa interna. Con riferimento alla prima fattispecie si pensi alla possibilità di applicare il *recapture* delle perdite conseguite nei cinque anni precedenti della stabile organizzazione al momento di entrata in vigore del regime, ovvero l'assoggettamento in Italia del provento conseguito dalla *branch* estera nel caso di cessione infragruppo della stabile organizzazione.²⁶⁵ La seconda fattispecie, a conferma della "para-sovrantà" da parte dello Stato di residenza, verte sull'applicazione, ai fini della determinazione dell'utile o della perdita prodotta dalla stabile organizzazione su cui viene esercitato il regime opzionale di esenzione delle disposizioni contenute nel Testo Unico delle Imposte sui Redditi italiano. Pertanto, le perplessità esposte e richiamate dalle sentenze della Corte di Giustizia Europea non sembrano adattarsi alle possibili problematiche derivanti dall'applicazione del regime opzionale di esenzione dei redditi realizzati da stabili organizzazioni estere,²⁶⁶ rendendo quindi sempre più auspicabile una normativa comunitaria positiva in tema di compensazione di perdite transfrontaliere che definisca i contorni della disciplina.

Il *recapture* delle perdite fiscali pregresse segue la *ratio* di parificazione della posizione delle diverse categorie di soggetti che possono potenzialmente accedere al regime di esenzione; in particolare, fra le imprese che alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 147 del 2015 detenevano

²⁶⁴ Il criterio di comparazione, adottato dalla Corte per individuare la comparabilità delle stabili organizzazioni estere e domestiche è rappresentato dalla potestà impositiva dello Stato di residenza: se quest'ultimo non assoggetta a tassazione il reddito della stabile organizzazione estera per cui è stata applicata l'esenzione, allora non è da paragonarsi ad una sede secondaria posseduta nello stesso paese in quanto in tal caso lo Stato di residenza ha esclusiva potestà impositiva.

²⁶⁵ Cfr. Paragrafo 4.1 del Provvedimento.

²⁶⁶ La natura opzionale del regime di *branch exemption* non esclude che esso possa essere giudicato incompatibile con il diritto europeo per l'impossibilità di compensazione delle perdite prodotte dalle *branch* estere su cui il regime è applicato. Ciò in quanto il "primato del diritto europeo" è da applicare "a qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario ..." (Sentenza Simmenthal, C-106/77)

già stabili organizzazioni ed imprese che hanno costituito la prima *branch* estera a seguito dell'entrata in vigore del decreto.²⁶⁷ Tale meccanismo deve essere rispettato sia nel momento di accesso al regime sia in sede di trasferimento di una stabile organizzazione da un'impresa ad un soggetto del medesimo gruppo che, abbia o stia per esercitare, l'opzione per il nuovo regime di *branch exemption*. Si prevede quindi che i redditi realizzati dalla stabile organizzazione esente partecipino alla formazione del reddito imponibile della casa madre fino a concorrenza delle perdite fiscali nette pregresse prodotte dalla medesima *branch* nei cinque anni antecedenti all'opzione. A tal fine occorre operare la somma algebrica delle perdite fiscali e dei redditi imponibili realizzati nel quinquennio considerato determinandoli sulla base della normativa nazionale.²⁶⁸ Laddove, dalla somma dei predetti risultati fiscalmente rilevanti, emergesse una perdita, l'impresa residente dovrà verificare quale sia l'ammontare effettivamente utilizzato in abbattimento del reddito imponibile della casa madre, essendo solo questa parte soggetta a *recapture*.²⁶⁹ Ai fini della verifica, ai sensi del Provvedimento, devono considerarsi prioritariamente utilizzate le perdite prodotte della casa madre nel periodo di osservazione e solo successivamente potranno considerarsi utilizzate in abbattimento dei redditi imponibili dalla casa madre le perdite prodotte dalle stabili organizzazioni nel suddetto arco temporale.²⁷⁰

Il *recapture* delle perdite fiscali dovrà essere effettuato dall'impresa per singolo Stato o territorio estero, “*assumendo che in ciascuno di questi esista una sola stabile organizzazione anche se divisa in più siti produttivi*”.²⁷¹ Il calcolo per singolo Stato rileva inoltre ai fini dello scomputo dall'imposta italiana delle eventuali eccedenze di imposta estera riportabili ai sensi dell'art. 165, comma 6°, T.U.I.R. e maturate negli otto esercizi precedenti a quello di efficacia dell'opzione in capo alla casa madre.²⁷² Dalle disposizioni emerge come l'obbligo di *recapture*

²⁶⁷ Così MIELE L., *Il “recapture” si calcola per stati*, in *Il Sole 24 ore*, 30 agosto 2017.

²⁶⁸ Cfr. paragrafi 4.1 e 4.2 del Provvedimento.

²⁶⁹ Le perdite fiscali si considerano non utilizzate quando hanno compensato in tutto o in parte il reddito imponibile della casa madre. La parte non utilizzata delle perdite della stabile organizzazione non forma oggetto di *recapture* e non concorre alla formazione delle perdite fiscali riportabili dalla casa madre ai sensi dell'art. 84 del T.U.I.R., ai sensi del cui comma 1: “*La perdita di un periodo d'imposta, determinata con le stesse norme valevoli per la determinazione del reddito, può essere computata in diminuzione del reddito dei periodi d'imposta successivi in misura non superiore all'ottanta per cento del reddito imponibile di ciascuno di essi e per l'intero importo che trova capienza in tale ammontare.*”

²⁷⁰ Tale previsione permette, in maniera favorevole per il contribuente, di ridurre l'ammontare del *recapture*.

²⁷¹ Il paragrafo 4.4 del Provvedimento continua affermando che “*il recapture per singolo Stato o territorio estero, si determina sommando algebricamente, per i cinque periodi d'imposta precedenti a quello di efficacia dell'opzione, i risultati reddituali conseguiti dalla branch. Se il risultato è negativo, detto importo rileva ai fini del punto 4.1, ossia rappresenta l'ammontare dei redditi successivamente conseguiti dalla branch esente che concorrono a formare il reddito imponibile di casa madre, purché ricorrano le condizioni di cui al punto 4.3.*”

²⁷² Cfr. paragrafo 4.5 del Provvedimento. A seguito dell'applicazione del meccanismo dell'esenzione, le eccedenze di credito d'imposta estera, riportabili in avanti per otto periodi d'imposta nel caso di applicazione del regime ordinario, non potrebbero più essere utilizzate. Poiché quindi il meccanismo del *recapture* corrisponde nella sostanza all'applicazione del credito d'imposta, il legislatore ha permesso lo scomputo di tali eccedenze

delle perdite fiscali pregresse sia da considerarsi temporaneamente illimitato con la conseguenza che esso non cessa sino a quando la stabile organizzazione non produce gli utili necessari al suo riassorbimento.²⁷³

Al fine di meglio comprendere il meccanismo del *recapture* si consideri una società italiana, con un'unica stabile organizzazione estera, che abbia optato per il regime di esenzione nel 2016 e abbia conseguito i seguenti risultati nei cinque periodi d'imposta precedenti l'applicazione dell'opzione.

	Reddito imponibile della casa madre	Reddito imponibile della <i>branch</i>	Totale reddito imponibile della casa madre
2011	1.000	<u>200</u>	1.200
2012	2.000	<u>500</u>	2.500
2013	1.000	<u>100</u>	1.100
2014	800	<u>400</u>	1.200
2015	2.000	<u>(8.000)</u>	(6.000)

La somma algebrica dei risultati conseguiti dalla stabile organizzazione risulta pari a una perdita netta di 6.800, la quale secondo il Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate, non concorrerà integralmente alla determinazione dell'ammontare del *recapture*, ma esclusivamente per la quota di perdita netta utilizzata in compensazione del reddito imponibile dalla casa madre. Tale quota, in riferimento all'annualità 2015, risulta essere stata utilizzata in compensazione esclusivamente per 2.000, la restante parte (una perdita di 6.000) non dovrà essere oggetto di *recapture*. In merito alle considerazioni fin qui espresse l'ammontare di perdita netta riferibile alla stabile organizzazione e soggetta al *recapture* sarà pari a 800 (6.800-6.000); il restante ammontare di 6.000 non potrà essere utilizzato ai fini della compensazione e, a maggior ragione, non sarà riportabile a nuovo, ai sensi dell'art. 84 del T.U.I.R., da parte della casa madre.

limitatamente ai redditi della stabile organizzazione così soggetti ad imposizione in Italia. Al fine di evitare fattispecie di doppia imposizione si è inoltre previsto che le imposte pagate, nello Stato alla fonte, della stabile organizzazione, debbano essere riconosciute come crediti d'imposta ai sensi dell'art. 165 del T.U.I.R., nel periodo d'imposta in cui il relativo reddito è assoggettato a tassazione in Italia.

²⁷³ Si rammenta che il Provvedimento prevede espressamente la valutazione di ogni manovra atta a manipolare il flusso reddituale secondo la disciplina dell'abuso del diritto, ai sensi dell'art. 10-bis, l. 27 luglio 2000, n.212. L'elusione fiscale potrebbe infatti essere contestata nel caso in cui un'impresa tenti di anticipare la produzione e l'utilizzo delle perdite prima che venga esercitata l'opzione

Il Provvedimento individua inoltre il percorso da seguire nel caso in cui nel quinquennio antecedente all'adesione al regime sia la *branch* sia la casa madre abbiano realizzato perdite fiscali. In tale evenienza, saranno da considerarsi prioritariamente utilizzate le perdite fiscali della casa madre e solo successivamente quelle della stabile organizzazione.²⁷⁴

	Reddito imponibile della casa madre	Reddito imponibile della <i>branch</i>	Totale reddito imponibile della casa madre
2011	(1.000)	(200)	(1.200)
2012	(2.000)	(500)	(2.500)
2013	(1.000)	(100)	(1.100)
2014	(800)	(400)	(1.200)
2015	5.000	-	1.000 ²⁷⁵

Poiché, sulla base del paragrafo 4.3 del Provvedimento, si considerano prioritariamente utilizzate, ai fini del *recapture*, le perdite della casa madre; le perdite totali della *branch* pari a 1.200 non sono da considerarsi e quindi destinate ad estinguersi. Le perdite riportabili a nuovo, ai sensi dell'art. 84 del T.U.I.R., da parte della casa madre, saranno pari a 800, derivanti dalla somma algebrica delle perdite complessivamente conseguite dalla casa madre nei cinque anni (6.000) al netto della perdita utilizzata nel periodo d'imposta 2015 (4.000) e delle perdite della *branch* nel quinquennio non utilizzate e non soggette a *recapture* (1.200).

Il meccanismo del *recapture* potrebbe avere conseguenze in tema di abuso di diritto; il particolare il contribuente con una stabile organizzazione in perdita, potrebbe voler esercitare l'opzione per l'esenzione nel momento in cui essa diventi profittevole ottenendo una doppia deduzione delle perdite – in Italia nel momento di compensazione con gli altri utili dell'impresa italiana quando generate e nello Stato alla fonte quando compensate con i successivi utili – ed una singola imposizione degli utili – in capo alla stabile organizzazione nello stato alla fonte.

Proprio al fine di evitare comportamenti elusivi all'interno dei gruppi d'impresa, in considerazione del fatto che la disciplina dell'art. 168-ter risulta riferita alla singola casa madre, l'applicazione della disciplina del *recapture* delle perdite è stata prevista nel caso di "circolarizzazione" delle stabili organizzazioni all'interno di un gruppo, sulla base di specifiche fattispecie. Il Provvedimento del direttore dell'Agenzia distingue infatti le operazioni

²⁷⁴ Cfr. paragrafo 4.3 del Provvedimento.

²⁷⁵ Il reddito imponibile complessivo della casa madre nell'annualità 2015 è pari a 1.000 in quanto si considerano utilizzate le perdite pregresse nel limite dell'80% del reddito imponibile, ossia per un ammontare di 4.000.

infragruppo, per le quali si suppone che la disciplina del *recapture* prosegua sempre in capo all'avente causa, dalle operazioni fra parti indipendenti sulla base del fatto che esse siano o meno realizzative:

- a. in caso di trasferimento all'interno di un medesimo gruppo e a qualsiasi titolo,²⁷⁶ di una *branch* esente soggetta a *recapture* ad un soggetto residente nel territorio dello Stato della casa madre che abbia già esercitato la relativa opzione, l'eventuale plusvalenza o minusvalenza derivante dal trasferimento, dovrebbe concorrere alla determinazione del *recapture* che proseguirà in capo all'avente causa. Dall'analisi emergerebbe quindi che l'eventuale plusvalenza, assieme al c.d. "utile interinale" in corso di formazione fino al trasferimento della stabile organizzazione, dovrebbe andare a ridurre il valore del *recapture* trasferito all'avente causa, rispetto a quello in essere sul dante causa nel periodo d'imposta anteriore al momento del trasferimento.
- b. in caso di trasferimento all'interno di un medesimo gruppo e a qualsiasi titolo, di una *branch* esente soggetta a *recapture* ad un soggetto residente nel territorio dello Stato della casa madre che non abbia esercitato, o che intenda esercitare la relativa opzione successivamente al trasferimento, il *recapture*, che sorge in capo all'avente causa, dovrebbe essere recuperato a tassazione a prescindere da quando venga esercitata l'opzione per l'esenzione. Nel caso di specie, il quinquennio rilevante ai fini della determinazione dovrebbe decorrere a ritroso dal periodo di efficacia dell'opzione in capo all'avente causa, potendo così inglobare parte del *recapture* residuo che non era stato assorbito in capo al dante causa. Al fine di evitare uno sconfinamento, nel caso di opzione successiva da parte dell'avente causa, il *recapture* dovrebbe essere ricalcolato a ritroso considerando solo i periodi di imposta successivi al trasferimento della stabile organizzazione – nei quali era applicabile il meccanismo del credito – e che lo stesso debba considerare il valore residuo del *recapture* esistente in capo ad dante causa al fine di determinare uno nuovo in capo all'avente causa.²⁷⁷
- c. in caso di cessione (realizzativa) di una *branch* esente soggetta a *recapture* a favore di un soggetto non appartenente al medesimo gruppo o non residente nello stesso Stato della casa

²⁷⁶ Il fatto che il paragrafo 4.6 del Provvedimento si ferisca ad operazioni di trasferimento "a qualsiasi titolo", fa desumere che il meccanismo in questione non permette di modificare l'eventuale neutralità fiscale delle operazioni, potendo pacificamente non emergere una plusvalenza o una minusvalenza dal trasferimento.

²⁷⁷ In tal senso GRILLI S., *Branch Exemption: una prima lettura ragionata della disciplina*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 4/2017, p. 1102.

madre,²⁷⁸ il dante causa dovrebbe scomputare l'eventuale *recapture* dalla plusvalenza esente realizzata e fino a concorrenza della stessa.²⁷⁹ Pertanto, laddove il *recapture* fosse superiore alla plusvalenza conseguita, essa dovrebbe concorrere integralmente a formare reddito imponibile della casa madre ed il residuo *recapture* dovrebbe considerarsi come definitivamente perso. Laddove, invece, il *recapture* fosse inferiore alla plusvalenza, la parte eccedente di questa dovrebbe considerarsi esente rispetto al reddito imponibile della casa madre.

- d. in caso di trasferimento a seguito di operazioni straordinarie²⁸⁰ (conferimento, fusione o scissione di una stabile organizzazione) di una *branch* esente soggetta a *recapture* a favore di un soggetto esterno al gruppo che abbia già esercitato l'opzione o la decida di esercitare nel momento di trasferimento della stabile organizzazione, il *recapture* prosegue senza alterazioni in capo all'avente causa.²⁸¹ Sebbene il Provvedimento non specifichi se l'avente causa debba essere un soggetto residente o meno, si ritiene più probabile la prima opzione in quanto lo stesso avrebbe dovuto o dovrebbe avere la possibilità di accedere al regime dell'esenzione dei redditi ai sensi dell'art. 168-ter.
- e. in caso di trasferimento di *branch* non soggette al regime dell'esenzione²⁸², il Provvedimento – al paragrafo 4.6 – prevede che in caso di trasferimento infragruppo, a qualsiasi titolo, l'eventuale plusvalenza (o minusvalenza) conseguita dalla casa madre, debba concorrere alla determinazione del *recapture* in capo all'avente causa qualora egli sia residente nel territorio dello Stato. A differenza di quanto previsto nei casi (a) e (b) ciò vale a prescindere che l'avente causa abbia optato per il regime della *branch exemption*, ovvero che eserciti l'opzione in occasione del trasferimento della stabile organizzazione, ovvero che attivi l'opzione successivamente al trasferimento stesso.²⁸³ Poiché il dante causa

²⁷⁸ L'equiparazione di due fattispecie così diverse dovrebbe risiedere nella identica *ratio* antielusiva della disciplina. Sembra tuttavia assai incisivo supporre un fine elusivo anche quando il trasferimento avvenga nei confronti di un soggetto indipendente.

²⁷⁹ Cfr. paragrafo 4.7 del Provvedimento.

²⁸⁰ Cfr. par 4.8 del Provvedimento che richiama le operazioni straordinarie neutrali non realizzativa con riferimento al "Titolo III, capo III, del T.U.I.R."

²⁸¹ Il Provvedimento prevede che venga indicato nell'atto di trasferimento, l'ammontare di *recapture* in capo a dante causa, in caso contrario l'avente causa dovrà assumere il valore di *recapture* complessivo pari a quello esistente in capo al dante causa nel periodo d'imposta anteriore al trasferimento.

²⁸² Il Provvedimento esamina anche il caso in cui ad essere trasferita è una stabile organizzazione di un soggetto che abbia aderito al regime ordinario del credito d'imposta nei confronti di un soggetto del gruppo che abbia già aderito o abbia l'intenzione di aderire al regime dell'esenzione dei redditi prodotti all'estero.

²⁸³ SALVI S., *Branch exemption: approvate le disposizioni attuative*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 11/2017, p.27.

non aveva esercitato l'opzione, il *recapture* non potrà mai essere trasferito in quanto non esistente prima del trasferimento e dovrà essere calcolato per il quinquennio a ritroso dal momento in cui si esercita l'opzione (potendo anche confinare in anni in cui la *branch* era ancora parte della casa madre dante causa).

La determinazione del *recapture* dovrebbe inoltre tenere conto di eventuali accertamenti divenuti definitivi.²⁸⁴ Potrebbe infatti porsi il caso di accertamenti definitivi, posti in essere dalle autorità estere, in relazione alla determinazione del reddito della stabile organizzazione per la quale è stato esercitato il regime di esenzione. Se ad esempio, laddove lo stato estero aderisse all'Approccio Autorizzato OCSE per la determinazione del reddito della stabile organizzazione, nell'ambito di una transazione infragruppo della *branch* le autorità fiscali rilevassero un maggior reddito di quest'ultima, il reddito della casa madre dovrebbe essere diminuito di pari importo – a seguito dell'opzione di esenzione – e contemporaneamente aumentato – sulla base della riduzione del *recapture*. Nel caso opposto in cui lo Stato estero non applicasse l'Approccio Autorizzato OCSE, l'effetto netto nel nuovo valore del reddito della stabile organizzazione derivante dall'accertamento definitivo, dipenderebbe dalla richiesta della casa madre del riconoscimento dei principi adottati dallo Stato estero ai sensi dell'art. 31-ter, del D.P.R. del 29 settembre 2973, n.600.

