



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE E AZIENDALI
“MARCO FANNO”

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO,
INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN ECONOMIA INTERNAZIONALE
LM-56 Classe delle lauree magistrali in SCIENZE DELL'ECONOMIA

Tesi di laurea

IL CONCETTO TRIBUTARIO DI
STABILE ORGANIZZAZIONE
TRA OLD E NEW ECONOMY

THE TAX LAW CONCEPT OF
PERMANENT ESTABLISHMENT
BETWEEN OLD AND NEW ECONOMY

Relatore:
Prof. POGGIOLI MARCELLO

Laureando:
PASTURI MATTIA

Anno Accademico 2018-2019

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

A mia madre e a mia sorella

INDICE

| | |
|--------------------------|----------|
| INTRODUZIONE..... | 4 |
|--------------------------|----------|

CAPITOLO I

| | |
|--|----------|
| LA STABILE ORGANIZZAZIONE NEL MODELLO OCSE..... | 8 |
|--|----------|

| | |
|--|----|
| 1.1 Premessa | 8 |
| 1.2 La stabile organizzazione materiale | 11 |
| 1.3 La <i>positive list</i> | 14 |
| 1.4 La stabile organizzazione da cantiere..... | 16 |
| 1.5 La <i>negative list</i> | 20 |
| 1.6 La stabile organizzazione personale..... | 24 |
| 1.7 La stabile organizzazione e rapporti di controllo societario | 28 |
| 1.8 La determinazione del reddito della stabile organizzazione..... | 30 |
| 1.9 Il principio di non discriminazione | 37 |

CAPITOLO II

| | |
|--|-----------|
| IL PROGETTO BEPS E L’ACTION 7 | 39 |
|--|-----------|

| | |
|--|----|
| 2.1 Premessa: un nuovo modello di business | 39 |
| 2.2. La posizione dell’OCSE e il Progetto BEPS | 41 |
| 2.3 L’ <i>Action 7</i> | 48 |
| 2.3.1 Le attività preparatorie o ausiliarie e la <i>Anti-Fragmentation Rule</i> | 50 |
| 2.3.2 La stabile organizzazione personale e la figura del <i>Commissionnaire</i> | 63 |
| 2.3.3 Fenomeno dello <i>Splitting-up</i> dei contratti..... | 69 |
| 2.3.4 Attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione..... | 71 |
| 2.4 La Convenzione Multilaterale BEPS | 74 |

CAPITOLO III

| | |
|--|-----------|
| LA STABILE ORGANIZZAZIONE NEL TUIR..... | 77 |
|--|-----------|

| | |
|---|-----|
| 3.1 Premessa | 77 |
| 3.2 Il D.Lgs. n. 344/2003: l’introduzione della nozione della stabile organizzazione..... | 79 |
| 3.3 La Legge di Bilancio 2018: le novità introdotte | 89 |
| 3.4 Il D.Lgs. 147/2015 in materia di attribuzione del reddito alla stabile organizzazione | 102 |

| | |
|---|------------|
| 3.4.1 La stabile organizzazione domestica del soggetto non residente..... | 103 |
| 3.4.2 La stabile organizzazione estera del soggetto residente | 109 |
| CONCLUSIONI..... | 115 |
| BIBLIOGRAFIA | 120 |

INTRODUZIONE

La definizione di impresa multinazionale indica un'impresa che svolge la propria attività all'estero in più Stati e con i quali essa intrattiene stretti rapporti sul piano commerciale.

La globalizzazione dei mercati ha permesso agli attuali rapporti commerciali, economici e finanziari di non conoscere confini territoriali grazie soprattutto alle moderne tecnologie di comunicazione che consentono ad operatori situati in luoghi geograficamente distanti fra loro di compiere qualsiasi tipo di transazione.

Le imprese quindi, hanno davanti a sé mercati potenzialmente vastissimi e più che mai oggi devono saper sfruttare le inestimabili possibilità di sviluppo e crescita che si aprono loro. Investire più o meno stabilmente in uno o più Stati stranieri è divenuta ormai esigenza strategica ineludibile per molte imprese che decidono di operare in settori con valenza internazionale e fra le tante problematiche che allora si pongono all'imprenditore (qualunque sia la sua dimensione), le conseguenze fiscali dell'investimento all'estero sono certamente fra le più delicate e complesse.

Nello specifico, quando parliamo di multinazionali, implicitamente trattiamo una problematica che è comune a tutte le imprese che decidono di operare all'estero: queste, infatti, in prima istanza devono necessariamente valutare se avvalersi di una certa "struttura fisica" nello Stato estero, caratterizzata da un certo grado di stabilità e permanenza, oppure se compiere mere operazioni di esportazione (senza stabilire così un'effettiva presenza fisica fissa sul territorio di altri Stati), nel qual caso si configura una fattispecie inidonea a generare una tassazione dei profitti nello Stato estero in cui si esportano tali beni e servizi.

In relazione alla prima ipotesi invece, il carattere sempre più "transazionale" delle imprese e delle relazioni economiche che ne derivano, creano inevitabilmente conflitti in tema di potestà impositiva fra i vari Paesi i quali avvertono quindi la necessità di regolare fiscalmente il processo di globalizzazione delle imprese con appositi accordi e regole riconosciute a livello internazionale; si entra così a tutti gli effetti nell'ambito del diritto tributario internazionale.

Diviene quindi importante individuare una precisa regola per la localizzazione territoriale dei redditi derivanti da attività d'impresa o meglio, occorre rispondere all'esigenza di ogni Stato di stabilire le condizioni in base alle quali è possibile sottoporre a tassazione il reddito d'impresa realizzato da un soggetto non residente.

La risposta a questa esigenza è il concetto di stabile organizzazione che rappresenta il criterio di collegamento territoriale pressoché universalmente accolto come presupposto sufficiente e

necessario per l'imposizione di un'attività economica svolta, nel territorio di uno Stato, da parte di un soggetto residente in altro Stato.

Per comprendere al meglio la tematica, a questo punto, è doveroso far presente che nell'ambito del sistema tributario di uno Stato, il trattamento fiscale dei redditi avviene in maniera differente a seconda che i soggetti passivi siano residenti oppure non residenti. Nello specifico, per quanto riguarda i soggetti residenti di uno Stato, ai fini dell'imposizione fiscale, si fa riferimento a tutti i redditi posseduti, ovunque prodotti, in forza del principio della tassazione dell'utile mondiale (c.d. "*world wide taxation principle*"). In altre parole, per un soggetto residente, i redditi prodotti all'estero concorrono con i redditi nazionali alla formazione della base imponibile. Al contrario, per i soggetti non residenti, in base al criterio della tassazione territoriale (c.d. "*source taxation principle*") che collega il soggetto allo Stato, l'imposta si applica solo sui redditi ivi prodotti: è proprio questo il contesto in cui emerge la nozione di stabile organizzazione. In particolare, in assenza di una stabile organizzazione nel territorio di uno Stato, il diritto a tassare spetta, esclusivamente, allo Stato di appartenenza dell'impresa (Stato di residenza) diversamente, qualora esista una stabile organizzazione, lo Stato ove essa è situata (Stato della fonte) può esercitare la propria potestà impositiva relativamente ai redditi ivi conseguiti e imputabili alla stabile organizzazione.

Dunque, è evidente che dall'applicazione simultanea dei sopracitati criteri di imposizione da parte degli Stati, uno stesso reddito possa formare oggetto di imposizione fiscale in più Stati, infatti: un reddito (in questo caso un reddito derivante da attività d'impresa realizzato mediante una stabile organizzazione) prodotto all'estero da parte di un soggetto residente in uno Stato potrebbe essere tassato sia in detto Stato in virtù del criterio dell'utile mondiale sia nel Paese estero in applicazione del criterio territoriale.

La problematica di cui sopra è nota come la c.d. doppia imposizione giuridica internazionale e per l'appunto è una diretta conseguenza della sovrapposizione delle pretese impositive di diversi Stati in relazione al medesimo reddito.

«Double taxation mainly arises today because the vast majority of States, in addition to levying taxes on domestic assets and domestic transaction, levy taxes on capital situated and transactions carried out in other countries to the extent that they benefit resident taxpayers»¹.

Chiaramente, la doppia imposizione ha un impatto negativo sul commercio internazionale nonché sullo sviluppo economico globale sia per ragioni economiche, in quanto dissuade le imprese dal compiere attività imprenditoriali che coinvolgono più Stati, sia per ragioni di

¹ K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1991, pag. 2.

equità poiché chi produce ricchezza in due Stati subisce un onere fiscale più gravoso rispetto a chi opera solo entro i confini nazionali.

Nel corso di alcuni decenni, numerose Convenzioni bilaterali (dette anche “Trattati”, che rappresentano la fonte principale del diritto scritto internazionale) sono state quindi stipulate tra molti Stati, al fine di limitare l’esercizio della potestà tributaria degli Stati contraenti, con lo scopo principale di eliminare la doppia imposizione internazionale. Generalmente, le Convenzioni adottate dai singoli Stati si ispirano e si rifanno ampiamente a modelli predisposti da organizzazioni sovranazionali, prime fra tutte l’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) che nel 1963 elaborò il primo Modello di Convenzione contro la doppia imposizione in materia di imposte sul reddito. Nel corso degli anni, il Modello OCSE è stato sottoposto a un continuo e costante lavoro di aggiornamento e miglioramento e l’ultima versione disponibile è del 2017.

Vale la pena già da ora anticipare che, secondo il Modello OCSE, qualora lo Stato della fonte del reddito sia legittimato ad esercitare la propria potestà impositiva, lo Stato di residenza del soggetto percettore di tale reddito, ai fini dell’eliminazione o quantomeno riduzione della doppia imposizione, deve o esentare quel reddito (metodo dell’esenzione) o, nel caso decida anch’esso di tassarlo, concedere in deduzione dalle imposte nazionali le imposte pagate all’estero su quel determinato reddito (metodo del credito d’imposta).

Il presente elaborato quindi, si pone l’obiettivo di analizzare in profondità proprio la nozione di stabile organizzazione in quanto è una tematica che da sempre è stata oggetto di controversie, dibattiti e continue modifiche normative, sia in ambito internazionale che nazionale.

In virtù di quanto sopra detto, la seguente tesi è stata strutturata secondo una logica ben precisa, infatti: nel primo capitolo, verrà esaminata la nozione di stabile organizzazione contenuta nell’art. 5 del Modello di Convenzione OCSE che, come detto, ispira la maggior parte degli Stati (tra cui l’Italia stessa) nella stipulazione di Trattati con Paesi terzi. Occorre sottolineare però che nel primo capitolo verrà presentato il testo del Modello OCSE nella versione del 2014 e questo perché il successivo capitolo è dedicato alle modifiche che sono state apportate alla suddetta versione in tema di stabile organizzazione. Le ragioni che hanno spinto a modificare il Modello OCSE chiaramente risulteranno più comprensibili solo se prima si è svolta un’attenta disamina della versione 2014.

Nel secondo capitolo invece, si farà riferimento al testo del Modello OCSE nella sua versione aggiornata del 2017 la quale contiene, rispetto alla versione precedente, numerose e importanti novità a seguito delle modifiche apportate dall’*Action 7* del Progetto BEPS all’art.

5 del Modello OCSE in materia di stabile organizzazione. Inoltre, la versione 2017 del Modello OCSE recepisce i contenuti della Convenzione multilaterale BEPS siglata da numerosi Stati in data 7 giugno 2017.

La tesi si conclude infine con il terzo capitolo che è stato dedicato all'analisi della nozione di stabile organizzazione nell'ambito della legislazione italiana. Come avremo modo di vedere, fino al 2003, l'ordinamento italiano non ha mai fornito una sua propria ed univoca definizione formale di stabile organizzazione, tanto che la giurisprudenza stessa come pure la prassi e la dottrina, che si sono occupati dell'argomento nel corso degli anni, hanno fatto rinvio per così dire "necessitato" ai concetti e ai principi sviluppati in sede internazionale.

A seguito del D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, a decorrere dal 1° gennaio 2004, la nozione di stabile organizzazione, in buona parte mutuata salvo alcune eccezioni dal Modello OCSE nella versione aggiornata in vigore quel momento, ha visto luce per mezzo dell'inclusione nel Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) dell'art. 162.

Il citato articolo è rimasto invariato fino al periodo d'imposta 2017, ma attraverso la Legge di Bilancio 2018 (Legge 27 dicembre 2017, n. 205) sono state introdotte importanti modifiche all'art. 162 con lo scopo principale di recepire anche nel nostro ordinamento le modifiche proposte dall'*Action 7* del Progetto BEPS, allineandosi così anch'esso a parte delle disposizioni contenute nella Convenzione multilaterale BEPS.

Il nuovo art. 162 del TUIR è entrato ufficialmente in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2018.

CAPITOLO I

LA STABILE ORGANIZZAZIONE NEL MODELLO OCSE

1.1 Premessa

La figura della stabile organizzazione (detta “*Permanent Establishment*”, “*Etablissement stable*”, “*Betriebsstätte*” ovvero ancora “*Establicimiento permanente*” nelle principali lingue estere²) si è sviluppata intorno agli anni Venti contestualmente all’inizio di una cooperazione tra gli Stati per evitare la doppia imposizione internazionale³ rispetto ai redditi prodotti da imprese multinazionali che operano in più Stati.

In particolare, il concetto di stabile organizzazione ha origine grazie al contributo delle organizzazioni internazionali in materia di doppia imposizione, infatti è stata la Società delle Nazioni ad utilizzare per la prima volta il termine di “*permanent establishment*” nell’art. 5, paragrafo 1, del Modello di Convenzione in materia di imposte sui redditi del 1927⁴. Prima di allora, ciascuno Stato tassava esclusivamente i redditi, appartenenti sia ai residenti che ai non residenti, che venivano prodotti nei limiti del proprio confine. Evitando così la tassazione dei redditi realizzati al di fuori del territorio (compresi quelli realizzati dai soggetti residenti) si riusciva a mantenere una sovranità territorialmente autonoma che di conseguenza non si sovrapponeva a quella degli altri Stati⁵.

Tuttavia, con l’estendersi dell’attività delle imprese al di fuori dei confini nazionali, si è avvertita sempre più la necessità di una nuova definizione, a livello internazionale, dei principi impositivi. È proprio in questa circostanza che entra in gioco il concetto di stabile organizzazione. Come vedremo, infatti, questa costituisce quel criterio di collegamento che consente allo Stato in cui la stabile organizzazione opera, di porre a tassazione i profitti eventualmente ivi generati.

² G. F. BORIO, *La stabile organizzazione: Convenzioni internazionali e conseguenze fiscali*, 2002, p. 11.

³ Si è soliti distinguere tra doppia imposizione “giuridica” ed “economica”. Al riguardo si veda K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1991, pag. 2-3: «*The phenomenon of international juridical double taxation can be generally defined as the imposition of comparable taxes in two (or more) States on the same taxpayer in respect of the same subject matter and for identical periods. [...] In contrast, the term ‘economic double taxation’ is used to describe the situation that arise when the same economic transaction, item of income or capital is taxed in two or more States during the same period, but in the hands of different taxpayers*». Nel corso del seguente elaborato faremo riferimento esclusivamente alla doppia imposizione giuridica internazionale.

⁴ Si stabiliva infatti che il reddito derivante da qualsiasi impresa industriale commerciale o agricola e da ogni altro commercio o professione doveva essere soggetto ad imposizione nello Stato in cui le persone che controllano l’impresa o che svolgono il commercio o la professione possiedono stabili organizzazioni.

⁵ M. PENNESI, *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 3.

Nel secondo dopoguerra, in virtù del crescente numero di Convenzioni stipulate dai vari Stati, diverse definizioni di stabile organizzazione cominciarono a farsi avanti, motivo per cui dal punto di vista internazionale possiamo affermare che non si abbia una definizione univoca e “universale” almeno fino al 1963, data in cui il Comitato Fiscale dell’OCSE⁶ elaborò il primo Modello di Convenzione. Quest’ultimo divenne a tutti gli effetti, per la maggior parte degli Stati, il modello base a cui ispirarsi per la stipulazione con Paesi terzi delle Convenzioni internazionali e ciò consentì inoltre una sorta di “armonizzazione” della definizione stessa di stabile organizzazione, salvo alcune diversità sia dal punto di vista normativo che interpretativo tra i diversi Stati.

Il Modello del 1963 è stato poi interamente modificato nel 1977 ed è stato successivamente oggetto di modifiche periodiche nel corso degli anni⁷. L’ultimo aggiornamento è stato approvato dall’OCSE in data 21 novembre 2017.

Occorre infine sottolineare che il Modello OCSE è corredato da un Commentario ove vengono fornite utili delucidazioni sulle singole disposizioni, in modo da permettere una corretta interpretazione e applicazione delle stesse.

All’interno del Modello OCSE, l’art. 5 disciplina la stabile organizzazione stabilendone i requisiti e i presupposti per l’esistenza mentre l’art. 7 si occupa delle regole circa la determinazione degli utili ad essa attribuibili.

Storicamente parlando, la maggior parte delle Convenzioni e negli stessi modelli elaborati dalla Società delle Nazioni, era riscontrabile e ritenuto necessario il requisito dell’idoneità produttiva affinché si potesse configurare nel caso concreto la stabile organizzazione. Tale principio però, venne successivamente abbandonato dall’OCSE in sede di elaborazione del Modello del 1963, ritenendo implicito il fatto che in realtà ogni articolazione dell’impresa

⁶ L’OCSE è un’organizzazione internazionale che si occupa di tematiche economiche, finanziarie, governative, sociali, cooperative e di innovazione nonché di effettuare studi economici per i Paesi membri (Paesi sviluppati aventi in comune un’economia di mercato e un sistema di governo di tipo democratico). L’OCSE è stata istituita con la Convenzione sull’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (firmata a Parigi il 14 dicembre 1960 ed entrata ufficialmente in vigore il 30 settembre 1961) e ha sostituito l’OECE (Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea), creata nel 1948 per gestire il cosiddetto “Piano Marshall” per la ricostruzione post-bellica dell’economia europea. L’OCSE, che ha sede a Parigi, conta attualmente 36 Paesi membri: Australia, Austria, Belgio, Canada, Cile, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Giappone, Grecia, Irlanda, Islanda, Israele, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Messico, Norvegia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Repubblica di Corea, Repubblica Slovacca, Regno Unito, Slovenia, Spagna, Stati Uniti, Svezia, Svizzera, Turchia, Ungheria. L’OCSE ha come obiettivi la promozione di politiche volte a realizzare più alti livelli di crescita economica e di occupazione nei Paesi membri, favorendo gli investimenti, la competitività e mantenendo la stabilità finanziaria. Inoltre, contribuisce allo sviluppo dei Paesi non membri e all’espansione del commercio mondiale su base non discriminatoria.

⁷ Vi sono state modifiche nel corso del 1994, 1995, 1997, 1998, 2000, 2003, 2005, 2008, 2014.

estera contribuisce alla sua produttività in maniera più o meno rilevante, a seconda delle attività svolte dalla stabile organizzazione stessa⁸.

L'art. 5 del Modello OCSE del 1963 si distingue per tre differenze principali rispetto alla versione adottata successivamente, nello specifico: a) per la presenza di una sola c.d. *positive list* (paragrafo 2) contenente le ipotesi che costituiscono una stabile organizzazione, ivi compresa la fattispecie della c.d. stabile organizzazione “da cantiere” (detta anche “di progetto”) la quale invece nei modelli successivi trova un’apposita disciplina a sé stante nel paragrafo 3; b) per la presenza di una c.d. *negative list* contenente i casi di esclusione ad eccezione però della combinazione delle attività di carattere preparatorio o ausiliario, prevista invece attualmente alla lett. f) del paragrafo 4 ed infine c) per l’aspetto in deroga alla configurazione della stabile organizzazione nel caso dell’*agent clause*⁹.

Passando all’analisi del concetto di stabile organizzazione, possiamo affermare che esso costituisce la fattispecie in cui si verifica quella forma di collegamento con il territorio dello Stato che legittima quest’ultimo a tassare il reddito prodotto da un’impresa estera. Ove non esista una stabile organizzazione, lo Stato della fonte non può sottoporre a tassazione i redditi derivanti dall’attività imprenditoriale svolta dal soggetto non residente¹⁰.

La stabile organizzazione è un concetto proprio della legislazione fiscale che sta a indicare il “radicamento” in uno Stato di un’impresa non residente. È importante sottolineare che per “radicamento”, sia ai fini della normativa convenzionale che domestica, si intende una presenza tale da far considerare l’impresa estera una vera e propria “parte integrante” della vita economica dello Stato in cui essa opera, e di conseguenza meritevole di esser ivi tassata.

Più in particolare, la stabile organizzazione rappresenta la “soglia minima” su cui si poggia la ripartizione del potere impositivo tra Stato della fonte e Stato della residenza; una volta integrata tale “soglia minima”, lo Stato della fonte è legittimato a tassare i redditi ivi prodotti dall’impresa non residente¹¹.

Nelle Convenzioni internazionali, per “Stato della residenza” si intende il paese in cui il soggetto è residente, mentre per “Stato della fonte” del reddito si fa riferimento al paese in cui opera ed è ubicata la stabile organizzazione.

⁸ K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1991, pag. 208: «*What is not (or rather no longer) required is that the place of business must have a ‘productive character’, i.e. contribute to the profits of the enterprise*».

⁹ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 8.

¹⁰ L. TOSI – R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Sesta edizione, Padova, 2018, pag. 40.

¹¹ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 13.

In conclusione, possiamo affermare che «la nozione di stabile organizzazione ha assunto una rilevanza centrale per il diritto tributario internazionale quale criterio di collegamento (una sorta di compromesso tra Stato della fonte e Stato della residenza per una reciproca ripartizione dei redditi d'impresa transnazionali) idoneo ad individuare il ragionevole livello di presenza assunto da un'impresa residente all'estero in un determinato Stato; ciò al fine di attribuire a quest'ultimo la legittima potestà impositiva sul reddito prodotto sul proprio territorio»¹².

1.2 La stabile organizzazione materiale

La cosiddetta “*basic rule*” contenuta nell’art. 5 del Modello OCSE al primo paragrafo, definisce la stabile organizzazione con il “tipo” comunemente definito della “stabile organizzazione materiale”. Nello specifico, ai sensi del paragrafo 1, il termine “stabile organizzazione” designa una sede fissa d'affari per mezzo della quale l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività¹³.

Occorre sin da subito anticipare che, si parla di *basic rule*, da intendere come la regola base cardine, poiché qualora ricorra l'eventuale esistenza di una stabile organizzazione materiale che presenta i sopracitati presupposti, non vi sarebbe la necessità di verificare ulteriormente l'esistenza di una possibile stabile organizzazione di tipo “personale”¹⁴.

Come si evince quindi, i requisiti ritenuti essenziali per l'esistenza di una stabile organizzazione materiale sono: a) l'esistenza di una sede d'affari (“*place of business test*”); b) che tale sede abbia i caratteri della fissità e della permanenza (“*location and duration test*”) e c) la circostanza che l'impresa non residente svolga, in tutto o in parte, la propria attività per mezzo di tale sede (“*business connection test*”)¹⁵.

Inoltre, occorre che la sede sia a disposizione dell'impresa estera (“*power of disposition*” o “*right of use test*”), divenendo quindi irrilevante il titolo in base al quale l'impresa abbia tale disponibilità. Ne consegue che è possibile configurare una stabile organizzazione anche nel caso in cui la sede d'affari non sia di proprietà dell'impresa¹⁶.

¹² P. VALENTE – L. VINCIGUERRA, *Stabile organizzazione occulta. Profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013, pag. 29.

¹³ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 5. par. 1: «For the purpose of this Convention, the term “permanent establishment” means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on».

¹⁴ L'ipotesi della stabile organizzazione personale verrà analizzata nei paragrafi successivi.

¹⁵ Cfr. il paragrafo 2 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

¹⁶ Cfr. il paragrafo 4.1 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014; P. VALENTE – L. VINCIGUERRA, *Stabile organizzazione occulta. Profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013, pag. 31-32; K. VOGEL, *Double*

Ad ogni modo, la mera presenza di un'impresa in un determinato luogo non implica, necessariamente, che quest'ultima abbia il potere di disporne. Al riguardo, il Commentario fornisce una serie di casi esemplificativi: a) un venditore, il quale regolarmente faccia visita al proprio cliente per ricevere gli ordini e incontrare il direttore acquisti non implica che la struttura del cliente sia a disposizione del fornitore e, pertanto, non ne costituisce una sede fissa d'affari¹⁷; b) un *dock* sito presso il magazzino di un cliente quotidianamente utilizzato, per numerosi anni, da una società di trasporti su gomma al fine di consegnare la merce acquistata dal cliente non rappresenta una sede a disposizione della società di trasporti¹⁸ ed infine c) la presenza di un imbianchino nell'edificio/ufficio del suo cliente principale tre giorni alla settimana per due anni configura una stabile organizzazione dell'imbianchino stesso in quanto ivi quest'ultimo svolge le più rilevanti funzioni della sua attività ("*painting*")¹⁹.

Passando ora alle caratteristiche fisiche che una "sede d'affari" deve avere per poter integrare i requisiti della stabile organizzazione materiale, va detto che sarebbero ricompresi in tale locuzione tutti i locali, le infrastrutture e simili, utilizzati per l'esercizio dell'attività della società estera²⁰. «*Integrerebbe, quindi, il requisito della stabile organizzazione materiale qualsiasi "spazio" utilizzato dall'impresa estera per lo svolgimento del proprio business*»²¹.

Spostando l'attenzione verso il secondo requisito, viene richiesto che la sede d'affari in questione presenti il carattere della "fissità", da intendere sia in senso "spaziale" che "temporale". La fissità dal punto di vista "spaziale" implica un legame con un "punto geografico" ben preciso sul territorio ove la stabile organizzazione opera²². Ad esempio, gli impianti petroliferi di sondaggio ancorati al fondale sottomarino e le installazioni sottomarine, quali gli oleodotti per il trasporto del greggio, potrebbero integrare l'ipotesi di stabile organizzazione materiale²³.

Nel caso in cui le attività realizzate dall'impresa siano dislocate da una zona ad un'altra, ma del medesimo territorio, allora è lecito considerare una singola sede fissa d'affari quella che

Taxation Conventions, Kluwer, 1991, pag 205: «*The fixed place of business must be more than merely temporarily at the enterprise's disposal. A fixed place of business owned by an enterprise but placed at the disposal of a third party for the latter's own (and hence not for the enterprise's) would not be a permanent establishment of the enterprise.*»

¹⁷ Cfr. il paragrafo 4.2 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

¹⁸ Cfr. il paragrafo 4.4 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

¹⁹ Cfr. il paragrafo 4.5 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

²⁰ Cfr. il paragrafo 4 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

²¹ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 19.

²² Cfr. il paragrafo 5 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

²³ M. PENNESI, *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 14.

costituisce un *unicum*, ossia un insieme unitario, rilevante sia dal punto di vista geografico che commerciale²⁴.

Dal punto di vista “temporale” invece, il Commentario precisa che la sede fissa d'affari, affinché possa esser definita tale, non abbia natura meramente temporanea ossia presenti un certo grado di permanenza²⁵. Una sede d'affari non si considera a carattere meramente temporaneo nel caso in cui essa sia utilizzata per brevi lassi di tempo, se tale breve uso si svolge regolarmente con cadenza annuale da ormai svariate annualità. Ad ogni modo, il Modello OCSE non prevede una soglia temporale minima superata la quale sia certa l'esistenza di una stabile organizzazione, salvo il caso della stabile organizzazione “da cantiere”. Stando all'esperienza maturata dalle varie Amministrazioni fiscali, il Commentario precisa che non dovrebbe ricorrere l'ipotesi della stabile organizzazione materiale qualora la presenza sul territorio si protrae per un periodo non superiore ai 6 mesi²⁶.

Quanto al *dies a quo*, ossia il momento in cui la stabile organizzazione viene ad esistenza, il Commentario precisa che questo debba coincidere con il momento in cui l'impresa non residente materialmente inizia la propria attività mediante la stabile organizzazione, non rilevando di per sé il tempo speso per l'allestimento della sede fissa d'affari bensì invece il tempo eventualmente speso per attività propedeutiche all'attività cui è destinata la stabile organizzazione²⁷.

Come precisa il Commentario, la stabile organizzazione cessa ufficialmente di esistere con la liquidazione della stessa ovvero con la cessione delle attività ivi svolte, mentre ai fini della cessazione dell'attività non rileverebbero interruzioni meramente temporanee²⁸.

Parlando infine del terzo requisito (strumentalità) richiesto per contrassegnare una stabile organizzazione c.d. materiale, ossia il fatto che l'impresa non residente svolga in tutto o in parte la propria attività per mezzo di tale sede fissa d'affari, è richiesto un *link* tra l'attività svolta dal *fixed place of business* e l'attività realizzata dall'impresa estera²⁹. Potrebbe comunque verificarsi l'ipotesi di un'impresa estera che mantenga una “sede fissa”, non integrante una stabile organizzazione materiale poiché non presenta il requisito di “strumentalità” per l'impresa non residente.

²⁴ Cfr. il paragrafo 5.1 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

²⁵ Cfr. il paragrafo 6 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

²⁶ Cfr. il paragrafo 6 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014; A. DRAGONETTI – V. PIACENTINI – A. SFRONDINI, *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2016, pag. 96.

²⁷ Cfr. il paragrafo 11 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

²⁸ Cfr. il paragrafo 11 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

²⁹ Cfr. il paragrafo 7 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

A questo punto occorre evidenziare che il Modello OCSE non contiene specifiche indicazioni circa la tipologia di attività che devono essere svolte presso la stabile organizzazione³⁰. Ciò implica il fatto che la stabile organizzazione materiale possa esser utilizzata per realizzare una singola attività, una specifica funzione (marketing, finanza) oppure per riprodurre in una specifica area la medesima attività della casa madre da cui promana³¹.

È importante sottolineare inoltre, che la presenza di personale che opera stabilmente all'interno della sede fissa d'affari non è di per sé un carattere determinante ai fini della configurazione della stabile organizzazione³². Infatti, una stabile organizzazione può sussistere anche quando l'attività d'impresa sia svolta principalmente attraverso attrezzature automatiche che necessitino di personale soltanto per la loro installazione, controllo e manutenzione. Quindi, le apparecchiature automatiche (vedi ad esempio le macchine da gioco o distributrici, gli sportelli bancari automatici, le stazioni di rifornimento *self-service* gli apparecchi di ricezione e trasmissione di dati e segnali, ecc.) possono configurare una stabile organizzazione se l'impresa estera esercita, per loro tramite, un'attività che va oltre la mera installazione iniziale, salvo il caso in cui ne ceda il godimento a terzi³³.

1.3 La *positive list*

Il paragrafo 2 dell'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE presenta un elenco, non esaustivo, di impianti costituenti *prima facie* una stabile organizzazione materiale.

Nello specifico il citato paragrafo stabilisce che il termine "stabile organizzazione" comprende: a) una sede di direzione; b) una succursale; c) un ufficio; d) un'officina; e) un

³⁰ Ad esclusione delle attività aventi carattere preparatorio o ausiliario di cui all'art. 5 par. 4; K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1991, pag. 207: «*The type of business engaged in by the enterprise is irrelevant. In particular, the permanent establishment need not be a branch in the nature of a facility engaged in activities of the same type as those of the head office organisation. Nor need the place of business contribute directly to the enterprise's profits. All that its business must do is to serve the enterprise's overall purpose. But it must be an 'activity'*».

³¹ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 24.

³² Tale principio è rilevante poiché il concetto di stabile organizzazione ai fini delle imposte sui redditi si discosta da quello valido ai fini IVA. In ambito IVA infatti, la nozione di stabile organizzazione presuppone l'impiego di risorse umane e materiali poiché la sola presenza di attrezzature o macchinari sul territorio non è di per sé sufficiente.

³³ Cfr. il paragrafo 10 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014; M. PENNESI, *La stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 11; K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1991, pag. 208.

laboratorio; f) una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o un altro luogo di estrazione di risorse naturali³⁴.

È solo a partire dalla versione del Modello OCSE del 1977 che tale lista assunse carattere meramente esemplificativo mentre il Commentario nella versione originaria del 1963 riteneva gli esempi sopracitati costituenti a priori il tipo della stabile organizzazione materiale. Dunque, occorre sottolineare che per ciascuna delle ipotesi contemplate nel paragrafo 2 dell'art. 5, vadano comunque verificati a monte i requisiti previsti dal precedente paragrafo 1 affinché sia integrata l'evenienza di una stabile organizzazione³⁵.

Ad ogni modo, così come accade per la maggior parte degli esempi della lista positiva, l'OCSE non fornisce una definizione esatta di "sede di direzione". Si limita infatti a precisare che tale espressione è separatamente indicata rispetto al termine "ufficio" in quanto i due non necessariamente coincidono. In via generale, ci si riferisce al luogo ove sono svolte attività di direzione dell'impresa aventi carattere strettamente manageriale. A supporto di ciò viene in aiuto il termine "*siege de direction*" (presente nella versione francese del Modello OCSE) il quale lascia intendere che si rilevano le sole attività dei dirigenti e che le decisioni prese devono essere di importanza strategica per l'impresa nel suo insieme³⁶.

Quanto alla "succursale" (*branch*), anche in questo caso, il Commentario non fornisce alcun ausilio nella concreta identificazione del termine perciò è facile incorrere in difficoltà interpretative. Stando ai suggerimenti avanzati dagli studiosi, con tale termine si intende quell'articolazione dell'impresa priva di autonomia giuridica e dipendente dall'impresa medesima, dotata di un certo grado di indipendenza economica-commerciale e con una propria organizzazione con separate registrazioni contabili³⁷. Il concetto di succursale è comunque da distinguere rispetto al concetto di filiale (*subsidiary*) il cui significato è sostanzialmente diverso.