Sempre con riferimento alle disposizioni introdotte dal Provvedimento, non viene analizzato il caso di trasferimento non di un'intera stabile organizzazione ma di una sola parte della stessa, in particolare dovrebbe essere chiarito, nel caso di una stabile organizzazione che abbia prodotto perdite nel quinquennio antecedente alla scelta dell'opzione, quale potrebbe essere il criterio per attribuire o meno alla parte di stabile organizzazione trasferita la perdita netta realizzata.

Le disposizioni attuative dell'opzione non sembrano invece più comprendere il procedimento di “*recapture* improprio”, previsto dalla bozza del 2016, degli ammortamenti, degli accantonamenti e delle svalutazioni dei beni ceduti dalla casa madre alla *branch* nel quinquennio precedente l'efficacia dell'opzione.²⁸⁵ Sussistono invece delle disposizioni specifiche in tema di trattamento delle “operazioni interne pregresse”, in particolare nel caso in cui ci siano trasferimenti dalla stabile organizzazione alla casa madre, o viceversa, di attività, passività, funzioni o rischi che al momento del trasferimento non sarebbero stati valorizzati secondo il valore normale. Ai sensi del paragrafo 6 dei Provvedimento, al fine della corretta

²⁸⁴ Cfr. paragrafo 4.10 del Provvedimento.

²⁸⁵ Cfr. paragrafo 4 della bozza di Provvedimento 2016. Per un approfondimento si veda BARGAGLI M., *Il regime (opzionale) di esenzione da tassazione dei redditi prodotti dalla stabile organizzazione*, in *Bilancio & reddito d'impresa*, 5/2016, p. 37.

ripartizione di potestà impositiva fra lo Stato di localizzazione della stabile e l'Italia, se nel quinquennio precedente al periodo di efficacia dell'opzione, l'impresa ha trasferito attività o passività che al momento della cessione non erano state valorizzate sulla base del valore determinato ai sensi dell'art. 110, comma 7°, del T.U.I.R., gli stessi, ove ancora esistenti, assumerebbero in capo all'entità ricevente un costo fiscale pari al predetto valore normale.²⁸⁶

287

Infine, è bene rammentare che, è stata prevista una disciplina speciale nel caso di *recapture* delle perdite conseguite da una *branch* in vigore del regime di consolidato fiscale mondiale.²⁸⁸

L'impresa che abbia aderito a tale regime ha la possibilità di adottare due differenti comportamenti in riferimento alle perdite fiscali realizzate dalle stabili organizzazioni nei

²⁸⁶ Ai sensi del paragrafo 6.1 del Provvedimento, l'adeguamento del costo fiscale al valore di mercato dovrebbe avvenire mediante apposite variazioni in aumento ed in diminuzione da effettuare nella sezione della dichiarazione dei redditi relativa alla determinazione del reddito dell'impresa nel suo complesso e della stabile organizzazione esente. Se ad esempio nel quinquennio antecedente l'applicazione dell'opzione, la società residente abbia trasferito alla propria stabile organizzazione estera un know-how con costo fiscale pari a 10 e valore di mercato pari a 50. L'impresa nella dichiarazione dell'anno di efficacia dell'opzione dovrebbe operare una doppia variazione di fatto neutra rispetto al reddito imponibile della casa madre, in particolare dovrà operare una variazione in aumento del proprio reddito imponibile per un importo pari a 40 e contestualmente aumentare di pari importo il valore del reddito della stabile organizzazione su cui è stata applicata l'esenzione.

²⁸⁷ Sul tema, la bozza del Decreto legislativo di recepimento della Direttiva UE 2016/1164, relativa all'introduzione a livello comunitario di norme di contrasto alle operazioni elusive, ha apportato novità alla disciplina dell'*exit taxation* nel caso, fra gli altri, di soggetti fiscalmente residenti nel territorio dello stato che trasferiscono attivi ad una loro stabile organizzazione situata all'estero con riferimento alla quale si applica l'esenzione degli utili e delle perdite di cui all'art. 168-ter. Per la fattispecie in questione la disciplina introdotta non pare fornire un rilevante elemento di novità in quanto la valorizzazione del trasferimento di attività e passività fra la casa madre e la stabile organizzazione esente aveva già trovato spazio nell'ambito del paragrafo 6 del Provvedimento. Se ne potrebbe tuttavia ricavare un regime di favore per i passaggi di beni in quanto in nuovo decreto consente che la relativa imposta sul plusvalore possa essere rateizzata. Tale plusvalenza dovrà essere calcolata come differenza fra il valore di mercato e il corrispondente valore fiscalmente riconosciuto degli attivi trasferiti dalla casa madre alla stabile estera in regime di esenzione e potrà essere rateizzata nel limite massimo di 5 periodi d'imposta. Vale precisare che il decreto legislativo, per le società con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare, entrerà in vigore dal 1° gennaio 2019, così ASCOLI G., PELLECCIA M., *Prospettive di ampliamento delle ipotesi di applicazione della exit taxation*, in *Il fisco*, 38/2018, p. 3621.

²⁸⁸ Il regime di consolidamento fiscale mondiale ai fini dell'IRES è stato introdotto dall'art. 4, comma 1, della l. 7.4.2003 n. 80 (ed è disciplinato dagli articoli da 130 a 142 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi. Si tratta di un sistema opzionale per il soggetto controllante rispetto a tutte le imprese controllate estere, irrevocabile per almeno cinque esercizi. In sintesi, il consolidato fiscale mondiale si fonda sulla somma algebrica dei redditi conseguiti da tutte le imprese estere controllate, considerati in misura proporzionale alla quota di partecipazione al capitale ed agli utili in esse detenuta dal capogruppo residente (la proporzionalità rappresenta la maggior differenza con il consolidato fiscale nazionale). Ai fini dell'accesso all'opzione, è necessario che la società controllante sia residente in Italia, vi sia l'identità del periodo d'imposta fra i soggetti che accedono alla disciplina e la revisione dei bilanci della società controllante e delle controllate. L'opzione di consolidamento degli imponibili su base mondiale, una volta scelta, è onnicomprensiva, dovendo necessariamente avere per oggetto la totalità delle controllate non residenti (cd. *principio all in-all out*). Il regime di consolidato mondiale è da considerarsi molto macchinoso, tanto che pochi gruppi hanno deciso di avvalersene. Così GASPARRI T., *Il nuovo regime di branch exemption per le stabili organizzazioni all'estero*, in *Il fisco*, 25/2015, p.2448.

cinque periodi d'imposta antecedenti, all'adesione dell'opzione di esenzione dei redditi, e trasferite, totalmente o parzialmente, al regime di consolidato. Si potrebbe infatti:

- a. considerare le perdite cedute come “definitivamente utilizzate”, in tal modo tali perdite concorreranno nella totalità alla formazione del *recapture* considerato che, se non lo sono già state, saranno utilizzabili nell'ottica del bilancio consolidato di gruppo;
- b. non considerare le perdite cedute come “definitivamente utilizzate, in tal caso tali perdite dovranno essere sterilizzate e non potranno più essere considerate come riportabili dal consolidato ai sensi dell'art. 84 del T.U.I.R., non concorreranno quindi alla determinazione del *recapture* delle perdite pregresse.

E' prevista inoltre una particolare disciplina nel caso di interruzione o mancato rinnovo dell'opzione di consolidato, nello specifico caso in cui a seguito della cessazione del regime vengano attribuite alla consolidante le perdite fiscali della stabile organizzazione che hanno concorso alla formazione del *recapture*. In tal caso le perdite fiscali in questione saranno direttamente utilizzabili dalla società solo laddove il *recapture* delle stesse sia già avvenuto, nel caso in cui esso sia ancora in corso, il soggetto controllante potrà decidere se sterilizzare per la parte residua e ridurre di pari importo il *recapture*, ovvero avere la possibilità di utilizzare dette perdite solo dopo che il *recapture* sia stato integralmente assorbito.²⁸⁹

3.4.2. La disciplina Cfc e la distribuzione degli utili generati dalle branch estere

I soggetti legittimati all'applicazione dell'opzione dovranno inoltre verificare se possiedono stabili organizzazioni all'estero per le quali sussistono i presupposti per l'applicazione, ai sensi dell'art. 167 del T.U.I.R., del regime Cfc (*Controlled Foreign Companies*).²⁹⁰La disciplina del

²⁸⁹ Cfr. paragrafo 5 del Provvedimento.

²⁹⁰ Sul tema della normativa Cfc, è bene sin da subito evidenziare che quanto detto di seguito potrebbe subire notevoli variazioni a seguito dell'approvazione nell'ordinamento italiano dello schema di D.Lgs. di recepimento della direttiva 2016/1164/UE (c.d. direttiva ATAD) che ha riscritto in parte la disciplina Cfc, modificandone i presupposti di applicazione e riducendo ad una sola le ipotesi di esenzione, con modifiche che troverebbero applicazione dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2018. Per la parte che interessa, il testo dell'art.167 del T.U.I.R., come riformulato, prevedrebbe l'applicazione delle disposizioni Cfc se congiuntamente:

- a. I soggetti controllati residenti sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati assoggettati se residenti in Italia;
- b. Oltre un terzo dei proventi realizzati da essi rientrerebbe in una o più delle categorie di redditi qualificati come *passive income*.

nuovo regime di esenzione dei redditi delle stabili organizzazioni estere esige infatti che le *branch* siano diversamente valorizzate in ragione della rispettiva localizzazione, richiedendo un collegamento con la disciplina Cfc.

La normativa in tema di *branch exemption* comporta infatti l'estensione del regime Cfc alle stabili organizzazioni per le quali si è deciso di adottare il regime di esenzione dei redditi prodotti all'estero. In tal senso, nel caso in cui il soggetto residente non intenda fruire del regime dell'esenzione, pur detenendo stabili organizzazioni astrattamente riconducibili all'ambito applicativo della normativa Cfc, potrebbe continuare a far concorrere il reddito delle sue stabili organizzazioni nel suo reddito complessivo, avvalendosi dell'istituto del credito d'imposta.²⁹¹ Qualora invece l'impresa decida di optare per la *branch exemption*, l'applicazione delle norme Cfc comporterebbe che i redditi prodotti dalle *branch*, a cui la normativa antielusiva è applicabile, siano imputati per trasparenza e soggetti a tassazione separata in capo all'impresa madre residente.²⁹² L'applicazione della normativa Cfc ha come principale risultato l'assenza

La disciplina quindi dovrebbe restringere l'ambito applicativo delle Cfc, escludendo automaticamente dalla disciplina antielusiva le società partecipate che pur in presenza di un livello di tassazione effettiva molto bassa, realizzino almeno due terzi dei proventi derivanti da attività industriali o commerciali. Rispetto alla formulazione attualmente vigente verrebbe inoltre eliminata l'esimente attualmente presente alla lett. b), comma 5 (effetto di localizzazione dei redditi in paesi o territori a regime privilegiato) che ha trovato ad oggi difficoltà applicative a livello dimostrativo.

²⁹¹ Così LEO M., *Le imposte sul reddito nel Testo Unico*, Tomo II, Milano, 2018, p. 2826, per il quale: "*Unica nota positiva di questa previsione è che l'applicazione del regime di CFC alle stabili che non hanno i requisiti per la bex è prevista soltanto per quelle imprese residenti che, in relazione alle altre stabili organizzazioni, optino per la bex. Ciò significa, ad esempio, che un'impresa che abbia stabili organizzazioni sia di white list che di black list, nel caso in cui decida di non optare, per le prime, per il regime di bex, non sarà costretta ad applicare il regime di CFC alle seconde, con la conseguenza che per tutte le sue stabili potrà tranquillamente continuare ad applicare le usuali regole di imputazione diretta degli utili e delle perdite e di riconoscimento del credito di imposta per le imposte pagate all'estero.*"

²⁹² Ai sensi dell'art. 115, comma 1, del T.U.I.R.: "*Se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di un'impresa, di una società o altro ente, residente o localizzato in Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui al comma 4, diversi da quelli appartenenti all'Unione europea ovvero da quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni, i redditi conseguiti dal soggetto estero controllato sono imputati, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute. Tale disposizione si applica anche per le partecipazioni di controllo in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati.*"

La norma, fino al 2015 applicabile solo nei confronti di società controllate, prevede quindi che il reddito venga imputato alla società controllante italiana nell'intera misura rispetto alla percentuale di partecipazione ai diritti patrimoniali nella società controllata estera. Ciò prescindendo dal periodo di possesso della partecipazione e a condizione che alla chiusura dell'esercizio della controllata, la controllante abbia un concreto diritto di partecipazione agli utili nella stessa. Il comma in questione, stabilisce inoltre che il reddito della Cfc sia imputato al controllante residente "*a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato*", in proporzione alla partecipazione detenuta. Tale imputazione dovrebbe avvenire convertendo detto reddito, rideterminato secondo le regole domestiche, secondo il cambio del giorno di chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione della società. Il successivo comma 6 disciplina invece le modalità di tassazione del reddito in questione, affermando che: "*I redditi del soggetto non residente, imputati ai sensi del comma 1, sono assoggettati a tassazione separata con l'aliquota media applicata sul reddito complessivo del*

di esenzione dei redditi provenienti da dette stabili organizzazioni ed allo stesso tempo, l'impossibilità di compensazione dei risultati positivi e negativi fra casa madre e stabile organizzazione - l'unica compensazione prevedibile sarà quella interna alla gestione separata con gli utili successivi.

L'art. 168-*ter* del T.U.I.R., contiene al comma 3° e 4° la disciplina delle stabili organizzazioni localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata. In dettaglio, non potranno godere del regime in analisi, le *branch* qualora siano localizzate:

- a. in Stati o territori con regimi fiscali privilegiati a norma dell'art.167, comma 4°, del T.U.I.R.,²⁹³ ovvero
- b. in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata, ma ricorrano congiuntamente le condizioni di cui al comma 8-bis° del medesimo art. 167, e cioè che:
 1. siano assoggettate a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero state soggette ove residenti in Italia, e
 2. abbiano conseguito proventi per più del 50% derivanti:
 - dalla gestione, detenzione, investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre passività finanziarie (come dividendi, plusvalenze, interessi attivi o commessioni);
 - dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica (come *royalties*);
 - dalla prestazione di servizi infragruppo, ivi compresi i servizi finanziari (ad esempio servizi di contabilità tesoreria accentrata o consulenza).

Il regime della *branch exemption* sarà invece applicabile alle predette stabili organizzazioni per le quali ricorrano le esimenti di cui al comma 5°, lett. a) o b), o al comma 8-*ter*° dell'art. 167 del T.U.I.R., ovvero per:

soggetto residente e, comunque, non inferiore all'aliquota ordinaria dell'imposta sul reddito delle società'. I redditi sono determinati in base alle disposizioni applicabili ai soggetti residenti titolari di reddito d'impresa, ad eccezione dell'articolo 86, comma 4. Dall'imposta così determinata sono ammesse in detrazione, ai sensi dell'articolo 165, le imposte pagate all'estero a titolo definitivo"

²⁹³ In tema di identificazione di "territori con regime fiscale privilegiato", con le modifiche apportate dalla legge del 28 dicembre 2015, n.208 ("Legge di stabilità 2016"), a partire dal 1° gennaio 2016 si considerano privilegiati:
a. i regimi in cui "il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia";
b. i regimi "speciali".

La nuova impostazione prescinde dall'esistenza di un adeguato scambio di informazioni tra l'Italia e il Paese di volta in volta interessato e, al medesimo tempo, esclude tutti gli Stati appartenenti all'Unione europea ovvero quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni. Cfr. Agenzia delle Entrate, circolare n. 35, del 4 agosto 2016.

- a. le stabili organizzazioni localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata, per le quali si possa dimostrare che svolgono un'effettiva attività industriale o commerciale come propria attività principale nel mercato di insediamento (comma 5°, lett a.),²⁹⁴ ovvero
- b. le stabili organizzazioni localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata, per le quali la società madre dimostri che la localizzazione in detto territorio estero, non persegua l'obiettivo di localizzare i redditi in Stati o territori a fiscalità privilegiata (comma 5°, lett b.),²⁹⁵ ovvero
- c. le stabili organizzazioni localizzate in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata (c.d. *white list*), per i quali si verificchino congiuntamente le condizioni individuate ai sensi dell'art. 167, comma 8-bis° del T.U.I.R.,²⁹⁶ e alle quali sia dimostrabile l'assenza di una costruzione artificiosa mirante a favorire un indebito vantaggio fiscale beneficiando della residenza estera della stabile organizzazione (comma 8-ter°).²⁹⁷

²⁹⁴ Gli elementi da dimostrare al fine di integrare quanto richiesto dall'esimente alla lett. a), comma 5, dell'art. 167 del T.U.I.R., sarebbero da ricondursi a:

- disponibilità nel luogo di esercizio dell'attività di una struttura idonea allo svolgimento dell'attività industriale o commerciale dotata di un'autonomia gestionale;
- l'istaurazione di un legame economico e sociale con il paese estero di insediamento;
- ragioni imprenditoriali di insinuazione in detto mercato.

²⁹⁵ Gli elementi da dimostrare al fine di integrare quanto richiesto dall'esimente alla lett. b), comma 5, dell'art. 167 del T.U.I.R., peraltro di non poca difficoltà pratica, sarebbero da ricondursi a:

- godere di un regime fiscale privilegiato ai sensi dell'art. 167, comma 4°, del T.U.I.R., ma produrre più del 75% in Stati o territori non privilegiati e di essere ivi assoggettati ad imposizione ordinaria senza godimento di regimi speciali;
- godere di un regime fiscale privilegiato ai sensi dell'art. 167, comma 4°, del T.U.I.R., ma svolgere esclusivamente la propria principale attività, ovvero essere fiscalmente residente in uno Stato o non privilegiato e di essere ivi assoggettati ad imposizione ordinaria dei redditi prodotti;
- essere residente in uno Stato o territorio non privilegiato, senza godere di regimi speciali, ma operare in uno Stato fiscalmente privilegiato mediante una stabile organizzazione, il cui reddito sia assoggettato a tassazione ordinaria nello Stato di residenza;
- dimostrare che l'investimento non abbia originato un consistente risparmio d'imposta.

²⁹⁶ Come precedentemente specificato le due condizioni attengono all'assoggettamento a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero state soggette ove residenti in Italia e il conseguimento di proventi derivanti per più del 50% da *passive income*.