³⁴ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 5. par. 2: «*The term permanent establishment includes especially: a) a place of management; b) a branch; c) an office; d) a factory; e) a workshop, and f) a mine, an oil or gas well, a quarry or any other place of extraction of natural resources*».

³⁵ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 31; A. DRAGONETTI – V. PIACENTINI – A. SFRONDINI, *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2016, pag. 96.

³⁶ Cfr. Il paragrafo 13 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014; M. PENNESI, *La stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 18; K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1991, pag. 213: «*Decisions taken at a place of business must be of significance to the enterprise as a whole. Occasional shareholder's meetings are not sufficient to constitute a permanent establishment*».

³⁷ K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1991, pag. 214: «*A branch is a legally dependent segment of an enterprise. It has, from an economic and commercial point of view, a certain degree of independence in carrying on the business of the enterprise and its activities are not confined to work of a preparatory or auxiliary character. It will have an organisation of its own and keep separate books and records*».

Per quanto riguarda il concetto di “ufficio”, nonostante il Commentario non ne fornisca una precisa definizione, esso, come vedremo più avanti, viene menzionato più volte all’interno di diversi esempi presenti nel Commentario stesso. Per ufficio si intende comunque quell’unità organizzativa atta a gestire gli aspetti amministrativi dell’impresa e va detto che questo tende spesso a sovrapporsi al concetto di “sede di direzione”³⁸.

I termini “officina” e “laboratorio” invece appaiono sufficientemente chiari nella loro accezione comune³⁹. In via generale, entrambi sono caratterizzati ed accomunati dal fatto che vi si svolgono i processi più squisitamente produttivi dell’impresa⁴⁰. Nello specifico, per “officina” si fa riferimento a quell’impianto (industriale o artigiano) nel quale vengono effettuate lavorazioni nell’ambito delle costruzioni meccaniche, mentre per “laboratorio” si intende un locale attrezzato per svolgere attività sperimentali, tecniche o produttive.

L’ultima fattispecie menzionata dalla lett. f) del paragrafo 2 dell’art. 5 del Modello OCSE prevede che le miniere, i giacimenti petroliferi o di gas naturale, le cave o qualsiasi altro luogo destinato all’estrazione di risorse naturali, possono costituire stabili organizzazioni.

Il Commentario puntualizza che tale ipotesi non fa alcun riferimento circa l’attività di esplorazione di tali risorse, perciò sussiste la stabile organizzazione ogniqualvolta venga generato reddito considerabile come mero profitto aziendale e vengono rispettati i presupposti di cui al paragrafo 1⁴¹.

In ultima analisi, l’espressione “qualsiasi altro luogo di estrazione di risorse naturali” dovrebbe essere intesa in senso lato includendo, per esempio, tutti i luoghi adibiti all’estrazione di idrocarburi all’interno o *offshore*⁴².

1.4 La stabile organizzazione da cantiere

Prima di affrontare la tematica inerente alla nozione di stabile organizzazione da cantiere, è utile ripercorrere una breve analisi storica per comprenderne al meglio l’evoluzione e così l’attuale formulazione vigente.

³⁸ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 33; K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1991, pag. 214: «*The term office denotes a facility that is used for handling the administrative side of the business and that requires neither any degree of independence nor any particular internal organisation*».

³⁹ K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1991, pag. 215: «*Factories and workshops are facilities in which goods are manufactured or processed*».

⁴⁰ A. DE LUCA – A. BAMPO, *La stabile organizzazione in Italia. Definizione, aspetti patologici, operatività e planning*, Milano, 2009, pag. 91.

⁴¹ Cfr. il paragrafo 15 del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁴² Cfr. il paragrafo 14 del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE 2014.

Si sostiene che l'origine della nozione di stabile organizzazione da cantiere risalga alla Convenzione stipulata tra Finlandia e Svezia nel 1931. Tale Trattato disponeva infatti che: «*The site of a building, the construction of which has exceeded or, as far as can be estimated, will exceed a period of 12 months, shall be regarded as a permanent business establishment within the meaning of the Convention*».

La disposizione di cui sopra faceva espresso riferimento al solo cantiere (*site of building*) mentre è in occasione del Trattato stipulato tra Finlandia e Germania del 1935 che vennero incluse anche le attività di costruzione: «*The term "business establishment" [...] shall also include workshops set up for constructions the period of execution of which has exceeded twelve months*»⁴³.

Dopo la seconda guerra mondiale il concetto di stabile organizzazione da cantiere cominciò sempre più a diffondersi, sino ad arrivare al 1963 data in cui, come sappiamo, venne elaborato il primo Modello OCSE. Quest'ultimo, ispirandosi alle definizioni di stabile organizzazione da cantiere contenute nelle precedenti convenzioni, prevedeva all'art. 5 par. 2 lett. g) che «*a building site or construction or assembly project which exists for more than twelve months*» costituisce stabile organizzazione. Tale disposizione rientrava, come già ricordato nel paragrafo precedente, nelle casistiche costituenti a priori l'ipotesi della stabile organizzazione, senza quindi che fosse necessario la verifica di ulteriori elementi.

Successivamente, con la revisione del 1977 al Modello del 1963, la fattispecie della stabile organizzazione "da cantiere" venne espunta dalla lista contenuta nel secondo paragrafo e trasfusa in una disposizione *ad hoc* nel terzo paragrafo, il cui testo, che sarà analizzato qui di seguito, è perfettamente analogo a quello della versione odierna. Il fatto che tale paragrafo sia inserito in un'apposita disposizione a sé stante, ci porta a concludere che quest'ultimo sia indipendente dai requisiti di cui al primo paragrafo.

Dunque, il paragrafo 3 dell'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE regola la particolare fattispecie della c.d. stabile organizzazione "da cantiere" o "di progetto". Tale paragrafo dispone che un cantiere di costruzione o di montaggio o di installazione è considerato stabile organizzazione soltanto se tale cantiere o progetto abbia una durata superiore a 12 mesi⁴⁴.

Nel terzo paragrafo, come si può notare, il requisito della stabilità di cui al primo paragrafo, sarebbe automaticamente garantito dal requisito temporale (c.d. "*duration clause*") ivi richiesto.

⁴³ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 137.

⁴⁴ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 5. par. 3: «*A building site or construction or installation project constitutes a permanent establishment only if it lasts more than twelve months*».

In altre parole, tale criterio temporale (detto anche “*the twelve months test*”) non è altro che una soglia minima al di sotto della quale non è possibile riconoscere l’esistenza di una stabile organizzazione da cantiere. Una volta che il cantiere abbia superato il termine previsto *ex lege*, questo viene considerato una stabile organizzazione, sin dalla sua apertura, retroattivamente.

Quanto al significato da attribuire alla locuzione “cantiere di costruzione o di montaggio o di installazione”, il Commentario ricomprende in tale fattispecie la costruzione e il rinnovamento di strade, immobili, ponti, oleodotti, canali, così come l’installazione o il montaggio di macchinari complessi, sia all’interno che all’esterno di un edificio⁴⁵. Più in particolare, l’espressione “cantiere di montaggio” è associata a “*installation project*” mentre il termine “installazione” comprende quelle attività svolte in fondo al mare o nel sottosuolo, come per esempio le pose di cavi o condutture. L’attività di demolizione, invece, viene considerata paragonabile all’attività di costruzione⁴⁶.

Laddove una delle installazioni previste dalla *positive list* sia presente presso un cantiere che non eccede la soglia temporale dei 12 mesi, si ritiene che non siano integrati i presupposti della stabile organizzazione materiale⁴⁷.

Il Commentario precisa che il requisito temporale debba esser valutato con riferimento al singolo cantiere e che non sia possibile procedere alla sommatoria della durata di più cantieri, seppur appartenenti alla medesima impresa, se privi di una connessione⁴⁸. Al contrario, si ritiene che «*più cantieri formalmente separati debbono considerarsi come un unicum, ai fini dell’integrazione della “duration clause”, quando questi costituiscano un complesso unitario dal punto di vista commerciale e geografico*»⁴⁹.

Passando all’analisi del *dies a quo*, il Commentario sostiene che un cantiere inizia ad esistere dalla data in cui l’appaltatore inizia ufficialmente la propria attività, ivi comprese eventuali attività preparatorie come ad esempio l’installazione, all’interno del cantiere stesso, di un ufficio⁵⁰. I lavori preparatori assumono rilevanza ai fini dell’individuazione del giorno di inizio dei lavori a condizione che vengano svolti *on-site*. Pertanto, qualora i suddetti lavori venissero eseguiti in un luogo diverso da quello nel quale è situato il cantiere, questi non rilevano ai fini della verifica del superamento del requisito temporale. Nella pratica, l’apertura

⁴⁵ Cfr. il paragrafo 17 del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁴⁶ K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1991, pag. 222: «*The term ‘building site or construction project’ also cover demolition and clearing operations*».

⁴⁷ Cfr. il paragrafo 16 del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁴⁸ Cfr. il paragrafo 18 del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁴⁹ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 37.

⁵⁰ Cfr. il paragrafo 19 del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE 2014.

del cantiere coincide con l'invio del primo dipendente ovvero con l'invio del materiale necessario ai fini del progetto⁵¹.

Nel caso l'impresa appaltatrice (c.d. *general contractor*) affidasse parte dell'attività ad imprese subappaltatrici, il tempo impiegato presso il cantiere da quest'ultime rileva, ai fini del computo della soglia temporale, per entrambi i soggetti⁵².

Per quanto concerne il termine del cantiere (*dies ad quem*), il Commentario fa riferimento al momento in cui l'opera sia completata e il cantiere sia definitivamente abbandonato⁵³. Dal punto di vista pratico quindi, il cantiere cessa di esistere con l'abbandono del sito da parte dei dipendenti e la rimozione dei materiali o dei macchinari utilizzati⁵⁴.

Si evince che, se da un lato, eventuali interruzioni temporanee non sono di per sé rilevanti ai fini della cessione del cantiere, dall'altro, queste vanno conteggiate ai fini della durata del cantiere cumulandosi con il tempo in cui si è effettivamente lavorato⁵⁵.

In particolare, il Commentario sostiene che interruzioni stagionali ("*seasonal interruption*") o altre interruzioni temporanee dovrebbero essere incluse nel conteggio della "vita" del cantiere stesso. Con il termine "interruzioni stagionali" si fa riferimento a possibili interruzioni dovute ad esempio a condizioni climatiche sfavorevoli, mentre con "interruzioni temporanee" ci si riferisce a quelle interruzioni dovute ad esempio a causa di scarsità di materiale o difficoltà dal punto di vista lavorativo.

A tal proposito, sempre nel medesimo paragrafo del Commentario, viene illustrato un semplice esempio pratico: un progetto di costruzione relativo ad una strada inizia il 1° maggio e viene interrotto (a causa di maltempo e altre difficoltà) dopo 6 mesi, il 1° novembre. L'interruzione dura 3 mesi (dal 1° novembre al 31° gennaio) e i lavori vengono poi ultimati nei successivi 4 mesi (dal 1° febbraio al 1° giugno).

La suddetta circostanza costituisce a tutti gli effetti una stabile organizzazione da cantiere in quanto non rispetta la soglia temporale dei 12 mesi in virtù del fatto che tra l'inizio e la fine dei lavori sono trascorsi 13 mesi⁵⁶.

Nel Commentario viene altresì considerata l'ipotesi di subappalto di tutta o di parte dell'opera ad altre imprese (*subcontractors*). Al riguardo viene previsto che il periodo nel quale il subappaltatore esplica la propria attività presso il cantiere in questione è rilevante, ai fini

⁵¹ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 38.

⁵² Cfr. il paragrafo 19 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁵³ Cfr. il paragrafo 19 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁵⁴ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 39.

⁵⁵ M. PENNESI, *La stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 26.

⁵⁶ Cfr. il paragrafo 19 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

dell'esistenza di una stabile organizzazione, sia per l'impresa appaltatrice che per il subappaltatore stesso⁵⁷.

Tuttavia, vale la pena sottolineare già da ora che le precisazioni contenute nel Commentario sembrano non pienamente sufficienti a prevenire gli abusi da parte delle imprese in merito alla soglia temporale dei 12 mesi. Come vedremo infatti, la versione vigente del Commentario si occupa anche di quelle circostanze in cui un'impresa appaltatrice suddivide i suoi contratti in più parti (fenomeno c.d. dello *splitting up* dei contratti), ciascuna con durata inferiore alla soglia dei 12 mesi, attribuendoli ad altre società appartenenti allo stesso gruppo, con l'obiettivo di bypassare l'applicazione della disposizione di cui al paragrafo 3 dell'art. 5 del Modello OCSE.

1.5 La *negative list*

Il paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE presenta una lista (c.d. *negative list*) in cui sono elencate le ipotesi ove una sede fissa d'affari non è considerata una stabile organizzazione.

In questa sede ci limiteremo soltanto ad inquadrare gli aspetti fondamentali del citato paragrafo, rinviando al prossimo capitolo la trattazione specifica delle singole modifiche ad esso apportate e gli esempi più salienti che il Commentario fornisce in merito.

Venendo ora all'analisi del paragrafo, esso stabilisce che non si considera l'esistenza di una stabile organizzazione se: a) viene utilizzata un'installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa; b) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna; c) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa; d) viene utilizzata una sede fissa d'affari ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa; e) viene utilizzata una sede fissa d'affari ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario; f) viene utilizzata una sede fissa d'affari ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lett. da a) ad e), purché l'attività della sede fissa nel suo insieme quale risulta da tale combinazione, abbia carattere preparatorio o ausiliario⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. il paragrafo 19 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014; A. DRAGONETTI – V. PIACENTINI – A. SFRONDINI, *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2016, pag. 101-102.

⁵⁸ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 5. par. 4: «*Notwithstanding the preceding provisions of this Article, the term "permanent establishment" shall be deemed not to include: a) the use of*

In sostanza, le diverse ipotesi menzionate in tale elenco sono considerate irrilevanti ai fini dell'esistenza di una stabile organizzazione quindi tale paragrafo, che delinea in modo più selettivo la nozione di stabile organizzazione, viene visto come un'eccezione alla disposizione generale di cui al primo paragrafo dello stesso art. 5⁵⁹.

Passiamo ora all'analisi delle singole fattispecie, in modo da capirne la corretta interpretazione e applicazione attraverso, ove possibile, alcuni piccoli esempi che lo stesso Commentario ci fornisce.

La lett. a) fa riferimento al caso in cui l'impresa non residente si avvale di un'installazione destinata ad immagazzinare, ad esporre o consegnare propri beni o merci. Quindi, condizione essenziale ai fini dell'esenzione è che i beni appartengano all'impresa medesima.

Con il termine "deposito", chiaramente la norma si riferisce, ad esempio, ai magazzini adibiti allo stoccaggio dei beni appartenenti all'impresa e non ad altre imprese⁶⁰.

Quanto invece al termine "esposizione" si fa riferimento all'ipotesi in cui ad esempio l'impresa estera usufruisca di un apposito spazio a fini espositivi, come nel caso di uno *stand* ad una fiera. Ne consegue che, se al termine di una fiera o di una mostra vengono venduti i beni esposti, tale vendita non integra l'ipotesi di stabile organizzazione, mentre, qualora si procedesse alla vendita di beni che non hanno formato oggetto di esposizione, l'esenzione di cui al paragrafo 4 non risulta esser applicabile⁶¹.

Infine, in merito alla terza tipologia di attività ricompresa nella lett. a), ossia la "consegna", essa fa riferimento, ad esempio, al caso in cui un magazzino venga utilizzato dall'impresa estera per la consegna di beni o merci ai propri clienti. Il Commentario al riguardo stabilisce che la mera consegna di pezzi di ricambio, effettuata tramite un magazzino, non integra i presupposti per configurare l'ipotesi di una stabile organizzazione. Nel caso in cui però tale attività di consegna sia accompagnata da ulteriori attività post-vendita (riparazione, assistenza, ecc), le quali non sono ritenute attività accessorie bensì parte integrante della catena produttiva dell'impresa, allora è configurabile una stabile organizzazione⁶².

facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise; b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery; c) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise; 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; e) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any other activity of a preparatory or auxiliary character; f) the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e), provided that the overall activity of the fixed place of business resulting from this combination is of a preparatory or auxiliary character».

⁵⁹ Cfr. il paragrafo 21 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁶⁰ Cfr. il paragrafo 22 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁶¹ Cfr. il paragrafo 29 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁶² Cfr. il paragrafo 25 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

La lett. b) invece prende in considerazione un determinato quantitativo di beni o merci, appartenenti all'impresa estera, che vengono utilizzati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna; pertanto si evince che il mantenimento di uno *stock* di beni o merci dell'impresa per i suddetti fini, non configura di per sé l'ipotesi di stabile organizzazione.

Si sostiene comunque che sia la lett. a) che la lett. b) ricomprendano attività accessorie al deposito, esposizione o consegna, come ad esempio il confezionamento e la spedizione⁶³.