²⁹⁷ La c.d. "esimente della costruzione di puro artificio", sebbene non richiami espressamente il comma 5-bis dell'art. 167 del T.U.I.R. ai fini della disapplicazione del regime delle *Controlled Foreign Companies* alle stabili organizzazioni estere, è stato fino ad oggi ufficialmente riconosciuto come parte integrante della prima esimente, sul punto infatti la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 51 del 6 ottobre 2010, ha ritenuto che il legislatore domestico abbia voluto accogliere la nozione di "costruzione di puro artificio" elaborata dagli organi comunitari. "Al riguardo, si osserva che l'espressione utilizzata dal legislatore nazionale appare in linea con la terminologia adottata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea che, nella sentenza *Cadbury-Schweppes* del 12 settembre 2006 (causa C-196/04), ha affermato il principio della compatibilità delle normative CFC con il principio della libertà di stabilimento sancito dall'articolo 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex articolo 43 del TCE), limitatamente alle ipotesi di società controllate residenti in uno Stato membro che rappresentano "wholly artificial arrangements intended to circumvent national law". Secondo la Corte di Giustizia UE una costruzione societaria non è da considerarsi meramente artificiosa ove "da elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la controllata è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive" (cfr. sentenza *Cadbury-Schweppes*, punto

Al fine di chiarire la disciplina, la Relazione illustrativa del “Decreto crescita ed internazionalizzazione” ha fornito un esempio relativo alla detenzione di più stabili organizzazioni in diversi paesi, ipotizzando che un’impresa italiana abbia quattro stabili organizzazioni, due delle quali localizzate in stati *white list*, una localizzata in un paese *black list A* per la quale sussistono le esimenti dell’art. 167 del T.U.I.R., e una localizzata in un paese *black list B* per la quale non sussistono le anzidette esimenti. L’opzione della *branch exemption* “deve essere esercitata per tutte e quattro le stabili organizzazioni, tenendo conto, tuttavia, che le stabili organizzazioni ubicate in Stati o territori *black list* sono trattate diversamente a seconda che sussistano o meno le esimenti di cui all’art. 167 del T.U.I.R.”. Nell’esempio considerato quindi, il perimetro della *branch exemption* comprenderà, oltre le due stabili organizzazioni localizzate in paesi *white list*, anche la stabile del paese A, mentre quella del paese B dovrà essere tassata per trasparenza in via separata.

Sempre a titolo esemplificativo, al fine di identificazione delle stabili organizzazioni a cui si applica o meno il regime opzionale, si prenda in considerazione un’impresa che detenga le seguenti sei stabili organizzazioni:

1. *branch* in Italia;
2. *branch* nel Paese A (*white list*) senza i requisiti del comma 8-*bis*^o dell’art. 167 del T.U.I.R.;
3. *branch* nel Paese B (*white list*) con i requisiti del comma 8-*bis*^o dell’art. 167 del T.U.I.R. e la possibilità di fornire l’esimente di cui al comma 8-*ter*^o, di inesistenza di una costruzione di puro artificio;
4. *branch* nel Paese C (*white list*) con i requisiti del comma 8-*bis*^o dell’art. 167 del T.U.I.R., ma senza la possibilità di fornire l’esimente di cui al comma 8-*ter*^o, di inesistenza di una costruzione di puro artificio;
5. *branch* nel Paese D (*black list*) che possa dimostrare le esimenti di cui al comma 5^o del T.U.I.R.;
6. *branch* nel Paese E (*black list*) che non possa dimostrare le esimenti di cui al comma 5^o del T.U.I.R.

L’eventuale esercizio dell’opzione dovrà coinvolgere, con differenti modalità, tutte le differenti *branch*.

75). Ciò in quanto “la circostanza che le attività corrispondenti agli utili della società estera controllata ben avrebbero potuto essere effettuate anche da una società stabilita sul territorio dello Stato membro in cui si trova la società residente non può permettere di concludere per l’esistenza di una costruzione di puro artificio” (cfr. sentenza *Cadbury-Schweppes*, punto 69).”

Nello specifico, l'esenzione si renderà operante per le strutture localizzate nei Paesi A, B e D; mentre per le strutture nei Paesi C, E ed in quella italiana troverà applicazione la disciplina Cfc di imputazione del reddito prodotto all'estero per trasparenza.

Tutto ciò premesso, il punto 8.2 del Provvedimento precisa che qualora l'impresa italiana abbia nello Stato estero più siti produttivi²⁹⁸ e ognuno di essi configuri come una stabile organizzazione ogni sito che integri i presupposti della normativa Cfc ma non integri le relative esimenti è da considerarsi come una singola stabile organizzazione. In alternativa qualora in presenza di più siti produttivi soltanto alcuni integrino le caratteristiche del regime Cfc, i siti che non le integrano – o rispettano una delle esimenti previste dalla disciplina – sono da considerarsi come un'unica stabile organizzazione nello Stato estero.²⁹⁹ La deroga in questione ha il fine di evitare che in presenza di più siti produttivi, autonomamente suscettibili di integrazione delle caratteristiche della disciplina antielusiva, vi sia la contaminazione dei siti sul medesimo territorio che potrebbero invece integrare i presupposti dell'opzione per l'esenzione in quanto non sono conformi alle caratteristiche Cfc, ovvero se conformi ne integrano un'esimente. Questi ultimi siti produttivi, prima di essere aggregati, devono essere oggetto di autonoma valutazione considerando che il Provvedimento prevede che l'impresa dimostri la sussistenza delle esimenti, ai sensi del comma 5° e 8-ter° del T.U.I.R., per ciascun sito produttivo a cui risulti applicabile la disciplina Cfc.

In assenza delle esimenti, il reddito della stabile organizzazione estera è quindi determinato secondo le regole della normativa Cfc, ma *“dopo aver attribuito a detta branch gli utili e le perdite come se fosse un'entità separata. A prescindere dalle risultanze contabili, alla branch soggetta al regime Cfc si applicano le disposizioni di cui ai commi 7.5 e 7.6”*³⁰⁰ in tema di valorizzazione al valore normale, ai sensi dell'art. 110, comma 7° delle operazioni interne.

Altri comportamenti antielusivi sono contrastati dal Provvedimento, il quale prevede inoltre che, qualora alla stabile organizzazione esente sia imputata una partecipazione che soddisfi i criteri di applicazione di cui all'art. 167 del T.U.I.R., il regime Cfc trova applicazione in capo

²⁹⁸ Sul punto occorre precisare che il concetto di stabile organizzazione in uno stato estero si sostanzia al superamento di una “soglia di presenza economica minima” di un soggetto non residente; tale concetto sarà poi da declinarsi in una dimensione fisica (c.d. *“physical permanent establishment”*) o personale (c.d. *“agency permanent establishment”*) che rispetti i requisiti oggettivi di applicazione del regime di esenzione.

²⁹⁹ Nel caso di stabili organizzazioni a cui si applica la normativa Cfc, il Provvedimento prevede una deroga alla regola generale secondo cui, pur in presenza di più siti produttivi in uno stesso Stato estero, si ravvisa un'unica stabile organizzazione.

³⁰⁰ In tal senso il paragrafo 8.4 del Provvedimento.

alla casa madre, con la conseguenza che il reddito della società Cfc sarà attribuito direttamente alla casa madre la quale non beneficerà dell'esenzione del reddito.³⁰¹

L'esercizio dell'opzione del regime della *branch exemption*, in caso di assenza di esimenti, potrebbe avvenire secondo due diverse modalità applicative:³⁰²

- a. nel caso di apertura della prima stabile organizzazione all'estero potenzialmente assoggettabile al regime Cfc da parte dell'impresa residente in Italia, ai sensi dell'art. 168-ter, comma 3°, la casa madre non potrebbe esercitare l'opzione per la *branch exemption* e, gli utili e le perdite dell'entità estera sarebbero inglobati nel reddito della casa madre residente;
- b. nel caso in cui all'apertura della stabile organizzazione che integri i presupposti della disciplina Cfc, l'impresa italiana abbia già optato per il regime di *branch exemption*, la nuova *branch* sarà assoggettabile alla normativa dell'art. 167 del T.U.I.R. e verrà trattata come una *subsidiary* i cui utili e le cui perdite saranno da attribuirsi alla casa madre secondo il regime di trasparenza.

Il Provvedimento infine disciplina il caso di cassazione dell'efficacia dell'opzione di *branch exemption*, prevedendo che in tale ipotesi avviene la fuori uscita delle *branch* per cui era stata applicata la disciplina dell'art. 167 dal regime Cfc. In tal senso quindi, come avverrebbe per le altre stabili organizzazioni, anche quelle che erano state tassate con il regime di trasparenza tornano ad essere tassate con il meccanismo del credito d'imposta.³⁰³

Come puntualizzato da Assonime,³⁰⁴ l'applicazione del regime di tassazione per trasparenza Cfc alle stabili organizzazioni crea interferenza con la disciplina stessa delle *Controlled foreign Companies*. La *ratio* di quest'ultimo regime è proprio quella di evitare il differimento della

³⁰¹ L'imputazione del reddito della società Cfc direttamente alla casa madre, e non alla stabile organizzazione, al fine di evitare comportamenti elusivi da parte della prima, che potrebbe trasferire sulla propria stabile organizzazione la partecipazione al fine di beneficiare dell'esenzione. In tal caso potrebbe generarsi una situazione di doppia imposizione in capo alla casa madre, la quale sarebbe tassata tanto nello stato di localizzazione della stabile organizzazione, quanto in quello di residenza della società che integra i presupposti Cfc, a patto che non venga concesso un doppio credito d'imposta. In tal senso GRILLI S., *Branch Exemption: una prima lettura ragionata della disciplina*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 4/2017, p.1127.

³⁰² Così GIGLIO MORO V., PEVERELLI M., *Branch exemption: una panoramica sulla normativa di riferimento*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 1/2018, p.5.

³⁰³ Una disciplina specifica è stata invece prevista per le perdite fiscali generate dalla stabile organizzazione tassata per trasparenza negli anni in cui rispettava la normativa Cfc, considerando tali perdite non perse ma utilizzabili ai soli fini dell'abbattimento dei redditi dalla stessa conseguiti; ai sensi del paragrafo 8.7 del Provvedimento.

³⁰⁴ In commento al decreto crescita e internazionalizzazione, nella *Nota tecnica sugli schemi di d.l.vo di attuazione della legge delega fiscale approvati in via preliminare dal consiglio dei ministri in data 21.4.2015*, in *Consultazione*, 9/2015.

tassazione che potrebbe derivare dalla scelta di “conservare” gli utili in partecipate *black list*; un differimento che non trova senso in tema di produzione di reddito estero attraverso stabili organizzazioni per le quali in caso di applicazione del metodo ordinario del credito d’imposta tale tassazione per trasparenza avviene già. Una parte della dottrina risulta quindi interdetta sull’introduzione del regime Cfc per le stabili organizzazioni, in considerazione del fatto che si sarebbe potuto in alternativa prevedere la mera esclusione dal regime della *branch exemption*.³⁰⁵

L’appartenenza di una stabile organizzazione estera all’ambito oggettivo dell’opzione di esenzione o meno assume riflessi anche in tema di trattamento fiscale dei “dividendi” trasferiti dalla stabile organizzazione alla casa madre. Sul tema l’art. 168-ter, comma 5°, ha previsto che *“Nel caso di esercizio dell’opzione di cui al comma 1 con riferimento alle stabili organizzazioni per le quali sono state disapplicate le disposizioni di cui all’articolo 167, si applicano, sussistendone le condizioni, le disposizioni degli articoli 47, comma 4, e 89, comma 3.”*

Gli utili si considerano “rimessi” dalla stabile organizzazione alla casa madre, quando si attua una riduzione del fondo di dotazione³⁰⁶ da parte della *branch* per l’attribuzione di porzioni di reddito alla casa madre, anche attraverso la circolarizzazione di *asset*, funzioni e rischi.³⁰⁷

Considerato che la stabile organizzazione non ha soggettività giuridica e che quindi non potrebbe esserci ad alcun titolo formale distribuzione di utili dalla *branch* all’impresa residente, la disposizione normativa sopracitata acquista rilevanza solo se riferibile agli utili provenienti da altre entità *branch* che l’impresa nel suo complesso distribuisce ai propri soci.

In conformità con quanto previsto per le stabili organizzazioni soggette al regime ordinario del credito d’imposta estero, il Provvedimento prevede che gli utili e le perdite derivanti da stabili organizzazioni incluse nel perimetro del regime di esenzione non concorrano alla

³⁰⁵ In accordo con quanto espresso da Assonime, anche LEO M., *Le imposte sul reddito nel Testo Unico*, Tomo II, Milano, 2018, p. 2825 e DI CESARE, *Il nuovo regime di branch exemption*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 6/2015, p. 126. Sul punto Leo aggiunge che *“Né pare ipotizzabile ricondurre questa previsione alla necessità di evitare abusi connessi allo “spostamento” di utili dalle stabili organizzazioni con caratteristiche idonee a far scattare il regime di CFC (escluse dal regime di bex) alle altre stabili soggette alla bex, dato che questo fenomeno non solo non si distingue affatto da quello che potrebbe verificarsi direttamente nei rapporti tra casa madre e le proprie stabili organizzazioni soggette alla bex, ma è già ben regolato dalla previsione dell’applicazione dei principi del transfer pricing a tali transazioni.”*

³⁰⁶ Per riduzione del fondo di dotazione dovrebbe intendersi l’eccedenza rispetto all’apporto originario da parte della casa madre. La riduzione in questione è in realtà un mero fenomeno contabile in quanto consiste in una riduzione degli attivi o aumento dei passivi iscritti nella contabilità separata della *branch* a cui corrisponderà una riduzione del fondo di dotazione iscritto fra le passività della stabile organizzazione e in maniera corrispondente un aumento degli attivi o una diminuzione dei passivi iscritti nella contabilità della casa madre a cui corrisponderà una riduzione della posta iscritta all’attivo della contabilità separata della casa madre

³⁰⁷ Cfr. paragrafo 9.2 del Provvedimento.

determinazione del reddito imponibile; ciò fatta eccezione per quanto attiene agli utili provenienti da stabile organizzazione esente e ubicata in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato ed in relazione alla quale è verificata l'esimente ai sensi dell'art. 5, lett. a).³⁰⁸ Inoltre viene espressamente previsto che in presenza di utili realizzati dalla stabile organizzazione in anni anteriori all'applicazione del regime, nel caso di riduzione del fondo di dotazione, il prioritario utilizzo di detti utili rispetto a quelli generati successivamente al momento di esercizio dell'opzione.

L'analisi della tassazione in capo ai soci della casa madre dell'utile, ovvero del capitale, trasferito dalla *branch* all'impresa residente genera situazioni complesse da analizzare, in particolare in caso di copresenza di stabili organizzazioni di diversa origine e caratterizzazione.³⁰⁹

In primo luogo risulta necessario distinguere la tipologia di distribuzione della ricchezza dalla casa madre ai soci della stessa. Si potrebbe infatti realizzare una distribuzione di riserve di capitale – nel caso in cui non siano presenti riserve di utili – che non genererà alcun presupposto impositivo in capo alla casa madre, ovvero al socio della stessa – in quanto l'ammontare distribuito non potrebbe derivare da utili preventivamente distribuiti dalla stabile organizzazione alla casa madre. Nel caso opposto in cui si decidesse di corrispondere riserve di capitali in presenza di utili non distribuiti, opererebbe la presunzione prevista dall'art. 47, comma 1°, del T.U.I.R., la quale prevede che “*indipendentemente dalla delibera assembleare, si presumono prioritariamente distribuiti l'utile dell'esercizio e le riserve diverse da quelle del comma 5 per la quota di esse non accantonata in sospensione di imposta.*”.

Nel secondo caso – ed maniera analoga allorquando vengano distribuite riserve di utili – la distribuzione dell'utile può avere diversi impatti a seconda che venga o meno ridotto il fondo di dotazione della stabile organizzazione.³¹⁰ Nel caso in cui non avvenga una riduzione del fondo di dotazione in eccedenza all'apporto originario, non si potrebbero considerare gli utili distribuiti come provenienti da una stabile organizzazione, pertanto la casa madre non sconta alcuna imposizione ed il socio, percettore finale degli utili, sconta l'imposizione sulla base del regime ordinario, ossia con percentuali diverse sulla base della tipologia di soggetto

³⁰⁸ Cfr. paragrafo 9.1 del Provvedimento.

³⁰⁹ Si ritiene quindi necessario procedere con un'analisi piramidale delle diverse fattispecie, sulla scorta di quanto previsto in dottrina, TRAINOTTI A., PIAZZA M., *Branch exemption e fondo di dotazione: due aspetti che richiedono ancora maggiore coordinamento*, in *Fiscaltà & Commercio internazionale*, 12/2017, p.48.

³¹⁰ Nel caso di riduzione del fondo di dotazione manca una norma che presuma la distribuzione prioritaria degli utili della *branch*, in analogia a quanto previsto in caso di distribuzione delle riserve della casa madre.

percipiente.³¹¹ Nel eventualità in cui, invece, vi sia una riduzione del fondo di dotazione della stabile organizzazione, l'adozione del regime dell'esenzione dei redditi richiede una quadripartizione dei possibili effetti di distribuzione degli utili di cui la casa madre dovrà tener conto nel momento di distribuzione ai soci.³¹²

- a. gli utili generati dalle stabili organizzazioni in paesi *white list*, che non integrano i requisiti di cui alle lett. a) e b) del comma 8-*bis*^o dell'art.167 del T.U.I.R. – per l'applicabilità del regime Cfc – ovvero che pur rispettando tali requisiti, possono fornire la prova liberatoria di cui all'art.8-*ter* del citato articolo. Tali utili godono dell'ordinario regime di tassazione con imponibilità diversa in ragione della possibile natura del socio. Sebbene in tal caso possa verificarsi una non congrua imposizione rispetto a quella che la *branch* avrebbe sostenuto in Italia, il legislatore ha evitato di imporre qualsiasi tipologia di imposizione in capo alla casa madre in quanto ciò avrebbe comportato un'indebita restrizione della libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 54 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea;
- b. gli utili generati dalle stabili organizzazioni *black list* o *white list*, che integrano i requisiti di cui alle lett. a) e b) del comma 8-*bis*^o dell'art.167 del T.U.I.R, in mancanza del rispetto delle circostanze esimenti, per le quali stabili organizzazioni trova applicazione la disciplina delle Cfc e l'esclusione dall'applicazione del regime opzionale della *branch exemption*. In considerazione dell'applicazione della predetta disciplina, il reddito delle stabili organizzazioni scontrerà una tassazione per trasparenza e pertanto gli utili verranno completamente esclusi dal reddito dei soci;
- c. gli utili generati dalle stabili organizzazioni localizzate in territori *black list* che, godendo dell'esimente di cui alla lett. a), comma 5^o dell'art. 167, del T.U.I.R., hanno potuto accedere

³¹¹ Nel caso in cui il socio sia una società di capitali l'imponibilità del dividendo sarà pari al 5% dell'ammontare totale ai sensi dell'art.89, comma 3^o, del T.U.I.R., alternativamente allorché il socio sia un soggetto persona fisica la tassazione dipenderà dal fatto che la partecipazione sia o meno detenuta in forma d'impresa, ai sensi dell'art. 47, comma 4^o, del T.U.I.R.; si precisa che per gli utili percepiti da persone fisiche non titolari di partita iva, dal 1° gennaio 2018, la tassazione avverrà con ritenuta secca del 26% a prescindere dalla tipologia di qualificazione della partecipazione detenuta. Nel caso opposto in cui la persona fisica detenga la partecipazione in regime d'impresa, scontrerà un'imponibilità dell'utile percepito del 58,14% se formatosi a decorrere dall'esercizio successivo a quello in corso al 31.12.2016.

³¹² Nell'analisi delle seguenti fattispecie non si considera il caso in cui la stabile organizzazione sia assoggettata al regime ordinario del credito d'imposta, quando i redditi provenienti da dette stabili organizzazioni non concorrono alla determinazione del reddito imponibile della casa madre, ovvero il caso in cui la riduzione del fondo di dotazione trovi un limite negli utili realizzati prima dell'adesione della casa madre al regime opzionale, in tal caso, come previsto dal Provvedimento, vi sarebbe la tassazione in capo al socio e non alla casa madre in quanto si tratta di utili già tassati secondo il regime ordinario in capo alla casa madre.

al regime della *branch exemption*. Tali utili dovrebbero essere tassati per intero in capo soci della casa madre, a prescindere dall'entità della partecipazione detenuta, in quanto il fatto che l'investimento sia realizzato direttamente dalla società italiana per mezzo di una stabile organizzazione (unicità della soggettività giuridica), determina che si possa considerare una "partecipazione diretta" dei soci della casa madre nella stabile organizzazione esente. Il Provvedimento³¹³ prevede che gli utili in questione debbano concorrere alla formazione del reddito della casa madre in misura pari al cinquanta per cento del loro ammontare³¹⁴ al momento della distribuzione ai soci della casa madre – e non al momento della riduzione del fondo di dotazione della stabile organizzazione esente. La *ratio* dell'eccezione al regime ordinario di imposizione dei dividendi risiede nella volontà di escludere ogni possibile eventuale non imposizione in Italia dei redditi realizzati per mezzo della stabile organizzazione, in quanto i soci della casa madre potrebbero essere soggetti non residenti legittimati all'applicazione dell'esenzione della ritenuta sui dividendi sulla base delle disposizioni dell'art. 27, comma 3-ter^o, e 27-bis, del D.P.R. del 29 settembre 1973, n.600.³¹⁵ Al fine di attenuare la doppia imposizione in capo ai soci si dovrà riconoscere un credito d'imposta indiretto per quanto versato all'estero dalla stabile organizzazione previsto dagli art. 47, comma 4^o e 89, comma 3^o, del T.U.I.R.;

- d. gli utili generati dalle stabili organizzazioni localizzate in territori *black list* che, avendo l'esimente di cui alla lett. b), comma 5^o dell'art. 167, del T.U.I.R., hanno potuto accedere

³¹³ Cfr. paragrafo 9.3 del Provvedimento.

³¹⁴ Così come previsto a seguito delle modifiche all'art. 89 introdotto dall'art.1, comma 1009^o, delle Legge del 27 dicembre 2017, n.2015 ("Legge di Bilancio 2018"). Inoltre ai sensi di quanto disposto dai commi 1007^o e 1008^o della citata legge, nel caso in cui una *branch* (extra UE) passi da *white* a *black* da un periodo d'imposta ad un altro, gli utili generatisi nel periodo d'imposta in cui era *white* manterrebbero tale qualifica anche se, al momento della percezione degli stessi da parte della casa madre il regime fiscale estero è divenuto *black* e dovrebbero inoltre considerarsi rimpatriati in via prioritaria gli utili formati quando la *branch* era considerata *white*. In tal senso MAISTO G., *Prove di coordinamento per gli utili privilegiati e branch exemption*, in *Diritto e pratica tributaria*, 3/2018, p.1183.

³¹⁵ Così LEO M., *Le imposte sul reddito nel Testo Unico*, Tomo II, Milano, 2018: "Sembra logico ritenere che tale previsione trovi applicazione soltanto quando le condizioni per la disapplicazione della disciplina dell'art. 167 del T.U.I.R. siano quelle previste dalla lett. a) del comma 5 e non quelle previste dalla lett. b) del medesimo comma o dal comma 8-ter. D'altra parte, l'eventuale partecipazione in una società soggetta all'art. 167 ma per la quale sussista una delle due condizioni da ultimo richiamate (in presenza, cioè, di una localizzazione effettiva dei redditi al di fuori dei regimi fiscali privilegiati ovvero in assenza di costruzioni artificiose), darebbe luogo, nella normalità dei casi, all'applicazione della disciplina di esenzione dei dividendi in capo ai soci residenti. Comunque sia, il punto 9.3 del Provvedimento statuisce che ai fini della dimostrazione dell'esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lettera b), dell'articolo 167 del T.U.I.R., come richiamata dagli articoli 47, comma 4, e 89, comma 3, del T.U.I.R., occorre dimostrare che con la stabile organizzazione non si consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato "a partire dall'esercizio di efficacia dell'opzione per il regime di *branch exemption*"

al regime della *branch exemption*. Nonostante l'imprecisione del Provvedimento,³¹⁶ gli utili in questione non potranno godere della deroga alla disposizione in quanto, al fine di dimostrare la ricorrenza di detta esimente, la norma richiede che la dimostrazione della congrua tassazione debba sussistere a partire dal primo periodo d'imposta in cui è efficace il regime dell'esenzione fiscale dei redditi della stabile organizzazione. Sulla base di quanto previsto al punto (a), tali utili godono dell'ordinario regime di tassazione con percentuale di imponibilità variabile in ragione della diversa natura del socio. Il legislatore ha quindi preferito garantire una tassazione congrua in capo alla società italiana e quindi l'applicazione delle ordinarie forme di imposizione dei dividendi da essa distribuiti.

La seguente tabella riepiloga le differenti modalità di tassazione dei proventi distribuiti sulla base della tipologia di *branch* e sulla applicabilità o meno del regime di *branch exemption*.

BRANCH Tipologia	TASSAZIONE BRANCH In capo alla casa madre	TASSAZIONE PROVENTO In capo alla casa madre
NO CFC	Esenzione bex	✘
CFC <i>white list</i>	Trasparenza	✘
CFC <i>white list</i> con esimente 8-ter	Esenzione bex	✘
CFC <i>black list</i>	Trasparenza	✘
CFC <i>black list</i> con esimente 5 a)	Esenzione bex	✓
CFC <i>black list</i> con esimente 5b)	Esenzione bex	✘

Per completezza, si segnala che l'Amministrazione Finanziaria,³¹⁷ ha dato vita ad alcune criticità connesse alla volontà di ampliare il perimetro applicativo del regime di esenzione anche alle persone fisiche, enti non commerciali, società di persone e soci non residenti della società che subiranno un prelievo a titolo di imposta sugli utili ad essi attribuiti anche se provenienti da strutture esenti *black list*.³¹⁸

³¹⁶ Il quale fa genericamente riferimento agli "utili provenienti dalla branch esente localizzata negli Stati o territori di cui al comma 4 dell'art. 167 del t.u.i.r".

³¹⁷ Cfr. paragrafo 9.4 del Provvedimento.

³¹⁸ Sul punto la previsione desta perplessità in quanto l'Amministrazione non stabilisce un criterio di determinazione quando possano essere considerati "pagati" o "prelevati" gli utili dalle società di persone o dall'impresa individuale.

3.4.3. L'agevolazione ACE

Il Provvedimento completa l'analisi del regime della *branch exemption* con l'esame dell'applicazione della disciplina sull'Aiuto alla crescita economica (Ace)³¹⁹ alle stabili organizzazioni estere dell'impresa residente. In particolare, il Provvedimento ha chiarito che le disposizioni di attuazione del D.M. 3 agosto 2017 (c.d. "Decreto Ace") si applicano sia all'impresa nel suo complesso sia alle stabili organizzazioni che abbiamo attivato l'opzione per l'esenzione dei redditi prodotti all'estero. Il Provvedimento persegue l'obiettivo di riproporre "a specchio" le modalità di determinazione dell'agevolazione Ace così come previste per le stabili organizzazioni italiane di soggetti esteri.

In tal senso il paragrafo 7.8 del Provvedimento, innovando e superando quanto previsto nella bozza dello stesso, ha introdotto una modalità specifica di determinazione dell'agevolazione, individuando come base di partenza su cui calcolare gli incrementi e i decrementi rilevanti sul maggiore fra il fondo di dotazione contabile al 31 dicembre 2010 e il fondo congruo ai fini fiscali in pari data.³²⁰ In linea teorica sono quindi considerati incrementali della base Ace gli apporti di denaro operati dalla casa madre alla stabile organizzazione, gli utili della stessa mantenuti nella propria economia e le rettifiche contabili e fiscali. Specularmente, sono invece considerati decrementi della base Ace delle stabili organizzazioni, i decrementi del suo fondo di dotazione a qualsiasi titolo intervenuti, come le riduzioni della quota di capitale e/o degli utili virtuali della stabile organizzazione. Le imprese dovranno quindi classificare le riduzioni del fondo di dotazione in:³²¹

³¹⁹ L'agevolazione è disciplinata dall'art. 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, rubricata "Aiuto alla crescita economica (ACE)"; le disposizioni di attuazione di cui al d.m. 3 agosto 2017 recante "Revisione delle disposizioni attuative in materia di aiuto alla crescita economica" pubblicato in G.U., Serie Generale, n. 187, 11 agosto 2017.

³²⁰ Nel caso in cui la stabile organizzazione fosse costituita dopo il 31 dicembre 2010, il fondo di dotazione attribuito figurativamente alla stessa influenzerà solo il patrimonio netto di periodo della casa madre italiana. In considerazione del fatto che le stabili organizzazioni non possono essere considerate come *legal entity* estere e allo stesso modo non possono procedere con una formale distribuzione di dividendi o riduzione del capitale sociale, risulta necessaria per la determinazione dell'agevolazione fiscale l'analisi degli incrementi e dei decrementi del fondo di dotazione. La disciplina non è infatti di semplice applicabilità in quanto, ci si chiede come sia possibile stimare se l'utile della stabile organizzazione sia rimasto nell'economia della stessa ovvero sia stato trasferito nell'economia della casa madre. Trattandosi del medesimo soggetto giuridico ed in assenza del regime di esenzione nei periodi di imposta successivi a quello in corso al 31 dicembre 2010, le società residenti con stabile all'estero potrebbero non aver tenuto traccia, in mancanza di un espresso obbligo, delle dinamiche patrimoniali della stabile organizzazione. In tal senso FASOLINO A., DI CAVE S., *Il regime di branch exemption: aspetti dichiarativi e spunti di (futura) pianificazione fiscale*, in *Il fisco*, 22/2017, p. 2111.

³²¹ Suddivisione sostenuta in dottrina che, tuttavia, sul punto auspica un intervento chiarificatore dell'Agenzia delle Entrate al fine di fornire precisazioni su quando sia possibile accertare l'esistenza di una riduzione virtuale del fondo di dotazione della stabile organizzazione per ragioni diverse dalle perdite, in quanto il Provvedimento considera irrilevanti ai fini Ace "le riduzioni de fondo di dotazione contabile della stabile organizzazione con attribuzione alla casa madre, effettuate a qualsiasi titolo".

- a. perdita di esercizio, da considerarsi irrilevante ai fini Ace;
- b. distribuzione di reddito a favore della casa madre, rilevante ai fini Ace;
- c. distribuzione di “riserve” di capitale a favore della casa madre, rilevante ai fini Ace.

Viene inoltre previsto che, a differenza dell'ordinario calcolo applicabile alle *branch* italiane di società ed enti commerciali non residenti, l'ammontare complessivo del rendimento nozionale relativo alle stabili organizzazioni in esame non può essere superiore al rendimento nozionale relativo all'impresa nel suo complesso. Tale previsione costituisce un limite, seppur parzialmente efficace, rispetto alla disposizione per cui l'attribuzione dell'agevolazione alla stabile riduce l'agevolazione dell'impresa nel suo complesso, in quanto, il reddito della *branch* esente si sostanzia in una variazione in diminuzione per il reddito dell'impresa nel suo complesso.³²² Essendo la stabile organizzazione in regime di esenzione, la variazione in diminuzione del fondo di dotazione della stessa comporta una corrispondente e speculare variazione in aumento del reddito imponibile in capo alla casa madre e nel caso in cui la somma dei rendimenti nozionali delle stabili estere potesse essere superiore al rendimento dell'impresa nel suo complesso si rischierebbe la determinazione di una sorta di ACE negativo e quindi di un componente positivo di reddito virtuale in capo alla casa madre.³²³ La parte di agevolazione delle stabili organizzazioni che eccede quella dell'impresa nel suo complesso dovrà essere di fatto sterilizzata e ripartita proporzionalmente tra le singole *branch* in base al rendimento nozionale di quest'ultime, che si dovrà corrispondentemente ridurre.³²⁴ Al fine di perseguire il difficile obiettivo di equilibrio fra agevolazione spettante alla casa madre italiana ed effetto della stessa alle stabili organizzazioni estere che ha come conseguenza diretta quella di ridurre l'utile in esenzione in Italia, l'Amministrazione ha inoltre previsto che “*per la casa madre l'attribuzione del fondo di dotazione alla branch esente non rileva come elemento negativo della variazione del capitale proprio di cui all'art. 5 del Decreto del 3 agosto 2017*”.

Il Provvedimento,³²⁵ inoltre, chiarisce che alle stabili organizzazioni delle imprese in esenzione si applicano le disposizioni antielusive previste dall'art. 10 del Decreto Ace che

³²² L'impostazione risulta molto criticata in dottrina in quanto si tratterebbe di scorporare l'agevolazione da quella spettante alle casa madre con riferimento agli investimenti produttivi esteri in *branch* esenti, oltre che a porre dubbi in merito all'applicazione dell'agevolazione nel caso in cui l'impresa opti per le proprie stabili organizzazioni estere per il meccanismo ordinario del credito d'imposta. In tal senso SCALA G., *Fissate le modalità applicative della branch exemption*, in *Il fisco*, 38/2017, p. 3652 e LEO M., *Le imposte sul reddito nel Testo Unico*, Tomo II, Milano, 2018, p. 2822.

³²³ ODORIZZI C., *Le misure per la capitalizzazione delle imprese. Guida alla compilazione dei modelli Redditi 2018*, in *Il Sole 24 Ore*, Marzo 2018.

³²⁴ L'eccedenza di rendimento nozionale così determinata può essere riportata dalla medesima *branch* nei periodi di imposta successivi senza alcuna limitazione quantitativa o temporale.

³²⁵ Il Provvedimento specifica che “... i riferimenti ai soci o ai partecipanti sono da intendersi alla casa madre”.

perseguono l'obiettivo di evitare che, a fronte di un'unica immissione di capitale, venga incrementato il capitale proprio di più soggetti dello stesso gruppo, e di conseguenza vengano conseguite indebite duplicazioni del beneficio ACE.³²⁶

3.4.4. L'imposta sulle attività produttive (Irap)

L'art. 12, comma 1°, del D. Lgs. del 15 dicembre 1997, n. 446, statuisce che “*nei confronti dei soggetti passivi residenti nel territorio dello Stato che esercitano attività produttive anche all'estero la quota di valore a queste attribuibile secondo i criteri di cui all'articolo 4, comma 2, è scomputata dalla base imponibile determinata a norma degli articoli da 5 a 10-bis.*”. Pertanto il valore della produzione realizzato per mezzo di una stabile organizzazione localizzata fuori dai confini nazionali, determina una diminuzione della base imponibile Irap su cui si applica l'imposta.

In tema di determinazione della quota di valore della produzione da escludere dalla base imponibile, l'art. 7, comma 2°, del D.Lgs. n. 147/2015 ha introdotto all'art. 12 del D.Lgs. n. 446/1997 il nuovo comma 2-bis^o.³²⁷ Sul punto, si nota che, mentre il secondo capoverso - effettuando il rinvio al comma 2° dell'art. 152 del T.U.I.R. - richiama anche ai fini IRAP la finzione giuridica della “*entità separata e indipendente*” ed il principio del fondo di dotazione adeguato, non vale altrettanto per il comma 3° del medesimo articolo. Sembrerebbe quindi che, dal punto di vista formale, la disciplina del *transfer pricing* non sia applicabile, ai fini Irap, alle “*transazioni*” tra stabile organizzazione e casa madre (c.d. “*internal dealings*”).³²⁸

L'Agenzia delle Entrate nel Provvedimento,³²⁹ al fine di coordinare i criteri di determinazione Irap con quelli previsti in tema di imposte sui redditi, ha anche provveduto a introdurre una

³²⁶ In tal senso BONTEMPO F., *L'agevolazione per le branch di soggetti esteri*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, n. 1/2018, p.27.

³²⁷ Art. 12, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 446/1997: “*Il valore della produzione netta derivante da una stabile organizzazione è determinato sulla base di un apposito rendiconto economico e patrimoniale, da redigersi secondo i principi contabili previsti per i soggetti residenti aventi le medesime caratteristiche, salva quella della emissione di strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in mercati regolamentati di qualsiasi Stato membro dell'Unione europea ovvero diffusi tra il pubblico di cui all'articolo 116 testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. A tali fini, si applicano le disposizioni dell'articolo 152, comma 2, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.*”

³²⁸ In tal senso MAYR S., SANTACROCE B., *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II edizione, Milano, 2016, p. 356.

³²⁹ Cfr. paragrafo 13 del Provvedimento.

nuova disciplina in tema Irap per le società che hanno adottato l'opzione di esenzione dei redditi delle proprie stabili organizzazioni all'estero.³³⁰

In particolare, il Provvedimento prevede che il valore della produzione netta relativo alla stabile organizzazione debba essere determinato applicando *a specchio* l'art. 12, comma 2-*bis*^o, del d.lgs. n. 446 del 1997, ossia sulla base di un criterio analitico, il valore della produzione netta relativa alla *branch* esente, da scomputare dal valore della produzione netta dell'impresa nel suo complesso, è determinato, ai sensi dell'art. 152, comma 2^o, del T.U.I.R., partendo dal rendiconto economico e patrimoniale.³³¹

3.5. Nuovi possibili comportamenti abusivi facenti leva sulla BEX

Sulla scorta dei numerosi presidi posti in essere in caso di adesione al regime opzionale della *branch exemption*, il Provvedimento ha ritenuto opportuno regolare e prevedere alcune ipotesi di doppia non esenzione e doppia deduzione fra cui quelle che potrebbero generarsi a seguito di operazioni straordinarie aventi ad oggetto *branch* esenti. Le disposizioni prevedono inoltre specifiche regole volte a contrastare l'indebito utilizzo del regime dell'esenzione attraverso lo sfruttamento delle differenze esistenti fra la normativa italiana e quella estera di localizzazione della stabile organizzazione. Ai sensi dell'art. 168-*ter*, comma 11^o, del T.U.I.R.,³³² l'Agenzia delle Entrate si è inoltre impegnata a pubblicare sul proprio sito *web* una elencazione del tutto esemplificativa delle fattispecie di utilizzo dell'opzione potenzialmente elusive. Sebbene ad oggi ciò non sia avvenuto, la bozza del Provvedimento direttoriale rimanda a ipotesi di *mismatching* che saranno integrate in futuro dall'Erario e la cui pubblicazione non risulta pregiudicare la possibilità per l'Amministrazione finanziaria di individuare altre fattispecie potenzialmente elusive.³³³

³³⁰ ALBANO G., SPAZIANI R., *Branch exemption più sistematica, organica, ma restano rigidità e difficoltà applicative*, in *Corriere tributario*, 38/2017, p.2925.

³³¹ Il criterio analitico dovrebbe essere utilizzato anche per la determinazione del valore della produzione realizzato all'estero anche dalle stabili organizzazioni operanti in regime fiscale privilegiato e prive delle esimenti citate. Così SCALA G., *Fissate le modalità applicative della branch exemption*, in *Il fisco*, 38/2017, p. 3652 e MANGUSO G., *Branch exemption, emendamenti al principio contabile OIC 32 e TFR nella dichiarazione IRAP 2018*, in *Corriere tributario*, 32-33/2018, p. 2522.

³³² Art. 168-*ter*, comma 11: "Nel rispetto dei principi di trasparenza, correttezza e collaborazione cui deve essere improntato il rapporto con il contribuente, l'Agenzia delle Entrate provvede a pubblicare a titolo esemplificativo sul proprio sito le fattispecie ritenute elusive delle precedenti disposizioni, da aggiornarsi periodicamente."