Quanto alla lett. c), essa si concretizza allorquando i beni e le merci appartenenti all'impresa vengono depositate in un magazzino situato presso uno Stato estero al fine di consentirne la trasformazione a cura di una diversa impresa in nome o per conto, però, della prima. Per attività di "trasformazione" si intende lo stadio successivo alla fase produttiva nell'ambito della quale il bene in questione subisce una significativa modificazione degli aspetti qualitativi e/o quantitativi⁶⁴. Laddove, viceversa, fosse la stessa impresa proprietaria dei beni a procedere alla loro trasformazione, sarebbe integrata l'ipotesi della stabile organizzazione poiché l'attività di trasformazione è un'attività facente parte del normale processo produttivo⁶⁵.

In merito alla lett. d), questa disciplina un'ulteriore ipotesi vale a dire il caso in cui l'impresa estera abbia una sede fissa d'affari la quale viene utilizzata per acquistare beni o merci o raccogliere informazioni per l'impresa stessa. Rientra in tale ipotesi l'esempio dell'ufficio acquisti che si occupa esclusivamente dell'acquisto dei beni per l'impresa da cui è incaricata, purché tale base fissa non venga utilizzata per svolgere altre eventuali attività come, ad esempio, la commercializzazione dei beni o la loro trasformazione. Quanto alla "raccolta di informazioni" invece, rientra nell'ambito di tale ipotesi, ad esempio, l'ufficio stampa e le corrispondenze estere delle testate giornalistiche che rappresentano mere diramazioni del corpo principale ("*parent body*"). Diverso è il caso delle redazioni giornalistiche, le quali benché si occupino anch'esse della raccolta di informazioni, configurano stabile

⁶³ M. PENNESI, *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 28; K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1991, pag. 234: «*The rule also covers all activities which, by definition, are connected with the storage, display or delivery of goods or merchandise, e.g. packaging or dispatching*».

⁶⁴ P. VALENTE – L. VINCIGUERRA, *Stabile organizzazione occulta. Profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013, pag. 45; K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1991, pag. 235: «*The term 'processing' means the working of articles or products to change some of their essential features or, if they are raw materials or intermediate products, to turn them into something different*».

⁶⁵ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 66.

organizzazione dell'impresa nel momento in cui provvedono a tradurre, elaborare o a preparare le informazioni per la stampa, ovvero a curare gli abbonamenti del giornale⁶⁶.

Per quanto concerne l'ipotesi previste dalla lett. e), occorre anticipare già da ora (ma sarà oggetto di analisi approfondita nel capitolo 2) che è proprio in relazione a tale aspetto che si sono verificati, nel corso degli ultimi anni, la maggior parte degli abusi dell'istituto della stabile organizzazione da parte delle imprese per fini elusivi e di evasione fiscale. Infatti, il testo delle lett. e) crea forti problematiche sul piano interpretativo, tanto che nel corso del tempo si è posta la questione se il carattere "preparatorio" o "ausiliario" debba esser previsto anche per tutte le ipotesi menzionate dalla lett. a) a d) oppure dovesse essere una peculiarità appartenente soltanto ai casi previsti dalla stessa lett. e)⁶⁷.

Ad ogni modo, la lett. e) suggerisce che qualora una sede fissa d'affari svolga qualsiasi altra potenziale attività a carattere preparatorio o ausiliario, non espressamente indicata dalle ipotesi precedenti, essa non costituisce stabile organizzazione⁶⁸.

Nella realtà risulta difficile stabilire quali attività abbiano effettivamente carattere preparatorio o ausiliario, tuttavia il criterio utilizzato per verificare l'esistenza di tale requisito consiste nel controllare se l'attività svolta dalla sede d'affari rappresenti una parte essenziale e significativa dell'attività dell'impresa estera nel suo complesso o meno⁶⁹. Più nel dettaglio, le attività di carattere preparatorio o ausiliario sono quelle non imprescindibili per il conseguimento dell'attività principale dell'impresa estera. In altre parole, bisognerebbe verificare se l'attività dell'impresa non residente possa esser conseguita tranquillamente anche se privata di talune attività. Alla luce di questo, è lecito poter affermare quindi che nel caso in cui il "fixed place of business" preso in esame svolga funzioni che «costituiscono segmenti essenziali del ciclo imprenditoriale e della gestione caratteristica, come le fasi, interne al processo produttivo, indispensabili per la realizzazione del bene o del servizio finale»⁷⁰ allora esso sicuramente non rientra nell'ambito dell'applicazione del paragrafo 4 dell'art. 5 e perciò costituisce una stabile organizzazione. Si evince quindi che non si dovrebbe seguire una linea guida rigida bensì occorre procedere ad un'analisi "case by case" al fine di stabilire o meno concretamente l'esistenza di una stabile organizzazione.

⁶⁶ Cfr. il paragrafo 22 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014; M. PENNESI, *Stabile Organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 30.

⁶⁷ Come avremo modo di vedere nel prossimo capitolo invece, stando alla versione odierna del quarto paragrafo, è previsto tassativamente che, per tutte le ipotesi indicate nella *negative list*, sussista il carattere preparatorio o ausiliario.

⁶⁸ Cfr. il paragrafo 23 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁶⁹ Cfr. il paragrafo 24 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁷⁰ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 63.

Ciò che comunque risulta esser ben chiaro dalla lettura della lett. e), è che le attività considerate di carattere preparatorio o ausiliario debbono necessariamente esser svolte per conto dell'impresa estera (da cui la sede fissa d'affari promana) e non per conto di altre imprese, pur se appartenenti al medesimo gruppo⁷¹.

Il Commentario riconosce comunque che un'attività ha carattere preparatorio o ausiliario anche nel caso in cui la sede fissa d'affari contribuisce alla produttività dell'impresa nel suo complesso, ma svolge servizi così lontani dalla effettiva realizzazione di profitti tanto che risulta difficile attribuirle un ammontare esatto di utili⁷².

Le considerazioni appena fatte in merito al carattere preparatorio o ausiliario previsto dalla lett. e) valgono anche per la successiva lett. f). Questa infatti contempla l'ipotesi del possibile esercizio combinato, in una sede fissa d'affari, delle attività menzionate dalla lett. a) ad e), prescrivendo che tale circostanza non configuri l'esistenza di una stabile organizzazione purché l'attività della sede fissa nel suo insieme abbia carattere preparatorio o ausiliario⁷³.

È possibile, tuttavia, che il cumulo di più attività preparatorie o ausiliarie possa trasformarsi a tutti gli effetti in un'attività significativa e decisiva per l'impresa stessa e in tal caso non è possibile beneficiare dell'esenzione di cui al paragrafo 4. Nel Commentario comunque, si osserva che un'impresa non può artificialmente frammentare un'attività complessa in più operazioni con il fine di sostenere che ciascuna di essa sia relativa a singole attività a carattere preparatorio o ausiliario⁷⁴.

Come avremo modo di vedere nel capitolo successivo, la problematica di cui sopra è stata affrontata dall'OCSE nell'ambito dell'*Action 7* del Progetto BEPS che ha comportato l'introduzione della c.d. *Anti-Fragmentation Rule*, confluita nel paragrafo 4.1 dell'art. 5 del Modello OCSE nella versione del 2017.

1.6 La stabile organizzazione personale

Le disposizioni contenute nei paragrafi 5 e 6 del Modello OCSE attengono alle attività che una "persona" svolge per conto di un'impresa e permettono di configurare l'esistenza di una stabile organizzazione anche in assenza di una base fissa d'affari (c.d. "stabile organizzazione personale").

⁷¹ Cfr. il paragrafo 26 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁷² Cfr. il paragrafo 23 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁷³ Cfr. il paragrafo 27 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁷⁴ Cfr. il paragrafo 27.1 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

Nello specifico, il paragrafo 5 prevede che quando un soggetto, diverso da un agente che gode di uno *status* indipendente, agisce per conto di un'impresa e abitualmente esercita in uno Stato il potere di concludere contratti in nome dell'impresa stessa, si considera che tale impresa abbia una stabile organizzazione in detto Stato, in relazione ad ogni attività svolta dal suddetto soggetto per conto dell'impresa, a meno che le attività di tale soggetto siano limitate allo svolgimento delle attività di cui al paragrafo 4 che, se esercitate per mezzo di una sede fissa d'affari, non permetterebbero di considerare questa sede fissa una stabile organizzazione ai sensi delle disposizioni del medesimo paragrafo⁷⁵.

Sostanzialmente, si evince che affinché sia integrata l'ipotesi della stabile organizzazione personale, debbano sussistere i seguenti tre requisiti: a) il requisito soggettivo, vale a dire che il soggetto che agisce deve essere "dipendente" dall'impresa estera, ossia deve essere un soggetto che non goda dello *status* di indipendenza previsto dal paragrafo 6, b) il requisito oggettivo, ossia che tale soggetto abbia il potere di concludere contratti in nome dell'impresa stessa ed infine c) il requisito dell'abitudine ossia che l'attività di conclusione di detti contratti avvenga in modo abituale e non occasionale⁷⁶.

Il termine "*person*" utilizzato dal Modello OCSE include sia persone fisiche che enti collettivi (ad esempio una società di capitali o una società di persone), non essendo necessario che essa sia residente o disponga di una sede d'affari nello Stato nel quale opera per l'impresa⁷⁷.

Possiamo notare come il requisito della "abitudine" è in questo caso equivalente a quello della "stabilità" previsto per la stabile organizzazione materiale. Tale parallelismo è confermato dal Commentario stesso ove viene stabilita l'irrelevanza delle sedi fisse d'affari a carattere temporaneo, alla stessa stregua degli agenti dipendenti che svolgono la propria attività in modo sporadico⁷⁸.

⁷⁵ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 5. par. 5: «Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2, where a person - other than an agent of an independent status to whom paragraph 6 applies - is acting on behalf of an enterprise and has, and habitually exercises, in a Contracting State an authority to conclude contracts in the name of the enterprise, that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business, would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph».

⁷⁶ P. VALENTE – L. VINCIGUERRA, *Stabile organizzazione occulta. Profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013, pag. 57.

⁷⁷ Cfr. il paragrafo 32 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁷⁸ Cfr. il paragrafo 33.1 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014; K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1991, pag. 246: «The mere existence of an authority to conclude contracts does not signify that the person so authorized is actually engaged in business way which would justify his being taxed. An additional requirement in his case, too, is that his activities have a certain permanence. [...] The conclusion of one single contract would not be sufficient to satisfy that requirement».

Anche in merito a tale fattispecie quindi, occorre che la verifica del requisito dell'abitudine avvenga secondo una logica “*case by case*” in relazione alla natura dei contratti e all'attività del soggetto preponente.

Per quanto concerne il significato dell'espressione “*in the name of the enterprise*”, non dovrebbe intendersi limitata ai casi in cui l'agente concluda contratti letteralmente “in nome” dell'impresa estera, ma a tutte le ipotesi in cui l'agente vincoli *de facto* il preponente (l'impresa) alle clausole negoziali stipulate nel corso della trattativa, in disparte chi formalmente firma il contratto con i clienti⁷⁹.

Per concludere, in merito al significato del primo requisito richiesto per configurare l'ipotesi di stabile organizzazione personale, vale a dire lo status di “dipendenza” che lega il soggetto all'impresa non residente, questo va dedotto “per esclusione” dal successivo paragrafo 6 del medesimo articolo.

Il citato paragrafo infatti prevede che un'impresa non si considera come avente una stabile organizzazione in uno Stato per il solo fatto che essa esercita in detto Stato la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissario generale o di ogni altro intermediario che goda di uno *status* indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività⁸⁰.

Quindi, da ciò che si evince dal paragrafo, non si integra l'ipotesi della stabile organizzazione personale qualora sussistano i due seguenti criteri: a) che l'agente sia indipendente e b) che quest'ultimo agisca nell'ambito della sua ordinaria attività.

In merito al primo requisito, secondo quanto precisa il Commentario, lo status di indipendenza andrebbe verificato secondo una duplice prospettiva: dal punto di vista “giuridico” e dal punto di vista “economico”⁸¹.

Sotto il profilo giuridico assumono rilevanza sia i poteri che l'impresa estera esercita, legalmente e contrattualmente nei confronti dell'agente, sia le obbligazioni di quest'ultimo nei confronti dell'impresa stessa. Un agente non si considera indipendente, ad esempio, né se il suo operato viene influenzato da precise istruzioni né se viene sottoposto ad un ampio controllo per mano dell'impresa stessa⁸².

⁷⁹ Cfr. il paragrafo 32.1 e 33 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁸⁰ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 5. par. 6: «*An enterprise shall not be deemed to have a permanent establishment in a Contracting State merely because it carries on business in that State through a broker, general commission agent or any other agent of an independent status, provided that such persons are acting in the ordinary course of their business*».

⁸¹ Cfr. il paragrafo 37 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁸² Cfr. il paragrafo 38 e 38.3 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

Sotto il profilo economico invece, assume rilevanza il soggetto su cui grava il rischio imprenditoriale⁸³. In particolare, nel caso in cui tale rischio ricada sull'agente, allora quest'ultimo può ritenersi indipendente economicamente a tutti gli effetti. Qualora invece sia ravvisabile, ad esempio, la previsione di una remunerazione prefissata per l'agente oppure la garanzia, da parte dell'impresa estera preponente, della copertura delle eventuali perdite sofferte dall'agente, allora sicuramente è lecito poter affermare la mancanza del requisito di indipendenza da parte di quest'ultimo⁸⁴.

Il Commentario sottolinea che un ulteriore indizio, non sufficiente, ma utile per verificare l'indipendenza economica dell'agente consiste nel valutare il numero dei preponenti. Infatti, si è dell'avviso che maggiore è il numero dei preponenti, maggiori sono le possibilità che l'agente goda di uno *status* di indipendenza⁸⁵.

Per quanto concerne invece il secondo requisito, il Commentario precisa che l'agente agisce al di fuori della propria ordinaria attività quando i benefici derivanti dalla suddetta attività appartengono alla sfera economica dell'impresa estera preponente anziché a quella della propria area d'affari⁸⁶.

A questo punto, parallelamente a quanto accennato in merito all'abuso della lett. e) per le ipotesi che non costituiscono una stabile organizzazione materiale, è doveroso anticipare già da ora, come anche in merito al paragrafo 5 e al paragrafo 6 si siano verificati molteplici abusi da parte delle imprese le quali si sono servite della figura del c.d. *commissionnaire* per bypassare la configurazione dell'ipotesi della stabile organizzazione personale. Per contrastare tale fenomeno, l'OCSE, nel *Final Report* dell'*Action 7* del Progetto BEPS (su cui si veda il prossimo capitolo per un'analisi approfondita) ha previsto importanti modifiche. Come vedremo infatti nel capitolo successivo, il testo aggiornato del paragrafo 5, presente a partire dal nuovo Modello di Convenzione OCSE nella sua versione del 2017, dispone che l'ipotesi della stabile organizzazione personale ricorre anche qualora un soggetto, in qualità di agente, svolga un ruolo decisivo che porta alla conclusione di contratti, perfezionati successivamente dall'impresa senza sostanziali modifiche, indipendentemente dal fatto che la conclusione di detti contratti sia avvenuta a nome dell'impresa estera preponente.

⁸³ Cfr. il paragrafo 38 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁸⁴ P. VALENTE – L. VINCIGUERRA, *Stabile organizzazione occulta. Profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013, pag. 59.

⁸⁵ Cfr. il paragrafo 38.6 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁸⁶ Cfr. il paragrafo 38.7 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

1.7 La stabile organizzazione e rapporti di controllo societario

Un'ultima tematica che merita di essere analizzata circa la nozione di stabile organizzazione è trattata nel paragrafo 7 dell'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE.

Tale aspetto merita particolare attenzione dato che proprio l'introduzione del presente elaborato inizia con il definire la nozione di impresa multinazionale. In particolare, si può affermare che le multinazionali si caratterizzano per un "indirizzo comune" verso cui sono palesemente orientate le attività delle società appartenenti al medesimo gruppo. Motivo per cui è errato ipotizzare a priori l'esistenza di una stabile organizzazione ogniqualvolta una delle dette società svolga un'attività che sia finalizzata al raggiungimento dell'obiettivo comune generale perseguito dal gruppo multinazionale stesso⁸⁷.

Nello specifico, il paragrafo in questione dispone che il mero fatto che una società residente in uno Stato contraente controlli, o sia controllata da, una società residente in un altro Stato contraente, ovvero svolga un'attività economica in detto altro Stato (attraverso una stabile organizzazione oppure altrimenti) non costituisce di per sé motivo sufficiente per considerare una qualsiasi delle dette società una stabile organizzazione dell'altra⁸⁸.

Si evince quindi un particolare principio (c.d. *anti single entity clause*) comunemente riconosciuto a livello internazionale, che si fonda sul presupposto secondo cui l'impresa costituisce un soggetto giuridico autonomo (*independent legal entity*) rispetto alle altre entità del gruppo cui la stessa appartiene. In altre parole, la clausola di cui sopra, permette di evitare che società appartenenti ad un gruppo multinazionale siano considerate una "single entity", ossia un'entità giuridica unitaria. Ad esempio, il fatto che l'attività svolta dalla società controllata (*subsidiary company*) sia gestita direttamente dalla società controllante (*parent company*) non renderebbe di per sé la controllata una stabile organizzazione della controllante⁸⁹. Per riscontrare quindi l'eventuale presenza di una stabile organizzazione, sia essa di tipo materiale o personale, occorre verificare a monte la sussistenza dei requisiti essenziali richiesti rispettivamente dal primo e dal quinto paragrafo, a prescindere dal rapporto di controllo.

A tal proposito, in dottrina, si sostiene che per verificare l'esistenza di una stabile organizzazione della controllante all'interno della controllata, occorre "fingere" che tra le due

⁸⁷ M. PENNESI, *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 63.

⁸⁸ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 5. par. 7: «The fact that a company which is a resident of a Contracting State controls or is controlled by a company which is a resident of the other Contracting State, or which carries on business in that other State (whether through a permanent establishment or otherwise), shall not of itself constitute either company a permanent establishment of the other».

⁸⁹ Cfr. il paragrafo 40 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

società non intercorra alcun rapporto di controllo e solo successivamente applicare i criteri ordinariamente previsti dalla norma convenzionale per stabile alternativamente: a) l'effettiva sussistenza di una base fissa d'affari mediante la quale la controllante esercita in tutto o in parte la sua attività nello Stato di residenza della società controllata. Può ritenersi integrata l'ipotesi di stabile organizzazione materiale, ad esempio, nel caso in cui la società controllante disponga di locali presso la sede della controllata e sussistano i requisiti previsti dal paragrafo 1 dell'art. 5 del Modello OCSE; b) il ruolo della controllata quale potenziale "agente dipendente" della società controllante. Una società controllata potrà dare luogo ad una stabile organizzazione personale, ai sensi del paragrafo 5 dell'art. 5 del Modello OCSE, nel caso in cui la medesima eserciti, in via abituale, il potere di concludere contratti in nome e per conto della propria società controllante⁹⁰.

In particolare, sempre il Commentario precisa che la determinazione dell'esistenza di una stabile organizzazione, ai sensi del paragrafo 1 e 5, debba avvenire separatamente per ciascuna società appartenente allo stesso gruppo. Infatti, l'eventuale esistenza in uno Stato di una stabile organizzazione di una delle società del gruppo, non ha rilevanza con il fatto che un'altra società del gruppo possieda una stabile organizzazione in detto Stato⁹¹.

Infine, nell'ultimo paragrafo del Commentario dedicato al paragrafo 7, viene evidenziata un'importante distinzione tra due peculiari situazioni. Nel primo caso viene considerata la fattispecie in cui determinati locali, appartenenti ad un'impresa che fa parte di un gruppo multinazionale, vengono messi a disposizione di un'altra impresa appartenente al medesimo gruppo. In tal caso, tali locali possono costituire stabile organizzazione di quest'ultima qualora detta impresa svolga la propria attività per mezzo di tali locali. Nel secondo caso invece, si fa riferimento ai servizi (es. *management services*), forniti da un'impresa che fa parte di un gruppo multinazionale ad un'altra impresa appartenente al medesimo gruppo. In particolare, qualora tali servizi siano prestati nell'ambito dell'ordinaria attività svolta dalla prima impresa e mediante proprio personale dipendente, non si ritiene integrata l'ipotesi della stabile organizzazione poiché i locali della società che presta i servizi non sono considerati "*at the disposal*" dell'impresa che beneficia di tali servizi⁹².

⁹⁰ M. PENNESI, *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 43; P. VALENTE – L. VINCIGUERRA, *Stabile organizzazione occulta. Profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013, pag. 62; A. DRAGONETTI – V. PIACENTINI – A. SFRONDINI, *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2016, pag. 104.

⁹¹ Cfr. il paragrafo 41.1 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

⁹² Cfr. il paragrafo 42 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

1.8 La determinazione del reddito della stabile organizzazione

Come abbiamo precedentemente definito, la stabile organizzazione costituisce la fattispecie in cui si verifica quella forma di collegamento con il territorio dello Stato che legittima quest'ultimo a tassare il reddito prodotto da un'impresa estera. Ove non esista una stabile organizzazione, lo Stato della fonte non può sottoporre a tassazione i redditi derivanti dall'attività imprenditoriale svolta dal soggetto non residente⁹³.

In virtù di quanto appena detto, è logico, o meglio, risulta esser fondamentale stabilire un autonomo risultato reddituale a capo della stabile organizzazione.

A tal proposito, Il 22 luglio 2010, nel documento “*Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*”⁹⁴, l'OCSE ha approvato il c.d. “*Authorised OECD Approach*” (AOA) ossia un approccio metodologico che contiene i criteri necessari per la determinazione del reddito in capo alla stabile organizzazione e che fa da cornice alle disposizioni contenute nell'art. 7 del Modello OCSE (intitolato “*Business Profits*”).

Dunque, è proprio nell'art. 7 che sono indicati i criteri e le regole da utilizzare ai fini della determinazione del reddito di una stabile organizzazione. Tale articolo è stato aggiornato con la revisione al Modello del 2010 la quale ha portato importanti modifiche al testo normativo dello stesso rispetto alla versione precedente del 2008.

Per coerenza espositiva, nel corso del seguente paragrafo, verrà utilizzato il testo del Modello OCSE nella sua versione del 2014, ma si tenga presente che sia l'articolo 7 che il relativo Commentario sono rimasti invariati nella versione del Modello OCSE 2017 (il quale conferma e riflette proprio l'approccio sviluppato dall'OCSE nel 2010).

Volendo in sintesi anticipare le modifiche che sono state apportate, possiamo affermare quanto segue: a) il primo e il secondo paragrafo hanno subito modifiche prettamente a carattere formale; b) il testo del terzo paragrafo è stato letteralmente cambiato e sostituito da un'inedita disposizione; c) il testo del settimo paragrafo del vecchio art. 7 della versione 2008 è stato semplicemente trasfuso, integralmente e senza modifiche, nel paragrafo quarto ed infine d) il terzo, il quarto, il quinto e il sesto paragrafo del vecchio art. 7 del 2008 sono stati eliminati per problemi interpretativi.

Ad ogni modo, i principi che verranno analizzati nel corso del seguente paragrafo, hanno una duplice conseguenza: se da un lato infatti consentono allo Stato in cui è situata la stabile organizzazione di poter assoggettare ad imposizione i redditi ivi generati dalla medesima,

⁹³ L. TOSI – R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Sesta edizione, Padova, 2018, pag. 40.

⁹⁴ OECD (2010), *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, 22 July 2010.

dall'altro prevedono che lo Stato di residenza dell'impresa avente stabile organizzazione all'estero provveda ad applicare il metodo dell'esenzione o il metodo del credito d'imposta sui redditi eventualmente generati dalla stabile organizzazione⁹⁵.

La disciplina fondamentale dell'art. 7 è contenuta nel testo del paragrafo 1 il quale precisa che gli utili di un'impresa di uno Stato contraente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che tale impresa non svolga la sua attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata. Se l'impresa svolge in tal modo la sua attività, gli utili che sono attribuibili alla stabile organizzazione, in conformità con le disposizioni del paragrafo 2, sono imponibili in detto altro Stato contraente⁹⁶.

Dalla lettura del sopracitato paragrafo, si evincono in sostanza due principi fondamentali: il primo, precisa che gli utili di un'impresa residente in uno Stato contraente (Stato R) non sono imponibili in un altro Stato (Stato S), se l'impresa non svolge la sua attività in detto altro Stato per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata⁹⁷. Pertanto, si attribuisce allo Stato di residenza dell'impresa avente stabile organizzazione, il potere esclusivo di tassare (*“shall be taxable only”*) gli utili dalla medesima (*“business profits”*) ovunque essi siano generati, a meno che (*“unless”*) tale impresa non svolga la sua attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione, il che attribuirebbe anche allo Stato della fonte un potere impositivo concorrente.

«Finalità ultima della previsione è, pertanto, quella di non far partecipare, tramite il prelievo di imposte, le imprese non residenti alla spesa pubblica dello Stato con cui intrattengono rapporti d'affari finché non dispongano in tale territorio di una “presenza minima” costituita dalla stabile organizzazione»⁹⁸.

Il secondo principio invece, stabilisce che la potestà impositiva dello Stato ove è situata la stabile organizzazione non si estende ai profitti che l'impresa potrebbe derivare da detto Stato ma che tuttavia non sono riconducibili alla stabile organizzazione⁹⁹.

Ne deriva quindi che il potere di tassazione che viene riconosciuto allo Stato della fonte è comunque un potere “limitato” nel senso che le pretese impositive di quest'ultimo debbono

⁹⁵ Generalmente la maggior parte degli Stati, compresa l'Italia, adotta il metodo del credito d'imposta come strumento principe per evitare il fenomeno della doppia imposizione giuridica internazionale.

⁹⁶ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 7. par. 1: *«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».*

⁹⁷ Cfr. il paragrafo 11 del Commentario all'art. 7 del Modello OCSE 2014.

⁹⁸ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 430.

⁹⁹ Cfr. il paragrafo 12 del Commentario all'art. 7 del Modello OCSE 2014.

necessariamente rivalersi esclusivamente sull'ammontare di reddito direttamente attribuibile alla stabile organizzazione. Si deduce che tale disposizione neghi l'applicabilità del c.d. "principio della forza di attrazione generalizzata" secondo cui gli utili realizzati dall'impresa al di fuori della stabile organizzazione ovvero eventuali dividendi, *royalties* o interessi che la stessa percepisce da altre fonti situate nel medesimo Stato, siano soggetti a tassazione da parte dello Stato della fonte per il solo fatto che si ravvisi la presenza di una stabile organizzazione appartenente all'impresa non residente, a prescindere dal fatto che tali elementi reddituali siano collegati o meno con l'attività svolta dalla stabile organizzazione stessa.

Tuttavia, quanto appena detto non deve significare che lo Stato della fonte possa tassare soltanto l'utile attribuibile alla stabile organizzazione dell'impresa estera, infatti eventuali utili dell'impresa non residente che non siano connessi alla stabile organizzazione stessa, saranno soggetti a tassazione da parte dello Stato della fonte, ma alle specifiche condizioni e modalità loro proprie.

Difatti, ciò andrebbe letto alla luce del paragrafo 4 del medesimo articolo, in cui viene stabilito che quando gli utili comprendono elementi di reddito considerati separatamente in altri articoli della Convenzione, le disposizioni di tali articoli non vengono modificate da quelle contenute nell'art. 7 stesso¹⁰⁰.

Viene precisato quindi che le singole disposizioni circa gli elementi di reddito, quali ad esempio i dividendi, gli interessi o i canoni, che vengono rispettivamente disciplinati negli artt. 10, 11 e 12 del Modello OCSE, prevalgono su quella prevista dal paragrafo 1 e di conseguenza allo Stato della fonte è concesso esercitare una potestà impositiva, seppur limitata, secondo le regole previste specificatamente, su ogni singolo elemento reddituale preso in esame¹⁰¹. A tali elementi reddituali torna invece ad essere applicabile il paragrafo 1 qualora l'*asset* generatore dei medesimi (ad esempio una partecipazione, un credito, un bene immateriale) sia effettivamente riconducibile o sia di proprietà della stabile organizzazione situata nello Stato della fonte. In tal caso, tali elementi reddituali sono ricompresi nel reddito della stabile organizzazione e vengono tassati in forma piena (c.d. "principio della riserva della stabile organizzazione")¹⁰².

¹⁰⁰ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 7. par. 4: «Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article».

¹⁰¹ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 432.

¹⁰² Cfr. il paragrafo 4 dell'art. 10 (dividendi), il paragrafo 4 dell'art. 11 (interessi) e il paragrafo 3 dell'art. 12 (canoni) del Modello OCSE 2014.

Venendo ora al paragrafo 2 dell'art. 7, questo sostanzialmente contiene la regola cardine sulla base della quale procedere all'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione¹⁰³. Nello specifico il secondo paragrafo prevede che ai fini dell'articolo stesso e degli articoli 23 A e 23 B, gli utili che sono attribuibili in ciascun Stato contraente alla stabile organizzazione, di cui al paragrafo 1, sono utili che si ritiene sarebbero stati da essa conseguiti, in particolare nelle sue operazioni con altre parti dell'impresa, come se si fosse trattato di un'impresa separata e indipendente svolgente attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe, tenuto conto delle funzioni svolte, dei beni utilizzati e dei rischi assunti dall'impresa attraverso la stabile organizzazione e attraverso le altre parti dell'impresa stessa¹⁰⁴.

Come si evince quindi, i criteri previsti dal sopracitato paragrafo si basano sul c.d. "*functionally separate entity approach*" secondo cui la stabile organizzazione, ai soli fini dell'attribuzione del reddito alla medesima (e non per altri fini), deve essere considerata, secondo una mera finzione giuridica, come se fosse un'impresa separata ed indipendente dalla casa madre da cui essa promana, sulla base dell'*arm's length principle*.

In altre parole, quanto detto sopra sta a significare che i redditi attribuibili alla stabile organizzazione sono quelli che essa avrebbe realizzato se, invece di correlarsi con l'impresa madre ovvero con altre parti di quest'ultima, avesse compiuto transazioni con un'impresa totalmente separata, alle condizioni e ai prezzi che prevalgono sul mercato in condizioni di libera concorrenza (*arm's length principle*).

Secondo quanto stabilito dall'AOA quindi, il principio dell'*arm's length* di cui all'art. 9 (in materia di *Associated Enterprises*) viene altresì applicato al paragrafo 2 dell'art. 7.

Occorre sottolineare però che l'applicazione all'art. 7 di tale principio non avviene per via diretta bensì per analogia. Questo perché, se da un lato ai fini dell'art. 9, il principio dell'*arm's length* viene applicato alle transazioni avvenute tra imprese associate ma giuridicamente distinte e separate, dall'altro, ai fini dell'art. 7, la stabile organizzazione non è un'entità che gode di autonomia giuridica bensì è parte di un'unica impresa.

È stato detto che ai soli fini dell'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione, questa deve essere considerata, secondo una mera finzione giuridica, come un'impresa separata ed indipendente dalla casa madre di cui è parte. Tale finzione deve essere rispettata da parte di

¹⁰³ Cfr. il paragrafo 15 del Commentario all'art. 7 del Modello OCSE 2014.

¹⁰⁴ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 7. par. 2: «*For the purposes of this Article and Article [23 A] [23 B], the profits that are attributable in each Contracting State to the permanent establishment referred to in paragraph 1 are the profits it might be expected to make, 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*».

entrambi gli Stati contraenti, nello specifico: da parte dello Stato della fonte affinché possa esercitare concretamente il proprio potere impositivo sul risultato reddituale conseguito dalla stabile organizzazione, ma anche da parte dello Stato di residenza dell'impresa non residente la quale deve eliminare o ridurre la doppia imposizione, che ricade sugli utili imputabili alla stabile organizzazione, utilizzando il metodo dell'esenzione previsto nell'art. 23 A o il metodo del credito d'imposta ai sensi dell'art. 23 B.

Con il metodo dell'esenzione (art. 23 A¹⁰⁵), lo Stato di residenza del soggetto che produce reddito all'estero, esenta tale reddito poiché lo stesso è già stato sottoposto a tassazione nello Stato della fonte. In questo caso, la doppia imposizione giuridica internazionale viene completamente eliminata.

Con il metodo del credito d'imposta (art. 23 B¹⁰⁶) invece, viene concesso al residente il diritto a scomputare dall'imposta nazionale relativa ad un reddito prodotto in uno Stato estero, le imposte ivi pagate sul medesimo reddito. In questo caso, la doppia imposizione giuridica internazionale viene solamente ridotta ma non eliminata.

A questo punto occorre necessariamente sottolineare che *«l'applicazione in entrambi gli Stati contraenti della suddetta finzione non fa sì che si determini in entrambi gli Stati contraenti*

¹⁰⁵ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 23 A, Exemption Method: «1. Where a resident of a Contracting State derives income or owns capital which may be taxed in the other Contracting State in accordance with the provisions of this Convention (except to the extent that these provisions allow taxation by that other State solely because the income is also income derived by a resident of that State or because the capital is also capital owned by a resident of that State), the first mentioned State shall, subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, exempt such income or capital from tax. 2. Where a resident of a Contracting State derives items of income which may be taxed in the other Contracting State in accordance with the provisions of Articles 10 and 11 (except to the extent that these provisions allow taxation by that other State solely because the income is also income derived by a resident of that State), the first mentioned State shall allow as a deduction from the tax on the income of that resident an amount equal to the tax paid in that other State. Such deduction shall not, however, exceed that part of the tax, as computed before the deduction is given, which is attributable to such items of income derived from that other State. 3. Where in accordance with any provision of the Convention income derived or capital owned by a resident of a Contracting State is exempt from tax in that State, such State may nevertheless, in calculating the amount of tax on the remaining income or capital of such resident, take into account the exempted income or capital. 4. The provisions of paragraph 1 shall not apply to income derived or capital owned by a resident of a Contracting State where the other Contracting State applies the provisions of this Convention to exempt such income or capital from tax or applies the provisions of paragraph 2 of Article 10 or 11 to such income».