³³³ In primo luogo, appare chiaro come in considerazione del fatto che con la scelta per l'applicazione dell'opzione, comporta l'impossibilità di imputare le perdite della *branch* alla casa madre, il contribuente al momento della decisione dovrebbe scegliere fra "perdere l'esenzione" sfruttando le perdite realizzate dalle

Il primo luogo il Provvedimento disciplina quanto avviene in caso di operazioni straordinarie che coinvolgono *branch* esenti; in particolare, nel silenzio della norma, si prevede anche con riferimento all'istituto della *branch exemption* valga il principio di neutralità delle operazioni straordinarie. Le stesse (fusioni, scissioni e conferimenti della stabile organizzazione) non determinano l'interruzione del regime di *branch exemption* quando l'avente causa abbia già optato per questo regime o vi opti nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta di efficacia giuridica dell'operazione. Il soggetto avente causa, quindi, subentra nel regime e assume le attività e le passività della stabile organizzazione esente, sulla base delle funzioni e dei rischi, assumendo il tutto all'ultimo valore fiscale delle stesse presso il dante causa.³³⁴ Specularmente, qualora l'avente causa non sia in regime di esenzione ovvero decida di non applicarlo, la stabile organizzazione dovrebbe fuoriuscire dal regime di *branch exemption* e rientrare in quello ordinario del credito d'imposta.³³⁵

In tema di operazioni straordinarie, l'assetto delineato dal Provvedimento, lascia ancora aperte alcune questioni, che dovrebbero essere chiarite. Fra tutte, spicca la mancanza di una previsione specifica nel caso in cui un'operazione straordinaria determini il trasferimento della *branch* esente ad un soggetto esterno al gruppo del dante causa che non opti immediatamente per il regime di esenzione. In assenza di espresse disposizioni si può ritenere che il principio di neutralità delle operazioni di cui al Titolo III, Capo III del T.U.I.R. espliciti i suoi effetti anche in casi estranei ad operazioni infragruppo, con la conseguenza che l'operazione straordinaria non dovrebbe far emergere alcuna plusvalenza rilevante ai fini del riassorbimento dell'eventuale recapture residuo in capo al dante causa.³³⁶

Nel contesto delle operazioni straordinarie il Provvedimento chiarisce inoltre che nell'ambito di trasferimenti a qualsiasi titolo della stabile organizzazione o di parte di essa ad un'altra impresa del gruppo “*non possono essere riconosciute duplicazioni di benefici e non possono verificarsi penalizzazioni, ivi inclusa la doppia imposizione, anche in capo a soggetti giuridici diversi, tenendo in ogni caso presente la necessità di tutelare i diritti impositivi dei redditi di*

stabili organizzazioni oppure “perdere le perdite” nell'ottica di godere dell'esenzione di eventuali utili futuri. Conseguentemente, in un'ottica di pianificazione fiscale aggressiva, il contribuente potrebbe essere tentato di ridurre il rischio della scelta attraverso una o più strutture che potrebbero considerarsi potenzialmente elusive.

³³⁴ Cfr. paragrafo 10.1 del Provvedimento.

³³⁵ Si tratta di una vistosa deroga al criterio dell'irrevocabilità del regime che non dovrebbe valere in senso assoluto, ossia ogniquale volta una società che detenga stabili organizzazioni in regime di esenzione incorpori o sia beneficiaria di una società che non opti per le proprie stabili organizzazioni per il regime in questione, queste ultime – passando all'incorporante ovvero alla beneficiaria – dovranno abbandonare il regime ordinario e rientrare nel regime di *branch exemption*.

³³⁶ In tal senso MICHELUCCI R., ARGINELLI P., *Branch exemption, neutralità nelle operazioni straordinarie*, in *Il sole* 24 ore del 5 settembre 2017.

fonte italiana”.

Oltre i casi di operazioni straordinarie, il Provvedimento disciplina anche il caso di cessione infragrupo di *branch* esenti o meno, statuendo che nel caso in cui:

- a. oggetto di cessione sia una *branch* esente e l'avente causa sia un soggetto residente nel territorio dello Stato che non eserciti il regime opzionale, il corrispettivo derivante dalla cessione debba essere assunto al valore normale ai sensi dell'art. 110, comma 7°, del T.U.I.R.; laddove infatti la *branch* trasferita non fosse in regime di esenzione l'operazione non farebbe emergere alcun tema particolare in quanto si tratterebbe di un'operazione estranea del tutto al regime di *branch exemption*;
- b. oggetto di cessione sia una *branch* non esente e l'avente causa sia un residente nel territorio dello Stato che eserciti il regime opzionale, il corrispettivo derivante dalla cessione debba essere assunto al valore normale ai sensi dell'art. 110, comma 7°, del T.U.I.R.; nel caso opposto in cui la *branch* fosse esente, l'operazione avverrebbe fra soggetti che applicano il regime della *branch exemption* e pertanto dovrebbe essere già conclusa al valore di mercato ai sensi dell'Approccio Autorizzato OCSE.

Vale precisare come in entrambe le fattispecie, nel caso in cui l'avente causa non fosse fiscalmente residente nel medesimo Stato di residenza ma fosse comunque parte del gruppo del dante causa, la valorizzazione della cessione ai sensi dell'art. 110, comma 7°, del T.U.I.R., avverrebbe in egual modo. Al contrario, nel caso in cui il dante causa e l'avente causa non fossero appartenenti al medesimo gruppo, la cessione avverrebbe fra parti indipendenti e quindi sarebbe per definizione comunque valorizzata al valore di mercato.³³⁷

Le previsioni del Provvedimento di contrasto ad operazioni che determinino fenomeni di “*mismatching*” (in materia di doppia deduzione o doppia esenzione) si completano con quanto stabilito al punto 12.1, laddove viene statuito, sempre in termini generali, che: “*se emergono fenomeni di doppia deduzione o doppia esenzione, derivanti da disallineamenti normativi tra l'ordinamento italiano e quello dello Stato o territorio di localizzazione della stabile organizzazione esente, i relativi effetti sono opportunamente sterilizzati al fine di evitare*

³³⁷ Il Provvedimento non prevede espressamente la tassazione o meno della plusvalenza in capo al dante causa a seguito della cessione della *branch*, si può tuttavia ragionevolmente sostenere che nel caso:

- a. la plusvalenza non dovrebbe essere tassata in capo al dante causa in quanto la *branch* ceduta era in regime di esenzione;
- b. la plusvalenza dovrebbe essere tassata in capo al dante causa in quanto la *branch* trasferita era soggetta al regime ordinario del credito d'imposta.

un'erosione della base imponibile italiana". Si tratta quindi di fenomeni di doppia deduzione o doppia esenzione potenzialmente conseguibili con l'esercizio dell'opzione e come tali contestabili da parte dell'Amministrazione finanziaria in sede di verifica o accertamento.

Il fenomeno di "doppia esenzione" o di "non inclusione/esenzione" si realizza nel caso in cui lo Stato estero non ravvisi la sussistenza della *branch* ivi localizzata che lo Stato italiano ha invece incluso nel regime di esenzione dei redditi della casa madre. Il fenomeno pertanto può originarsi nel caso in cui una società residente in Italia che svolge la propria attività in uno stato estero per mezzo di una stabile organizzazione la quale sia riconosciuta come tale ai sensi della normativa italiana ma non ai sensi della disciplina estera. L'effetto che si originerebbe sarebbe quindi quello di esenzione del reddito nello Stato di residenza della casa madre a seguito dell'applicazione dell'opzione e contemporanea non inclusione dello stesso nello Stato alla fonte per l'assenza di una stabile organizzazione nel territorio. Dal Provvedimento³³⁸ emerge come il fenomeno in questione dovrebbe determinare esclusivamente la sterilizzazione della doppia esenzione, restando ferma la validità del regime opzionale per le ulteriori *branch* eventualmente possedute dalla casa madre. In termini pratici, il reddito della stabile organizzazione in questione dovrà essere incluso nel reddito complessivo della società residente con la possibilità potenziale di portare in detrazione dall'imposta dovuta in Italia quanto versato all'estero sui redditi prodotti, imposte inesistenti in quanto lo Stato estero non riconosce la presenza di una stabile organizzazione.

Il caso analizzato in cui, a causa di una differenza esistente nella legislazione interna degli Stati coinvolti, lo Stato di residenza della casa madre (Italia) rilevi l'esistenza di una stabile organizzazione nello Stato estero B mentre lo Stato estero B non riconosca l'esistenza di una stabile organizzazione nel proprio territorio, può emergere un ulteriore fenomeno di "non inclusione/deduzione". L'analisi di tale fattispecie richiede l'esistenza di una società, appartenente al medesimo gruppo della casa madre italiana ma residente in uno Stato terzo C, che effettui un pagamento a favore di quest'ultima ma che per la disciplina fiscale italiana tale pagamento risulti attribuibile alla stabile organizzazione estera in quanto collegato ad un elemento reddituale in possesso della stessa. L'effetto che si avrebbe sarebbe quello di una deduzione e di una non inclusione in quanto:

- a. la società residente nello Stato estero C potrà portare in deduzione il costo che si riferisce al pagamento effettuato nei confronti della società casa madre;

³³⁸ Paragrafo 2.4 del Provvedimento.

- b. la società casa madre residente in Italia, a seguito dell'applicazione del regime di *branch exemption*, considererà esente il reddito in quanto ricollegabile ad un elemento attribuibile alla stabile organizzazione estera in regime di esenzione;
- c. la stabile organizzazione localizzata nello Stato estero B non subirà alcun imposizione nello Stato di ubicazione in quanto la legislazione del medesimo non riconosce l'esistenza della *branch* nel proprio territorio e pertanto non preleverà alcun tipo di imposizione.

La soluzione prospettata prevede anche in questo caso il mancato riconoscimento del regime dell'esenzione per la *branch* in questione e la conseguente applicazione del criterio del credito d'imposta.³³⁹ Tale soluzione scongiura alla radice l'emersione del fenomeno di “deduzione/non inclusione” in quanto assicura che alla deduzione del costo nello Stato estero C corrisponda l'inclusione nel reddito in Italia con conseguente possibilità di riconoscimento del credito d'imposta per quanto versato nello Stato B.³⁴⁰

Il fenomeno della “doppia deduzione” può invece emergere laddove lo Stato di residenza della casa madre e quello di ubicazione della stabile organizzazione riconoscano entrambi l'esistenza di una *branch* estera ma utilizzano criteri diversi di allocazione delle spese sostenute.³⁴¹ Ossia quando entrambi gli Stati considerano che il costo sia inerente al soggetto ivi residente o localizzato con la conseguenza che lo Stato di ubicazione della *branch* dedurrà tale costo al fine del calcolo del reddito da ivi tassare e esentare nello Stato di residenza della casa madre, che a sua volta considererà il costo come inerente alla stessa e procederà alla sua deduzione. Tale fenomeno potrà essere neutralizzato attraverso il ricorso alle previsioni di cui al citato paragrafo 12.1 del Provvedimento. Tale disposizione non sarebbe da interpretarsi alla stregua di una generica norma antielusiva, la quale già esiste nell'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 10-*bis* della legge 212/2000, ma dovrebbe avere effetto di neutralizzazione degli effetti derivanti dai

³³⁹ Paragrafo 2.4 del Provvedimento.

³⁴⁰ Si sottolinea che anche in questo caso nessun imposta sarà versata nel paese di ubicazione della stabile organizzazione in quanto lo stesso non ne riconosce l'esistenza. Tuttavia, in entrambi i casi, il riconoscimento dei un eventuale credito per le imposte all'estero esclude la possibilità di generazione del fenomeno della “doppia imposizione internazionale”.

³⁴¹ Un ulteriore fattispecie di “doppia deduzione” può emergere nel caso in cui la casa madre residente non includa nel perimetro di applicazione dell'opzione di una *branch* estera produttrice di perdite che saranno quindi deducibili nello Stato e considerate come realizzate dalla società pertanto deducibili anche in Italia. Poiché è pacifico che sulla base del principio “*all in-all out*” la casa madre non potrebbe lasciar fuori dal perimetro di applicazione dell'opzione una stabile organizzazione non redditizia, la disposizione potrebbe riguardare il caso in cui una società italiana che abbia optato per l'applicazione del regime, non abbia considerato l'esistenza di una *branch* estera che venga accertata in un momento successivo dalle autorità italiane e estere. Nel caso in cui ciò avvenisse si dovrebbe applicare il meccanismo del *recapture* delle perdite, recuperando a tassazione in capo alla casa madre i redditi fino a concorrenza delle perdite realizzate dalla stabile organizzazione e già utilizzate in compensazione in Italia.

branch mismatches arrangement a prescindere dall'esistenza o meno di un progetto elusivo alla base.³⁴²

Gli schemi di “doppia esenzione” e “doppia deduzione” sopracitati rientrano fra gli effetti tipici conseguiti mediante l'impiego di strutture ibride studiati in sede OCSE e di Consiglio dell'Unione Europea in diversi lavori.³⁴³ In particolare il *report OECD “Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2”* pubblicato il 27 luglio 2017, con oggetto i *branch mismatch arrangements*, delinea raccomandazioni per gli Stati membri affinché adottino specifiche disposizioni atte a neutralizzare gli effetti fiscali negativi generati dall'esistenza di stabili organizzazioni in Stati diversi da quello di residenza della casa madre.³⁴⁴

Il *report* è suddiviso in cinque capitoli contenenti raccomandazioni specifiche per il miglioramento delle leggi nazionali al fine di ridurre la frequenza dei disallineamenti delle *branch*. L'allegato A riassume le raccomandazioni dei capitoli da 1 a 5, illustrando cinque fattispecie di particolare insidiosità fiscale insite nei rapporti con le stabili organizzazioni che potrebbero avere una ricaduta sul regime opzionale della *branch exemption* in quanto frutto di divergenze applicative esistenti fra lo Stato di residenza della casa madre e quello di ubicazione della stabile organizzazione.³⁴⁵ L'allegato B contiene invece una serie di esempi, di vario livello

³⁴² In tal senso GRILLI S., *Branch Exemption: una prima lettura ragionata della disciplina*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 4/2017, p.1072.

³⁴³ Si fa riferimento, in questo contesto, al progetto OCSE denominato “*Base Erosion and Profit Shifting Project*” ed in particolare al “*Action 2-Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*”. Il lavoro OCSE hanno portato alla redazione di due diversi report. Il primo “*OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris*” ha portata generale e si focalizza sulla neutralizzazione dei disallineamenti conseguenti l'utilizzo delle c.d. strutture ibride – entità opache per una giurisdizione e fiscalmente trasparenti per un'altra - e un secondo di portata minore “*OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 27 luglio 2017*” che si focalizza sull'istituto delle stabili organizzazioni.

³⁴⁴ L'Unione europea ha quindi dato vita alla Direttiva (UE) 2016/1164 del 12 luglio 2016 (c.d. ATAD) così come modificata dalla Direttiva (UE) 2017/952 del 29 maggio 2017 (c.d. ATAD II), il cui art. 7 riconosce l'importanza del lavoro svolto dall'OCSE e mira all'implementazione delle misure di contrasto dei *branch mismatch arrangements* già riconosciuti come prioritari dalla c.d. ATAD la cui disciplina era stata rinviata ad un successivo Provvedimento. L'Italia, dal canto suo, ha introdotto nel sistema fiscale domestico le norme anti disallineamento degli ibridi, ispirate alle conclusioni BEPS dell'OCSE, così come prescritto dalle direttive ATAD 1 e ATAD 2, dando la piena rilevanza ai “principi riportati nei report del progetto BEPS” così come illustra la relazione illustrativa dello schema al decreto legislativo - atto del governo sottoposto al parere parlamentare n.42.

³⁴⁵ “*Branch mismatches arise where the ordinary rules for allocating income and expenditure between the branch and head office result in a portion of the net income of the taxpayer escaping the charge to taxation in both the branch and residence jurisdiction. Unlike hybrid mismatches, which result from conflicts in the legal treatment of entities or instruments, branch mismatches are the result of differences in the way the branch and head office account for a payment made by or to the branch. Because branch mismatches turn on differences in tax accounting rather than legal characterization, the same basic legal structure may call for the application of different branch mismatch rules, depending on the accounting treatment adopted by the branch and head office*”, *OECD (2017), Neutralizing the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2*, p. 13.

di complessità, che illustrano il funzionamento previsto delle norme soggette a raccomandazione.

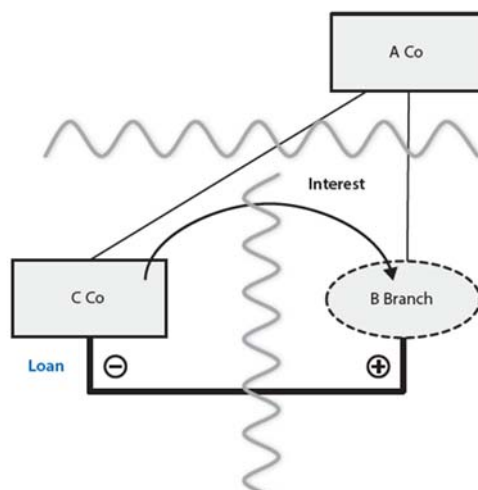
Il capitolo I propone, come raccomandazione generale alle giurisdizioni nazionali che hanno introdotto la *branch exemption*, una limitazione della portata e del funzionamento del regime che miri ad un allineamento tra tale esenzione e la volontà di eliminazione della doppia imposizione internazionale sui redditi prodotti dalle stabili organizzazioni.³⁴⁶ La Raccomandazione in questione incoraggia inoltre le giurisdizioni di residenza a restringere la portata e il funzionamento del regime della *branch exemption* in modo che un pagamento presunto³⁴⁷ o un pagamento escluso (o esentato) dalla tassazione secondo la giurisdizione del paese di localizzazione della stabile organizzazioni, sia correttamente incluso nel reddito tassato in capo alla casa madre nello Stato di residenza.³⁴⁸ Al tempo stesso la raccomandazione riconosce che non è necessario includere i redditi non imponibili della stabile organizzazione come redditi della casa madre nel caso in cui secondo la normativa dello Stato di residenza tale reddito beneficiasse di un'esenzione.

La prima fattispecie caratterizzata da particolare insidiosità fiscale è rappresentata dalle *Disregarded Branch Structures*, casistica che si verifica quando lo Stato di localizzazione della *branch* non riconosce l'esistenza della stessa diversamente dallo Stato di residenza della casa madre che ne esenta gli utili derivanti dall'attività d'impresa svolta all'estero (in applicazione della *branch exemption*). In tale evenienza, gli utili prodotti all'estero per mezzo della stabile organizzazione non sono sottoposti alla potestà impositiva né nello Stato di residenza della casa madre né nello Stato di ubicazione della stabile organizzazione.

³⁴⁶ Come sottolineato dal *report*, i disallineamenti derivanti dalla presenza di stabili organizzazioni estere, si verificano più frequentemente nel caso in cui la giurisdizione di residenza abbia previsto un'esenzione per i redditi delle filiali, come nel caso Italiano. Dove infatti il metodo utilizzato per eliminare la doppia imposizione fosse quello del credito d'imposta (conformemente all'approccio della *capital export neutrality*) i pagamenti che non sarebbero inclusi nel reddito dalla *branch* saranno comunque rilevanti nella determinazione del reddito complessivo della casa madre (eliminando così il rischio di qualsiasi *branch payee mismatches*). La raccomandazione si fonda sull'assunzione generale che il paese di residenza della casa madre abbia introdotto il regime della *branch exemption* non per creare un effetto di doppia non imposizione o di deduzione/non inclusione, bensì di limitare le disuguaglianze derivanti dalla doppia imposizione internazionale.