¹⁰⁶ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 23 B, Credit Method: «1. Where a resident of a Contracting State derives income or owns capital which may be taxed in the other Contracting State in accordance with the provisions of this Convention (except to the extent that these provisions allow taxation by that other State solely because the income is also income derived by a resident of that State or because the capital is also capital owned by a resident of that State), the first mentioned State shall allow: a) as a deduction from the tax on the income of that resident, an amount equal to the income tax paid in that other State; b) as a deduction from the tax on the capital of that resident, an amount equal to the capital tax paid in that other State. Such deduction in either case shall not, however, exceed that part of the income tax or capital tax, as computed before the deduction is given, which is attributable, as the case may be, to the income or the capital which may be taxed in that other State. 2. Where in accordance with any provision of the Convention income derived or capital owned by a resident of a Contracting State is exempt from tax in that State, such State may nevertheless, in calculating the amount of tax on the remaining income or capital of such resident, take into account the exempted income or capital».

una esatta ed identica misura del reddito attribuibile alla stabile organizzazione; anzi, il più delle volte vi saranno differenze temporanee o permanenti significative»¹⁰⁷.

Al riguardo, lo scopo dell'art. 7 del Modello OCSE non consiste nel determinare un'esatta e identica misura del reddito attribuibile alla stabile organizzazione (che sia rilevante in entrambi gli Stati), bensì, ha la finalità principale di a) suggerire l'adozione della "finzione giuridica" quale principio base e b) regolare l'esercizio concorrente del potere di tassazione da parte dei due Stati, senza però incidere sulle concrete modalità di determinazione della base imponibile della stabile organizzazione che rimangono invece demandate alle due distinte legislazioni.

Ai fini del calcolo dei profitti imputabili alla stabile organizzazione, il Commentario precisa che occorre prendere in considerazione gli utili (e le eventuali perdite) di tutte le attività della stabile organizzazione, ivi incluse le transazioni effettuate con imprese indipendenti, associate e con altre parti dell'impresa¹⁰⁸.

In particolare, l'AOA richiede che per l'analisi di cui sopra si svolgano due distinte fasi, al termine delle quali si individuano grandezze economiche e patrimoniali, cui segue la determinazione del reddito fiscale. La Fase 1, che consiste in un'analisi funzionale e fattuale, è finalizzata ad individuare le funzioni (attività) e le caratteristiche economicamente rilevanti (condizioni) della finta impresa separata e indipendente; la Fase 2 invece, consiste nella determinazione del reddito della finta impresa separata e indipendente sulla base di un'analisi di comparabilità e viene dunque determinata la congrua remunerazione dei rapporti intercorrenti tra le varie parti dell'impresa (la sede centrale e ciascuna delle sue stabili organizzazioni).

Quanto alla Fase 1, essa fondamentalmente si sostanzia nei seguenti *step*: a) individuazione delle attività/funzioni esercitate dalla stabile organizzazione e delle relative condizioni/caratteristiche economiche rilevanti. Occorre quindi stabilire in che modo la stabile organizzazione svolge le attività identificate (es. distributore, agente, ecc) e individuare il ruolo del personale coinvolto (c.d. "*significant people functions*"); b) individuazione dei rischi attribuibili alla stabile organizzazione. In particolare, si attribuiscono ad essa i rischi relativi alle *significant people functions* (ad esempio, alla stabile organizzazione sarà imputato un "rischio magazzino" e un "rischio credito" nel caso in cui il personale prendesse decisioni riguardanti il magazzino oppure i clienti a cui vendere); c) individuazione degli *assets*

¹⁰⁷ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 441.

¹⁰⁸ Cfr. il paragrafo 20 del Commentario all'art. 7 del Modello OCSE 2014.

(materiali o immateriali) “economicamente posseduti” e/o utilizzati dalla stabile organizzazione; d) attribuzione dei diritti e delle obbligazioni alla stabile organizzazione; e) individuazione del fondo di dotazione (*free capital*) e relative modalità di finanziamento della stabile organizzazione; f) individuazione dei trasferimenti interni con la casa madre (*internal dealings*)¹⁰⁹.

Per quanto concerne la Fase 2 invece, essa consiste sostanzialmente nella valorizzazione “*at arm’s length*” delle operazioni “interne”. In particolare, si valorizzano le transazioni che intercorrono tra la stabile organizzazione in esame e le imprese associate, sulla base dei principi stabiliti dalle *Guidelines* emesse dall’OCSE in materia di *transfer pricing*, che vengono applicati per analogia¹¹⁰. Ai fini della seguente analisi quindi, si applicherà per analogia uno dei metodi previsti nelle *Guidelines* per la determinazione dei prezzi di trasferimento (ad esempio: *Comparable Uncontrolled Price (CUP)*, *Resale Price Method (RPM)*, *Cost Plus Method (CPM)* e, se questi non dovessero essere utilizzabili, il *Profit Split Method (PSM)* o il *Transactional Net Margin Method (TNMM)*).

Un’ultima osservazione che merita di esser fatta in merito al secondo paragrafo dell’art. 7, è che, la finzione di cui si è parlato sopra, si applica ai soli fini dell’attribuzione del reddito alla stabile organizzazione e quindi non è valida per altri fini convenzionali. Infatti, nel caso delle altre disposizioni contenute nel Modello OCSE, la stabile organizzazione non è distinguibile dall’impresa di cui è parte.

Concludiamo definitivamente l’analisi dell’art. 7 trattando il paragrafo 3 che è stato completamente riscritto ed inserito solo a partire dal Modello OCSE 2010. Tale paragrafo prevede che qualora, in conformità con il paragrafo 2, uno Stato contraente rettifichi gli utili attribuibili alla stabile organizzazione di un’impresa di uno degli Stati contraenti, e di conseguenza assoggetti a tassazione gli utili dell’impresa che sono stati tassati nell’altro Stato contraente, detto altro Stato, nella misura necessaria ad eliminare la doppia imposizione sugli stessi utili, effettua una rettifica corrispondente all’ammontare dell’imposta applicata a detti utili; ai fini della determinazione della rettifica, le autorità competenti degli Stati contraenti, se necessario, si consulteranno¹¹¹.

¹⁰⁹ Cfr. il paragrafo 21 del Commentario all’art. 7 del Modello OCSE 2014; P. DE MURI – E. LO PRESTI VENTURA, *La fiscalità internazionale. Le novità 2019.*, Eutekne, pag. 60 ss., 2019.

¹¹⁰ Cfr. il paragrafo 22 del Commentario all’art. 7 del Modello OCSE 2014.

¹¹¹ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 7. par. 3: «Where, in accordance with paragraph 2, a Contracting State adjusts the profits that are attributable to a permanent establishment of an enterprise of one of the Contracting States and taxes accordingly profits of the enterprise that have been charged to tax in the other State, the other State shall, to the extent necessary to eliminate double taxation on these profits, make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged on those profits. In determining such adjustment, the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other».

Tale disciplina viene esplicitata ai paragrafi 44 - 70 del Commentario al Modello OCSE 2014 e trova applicazione ogniqualvolta uno Stato si trovi costretto ad adeguare i profitti della stabile organizzazione di un'impresa non residente utilizzando criteri *arm's length* di cui al paragrafo 2. In tal caso, viene richiesto all'altro Stato (di residenza del contribuente), nella misura in cui lo stesso riconosce che l'adeguamento sia effettivamente *arm's length*, di effettuare un aggiustamento corrispondente in termini d'imposta dovuta in tale altro Stato, relativamente a quei maggiori profitti che verrebbero altrimenti tassati in entrambi gli Stati, al fine di evitare possibili situazioni di doppia imposizione¹¹².

1.9 Il principio di non discriminazione

Un ultimo aspetto che merita di essere preso in esame riguarda la cosiddetta "clausola di non discriminazione" contenuta nell'art. 24 del Modello di Convenzione OCSE.

Nell'ambito in cui è inserito il presente elaborato, il concetto di "discriminazione" implica un trattamento fiscale differente applicato a fattispecie aventi caratteristiche analoghe tra loro.

Dunque, di principio, tale clausola ha il fine di evitare che i cittadini di uno Stato contraente subiscano nell'altro Stato contraente un trattamento fiscale più oneroso rispetto a quello riservato ai cittadini residenti di detto altro Stato che si trovano nelle medesime condizioni¹¹³.

Ai fini che qui ne occupano, sempre nello stesso articolo, al terzo paragrafo, si fa riferimento all'imposizione che ricade sulla stabile organizzazione che un'impresa residente di uno Stato possiede nell'altro Stato contraente. Nello specifico, alla stabile organizzazione viene garantito un trattamento fiscale di assoluta parità con quello previsto per le imprese residenti in detto altro Stato contraente che svolgono le medesime attività. Infatti, l'art. 24 al paragrafo 3 stabilisce che l'imposizione di una stabile organizzazione che un'impresa di uno Stato contraente ha nell'altro Stato contraente non può essere in questo altro Stato meno favorevole dell'imposizione a carico delle imprese di detto altro Stato che svolgono la medesima attività¹¹⁴.

¹¹² M. PENNESI, *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 102; P. DE MURI – E. LO PRESTI VENTURA, *La fiscalità internazionale. Le novità 2019.*, Eutekne, pag. 81, 2019.

¹¹³ L. TOSI – R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Sesta edizione, Padova, 2018, pag. 50.

¹¹⁴ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 24. par. 3: «*The taxation on a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State shall not be less favourably levied in that other State than the taxation levied on enterprises of that other State carrying on the same activities*». Si tenga presente che l'art. 24 è perfettamente analogo a quello della versione del Modello OCSE 2017.

È importante notare, inoltre, che la disposizione di cui sopra non vieta ad uno Stato contraente la possibilità di garantire un trattamento fiscale migliore (es. agevolazioni o incentivi) ai non residenti, con il fine, ad esempio, di attrarre potenziali investimenti.

Sostanzialmente, quanto disposto dal paragrafo 3 dell'art. 24 è da interpretare come una vera e propria tutela verso le stabili organizzazioni e serve a garantire a quest'ultime un regime fiscale che non sia meno favorevole rispetto a quello previsto per le imprese residenti dello Stato contraente ove la stabile organizzazione stessa opera.

CAPITOLO II

IL PROGETTO BEPS E L'ACTION 7

2.1 Premessa: un nuovo modello di business

Negli ultimi anni, con l'avvento della globalizzazione e della digitalizzazione, il concetto di impresa multinazionale, per come lo conosciamo al giorno d'oggi, si contraddistingue per una serie di diversi aspetti rispetto all'impresa del passato. In particolare, nel tentativo di contenere i costi di struttura e aumentare la propria competitività sul mercato, la maggior parte delle imprese multinazionali si avvale di un modello di *business* sempre più globale e allo stesso tempo digitale e immateriale.

L'inarrestabile sviluppo delle c.d. ICT (*Information and Communications Technology*), l'attitudine su scala globale dei consumatori verso prodotti digitali e un'economia incentrata sui servizi, hanno permesso alle imprese di divenire sempre più "internazionali", dando loro inoltre la possibilità di ottenere cospicui profitti in molteplici Stati ove riescono ad operare attraverso sistemi e metodi del tutto rivoluzionari, immateriali per lo più, senza quindi dover necessariamente imporre la propria presenza fisica, mediante ad esempio una sede fissa; condizione invece che risulta essere essenziale per le imprese di "vecchio stampo".

Dunque, è proprio in questo nuovo panorama economico che si inseriscono tutte quelle imprese multinazionali la cui struttura si fonda sulle nuove innovazioni tecnologiche¹¹⁵ e che mirano ad estendere la loro attività su scala globale nel tentativo di ottenere ingenti profitti.

Ai fini che qui ne occupano, si nota come tale nuovo assetto economico sopra descritto mal si concilia con i vigenti sistemi di tassazione, i quali si dimostrano "incapaci" di regolarizzare, ai fini fiscali, situazioni come quella di cui si è appena parlato. Sono sistemi di tassazione in origine progettati per un'economia di tipo "materiale", ormai obsoleti e che necessitano di una nuova riformulazione per garantire un'equa ripartizione del gettito fiscale tra gli Stati coinvolti in transazioni poste in essere da talune imprese multinazionali¹¹⁶.

Le imprese, in sostanza, riescono ad avere una "significativa presenza digitale" in diversi Stati grazie soprattutto ad Internet ma in più in generale grazie alle ICT; presenza che però non

¹¹⁵ Si veda L. SPINOSA, V. CHAND, *A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism?*, Intertax, Kluwer, 2018, pag. 477.

¹¹⁶ Si veda J. A. G. REQUENA, S. M. GONZALEZ, *Adapting the Concept of Permanent Establishment to the Context of Digital Commerce: From Fixity to Significant Digital Economic Presence*, Intertax, Kluwer, 2017, pag. 733.

viene considerata sufficiente ai fini fiscali perciò non viene regolamentata dai vigenti sistemi di tassazione.

Si evince quindi che questo nuovo metodo di realizzazione dei profitti da parte delle imprese multinazionali, che sfruttano un'economia sempre più immateriale e digitalizzata, mette a dura prova i sistemi impositivi vigenti, i quali difficilmente riescono a ricondurre, o meglio collegare, tali profitti al territorio in cui sono stati materialmente generati nonché allo Stato a cui eventualmente spetta l'esercizio della propria potestà impositiva qualora fosse riscontrabile un'effettiva attività all'interno dei propri confini.

Dunque, se da un lato, la c.d. “*digital transformation*” delle imprese aumenta la produttività e si ripercuote positivamente sulla crescita economica, dall'altro, essa pone serie difficoltà ai sistemi di tassazione vigenti¹¹⁷.

In ambito fiscale, è chiaro quindi che la principale sfida che l'economia digitale pone alle legislazioni nazionali e sovranazionali è quella di evitare che le nuove forme di *business* possano incentivare l'elusione fiscale e/o le pianificazioni fiscali aggressive¹¹⁸.

Sfruttando regimi impositivi di questo tipo, le imprese multinazionali sono riuscite, nel corso dei recenti anni, ad attuare politiche di pianificazione fiscale aggressiva finalizzate all'erosione della base imponibile (fenomeno c.d. “*Base Erosion*”) nonché alla riduzione del carico fiscale a cui esse sono sottoposte nello Stato in cui operano.

Come vedremo, rientra inoltre nell'ambito di talune strategie, anche quel fenomeno c.d. “*Profit Shifting*” che consiste sostanzialmente nello spostamento di profitti da Stati ad alta imposizione a Stati a tassazione ridotta o persino nulla, con l'obiettivo di erodere la base imponibile e quindi sottrarre imposte al fisco.

Un'economia caratterizzata da un alto tasso di globalizzazione e digitalizzazione, la rigidità dei sistemi impositivi che si trovano ad affrontare un'estrema “flessibilità dei redditi d'impresa”, l'assenza di coordinamento con conseguente asimmetria tra i diversi regimi fiscali nazionali e una valutazione non uniforme delle poste reddituali inerenti le transazioni intra-gruppo e non, sono solo alcuni dei molteplici fattori che hanno consentito alle imprese di attuare le politiche fiscali aggressive di cui sopra¹¹⁹.

Nell'economia di questo scenario, inevitabilmente, assume un ruolo importante la figura della stabile organizzazione che, come vedremo, occupa un posto di assoluta rilevanza all'interno

¹¹⁷ Si veda P. HOFMANN, N. RIEDEL, *Taxing where value is created: What's “user involvement” got to do with it*, Intertax, Kluwer, 2019, pag. 172.

¹¹⁸ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 218.

¹¹⁹ Servizio del bilancio del Senato, *Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, in XVII legislatura, nota breve n. 13, 2015.

del piano d'azione sviluppato dall'OCSE. Si è sottolineato infatti che la nozione di stabile organizzazione, nata in origine nel contesto di un'economia materiale (c.d. “*brick and mortar*”) fondata sul commercio di beni fisici che di principio richiedeva una presenza fisica nel territorio dello Stato estero, fosse sempre più messa in crisi dall'avanzare dell'economia digitale¹²⁰.

Basti pensare ad esempio al commercio elettronico diretto, dove, essendo completamente immateriali i beni e/o servizi resi, tutte le operazioni strettamente connesse allo svolgimento dell'attività commerciale (accettazione degli ordini, pagamento, consegna del bene o prestazione del servizio) sono svolte direttamente in rete senza la necessità di alcuna presenza fisica. Più in generale quindi, «*fully dematerialized digital activities are characterized by the lack of need of physical elements in the source State for the enterprise to be able to carry out its business activity*»¹²¹.

2.2. La posizione dell'OCSE e il Progetto BEPS

Nel corso dell'ultimo decennio, come detto, i regimi fiscali nazionali si sono dimostrati inadeguati nel fronteggiare le politiche fiscali aggressive condotte da alcune imprese operanti su scala globale. Pertanto, l'unica strada percorribile sembra quella di intervenire in ambito internazionale, al fine di costruire un contesto giuridico certo nei principi ed omogeneo nelle regole, tale da garantire, da un lato, la potestà impositiva dei singoli Stati e, dall'altro, il pieno sviluppo di Internet e delle iniziative imprenditoriali connesse all'*e-commerce*.