³⁴⁷ Il *report* al paragrafo 66 identifica un pagamento presunto ("*deemed payment*") in un qualunque pagamento figurativo non calcolato facendo riferimento ad un effettiva spesa del contribuente, ma derivante da un'accurata determinazione del reddito rispetto alle funzioni svolte, *asset* utilizzati e rischi assunti.

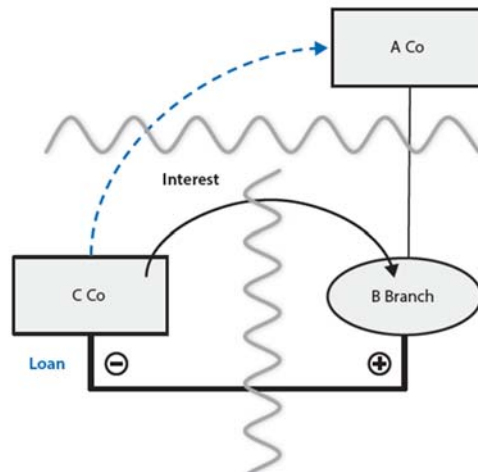
³⁴⁸ Risulta necessario rilevare che le raccomandazioni contro il disallineamento delle *branch* sono da applicarsi solo dopo aver dato attuazione alle norme interne per l'assegnazione dei redditi delle stabili organizzazioni.



Si consideri una società casa madre residente nel Paese A che, attraverso una stabile organizzazione situata nel Paese B, offra un finanziamento alla società collegata situata in un terzo Paese C. Si supponga inoltre che il Paese C consenta all'impresa ivi residente di dedurre il pagamento degli interessi sul finanziamento, mentre il Paese A esenti o escluda gli interessi attivi dalla tassazione poiché consideri attribuibile tale reddito alla *branch* residente nel Paese B. Laddove quest'ultimo non riconosca l'esistenza della *branch* il reddito da interessi non verrebbe tassato in nessuna giurisdizione. Tale *mismatch* potrebbe quindi verificarsi laddove gli interessi attivi, pur considerati come un ricavo della *branch* dalla giurisdizione della casa madre e ivi esenti in vigore del regime di *branch exemption*, siano comunque esclusi da tassazione nel Paese di ubicazione della stabile organizzazione in quanto quest'ultima non ne riconosce una sufficiente presenza tale da poterla considerare come autonomo soggetto d'imposta nel proprio Stato.³⁴⁹

Una seconda fattispecie riguarda l'ipotesi di *Diverted branch payment*, in cui si verifica una situazione analoga a quella descritta per le *Disregarded Branch Structures*. In tale caso tuttavia il disallineamento non trae origine da un conflitto nella caratterizzazione della *branch* secondo le norme degli Stati coinvolti, ma è generato da una divergenza tra le disposizioni esistenti nella giurisdizione di residenza della casa madre e quelle vigenti nel Paese di ubicazione della stabile organizzazione in relazione all'attribuzione dei pagamenti alla medesima *branch*.

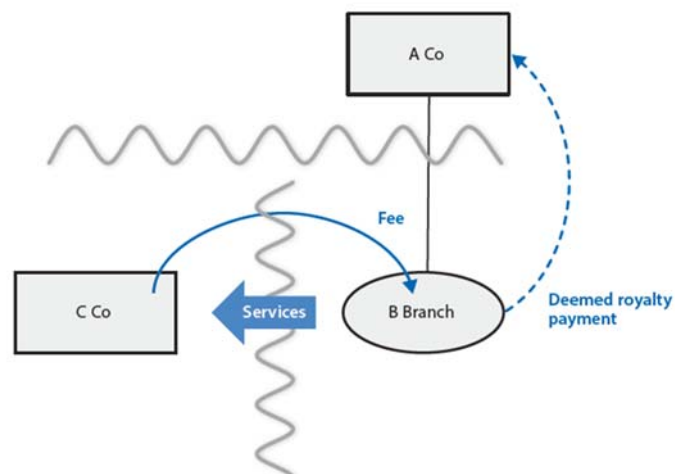
³⁴⁹ Risulta improbabile che la fattispecie delle c.d. *Disregarded Branch Structures* possa coesistere con la *branch exemption* così come prevista dall'ordinamento italiano. In particolare, nel caso di stabili organizzazioni non riconosciute dalla normativa del paese estero ma esclusivamente da quella del paese di residenza della casa madre l'opzione non potrebbe esercitarsi per carenza del requisito soggettivo. Dal paragrafo 2.4 del Provvedimento si evince che il fenomeno in questione dovrebbe avere come unico risultato quello di sterilizzare la doppia imposizione restando ferma la validità del regime opzionale per le ulteriori *branch* possedute dall'impresa.



Si consideri l'esempio precedente, un disallineamento può realizzarsi anche nel caso in cui vi sia un differente tipologia di allocazione degli interessi attivi fra lo Stato di residenza della casa madre A e lo stato di ubicazione della stabile organizzazione B. In tal caso infatti lo Stato B riconosce l'esistenza sul proprio territorio di una stabile riferibile all'impresa residente nello Stato A ma considera gli interessi attivi come riferiti alla casa madre pertanto non li include nella determinazione del proprio reddito. Allo stesso tempo lo Stato di residenza A considera gli interessi attivi attribuibili alla stabile organizzazione nello Stato B e a seguito dell'applicazione del regime della *branch exemption* li esenta dalla determinazione del reddito imponibile sotto la propria potestà impositiva.

In entrambe le casistiche sopracitate il *report* suggerisce di negare la deduzione del il pagamento degli interessi attivi nel terzo paese C, permettendo così di evitare una fattispecie di "deduzione/non imposizione" (*Recommendation 2*).

Ulteriore fattispecie analizzata dal *report* riguarda i *Deemed branch payments*, fattispecie in cui si può realizzare nelle operazioni interne fra casa madre e stabile organizzazione un conflitto di attribuzione del reddito. In tal caso l'analisi deve traslare dai pagamenti effettuati da terze parti (come nei due casi precedenti) ai rapporti intercorrenti fra casa madre e stabile organizzazione estera. In tale fattispecie infatti il disallineamento si realizza in quanto un pagamento considerato come effettuato dalla *branch* alla relativa casa madre è deducibile nella giurisdizione della stabile organizzazione, senza essere incluso nel reddito dell'impresa nel suo complesso.

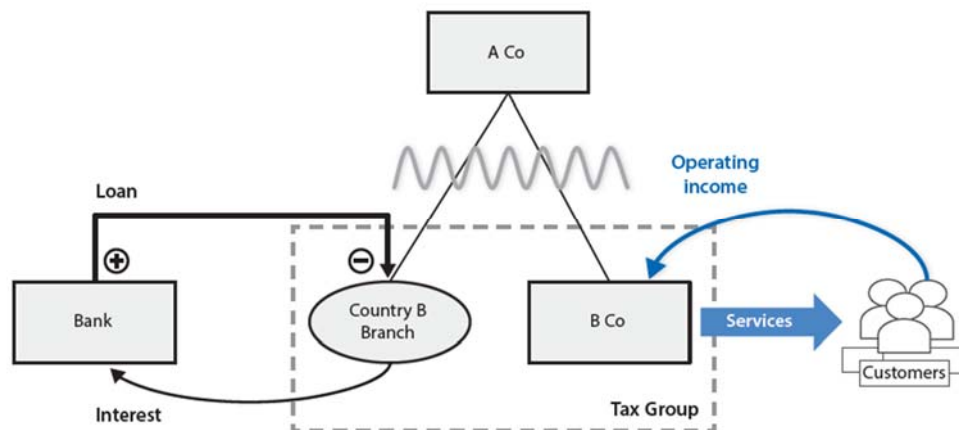


Si ipotizzi che la *branch*, per svolgere la propria attività, si avvalga di un brevetto. Si supponga inoltre che, a seguito dell'analisi fattuale per l'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione, il Paese di ubicazione della stessa, ritenendo che la proprietà economica spetti alla casa madre, consenta alla *branch* di dedurre una royalty figurativa per lo sfruttamento del brevetto. Lo Stato di residenza della casa madre, considerando invece il bene economicamente attribuibile alla stabile organizzazione, non sottopone a tassazione la royalty predetta, pertanto, ad un componente negativo di reddito dedotto in capo alla *branch* corrisponde un componente positivo di reddito non sottoposto ad imposizione da parte della casa madre.

La coesistenza di un costo deducibile e di una transazione interna che generi una deduzione/non inclusione ha condotto alla formulazione di un terzo tipo di raccomandazione. Si auspica infatti che in tale situazione il paese di ubicazione della stabile organizzazione non conceda la deduzione del c.d. *deemed payment*. La *Recommendation 3* risulta di non facile attuazione in quanto si dovrebbe applicare solo nel caso in cui il riconoscimento della deduzione di un pagamento presunto costituisca causa di un disallineamento e non quanto tale pagamento sia riconosciuto come credito dal paese di residenza della casa madre e sottoposto a tassazione.

Quarta fattispecie analizzata dal *report* riguarda il caso di *Double Deduction branch payments*, ove si registra una deduzione del medesimo reddito (riguardante la medesima voce di spesa) in entrambi i paesi coinvolti (senza la presenza di un reddito tassato). Laddove la giurisdizione dello Stato di residenza fornisca in capo alla casa madre un'esenzione per i redditi delle stabili organizzazioni estere pur consentendo di dedurre le spese ad esse attribuibili si genera un *DD branch payment*. L'adozione del regime della *branch exemption* permette quindi che la detrazione ottenuta dalla stabile organizzazione sia da compensarsi con un reddito non soggetto ad imposta nella giurisdizione di residenza. Elemento di discrasia rispetto alle altre fattispecie nasce dalla possibilità di originare *DD branch payments* anche nel caso di *branch* soggette al

regime di credito d'imposta nel paese di residenza della casa madre a condizione che sia possibile la creazione di un gruppo fiscale nel paese di ubicazione della *branch*.

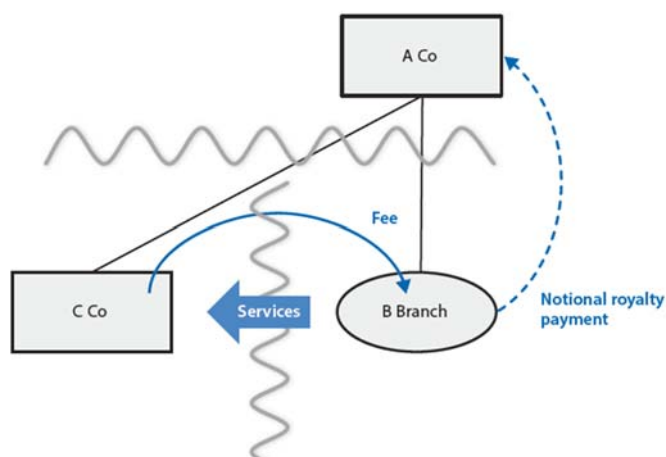


Nell'esempio illustrato si supponga che la casa madre residente nello Stato A abbia stabilito sia una stabile organizzazione (soggetta al regime del credito d'imposta) sia una società controllata nel Paese B e che la normativa vigente nel paese di insediamento permetta la formazione di un gruppo a fini fiscali (che consenta la compensazione fra perdite e redditi). Nel caso in cui la *branch* ponga in essere un finanziamento e paghi interessi passivi, tali elementi negativi di reddito potrebbero essere sia ammessi in deduzione del reddito della stabile organizzazione sia di quello della casa madre. Si originerebbe un caso di doppia deduzione in quanto, essendo la *branch* parte di un gruppo ai fini fiscali nello Stato B, la stessa potrebbe compensare la spesa per interessi contro il reddito operativo derivato dalla controllata. Questa struttura consente quindi di compensare contemporaneamente la stessa spesa per interessi contro diversi elementi di reddito nella giurisdizione di residenza e di ubicazione della stabile organizzazione.

Al fine di eliminare il *Double Deduction branch payment*, il *report* suggerisce in primo luogo di negare la deduzione allo Stato di residenza dell'investitore (nell'esempio allo Stato di residenza della casa madre A) e in via residuale allo Stato di residenza del pagatore (*Recommendation 4*).

Infine il *report* analizza il caso di *Imported branch mismatch*, nella cui fattispecie si può registrare la deduzione di un onere che ha come elemento corrispondente un reddito tassato a fronte di un costo che a sua volta presenta un corrispondente elemento non tassato. L'individuazione di quest'ultima fattispecie ha lo scopo di impedire la formazione strutture di *arrangement* di gruppo che mirino ad importare nella giurisdizione domestica i disallineamenti

da ibridi creati mediante l'utilizzo di strumenti non ibridi di per sé come i prestiti ordinari.³⁵⁰



L'esempio riprende quanto illustrato nel caso di *Deemed branch payments*, con la differenza che la società casa madre residente nello Stato A e la società che usufruisce del servizio nello Stato C fanno parte dello stesso gruppo (si presume inoltre l'assenza di raccomandazioni per eliminare i *branch mismatches*). Come conseguenza, la deduzione del pagamento presunto oggetto del disallineamento in capo alla stabile organizzazione viene compensata con le *fee* deducibili pagate da C. Un caso di *Imported branch mismatch*, si verifica quando, secondo la norma del paese di residenza della casa madre e di ubicazione della stabile organizzazione, si ritiene che la *branch* effettui un pagamento alla sua sede principale in circostanze in cui sia deducibile nel paese di ubicazione e allo stesso tempo per la medesima operazione vi sia un corrispondente riconoscimento di un costo deducibile in una terza giurisdizione (il risultato si ritiene quindi importato in quel terzo territorio senza aver generato un disallineamento fra lo Stato di residenza della casa madre e di ubicazione della stabile organizzazione)

La raccomandazione nega quindi le deduzioni operate a fronte di un pagamento che trovi direttamente od indirettamente corrispondenza con deduzioni che nascono da *hybrid mismatches* (*Recommendation 5*).³⁵¹

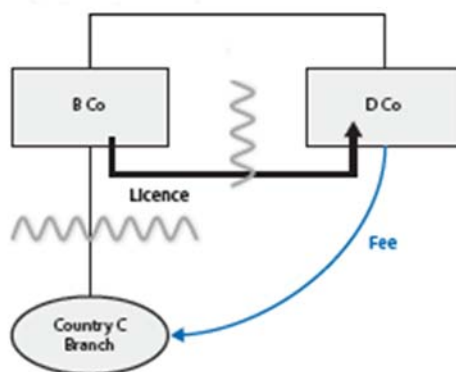
A livello nazionale, il Provvedimento del direttore dell' Agenzia delle Entrate in tema di *branch exemption* analizza solo la prima fattispecie riguardante le “*disregarded branch structures*” e i due relativi effetti di “deduzione/non inclusione” e di “non inclusione/esenzione”, rimandando

³⁵⁰ Un *Imported branch mismatch* può verificarsi nel caso in cui un contribuente, soggetto a una detrazione nel regime della *branch*, compensa tale deduzione a fronte di un pagamento ricevuto da una terza parte. La regola concernente i disallineamenti importati dalle stabili organizzazioni dovrebbe, allora, applicarsi solo ai pagamenti effettuati tra i membri dello stesso gruppo.

³⁵¹ Uno degli obiettivi primari della *Imported branch mismatches* è proprio quella di mantenere l'integrità delle altre *Recommendation*, rimuovendo gli incentivi per le multinazionali a creare strutture che fruttino i disallineamenti oggetto di analisi.

al punto 12.1 per una generica clausola di risoluzione degli effetti negativi derivanti dalle altre fattispecie. Risulta in quest'ottica fondamentale quindi il richiamo ai lavori dell'OCSE in tema di *branch mismatches arrangement*.

Nell'esempio di seguito illustrato si descrive un caso di non scarsa frequenza riguardante una società B residente in Italia ed appartenente al gruppo multinazionale A che abbia come *business* principale lo sviluppo di software. Il *business model* aziendale prevede che B conceda all'entità D, società del gruppo operante in un terzo Stato, la licenza di utilizzo del *software* sviluppato per poi fornire servizi ai clienti sul proprio territorio di operatività.



Nell'eventualità in cui B stabilisse una stabile organizzazione C, in uno Stato non soggetto al regime CFC, e decidesse di attivare l'opzione per la *branch exemption* dei redditi realizzati per mezzo di stabili organizzazioni all'estero, si potrebbe generare un problema di *branch payee mismatch*. Considerando infatti che D per l'utilizzo della licenza del software della società correlata B, dovrebbe pagare una *fee*, potrebbero emergere disallineamenti nell'attribuzione di tale reddito (deducibile in capo a D) alla società B piuttosto che alla stabile organizzazione C. Lo Stato C potrebbe inoltre non riconoscere la presenza di una stabile organizzazione sul proprio territorio, non potendo così accedere al regime della *branch exemption* per via della mancanza del requisito oggettivo richiesto dalla normativa nazionale. Se in alternativa lo Stato C individuasse l'esistenza di una stabile organizzazione, lo Stato di residenza della casa madre B potrebbe, secondo le risultanze dell'analisi funzionale ("*AOA approach*"), riconoscere il *software* dato in licenza come attribuibile alla stabile organizzazione del paese C e quindi sottoporre le *fee* ricevute alla potestà impositiva dello Stato di ubicazione della stabile organizzazione. In tal caso potrebbero esserci diverse ragioni per cui il reddito non sia sottoposto a tassazione nel paese C:

a. Il paese non prevede una tassazione dei redditi d'impresa o la tassazione delle *fee* sarebbe

- da ricondursi ad un regime speciale di detassazione;
- b. La giurisdizione del paese segue regole differenti per l’allocazione dei redditi quindi considera la *fee* come attribuibile alla casa madre oppure esenta tale tipologia di reddito quando corrisposta a soggetti non residenti.

Alla luce dell’analisi del *report OECD “Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2”* nel caso di specie dovrebbe in primo luogo applicarsi la *Recommendation 1*, la quale suggerisce (e non obbliga) gli Stati di residenza che adottino il regime della *branch exemption* ad assicurarsi che il reddito, non soggetto ad imposizione nello Stato di ubicazione della *branch*, sia ripreso a tassazione proprio nello Stato di residenza.³⁵² Ciò non comporterebbe automaticamente un aumento di imposizione dello Stato B in quanto la casa madre potrebbe comunque beneficiare di specifiche disposizioni o regimi speciali sulle *fee* presenti nell’ordinamento statale.