Tale problematica è stata per la prima volta affrontata in occasione del Summit G20 dei Ministri delle Finanze e dei Governatori delle Banche Centrali del 18-19 giugno 2012 tenutosi in Messico e successivamente con il G20 del 5-6 Novembre 2012 dove i leader partecipanti hanno espressamente affidato all'OCSE il compito di sviluppare un concreto piano di azione con il fine di affrontare i fenomeni che comportano l'erosione della base imponibile e la traslazione dei profitti negli Stati aventi un regime a bassa fiscalità.

È solo in occasione del G20 di Mosca del 19-20 luglio 2013 che l'OCSE ha ufficialmente presentato un rapporto denominato “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*” (comunemente definito come “Progetto BEPS”) basato su un piano d'azione costituito da 15

¹²⁰ Si veda A. P. DOURADO, *In Search of an International Tax System in a Post-BEPS Tax Competition Setting*, Intertax, Kluwer, 2019, pag. 3.

¹²¹ J. A. G. REQUENA, S. M. GONZALEZ, *Adapting the Concept of Permanent Establishment to the Context of Digital Commerce: From Fixity to Significant Digital Economic Presence*, Intertax, Kluwer, 2017, pag. 734.

misure, ognuna delle quali è riferita ad uno specifico ambito, che nel complesso però costituiscono la prima vera e propria riforma delle norme di fiscalità internazionale.

Scopo primario del Progetto BEPS è quello di «*riconduurre l'imposizione dei profitti aziendali nei paesi in cui le attività hanno luogo e dove il valore aggiunto è effettivamente creato, così da rendere inefficaci le strategie di erosione della base imponibile e di traslazione dei profitti poste in essere da alcune imprese che, sfruttando regole obsolete e/o lo scarso coordinamento tra i diversi ordinamenti fiscali nazionali, riducono il gettito fiscale dei singoli paesi*»¹²².

Nel mese di ottobre del 2015, l'OCSE ha rilasciato le relazioni finali (*Final Report*) per ciascuna delle 15 azioni sopra citate, ognuna contenente precise disposizioni e principi da seguire al fine di evitare i fenomeni sopra descritti.

Nell'*Action Plan*, le azioni numerate da 2 a 14 sono articolate su tre pilastri che in sostanza rappresentano i principi ritenuti fondamentali dall'OCSE nell'ambito del Progetto BEPS : a) rendere coerenti i diversi regimi impositivi nazionali in materia di attività transazionali; b) rafforzare i requisiti alla base degli standard internazionali, riallineando la tassazione con la localizzazione delle attività produttive e la creazione del valore; c) garantire maggiore trasparenza e migliorare lo scambio di informazioni sia per le imprese ma soprattutto tra i vari governi.

Simbolicamente parlando, la base su cui poggiano i tre pilastri è formata dalle ultime due azioni rimanenti, nello specifico: l'*Action 1* che tratta il tema dell'economia digitale e l'*Action 15* che riguarda l'impiego di uno strumento convenzionale di tipo multilaterale.

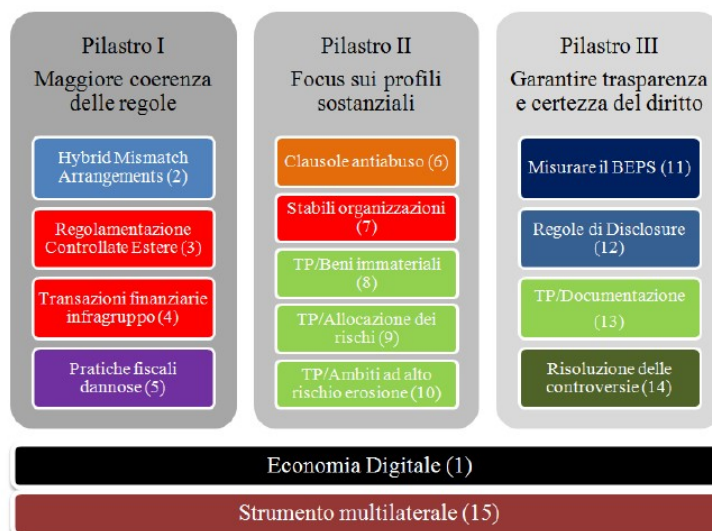


Fig. 1. Il Progetto BEPS

Fonte: Servizio del bilancio del Senato, *Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, 2015

¹²² Servizio del bilancio del Senato, *Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, in XVII legislatura, nota breve n. 13, 2015.

L'Action 1¹²³ riguarda l'importante tematica dell'economia digitale. Essa viene definita nel Report stesso come «*the result of a transformative process brought by information and communication technology (ICT), which has made technologies cheaper, more powerful, and widely standardised, improving business processes and bolstering innovation across all sectors of the economy*». Non è un caso che essa sia posta alla base del Progetto BEPS; si è già avuto modo di raccontare infatti di come le imprese attive in questo settore siano state, nel corso degli ultimi anni, oggetto di particolare attenzione e indagine da parte delle autorità fiscali. Nel Report viene precisato che l'economia digitale non può essere separata dal resto dell'economia poiché essa rappresenta, in misura sempre maggiore, l'economia stessa e che gli attuali sistemi fiscali spesso risultano incapaci nel localizzare i redditi prodotti dalle c.d. *digital enterprises* in un contesto economico caratterizzato ormai sempre più da un elevato grado di dematerializzazione. È proprio l'elevato grado di dematerializzazione presente nell'economia digitale a rendere difficoltoso il collegamento di un'impresa ad uno specifico territorio attraverso la classica nozione di stabile organizzazione; non è per niente semplice infatti verificare la sussistenza dei requisiti per la determinazione di una sede fissa d'affari in un contesto in cui l'attività d'impresa viene svolta *online*. Si evince in sostanza che la rivoluzione digitale ha avuto luogo senza una corrispondente evoluzione fiscale, motivo per cui si avverte la necessità di considerare nuove regole di tassazione che prescindano dalla presenza di un classico insediamento fisico fisso ovvero di una stabile organizzazione.

Al riguardo, tra le varie soluzioni possibili¹²⁴, l'Action 1 ha valutato come opzione primaria l'ipotesi di affiancare alla classica nozione di stabile organizzazione materiale anche la nozione di “significativa presenza digitale”¹²⁵. Per comprendere al meglio la tematica, è utile una breve disamina del concetto di “significativa presenza digitale” quale nuovo potenziale criterio di collegamento (c.d. “*nexus*”) che lega un'impresa al territorio di uno Stato.

Nonostante la mera “presenza digitale” possa essere facilmente rinvenuta qualora ad esempio si accerti che determinati contenuti digitali di un'impresa (sito internet, beni o servizi digitali, ecc) siano accessibili ad un utente situato in uno Stato diverso da quello in cui l'impresa risiede fiscalmente, maggiori invece sono le difficoltà connesse all'interpretazione del termine

¹²³ OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

¹²⁴ Nello specifico, il *Final Report* dell'Action 1 individua come soluzioni possibili: a) l'introduzione del concetto di stabile organizzazione “virtuale” o “significativa presenza digitale”; b) l'impiego di una ritenuta a titolo d'imposta su alcune tipologie di transazioni a carattere digitale ed infine c) l'introduzione di una *digital equalisation levy*.

¹²⁵ Come avremo modo di vedere nel terzo capitolo, tale concetto si avvicina molto alla “significativa e continuativa presenza economica costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio” prevista dalla nostra legislazione domestica in materia di stabile organizzazione ai sensi dell'art. 162 co. 2 lett. f-bis), introdotta con la Legge di Bilancio 2018.

“significativa”. Ci si potrebbe chiedere infatti quando e quali siano i criteri da utilizzare per considerare una presenza digitale che sia a tutti gli effetti “significativa”. Al riguardo, l’OCSE propone una serie di parametri quali: a) l’individuazione di un significativo numero di contratti conclusi con utenti residenti fiscalmente nello Stato di destinazione in merito alla fornitura dei beni o servizi digitali; b) l’utilizzo di beni o servizi forniti dall’impresa prevalentemente all’interno di uno Stato diverso rispetto a quello in cui l’impresa risiede fiscalmente; c) il significativo ammontare dei pagamenti verso l’impresa da parte di consumatori presenti in altro Stato rispetto a quello in cui l’impresa risiede fiscalmente; d) la presenza all’interno dello Stato di destinazione di una struttura connessa con l’impresa estera che, nonostante non integri i presupposti classici della stabile organizzazione, svolga attività di promozione dei beni forniti dalla suddetta impresa ed infine e) la raccolta regolare e sistematica da parte dell’impresa estera di dati ed informazioni relative ad utenti fiscalmente residenti in uno Stato diverso rispetto a quello in cui l’impresa è residente¹²⁶.

Ad ogni modo, l’ipotesi relativa alla “significativa presenza digitale” proposta nell’*Action 1* è stata momentaneamente bloccata da parte dell’OCSE in quanto si è ritenuto che le ulteriori azioni poste in essere all’interno del Progetto BEPS possano attutire le problematiche riguardanti la perdita del gettito fiscale degli Stati in cui avvengono le transazioni digitali.

I lavori dell’OCSE non sembrano quindi aver trovato una soluzione definitiva e concreta al problema legato alla *digital economy*, e nell’*Interim Report*¹²⁷ pubblicato il 16 marzo 2018, viene inoltre sottolineato che non è stato raggiunto alcun accordo tra gli Stati in merito all’implementazione dell’*Action 1*: «*At the time that the Action 1 Report was adopted, however, no agreement had been reached among countries participating in the BEPS Project on the actual scale and impact of these broader direct tax challenges. In particular, no common view emerged on whether changes going beyond the measures proposed in the BEPS package were warranted. The result was that none of the potential options discussed in the Action 1 Report were adopted as agreed international standards. Nonetheless, it was acknowledged that countries could introduce any of these options in their domestic laws, provided that they respected existing tax treaties and other international obligations*».

Per una concreta risposta da parte dell’OCSE sul tema dell’economia digitale, occorre dunque attendere ulteriori proposte e rielaborazioni che sono previste a cavallo tra il 2019 e il 2020.

¹²⁶ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 222 ss.

¹²⁷ OECD (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing Paris.

L'Action 2¹²⁸ mira a neutralizzare gli effetti dei c.d. *hybrid mismatch arrangements*. L'espressione indica quelle strategie, per l'appunto "ibride", volte a sfruttare le asimmetrie tra i diversi ordinamenti nazionali al fine di ottenerne benefici indebiti. Rientrano in tale categoria, ad esempio, strategie che mirano a creare situazioni di "doppia non imposizione", di doppia deduzione facenti capo alla medesima spesa oppure di differimento a lungo termine del pagamento delle imposte.

L'Action 3¹²⁹ definisce e rafforza le c.d. *CFC rules* in materia di società estere controllate (*Controlled Foreign Company*) e ne stabilisce una chiara definizione e i loro requisiti. In particolare, le indicazioni fornite dal documento riguardano la precisa definizione di CFC, una soglia minima per l'applicazione, la definizione di "controllo", la definizione di "profitti", regole per calcolare i profitti riconducibili alle CFC, regole per allocare gli stessi ed infine regole per ridurre o eliminare la doppia imposizione. I chiarimenti forniti dall'OCSE nell'ambito di questa azione quindi, sono volti a evitare la traslazione di eventuali profitti verso le società estere controllate situate in Stati a fiscalità privilegiata.

L'Action 4¹³⁰ contiene raccomandazioni il cui scopo è limitare l'erosione della base imponibile, attuata mediante la deduzione di interessi passivi e altri costi collegati a finanziamenti effettuati all'interno dei gruppi multinazionali, stabilendo precise soglie percentuali da non eccedere, ai fini dell'utilizzabilità dei vantaggi fiscali derivanti dalla presenza di indebitamento. È stato dimostrato infatti come sia diffusa fra le imprese multinazionali quella pratica che consiste nel "modellare" il livello di indebitamento delle singole unità del gruppo attraverso i finanziamenti infragruppo che generano interessi passivi deducibili, in sede di determinazione delle imposte, con l'obiettivo di ottenere indebiti benefici.

L'Action 5¹³¹ prevede una serie di operazioni volte a contrastare il fenomeno delle c.d. pratiche fiscali dannose, migliorando la trasparenza, evidenziando la reale sostanza delle operazioni, stabilendo standard minimi da rispettare per poter accedere a regimi fiscali di favore ed infine incentivando lo scambio obbligatorio di informazioni tra i diversi Stati circa le decisioni riguardanti i regimi agevolati in vigore.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

¹³⁰ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

¹³¹ OECD (2015), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

L'Action 6¹³² previene l'abuso dei trattati fiscali (in particolare del fenomeno c.d. “*treaty shopping*”), mediante l'uso di determinate clausole antiabuso (vedi clausole LOB “*Limitation-On-Benefits*”) volte ad impedire la concessione di benefici, derivante dalle convenzioni contro la doppia imposizione internazionale, in circostanze inappropriate. Tali abusi spesso avvengono a causa di strategie che prevedono la nascita di società fittizie (denominate “*letterboxes*”, “*shell companies*”, “*conduits*”), fondamentalmente inesistenti sotto il profilo sostanziale. Si parla di “*treaty shopping*” invece, quando un soggetto che non risiede in nessuno dei due Stati contraenti cerca di ottenere ugualmente dei benefici fiscali che però il trattato stesso riserva ai residenti dei rispettivi Stati coinvolti.

L'Action 7¹³³, previene l'elusione artificiale dello *status* di stabile organizzazione. Rappresenta il fulcro centrale del seguente capitolo e perciò sarà analizzata nel dettaglio più avanti. Essa contiene le modifiche che sono state apportate all'art. 5 del Modello OCSE e del relativo Commentario in materia di stabile organizzazione. Nello specifico essa prevede la ridefinizione di un nuovo concetto di stabile organizzazione in linea con le nuove dinamiche di mercato.

L'Action 8, 9 e 10¹³⁴ sono volte a far sì che le disposizioni in materia di *transfer pricing* consentano la determinazione di un'adeguata allocazione e tassazione dei profitti in capo ai grandi gruppi multinazionali. Ci si è resi conto infatti, che taluni soggetti molto spesso hanno la tendenza ad allocare i profitti in Stati ove possono accedere più facilmente a vantaggi fiscali e non dove tali profitti sono stati concretamente generati. È stato doveroso quindi aggiornare le vigenti linee guida sul *transfer pricing* attraverso apposite rettifiche correttive.

L'azione 8 analizza il tema del *transfer pricing* per quanto concerne le transazioni che hanno ad oggetto beni immateriali che per la loro natura di “*intangibles*” sono difficilmente valutabili. L'azione 9 stabilisce che la ripartizione dei rischi su base contrattuale venga considerata tale solo in presenza dell'effettiva possibilità dell'impresa associata di prendere decisioni, di esercitare un controllo sul rischio stesso e di potervi eventualmente far fronte concretamente con risorse proprie. L'azione 10 infine, si focalizza su quelle aree contraddistinte da un alto rischio di erosione delle base imponibile dove le imprese intravedono la possibilità di attuare strategie elusive.

¹³² OECD (2015), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

¹³³ OECD (2015), *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

¹³⁴ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

L'Action 11¹³⁵ si prefigge, da un lato, di sviluppare strumenti volti a monitorare l'efficacia e l'impatto economico delle azioni intraprese con l'implementazione delle misure contenute nel progetto BEPS e, dall'altro, incentiva i singoli Stati a migliorare i rispettivi servizi di raccolta e analisi dei dati e delle informazioni sul BEPS. A tal proposito, il Report stesso fornisce una guida dettagliata affinché gli addetti pubblici preposti possano stimare gli effetti delle diverse azioni e delle misure adottate all'interno del proprio Stato.

L'Action 12¹³⁶ riguarda i metodi utilizzabili per affrontare la problematica delle politiche fiscali aggressive condotte dai contribuenti. Viene fornita a ciascuna delle Amministrazioni finanziarie dei diversi Stati una sorta di struttura, adattabile in base alle specifiche esigenze, che ha la finalità di raccogliere in modo tempestivo le informazioni utili ai fini dell'individuazione di talune pratiche fiscali per poi intraprendere adeguate azioni correttive a contrasto di queste.

L'Action 13¹³⁷ contiene direttive volte a migliorare e coordinare in modo più efficiente la documentazione richiesta alle imprese multinazionali in tema di *transfer pricing*. Ai contribuenti viene richiesto di indicare le imposte pagate nei vari Stati con lo scopo di garantire maggiore trasparenza per le Amministrazioni finanziarie degli Stati coinvolti, in modo tale che quest'ultime siano facilitate nell'identificazione delle aree a rischio elusione e nello svolgimento della propria attività di controllo. Inoltre, viene stabilita la creazione di un *master file* accessibile da parte di ciascuna Amministrazione finanziaria, di un *local file* relativo ad ogni Stato ed infine un rapporto *country by country* ove le multinazionali sono tenute a fornire annualmente, con riferimento a ciascun Stato in cui esse operano, informazioni sui redditi, sulle imposte dovute e su altri specifici indicatori predefiniti.