Nel caso in cui lo Stato non neutralizzasse il *mismatch* seguendo la raccomandazione generale, si potrebbe risolvere il conflitto sotto il profilo della seconda raccomandazione. La *Recommendation 2* sarebbe applicabile per neutralizzare un caso di deduzione/non imposizione solo nell’eventualità in cui il reddito non soggetto a tassazione derivi da dissonanze fra lo Stato di residenza della casa madre e quello di ubicazione della stabile organizzazione nell’allocazione di tale componente reddituale. Al contrario, nel caso in cui il disallineamento derivasse da una mancata imposizione del reddito (nel caso le *fee*) nello Stato C oppure nel beneficio attribuito con regimi speciali che ne azzerino l’imponibilità allora non si potrebbe applicare alcuna raccomandazione di secondo livello. Nel caso in cui ci si trovasse in un caso di *disregarded branch structure* o *diverted branch payment* si potrebbe applicare il test controfattuale descritto nel capitolo II del *report*. Bisognerebbe in primo luogo analizzare quale sarebbe stato il trattamento fiscale dell’operazione se fosse stata effettuata direttamente nei confronti della casa madre, quindi nel caso di specie cosa sarebbe successo se la licenza fosse risultata economicamente attribuibile alla società residente nello Stato B. Nel caso in cui le relative *fee* fossero risultate imponibili nella giurisdizione di B allora la *branch exemption* potrebbe essere stata utilizzata come strumento per permettere la non tassazione delle Stesse. La raccomandazione suggerisce quindi di negare la deduzione nel paese D in cui viene sostenuto il costo delle *fee* se si contrappone a *disregarded branch* oppure ad una non coordinata allocazione dei redditi fra il paese di residenza della casa madre A e il paese di

³⁵² In alternativa alla ripresa a tassazione di ogni importo attribuibile alla *branch* ma non soggetto a tassazione nella competente giurisdizione, lo Stato di residenza potrebbe limitare la *branch exemption* all’ammontare del reddito netto effettivamente tassato in capo alla stabile organizzazione estera.

ubicazione della stabile organizzazione B.

Ulteriori ipotesi elusive di applicazione del regime potrebbero realizzarsi allorché l'opzione venga esercitata da parte di più imprese residenti facenti parte di un medesimo gruppo; si consideri una società A residente in Italia che controlli le società B e C, anch'esse ivi residenti, e che la prima detenga tre *branch* estere, di cui due con scarsa idoneità a produrre utili ed una storicamente redditizia. Al fine di applicare l'opzione della *branch exemption* per godere dell'esenzione degli utili prodotti all'estero dalla terza *branch* e ottimizzare il carico fiscale complessivo, l'opzione più conveniente sarebbe quella di trasferire le *branch* poco redditizie alle controllate B e C e continuare con l'applicazione del metodo ordinario del credito d'imposta (c.d. *branch transfer*) attraverso il conferimento delle stesse – fiscalmente neutrale ai sensi dell'art. 167, comma 1°, del T.U.I.R.³⁵³ – ovvero attraverso una cessione d'azienda (o di un ramo) – operazione realizzativa con emersione di plusvalenza.

Una diversa fattispecie, ancora più insidiosa dello schema elusivo descritto precedentemente, potrebbe essere rappresentata dal trasferimento di un determinato *business* già esistente a favore di una *branch* di nuova costituzione (c.d. *business transfer*). Si supponga l'esistenza di una società che detenga tre *branch* estere, di cui due producono da sempre utili mentre la terza è costantemente in perdita. Al fine di ottimizzare il carico fiscale del gruppo, scegliendo di attivare l'opzione dell'esenzione dei redditi solo da parte delle società che posseggono stabili organizzazioni redditizie, la società potrebbe decidere di creare in Italia una società controllata priva di una struttura organizzata (c.d. scatola vuota), al solo fine di poi costituire due stabili organizzazioni nei paesi esteri delle *branch* originarie produttrici di utili. A tali *branch* potrebbero essere trasferiti – senza alcuna necessità di un atto formale – tutta la clientela e gli *asset* in oggetto delle originarie *branch* di fatto “svuotandole” per poi porle in liquidazione. Il risultato dello schema nel complesso permetterebbe di far esercitare il regime dell'esenzione da parte della controllata sulle proprie nuove stabili organizzazioni redditizie e di continuare ad utilizzare il criterio del credito d'imposta da parte della società capogruppo per la *branch* in perdita.

Quest'ultimo schema elusorio della normativa potrebbe risultare meno facilmente individuabile

³⁵³ Art. 167, comma 1°, del T.U.I.R.: “I conferimenti di aziende effettuati tra soggetti residenti nel territorio dello Stato nell'esercizio di imprese commerciali, non costituiscono realizzo di plusvalenze o minusvalenze. Tuttavia il soggetto conferente deve assumere, quale valore delle partecipazioni ricevute, l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dell'azienda conferita e il soggetto conferitario subentra nella posizione di quello conferente in ordine agli elementi dell'attivo e del passivo dell'azienda stessa, facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi i dati esposti in bilancio e i valori fiscalmente riconosciuti.”

da parte dell'Amministrazione italiana o estera in quanto non risulterebbe necessario alcun atto formale o tracce dell'avvenuta riorganizzazione societaria. Al contrario la fattispecie di *branch transfer* risulterebbe più facilmente individuabile in quanto sarà necessaria un'operazione straordinaria per portare a termine lo schema elusorio. Entrambe le fattispecie descritte rappresentano potenziali condotte abusive ai sensi dell'art. 10-*bis* della legge n. 212/2000,³⁵⁴ per mezzo della quale l'Amministrazione finanziaria può disconoscere i vantaggi fiscali delle operazioni poste in essere in assenza di valide ragioni economiche.³⁵⁵

Sulla base del comma 1°, dell'art. 10-*bis* della legge n. 212/2000, “*configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti*”. In tal senso, i presupposti dell'abuso del diritto sono costituiti:

- a. dal conseguimento di un vantaggio fiscale indebito, intero come risparmio di imposta. Nel caso delle operazioni di *branch transfer* e di *business transfer*, il trasferimento della stabile organizzazione ovvero del suo business conseguirebbe l'unico fine di ottenere un indebito vantaggio fiscale aggirando la caratteristica di totalitarietà dell'opzione di esenzione dei redditi prevista ai sensi dell'art. 168-*ter*;
- b. mettere in atto un'operazione priva di sostanza economica, ossia dar vita ad un'operazione congrua nel rispetto degli obiettivi prefissati dal contribuente. Nelle fattispecie in questione, l'eventuale operazione di conferimento o cessione della *branch*, ovvero la costituzione di nuove con conseguente liquidazione delle vecchie, avrebbe come unico scopo quello dell'ottimizzazione del carico fiscale in capo al gruppo del suo complesso.

A nulla varrebbe nel caso in questione il comma 3° dell'art. 10-*bis* della legge n. 212/2000, il quale non considera abusive in ogni caso le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali che rispondano alla finalità di miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa.

³⁵⁴ Al fine di restituire maggior certezza al rapporto tra Fisco e contribuenti, il D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128 ha recato le previsioni di attuazione della Legge 11 marzo 2014, n. 23 in materia di abuso del diritto, (Legge delega di revisione del sistema fiscale). Nella relazione illustrativa al Provvedimento si legge al motivazione per cui tale norma sia stata inserita nella Legge 27 luglio 2000, n. 212 “*l'inserimento di questa disciplina nell'ambito dello Statuto dei diritti del contribuente conferisce ad essa la forza di principio preordinato alle regole previste nelle discipline dei singoli tributi, come è stato più volte riconosciuto dalla Corte di cassazione relativamente alle altre disposizioni contenute nello Statuto*”.

³⁵⁵ In tal senso THIONE M., BARGAGLI M., “*Branch transfer*” e “*business transfer*” quali possibili nuovi comportamenti abusivi, in *Corriere tributario*, 28/2016, p. 2221.

In conclusione, è possibile affermare che nonostante la possibilità di applicare il regime di *branch exemption* abbia potenzialmente moltiplicato la possibilità di conseguire arbitraggi fiscali in danno all'erario, il legislatore nazionale ha previsto non solo il rispetto di condizioni stringenti per l'accesso al regime, ma ha ritenuto opportuno contrastare gli effetti negativi dei fenomeni patologici in divenire con la predisposizione di un sistema di *disclosure* delle fattispecie elusive che sia in continuo aggiornamento.

CONCLUSIONI

La centralità della nozione di stabile organizzazione nel panorama internazionale è attestata da alcuni evidenti fattori.

Il primo e più importante di essi è rappresentato dal fatto che l'OCSE, nell'ambito del progetto BEPS, ha concepito un'apposita *Action (Action 7 Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status)* avente come obiettivo quello di apportare modifiche alla nozione di stabile organizzazione contenuta nel Modello OCSE (art. 5) e, quindi, da trasporre nelle nuove convenzioni contro le doppie imposizioni. All'ultimazione di tale progetto, la Commissione Europea ha promulgato la Raccomandazione 28 gennaio 2016, n. 2016/136 con la quale ha invitato tutti gli Stati membri ad attuare e utilizzare le nuove disposizioni proposte dall'art. 5 del Modello OCSE sulla nozione di stabile organizzazione nei trattati fiscali conclusi.

In attuazione di tali misure, è stato aggiornato l'articolo 5 del modello Ocse di Convenzione contro la doppia imposizione (Modello del 21 Novembre 2017) ed è stata sottoscritta la Convenzione multilaterale per l'attuazione di misure relative alle convenzioni fiscali finalizzate a prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti (*Multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting or MLI*). A cui riguardo le disposizioni della Parte IV sono dedicate alle ipotesi di elusione artificiosa dell'esistenza di stabile organizzazione attraverso *commissionnaire arrangements* (articolo 12), esenzioni per specifiche attività (articolo 13) oppure suddivisione (*splitting-up*) di contratti (articolo 14). In tutte queste ipotesi, le disposizioni, perseguendo quanto già fatto dal BEPS mirano a far emergere la sostanza della realtà rispetto al dato meramente formale evitando così che la configurazione di una *branch* sia artificialmente aggirata e disattesa.

All'interno dell'ordinamento italiano, il decreto crescita e internazionalizzazione delle imprese ha riformato la determinazione del reddito delle stabili organizzazioni uniformando la normativa interna a quella consolidata in ambito internazionale. Viene infatti recepito il principio del *separate entity approach* che paragona la stabile organizzazione ad una società controllata dell'impresa madre non residente.

Il medesimo decreto introduce un'importante innovazione nell'ordinamento fiscale italiano sulla scorta di alcuni ordinamenti tributari esteri che dovrebbe essere accolta con favore. Il regime della *branch exemption*, costituendo un riflesso della c.d. *capital import neutrality*, permette infatti di limitare l'incidenza della variabile fiscale nelle scelte di investimento estero facendo gravare sulle imprese il medesimo onere impositivo a prescindere del livello di imposizione operante nello Stato di residenza della casa madre.

In Italia, fino a pochi anni fa, vigeva solo il sistema del credito d'imposta riconosciuto alle imprese residenti in forza del meccanismo disciplinato dall'art. 165 del T.U.I.R., metodo che, al fine di neutralizzare la doppia imposizione, attesta la tassazione del reddito transnazionale sul più elevato tra il prelievo estero e quello domestico.

Rispetto al neo introdotto regime, questo sistema di neutralizzazione non appare costituire un incentivo alla localizzazione all'estero di stabili organizzazioni, specie ove si consideri che il credito d'imposta è riconosciuto in Italia solo fino a concorrenza della quota di imposta italiana corrispondente al rapporto fra i redditi prodotti all'estero e il reddito complessivamente prodotto dal contribuente.

Il regime opzionale della *branch exemption* permette invece di fruire di eventuali agevolazioni introdotte o del minor livello impositivo previsto nello Stato estero di ubicazione della stabile organizzazione.

Nonostante l'apprezzabile ambizione di spingere e supportare l'internazionalizzazione delle imprese estere rinunciando a parte del gettito impositivo per mezzo dell'esenzione dei redditi prodotti oltre i confini nazionali, si ritiene che il legislatore e l'Amministrazione finanziaria debbano superare i profili di incertezza derivanti dall'introduzione di una disciplina complessa e con profili di connessione con alcuni dei principali istituti del diritto tributario internazionale.

Alcune delle problematiche tecnico applicative si collegano al trattamento delle operazioni straordinarie, la cui non esaustiva trattazione potrebbe generare dubbi sul coordinamento fra la neutralità fiscale delle operazioni tipicamente riconosciuta all'interno della disciplina internazionale e alcuni meccanismi applicativi del nuovo regime.

A ciò si aggiunge la previsione di particolari rigidità per l'accesso al regime e la possibilità di contestare situazioni da cui possano emergere *“fenomeni di doppia deduzione o doppia esenzione, derivanti da disallineamenti normativi tra l'ordinamento italiano e quello dello Stato o territorio di localizzazione della stabile organizzazione esente”*.

In tema di rigidità per l'accesso al regime, le condizioni di irrevocabilità e di globalità dell'opzione risultano onerose per le imprese residenti che, prima di scegliere se applicare o meno il regime, dovrebbero ben quantificare e prevedere i risultati futuri delle proprie stabili organizzazioni estere. L'apposizione di condizioni di accesso irrevocabili – unico caso a tempo indeterminato fra di regimi opzionali previsti dall'ordinamento italiano – potrebbe infatti avere un effetto disincentivante sulla scelta per il regime opzionale in un contesto economico e fiscale in costante evoluzione e cambiamento.

In assenza di evoluzioni o chiarimenti, il rischio è che la *branch exemption* manifesti la propria attrattività solo con riguardo a particolari attività economiche in cui, per le caratteristiche del mercato, sia facile prevedere i possibili sviluppi futuri ovvero per le società che operino per mezzo di stabili organizzazioni in territori a basso livello impositivo a patto che non rientrino nella disciplina Cfc.

Accanto ai riflessi positivi correlati con le nuove disposizioni, non può essere sottovalutato il rischio di potenziali comportamenti abusivi, e, più in generale, di un utilizzo distorto del regime nell'ambito di schemi di pianificazione fiscale aggressiva. I lavori in ambito OCSE con il progetto *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2*" pubblicato il 27 luglio 2017 hanno dato impulso alla materia.

Queste regole intendono in modo completo neutralizzare eventuali disallineamenti fiscali derivanti dall'uso di *branch estere*. Tuttavia, considerando la complessità e le difficoltà che i paesi potrebbero incontrare nell'importare negli ordinamenti interni dette raccomandazioni, rimane da vedere in quale misura le stesse saranno recepite. Diversi paesi hanno infatti cominciato a recepire all'interno della normativa nazionale le disposizioni dell'Action 2 del BEPS in tema di *antihybrid measures*³⁵⁶ con cui l'OCSE ha cercato di assicurare un coordinamento. Ad oggi le società dovrebbero considerare attentamente se le attuali strutture di operatività possano rientrare nell'alveo dei *branch mismatches* al fine di circoscrivere l'alveo di rischio di un istituto opzionale come la *branch exemption*.

³⁵⁶ In Italia, il decreto attuativo della direttiva ATAD (*"Anti Tax Avoidance Directive"*) regola a livello nazionale i disallineamenti da ibridi con i paesi terzi, con l'obiettivo di contrastare i fenomeni di base erosione e *profit shifting* riconducibili a strategie che sfruttano incoerenze e asimmetrie esistenti tra gli ordinamenti.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

ALBANO G., *Il nuovo regime della “branch exemption” tra obiettivi di competitività e difficoltà operative*, in *Corriere tributario*, 2/2016, p. 91.

ALBANO G., *Nuovi modelli di business delle imprese multinazionali e stabile organizzazione occulta*, in *Corriere Tributario*, 6/2017, p.467.

ALBANO G., SPAZIANI R., *Branch exemption più sistematica, organica, ma restano rigidità e difficoltà applicative*, in *Corriere tributario*, 38/2017, p. 2925.

ALBANO G., SPAZIANI R., *La Branch exemption tra criticità e prospettive*, in *Corriere tributario*, 18/2017, p. 1403.

ANDREANI G., FERRANTI G., *Testo unico imposte sui redditi*, Edizione I, Milano, 2017.

ANTONIMI M., MARIELLA M.L., *Stabile organizzazione: la parola ad Assonime*, in *Corriere Tributario*, 34/2018, p.2593.

ASCOLI G., PELLECCIA M., *Il regime di c.d. branch exemption diviene operativo già dal periodo d'imposta 2016*, in *Il fisco*, 40/2017, p. 3852.

ASCOLI G., PELLECCIA M., *Prospettive di ampliamento delle ipotesi di applicazione della exit taxation*, in *Il fisco*, 38/2018, p. 3621.

ARNOLD B.J., *Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties*, in *Bulletin for international taxation*, 2003, p.476.

AVERY JONES J. F., *Avoiding double taxation: Credit versus Exemption – The Origins*, *Bulletin for International Taxation*, vol. 66, n 2/2012, p.67.

AVERY JONES e altri, *The interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3[2] of the Oecd Model*, in *Dir. prat. trib.*, 1984, p. 1626.

AVOLIO D., *Esterovestizione e stabile organizzazione sotto la lente della Guardia di Finanza*, in *Il fisco*, 17/2018, p. 1607.

AVOLIO D., *La nuova definizione di stabile organizzazione*, in *Corriere tributario*, 4/2018, p.269.

AVOLIO D., *Il Modello di “impresa globale”*: effetti sulle contestazioni di esteroinvestizione e stabile organizzazione “occulta”, in *Il fisco*, 6/2017, p.550.

AVOLIO D., RUGGERO P., “Trasformazione” di società estera in stabile organizzazione: problematiche ancora aperte, in *Il fisco*, 37/2018, p. 3557.

BALDACCI M., *La disciplina del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero*, in *Azienda & Fisco* n. 3/2001.

BARGAGLI M., *I rapporti tra casa madre e stabile organizzazione ai fini IVA*, in *L'IVA*, 3/2018.

BARGAGLI M., *Il regime (opzionale) di esenzione da tassazione dei redditi prodotti dalla stabile organizzazione*, in *Bilancio & reddito d'impresa*, 5/2016, p.37.

BARGAGLI M., *Le procedure amichevoli per evitare la doppia imposizione*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 7/2013, p.25.

BELLINI A., *Il beneficiario effettivo e la doppia imposizione*, in *Commercio internazionale*, 24/2005.

BELTRAMELLI G., *Il regime del consolidato nazionale alle luce del D. Lgs. n. 147/2015 (cd. Decreto internazionalizzazione): una lettura comunitariamente orientata*, in *Rivista di diritto tributario*, 4/2015, p.349.

BONARELLI P., *La Convenzione Multilaterale per l'attuazione delle misure BEPS*, in *Fiscalità & Commercio internazionale*, 12/2017, p. 5.

BONTEMPO F., *L'agevolazione per le branch di soggetti esteri*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, n. 1/2018, p.27.

BONTEMPO F., *Lo schema di recepimento di ATAD: le norme di contrasto ai disallineamenti da ibridi*, in *Corriere Tributario*, 38/2018, p. 2887.

BORIA P., *L'individuazione della stabile organizzazione*, in *I venerdì di diritto e pratica tributaria*, Milano, 11-12 Ottobre 2013, Fondazione Antonio Uckmar.

BORIO G., *La stabile organizzazione: convenzioni internazionali e conseguenze fiscali: giurisprudenza, prassi, casi pratici*, Rimini, 2003, p.23.

BOSCO L., SANNA C., *La nozione di stabile organizzazione nell'imposizione diretta: il BEPS ACTION 7 e la raccomandazione 2016/136*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 4/2016, p.116.

- CALABRESE M. A., *L'adozione dell'arm's length principle ai fini della legittimità degli advance pricing agreements*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 1/2017.
- CANTINO V., AVOLIO D., *Niente più doppio binario per la contabilità in valuta della stabile organizzazione*, in *Il fisco*, 9/2017, p. 821.
- CARPENTIERI L., LUPI R., STEVANATO D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003.
- CASTRO F., *Meccanismi di implementazione del progetto BEPS negli ordinamenti nazionali e multilateralismo*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2/2017, p.343.
- CENTRONE, *La soggettività parziale ai fini IVA della stabile organizzazione*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 1/2012, p.14.
- CORDEIRO GUERRA R., *Diritto tributario internazionale istituzioni*, Milano, 2016.
- CORRADO OLIVA C., *Soggettività della Stabile Organizzazione e soggezione all'attività accertativa*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 3/2017, p.705.
- CORSO L., ODETTO G., *Cfc qualificate in base alla tassazione effettiva*, in *Eutekneinfo*, 4 settembre 2018.
- CORSO L., ODETTO G., *La nuova nozione di stabile organizzazione*, in *QuaderniEutekne*, 138/2017.
- CRAZZOLARA A., *Un nuovo tassello nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE relativa all'utilizzabilità nello Stato di residenza delle perdite delle stabili organizzazioni estere: la sentenza Timac Argo (Commento alle sentenze della Corte di Giustizia)*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 4/2016, p. 1483.
- CRAZZOLARA A., *OECD (2018), Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, in *Rubrica di diritto tributario internazionale e comparato*, p.15.
- DELLA CARITA' A., BIANCOLLI R., *Disallineamenti da ibridi e misure di contrasto: le modifiche alla direttiva ATAD*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 12/2017, p. 25.
- DELLA VALLE E., *La branch exemption nelle stabili organizzazioni estere dei soggetti residenti*, in *Il fisco*, 46/2015, p. 4412.
- DELLA VALLE E., *Stabile organizzazione*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 2008/*Permanent Establishment*, in *International Tax Law and Practice*, 2008, p.692.

DE SANTIS D., *Branch exemption, regole su misura*, in *Il quotidiano del fisco, Il Sole 24 Ore*, 19 settembre 2017.

DI CESARE, *Il nuovo regime di branch exemption*, in *La gestione straordinaria delle imprese* 6/2015, p. 122.

FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1999.

FANTOZZI A., VOGEL K., *Doppia imposizione internazionale*, Torino, 1990.

FANTOZZI A., VOGEL K., *Manuale di diritto tributario internazionale*, Padova, 2012.

FASOLINO A., DI CAVE S., *Il regime di branch exemption: aspetti dichiarativi e spunti di (futura) pianificazione fiscale*, in *Il fisco*, 22/2017, p.2111.

FERRONI B., *Firmata LA Convenzione multilaterale del progetto BEPS: effetti su migliaia di trattati fiscali in tutto il mondo*, in *Il fisco*, 30/2017, p. 2952.

FERRONI B., *Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la “continuativa presenza economica”*, in *Il fisco*, 7/2018, p.632.

FORMICA G., FORMICA P., *Proposte di attuazione del regime di branch exemption*, in *Il fisco*, 13/2016, p. 1268.

FORMICA G., GALDIERI G., *Nuove opzioni di internazionalizzazione alla luce della branch exemption*, in *Il fisco*, 11/2016, p.1056.

FRANZONI P., *La stabile organizzazione delle imposte sui redditi*, Milano, 2014.

KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990.

GAIANI L., *Branch exemption al via dal 2017*, in *Il sole 24 Ore*, 29 agosto 2016.

GALARDO S.M., *La “branch exemption” nell’ambito del metodo dell’esonazione*, in *Corriere Tributario*, 15/2016, p. 1165.

GALASSI C., *“Branch Exemption”: un istituto ancora da conoscere*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 10/2015, p.14.

GAMBARINO C., *Manuale di tassazione internazionale*, II edizione, Milano, 2008.

GAMBARINO C., OCCHIUO P., *Lo strumento multilaterale per la modifica dei trattati contro le doppie imposizioni*, in *Fiscalità & Commercio internazionale*, 2/2018, p.4.

GASPARRI T., *Il nuovo regime di branch exemption per le stabili organizzazioni all'estero*, in *Il fisco*, 25/2015, p.2448.

GASPARRI T., *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza*, in *Note e studi, Assonime*, 15, 2017.

GAZZO M., *La nozione di stabile organizzazione e le interrelazioni con la tematica dei prezzi di trasferimento*, in *Fiscalità Internazionale*, 3/2004, p.262.

GIGLIO MORO V., PEVERELLI M., *Branch exemption: una panoramica sulla normativa di riferimento*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 1/2018, p. 5.

GIULIANI F.M., *Interpretazione delle convenzioni internazionali*, in UCKMAR (coordinato da), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999.

GRILLI S., *Branch Exemption: una prima lettura ragionata della disciplina*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 4/2017, p.1073.

GUARINO S., *La nozione di stabile organizzazione nell'era dell'economia digitale*, in *Corriere tributario*, 9/2018.

GUERRA M.C., BOSI P., *I tributi nell'economia italiana*, Bologna, 2016.

GUINDANI P. (coordinato da), *Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali*, 17/2016, in *Note e studi, Assonime*.

GUSMEROLI M., *Le norme anti-abuso per le stabili organizzazioni in stati terzi*, in *Corriere tributario*, 27/2017, p.2121.

HASSAN C., PACITTO P., "Recapture" e regime di esenzione per le stabili organizzazioni estere, in *Corriere tributario*, 20/2016, p.1583.

HUIBREGTSE S.B., VERDONER L., VALUTYTE I., OFFERMANNNS R., *Status of Implementation of the Authorized OECD Approach into Domestic Tax Law and Tax Treaties – Part 1, European Taxation August 2015*, in *Journals IBFD*.

LEO M., *Le imposte sul reddito nel Testo Unico*, Tomo II, Milano, 2018.

MAISTO G., *Prove di coordinamento per gli utili privilegiati e branch exemption*, in *Diritto e pratica tributaria*, 3/2018, p. 1183.

MANGUSO G., *Branch exemption, emendamenti al principio contabile OIC 32 e TFR nella dichiarazione IRAP 2018*, in *Corriere tributario* 32-33/2018, p. 2522.

MANTOVANO G., *Aspetti problematici dell'attuale disciplina del credito d'imposta per i crediti prodotti all'estero*, in *Il fisco*, n.3 del 22 gennaio 1990, p.360.

MARANI M., *Con la "branch exemption" si rafforza il principio di territorialità*, in *Eutekneinfo*, 28 luglio 2015.

MASSAI S., *L'opzione per il regime di branch exemption: disciplina Cfc e utili provenienti da regimi fiscali privilegiati*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 5/2017, p. 85.

MAYR S., SANTACROCE B., *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, I edizione, Milano, 2013.

MAYR S., SANTACROCE B., *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II edizione, Milano, 2016.

MC LURE, JR., CHARLES E., *"US Tax Laws and Capital Flight from Latin America"*, *University of Miami Inter-America Law Review* 321, 1989.

MELIS G., *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi. Profili critici e ipotesi ricostruttive*, Roma, 2008.

MICHELUTTI R., ARGINELLI P., *Branch exemption, neutralità nelle operazioni straordinarie*, in *Il sole 24 ore* del 5 settembre 2017.

MICOSSI D., *Redditi 2017-SC – IRAP 2017*, Circolare 17/2017, Assonime.

MICOSSI D., *Redditi 2018-SC – IRAP 2018*, Circolare 15/2018, Assonime.

MIELE L., *Il "recapture" si calcola per stati*, in *Il Sole 24 ore*, 30 agosto 2017.

MIELE L., BOMTENPO F., SUR A., FABI T., *Bilancio e reddito d'impresa*, Milano, 2018.

MIRAULO A., *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990.

MORRI S., GUARINO S., *L'estensione della clausola del "beneficial owner" ai "capital gains"*, in *Corriere Tributario*, 27/2016.

ODETTO G., *La branch exemption trova le disposizioni attuative*, in *Eutekneinfo*, 29 agosto 2017.

ODETTO G., *L'opzione per la branch exemption da parte delle strutture italiane "minime"*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 4/2018, p.39.

ODORIZZI C., *Le misure per la capitalizzazione delle imprese. Guida alla compilazione dei modelli Redditi 2018*, in *Il Sole 24 Ore*, Marzo 2018.

- PACITTO P., *“Stabile organizzazione e branch exemption”*, *Crescita e Internazionalizzazione delle imprese*, Milano, 2015.
- PADOVANI F., *Stabile organizzazione e branch exemption*, in *Riv. Dir. Trib. Supplemento online*, 20 gennaio 2017.
- PAPOTTI F., *Stabile organizzazione: dogmi, gregari e rivoluzionari*, in *Corriere Tributario*, 21/2018, p.1676.
- PIAZZA M., *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2004.
- PIAZZA M., *Il “rimpatrio” dei dividendi provenienti da soggetti residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata*, in *Corriere tributario*, 34/2018, p.2583.
- PINTO. D., *Exclusive source or residence based taxation – is a new and simpler world tax order possible?*, in *Bullettin for International Taxation*, 2007, 7, p. 277.
- PROCOPIO M., *La stabile organizzazione e il suo fondo di dotazione: le (numerose) eccezioni di legittimità costituzionale e di incompatibilità comunitaria*, in *Diritto e pratica tributaria*, 5/2016, p. 1883.
- RIPA G., *La fiscalità d’impresa*, Milano, 2018.
- RIZZARDI R., *Le nuove “black list” dopo gli accordi internazionali e la legge di stabilità*, in *Corriere Tributario*, 12/2015.
- ROLLE G., *La stabile organizzazione “da cantiere” e “da servizi” nelle convenzioni italiane*, in *Il fisco*, 24/2018, p.2355.
- SACCHETTO C., ALEMANNI L. (coordinato da), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002.
- SAGAR S., *How “Limited” Is Limited Force of Attraction? An Analysis of the Relevant Case Law and the Potential Implications of the OECD/G20 BEPS Initiative*, in *Bulletin for International Taxation*, 3/4 2017, p.182.
- SAINI A., MANDARINO P., *“Branch exemption” e stabile organizzazione tra norma interna e convenzioni contro le doppie imposizioni*, in *Fiscalità & Commercio internazionale*, 10/2016, p.25.
- SALUZZO D., *Regno Unito*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, inserto 4/2018, p. XXIV.

SALVI S., *Branch exemption: approvate le disposizioni attuative*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 11/2017, p. 21.

SCALA G., *Fissate le modalità applicative della branch exemption*, in *Il fisco*, 38/2017, p. 3652.

SESINI E., CASTELLATTI M., *Branch exemption: dal 2018 la prima volta in dichiarazione*, in *Pratica fiscale e professionale*, n. 20/2018, p. 27.

SELLA P., *Le attività preparatorie ad ausiliarie nel progetto BEPS dell'OCSE*, in *Fiscalità & Commercio internazionale*, n.8-9/2015.

TARIGO P., *Capacità contributiva e doppio d'imposta internazionale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, fasc. 5, p.553.

TESAURO F. (opera diretta da), *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, Bologna, 2007.

TELCH F., *Esenzione degli utili e delle perdite delle Stabili organizzazioni di imprese residenti*, in *Pratica fiscale e professionale*, 38/2017, p. 23.

THIONE M., BARGAGLI M., *"Branch transfer" e "business transfer" quali possibili nuovi comportamenti abusivi*, in *Corriere tributario*, 28/2016, p. 2221.

TIZZARINI G., BONAVITACOLA S., *Il credito d'imposta per le imposte assolte all'estero: spunti di riflessione e profili operativi*, in *Fiscalità & Commercio internazionale*, n. 6/2015.

TOMMASINI A., MARTINELLI A., *Doppia imposizione internazionale e <<mutual agreement procedure>>*, in *Corriere Tributario*, 16/2012.

TOMASSINI D., *L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale*, in *Corriere Tributario*, 3/2018, p.172.

TRABUCCHI A., CERULLI IRELLI F., *Il regime opzionale di "branch exemption"*, in *Corriere tributario*, 21/2015, p.1610.

TRAINOTTI A., PIAZZA M., *Branch exemption e fondo di dotazione: due aspetti che richiedono ancora maggiore coordinamento*, in *Fiscalità & Commercio internazionale*, 12/2017, p.48.

TRETTEL S., *Branch exemption senza segreti già dal 2016, grazie ad Assonime e Agenzia*, in *Il fisco*, n. 8/2018, p. 712.

UCKMAR V., CORASANITI G., DE CAPITANI DI VIMERCATE P., OLIVA C.C., *Corso di Diritto tributario internazionale*, Padova, 2012.

UCKMAR V., CORASANITI G., DE CAPITANI DI VIMERCATE P., OLIVA C.C., *Diritto tributario internazionale manuale*, II edizione, Padova, 2012.

VALENTE P., *Attribuzione del reddito alla stabile organizzazione. Il Rapporto OCSE del 2010*, in *Il fisco*, 43/2010, p.7000.

VALENTE P., *Il nuovo modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, in *Il fisco*, 6/2018, p.557.

VALENTE P., *Manuale del transfert pricing*, I edizione, Milano, 2009.

VALENTE P., *Manuale del transfert pricing*, IV edizione, Milano, 2018.

VALENTE P., *Transfert pricing: la rilevanza dell'analisi funzionale*, in *Fiscalità & Commercio internazionale*, 8-9/2013, p.24.

VALSAPOLI G., VALSAPOLI A., *Branch exemption per le stabili organizzazioni all'estero*, in *Aspettando l'Unione!* 8/2016.

VIAL E., *Branch paradisiaca, prelievo in capo all'impresa con la distribuzione al socio*, in *Eutekneinfo*, 4 settembre 2017.

VIAL E., POZZI V., *Dalla branch exemption un rimedio ai rischi dell'esterovestizione*, in *Eutekne.info* del 3 novembre 2015.

VICINI RONCHETTI A., *Principio di territorialità versus residenza: riflessioni sulla tassazione alla fonte e connesse problematiche legate alle perdite fiscali*, in *Rassegna Tributaria*, 1/2018, p. 103.

VOGEL K., *On Double Taxation Conventions*, III Edition, Kluwer, 1997.

VOGEL K., *Which Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation?*, in *Bulletin for International Taxation*, 2002 (Volume 56), No 1.

VOGEL. K., *Worldwide vs. source taxation of income*, in *Intertax international tax review*, 10/1988.

ZINNO G., *La stabile organizzazione come alternativa alla costituzione di una società estera: un'analisi*, in *Amministrazione & Finanza*, 7/2017, p. 23.

ZUCCHETTI S., TOMBESI G., TARDINI A., LANFRANCHI O., *The Italian branch exemption regime in light of the most recent domestic and international developments*, in *International transfer pricing journal*, 2018, vol. 25, n.2.

Atti parlamentari

Relazione illustrativa del d.lgs. 344 del 2003, recante riforma dell'imposizione sul reddito delle società in attuazione dell'articolo 4, comma 1°, lettere da a) a o), della legge 7 aprile 2003, n.80.

Relazione illustrativa del D.lgs. 147 del 2015, recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese

SENATO DELLA REPUBBLICA, Relazione allo schema di decreto legislativo recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese, n.147/2015, in *Banca dati BIG, IPSOA*.

Giurisprudenza

Corte Costituzionale, sentenza n. 308/2002.

Corte di Cassazione, sentenza n.16106/2011

Corte di Cassazione, sentenza n.8820/1987

Corte di Cassazione, sentenza n. 10802/2012

Corte di Cassazione, sentenza n. 12237/2018

Corte di Giustizia UE, sentenza del 23 marzo 2006, causa n. C210/04

Corte di Giustizia UE sentenze del 12 giugno 2014, cause n. C-39/13, C- 40/13 e C-41/13.

Prassi

Ministero delle Finanze, Circolare n.12, 17 marzo 1979

Ministero delle Finanze, Circolare, n.3/7/360,8 febbraio 1980

Ministero delle Finanze, Risoluzione, n. 8/1329, 14 ottobre 1988

Ministero delle Finanze, Risoluzione, n. 460196, 13 dicembre 1989

Ministero delle Finanze, Circolare, n.304, 2 dicembre 1997

Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 44, 30 marzo 2006

Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 119, 28 maggio 2007

Agenzia delle Entrate, Risoluzione, n. 277/E, 3 luglio 2008

Agenzia delle Entrate, Risoluzione, n. 471/E, 3 dicembre 2008

Agenzia delle Entrate, Risoluzione, n. 69, 5 agosto 2016

Agenzia delle Entrate, Risoluzione n.4/E, 15 gennaio 2018

Agenzia delle Entrate, Circolare n. 51, 6 ottobre 2010

Agenzia delle Entrate, Circolare, n. 9/E, 5 marzo 2015

Agenzia delle Entrate, Circolare, n.9/E, 1 aprile 2016

Agenzia delle Entrate, Circolare n. 35, 4 agosto 2016

Agenzia delle Entrate, Circolare, n. 40, 26 settembre 2016

Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate del 28 agosto 2017, prot. 2017/165183

Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate (bozza), prot. 2016

Altra documentazione

OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, 21 November 2017.

OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, 21 Fabray 1963.

OECD, *Issues Arising From Article 5 (Permanent Establishment) of the Model Tax Convention*, 2 November 2002.

OECD, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, 17 July 2008.

OECD, *2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, 22 July 2010.

OECD, *Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, BEPS Action 7*, 22 March 2018.

OECD, *Action 1* del progetto BEPS (*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*).

OECD, *Action 7* del progetto BEPS (*Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*).

OECD, *Action 2* del progetto BEPS (*Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*).

OECD, *Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015.*

OECD, *Neutralizing the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 27 July 2017.*

OECD, *preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action/2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD publishing, Paris, 2015.*

OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 1995 e 2010.*

OECD, *Public Discussion Draft, intitolato Beps Action 2 Branch Mismatch Structures, 22 Agosto 2016.*

Raccomandazione della Commissione Europea n.136/2016 del 28 febbraio 2016.

Direttiva del Consiglio Europeo del 19 dicembre 1977 n. 77/799/CE.

REGOLAMENTO DI ESECUZIONE (UE) N. 282/2011 DEL CONSIGLIO del 15 marzo 2011 recante disposizioni di applicazione della direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto.

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, Parigi, 1948.

Primo Protocollo Addizionale alla CEDU, Parigi, 1952.

Audizione del Direttore dell’Agenzia delle Entrate Rossella Orlandi del 19 maggio 2015, Senato della Repubblica, VI Commissione finanze e tesoro, in *BANCA DATI BIG, IPSOA*.

COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA, *Circolare 1/2018: Manuale operativo in materia di contrasto all’evasione e alle frodi fiscali*, in Parte V, Volume III.

Circolari 24 Fisco, *Stabile organizzazione: il fondo di dotazione*, Il Sole 24 Ore, 2017.

ASSONIME, *Nota tecnica sugli schemi di d.l. vo di attuazione della legge delega fiscale approvati in via preliminare dal consiglio dei ministri in data 21.4.2015*, in Consultazione, 9/2015.

ASSONIME, *Regime di c.d. branch exemption: chiarimenti sulla compilazione dei Modelli dichiarativi Redditi SC 2017 e IRAP 2017*, Circolare 2/2018, 15 gennaio 2018.

ASSOCIAZIONE RICERCHE SETTE NANI – CTM BOLZANO, *Commercio internazionale e nuove forme di intervento*, 1992.

Sitografia

Il Fisco oggi, in *Accordi e convenzioni*, accessibile su <http://www.fiscooggi.it/accordi-e-convenzioni>

BRUINS M., EINAUDI L., SELIGMAN R., STAMP J., *Report on double taxation*, Document E-F-S-73, Ginevra, 1923, accessibile on www.taxtratieshistory.org