L'Action 14¹³⁸, partendo dalla consapevolezza che il Progetto BEPS possa creare incertezze interpretative soprattutto nel breve periodo, contiene disposizioni che mirano a rafforzare l'efficacia e l'efficienza delle c.d. *Mutual Agreement Procedures* (procedure amichevoli) nonché dei meccanismi di risoluzione delle controversie. Prevede quindi uno standard secondo cui gli Stati si impegnano a risolvere eventuali controversie in un lasso di tempo medio di 24 mesi e identifica inoltre 11 *best practices* alle quali fare riferimento.

¹³⁵ OECD (2015), *Measuring and Monitoring BEPS, Action 11 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

¹³⁶ OECD (2015), *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

¹³⁷ OECD (2015), *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

¹³⁸ OECD (2015), *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

L'Action 15¹³⁹, infine, si prefigge di sviluppare uno strumento multilaterale per modificare le attuali Convenzioni bilaterali, in grado di velocizzare il recepimento, e di conseguenza l'implementazione da parte di tutti gli Stati coinvolti, dell'intero pacchetto di misure appartenenti al Progetto BEPS.

2.3 L'Action 7

Come detto nel precedente paragrafo, anche la nozione di stabile organizzazione è stata oggetto di importanti modifiche nell'ambito del Progetto BEPS, tanto da meritare un'apposita trattazione a parte nell'Action 7.

Dopo un lungo lavoro, che ha comportato la pubblicazione di ben due *Discussion Draft*¹⁴⁰, il 5 ottobre del 2015 l'OCSE ha pubblicato il *Final Report*¹⁴¹ relativo all'Action 7 del BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) contenente le modifiche all'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE in materia di stabile organizzazione.

In sostanza, tali modifiche sono finalizzate ad impedire che un'impresa ponga in essere strategie volte ad evitare la configurabilità di una stabile organizzazione con lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali.

Il chiaro obiettivo dell'Action 7 quindi, consiste nel modificare l'attuale definizione di stabile organizzazione contenuta nei vigenti Trattati contro le doppie imposizioni in quanto ritenuta ormai obsoleta e non più in grado di garantire una “*fair allocation of taxing rights of business profits*”. Analizzando il nome stesso del Report (*Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*) si evince che l'Action 7 è volta a prevenire quelle strategie di elusione fiscale attuate dalle imprese multinazionali con lo scopo di erodere la base imponibile, come ad esempio quegli accordi c.d. *commissionnaire arrangements* che hanno permesso la traslazione di profitti al di fuori dei confini dello Stato in cui materialmente sono avvenute le vendite. Il Report sottolinea inoltre che le modifiche attuate alla definizione di stabile organizzazione sono spinte dalla necessità di far fronte agli abusi, avvenuti circa le

¹³⁹ OECD (2015), *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

¹⁴⁰ OECD, *Public Discussion Draft – BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status* (31 October 2014 – 9 January 2015); OECD, *Revised Discussion Draft – BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status* (15 May 2015 – 12 June 2015).

¹⁴¹ OECD (2015), *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

esenzioni per specifiche attività previste dal paragrafo 4 dell'art. 5, particolarmente rilevanti e ravvisabili in un contesto di *digital economy*¹⁴².

Ecco quindi il motivo per cui è stata necessaria la premessa fatta nei precedenti paragrafi in merito al cambiamento dell'economia, sempre più immateriale e digitale, e i conseguenti comportamenti elusivi messi in atto dalle multinazionali per erodere la base imponibile come la pratica c.d. *Profit Shifting*.

Le tematiche che sono state oggetto di analisi da parte dall'Action 7 sono le seguenti: a) *Artificial avoidance of PE status through the specific exceptions in Art. 5(4)*. In questo caso si parte dalla consapevolezza che al giorno d'oggi, in virtù di quanto detto precedentemente in riferimento all'economia digitale e al suo sviluppo, attività che in passato erano considerate come “*non-core activities*” ora invece possono rappresentare attività di *core business* nonché attività essenziali per l'impresa ai fini del conseguimento della propria attività. A tal proposito quindi, il paragrafo 4 dell'art. 5 è stato modificato stabilendo che per ciascuna delle ipotesi ivi previste debba sussistere il carattere preparatorio o ausiliario. Nell'ambito del Progetto BEPS però, sempre in relazione al citato paragrafo 4, è stata inoltre inserita un'apposita clausola c.d. “*anti-fragmentation rule*” volta a contrastare la frammentazione delle attività (“*fragmentation of activities*”) nell'ambito dei gruppi multinazionali, ai fini della valutazione del carattere preparatorio o ausiliario delle medesime. È stato constatato infatti che le multinazionali possono facilmente alterare la propria struttura con il fine di ottenere vantaggi fiscali e perciò è stato necessario stabilire che non è possibile frammentare un business coeso in più operazioni con lo scopo di sostenere che ciascuna di esse sia collegata ad attività a carattere preparatorio o ausiliario che beneficino dell'esenzione ai sensi del paragrafo 4; b) *Artificial avoidance of PE status through commissionaire arrangements and similar strategies*. Per *commissionaire arrangement* si intende l'accordo mediante il quale un soggetto vende determinati prodotti in uno Stato, a suo nome, ma per conto di un'impresa non residente la quale è l'effettiva proprietaria dei prodotti in questione. Attraverso un accordo di questo tipo, un'impresa riesce a vendere i suoi prodotti all'estero, senza materialmente integrare l'ipotesi di stabile organizzazione (in questo caso, di tipo personale) alla quale andrebbero invece imputate tali vendite, riuscendo così a sottrarre imposte al fisco dello Stato in cui tali vendite

¹⁴² Così in particolare si esprime il Final Report dell'Action 7: «*The Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting called for a review of that definition to prevent the use of certain common tax avoidance strategies that are currently used to circumvent the existing PE definition, such as arrangements through which taxpayers replace subsidiaries that traditionally acted as distributors by commissionaire arrangements, with a resulting shift of profits out of the country where the sales took place without a substantive change in the functions performed in that country. Changes to the PE definition are also necessary to prevent the exploitation of the specific exceptions to the PE definition currently provided for by Art. 5(4) of the OECD Model Tax Convention (2014), an issue which is particularly relevant in the digital economy*».

hanno luogo. Visto che il soggetto che finalizza le vendite non è il diretto proprietario dei beni che vende, detto soggetto non può essere tassato sugli eventuali profitti derivanti da tali vendite, potendo essere solo tassato sulla remunerazione che riceve dalla prestazione fornita (generalmente una commissione). Sostanzialmente quindi, un'impresa non residente che svolge la propria attività nel territorio di uno Stato estero, attraverso un accordo di questo tipo, è in grado di evitare l'applicazione del paragrafo 5 dell'art. 5 del Modello OCSE poiché tali contratti conclusi dal *commissionnaire* non vincolano legalmente l'impresa estera nei confronti di terze parti. Ecco quindi che sia il paragrafo 5 che il paragrafo 6 sono stati oggetto di revisione; c) *Splitting-up of contracts*. Nel Report viene altresì fatto notare come la disposizione di cui al paragrafo 3 dell'art. 5 del Modello OCSE, riguardante l'ipotesi di stabile organizzazione da cantiere, sia stata anch'essa oggetto di abusi attraverso la pratica che consiste nel frazionamento ("*splitting*") dei contratti di appalto tra imprese strettamente correlate appartenenti al medesimo gruppo. Talvolta infatti, è stato constatato che le imprese, impegnate in attività nell'ambito di contratti di appalto o di costruzione, suddividono i loro contratti in più parti, attribuite ad altre società collegate, ciascuna delle quali copre un periodo di tempo inferiore ai 12 mesi, bypassando in tal modo la disposizione di cui al paragrafo 3. Al riguardo quindi, la scelta è stata quella di utilizzare il *Principal Purpose Test* (PPT) prevista nell'*Action 6*; d) *Profit attribution to PEs and interaction with action points on transfer pricing*. Il Report precisa che le modifiche che sono state apportate alla nozione di stabile organizzazione contenuta nell'art. 5 del Modello OCSE non richiedono modifiche sostanziali alle norme e ai principi già esistenti circa l'attribuzione dei profitti ad una stabile organizzazione ai sensi dell'art. 7 del medesimo Modello.

Il Report sottolinea infine che le modifiche proposte al Modello OCSE e al relativo Commentario, valgono esclusivamente per il futuro¹⁴³ e lo strumento per accelerarne il recepimento da parte di tutti gli Stati è proprio il *Multilateral Agreement* di cui all'*Action 15* (a riguardo si veda il paragrafo 2.4).

2.3.1 Le attività preparatorie o ausiliarie e la *Anti-Fragmentation Rule*

Come visto nel capitolo precedente, il paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE presenta una lista (c.d. *negative list*) in cui sono elencate le ipotesi al ricorrere delle quali si deve

¹⁴³ «It should be noted that these changes are prospective only and, as such, do not affect the interpretation of the former provisions of the OECD Model Tax Convention and of treaties in which these provisions are included, in particular as regards the interpretation of existing paragraphs 4 and 5 of Article 5».

presumere, pur in presenza di tutti i requisiti che di fatto la integrerebbero, la non esistenza di una stabile organizzazione. Dal 1977 fino alle recenti proposte dell'*Action 7*, il testo del paragrafo 4 non ha subito cambiamenti e le uniche modifiche apportate nel corso dei vari aggiornamenti al Modello OCSE hanno interessato esclusivamente il relativo Commentario.

Nell'ambito del Progetto BEPS quindi, la *negative list* è stata oggetto di due importanti modifiche: in primo luogo, il requisito del carattere preparatorio o ausiliario di cui al paragrafo 4, viene richiesto, affinché sia applicabile l'esenzione, anche per tutte le altre ipotesi menzionate nei sottoparagrafi da a) a d). In secondo luogo, vi è l'introduzione nel nuovo paragrafo 4.1 della c.d. *Anti-Fragmentation Rule* il cui scopo è quello di contrastare il fenomeno della frammentazione delle attività nell'ambito dei gruppi multinazionali, ai fini della valutazione del carattere preparatorio o ausiliario delle medesime.

Sostanzialmente, per quanto concerne il paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello, le modifiche consistono nella cancellazione dell'ultima parte dei sottoparagrafi e) ed f) e nell'introduzione di una frase, comune per tutti i sottoparagrafi da a) a f), che rende automaticamente tutte le ipotesi menzionate nel paragrafo 4 sottoposte alla condizione che l'attività svolta abbia il carattere preparatorio o ausiliario. L'origine di tale modifica risiede nel fatto che né il Modello OCSE né il relativo Commentario (nelle versioni precedenti al 2017) fornivano indicazioni in merito al fatto se il carattere preparatorio o ausiliario fosse una condizione necessaria, oltre che esplicitamente per i sottoparagrafi e) ed f), anche per i sottoparagrafi da a) a d), e ciò comportava gravi problemi interpretativi che nel corso degli anni hanno dato origine agli abusi di cui si è parlato precedentemente.

Inoltre, si è ritenuto doveroso apportare la modifica di cui sopra in quanto, attività che in passato erano considerate come "*non-core activities*" ora invece, con l'avvento e l'accelerato sviluppo dell'economia digitale, possono rappresentare attività di *core business* nonché attività essenziali per l'impresa ai fini del conseguimento della propria attività¹⁴⁴.

Ecco quindi che nel Modello OCSE, nella versione del 2017, il testo del paragrafo 4 dell'art. 5 precisa che, in deroga alle precedenti disposizioni del citato articolo, si intende che il termine "stabile organizzazione" non include: a) una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa; b) il mantenimento di una scorta di beni o merci appartenenti all'impresa ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna; c) il mantenimento di uno stock di beni o merci appartenenti all'impresa ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa; d) il mantenimento di una sede fissa d'affari

¹⁴⁴ M. FLORIS DE WILDE, *Lowering the Permanent Establishment Threshold via the Anti-BEPS Convention: Much Ado About Nothing?* Intertax, Kluwer, 2017, pag. 561.

ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa; e) il mantenimento di una sede fissa d'affari ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività; f) il mantenimento di una sede fissa d'affari ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lett. da a) ad e); a condizione che tale attività o, nel caso di cui alla lettera f), l'attività complessiva della sede fissa d'affari abbia carattere preparatorio o ausiliario¹⁴⁵.

Prima di iniziare la trattazione specifica del sopracitato paragrafo, occorre precisare che le osservazioni che sono state fatte con il supporto del Commentario nel precedente capitolo in merito al paragrafo 4, sono ovviamente da ritenere valide; ciò che in questa sede verrà esposto invece, sono le nuove disposizioni e i nuovi esempi che sono stati introdotti dall'*Action 7* nel Commentario e che sono presenti nelle loro versioni ufficiali solo a partire dal Modello OCSE nella versione del 2017.

Dunque, in merito all'espressione comune a tutti i sottoparagrafi, è proprio il nuovo Commentario che precisa espressamente che il carattere preparatorio o ausiliario sia ora condizione necessaria per tutte le ipotesi, ai fini dell'applicazione dell'esenzione¹⁴⁶.

Sempre il Commentario fornisce una definizione precisa del significato sia del carattere preparatorio (*preparatory character*) e sia del carattere ausiliario (*auxiliary character*).

In particolare, viene precisato che un'attività è definita "preparatoria" quando tale attività viene svolta in vista dello svolgimento di una successiva attività essenziale e significativa dell'impresa nel suo complesso. È preparatoria quindi quell'attività che precede un'altra attività essenziale e che generalmente viene svolta in un breve lasso di tempo.

D'altro canto, un'attività è considerata "ausiliaria" quando tale attività viene svolta per supportare l'attività essenziale e significativa dell'impresa nel suo complesso, ma senza esserne parte. Qualora un'attività dovesse richiedere una parte consistente dei beni o dei

¹⁴⁵ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2017, art. 5. par. 4: «Notwithstanding the preceding provisions of this Article, the term "permanent establishment" shall be deemed not to include: a) the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise; b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery; c) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise; 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; e) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any other activity; f) the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e), 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».

¹⁴⁶ Cfr. il paragrafo 58 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

dipendenti dell'impresa stessa, quasi sicuramente essa non è considerabile come un'attività ausiliaria¹⁴⁷.

Nello specifico, per valutare il carattere preparatorio o ausiliario di un'attività, occorre verificare che: a) l'attività in esame non coincida con lo scopo generale (“*general purpose*”) dell'impresa; b) che l'attività venga svolta per conto dell'impresa stessa e non per conto di altre e c) che l'attività preceda un'attività essenziale e significativa, durando in genere per breve tempo, oppure che sia di mero supporto e tale da non richiedere una parte significativa di beni o dipendenti dell'impresa stessa.

L'individuazione del carattere preparatorio o ausiliario di un'attività rispetto all'attività principale dell'impresa, viene valutata con degli esempi che il Commentario fornisce rispettivamente per ciascuna ipotesi menzionata nel paragrafo 4. Per ciascun esempio, ai fini della valutazione del carattere preparatorio o ausiliario dell'attività in esame, occorre procedere con un'analisi *case by case* che tenga conto dell'attività complessiva dell'impresa.

Come visto, l'ipotesi contemplata nella lett. a) fa riferimento al caso in cui un'installazione viene usata ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa.

A tal proposito, il Commentario presenta l'esempio di un'impresa residente nello Stato R che utilizza nello Stato S un magazzino (“*warehouse*”) di grandi dimensioni in cui lavora un numero significativo di dipendenti che si occupano dello stoccaggio e della consegna di beni, di proprietà dell'impresa, che vengono venduti a monte *online* dalla stessa ai clienti dello Stato S. In tal caso, non si applica l'esenzione di cui al paragrafo 4 poiché le attività di deposito e consegna dei beni, svolte attraverso il magazzino (considerato tra l'altro un *asset* importante e che richiede un numero elevato di dipendenti) rappresentano una parte essenziale e significativa dell'attività di vendita e distribuzione dell'impresa e quindi non hanno carattere preparatorio o ausiliario¹⁴⁸.

Diversa invece è l'ipotesi in cui un esportatore di frutta, residente in uno Stato, utilizza in un altro Stato un deposito doganale (“*bonded warehouse*”) dotato di speciali impianti a gas, con l'obiettivo di immagazzinare in tale ambiente controllato la frutta durante lo svolgimento delle operazioni doganali. Tale esempio rappresenta un caso di attività a carattere preparatorio o ausiliario rispetto all'attività complessiva, in questo caso, dell'esportatore di frutta.

Sempre nel medesimo paragrafo del Commentario, a commento del sottoparagrafo a), si presenta l'esempio di una sede fissa d'affari che un'impresa utilizza ai soli fini della consegna

¹⁴⁷ Cfr. il paragrafo 60 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁴⁸ Cfr. il paragrafo 62 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

ai propri clienti di pezzi di ricambio (“*spare parts*”) di macchinari che vengono venduti agli stessi clienti. In tal caso, si rientra nell’ambito dell’esenzione prevista dal paragrafo 4, tali attività hanno carattere preparatorio o ausiliario e perciò la sede d’affari in questione non costituisce una stabile organizzazione. Al contrario, nel caso in cui oltre alla consegna di taluni pezzi di ricambio, nella sede fissa d’affari si procedesse ad altre attività quali ad esempio la manutenzione e riparazione (“*maintenance and repairs*”) dei macchinari medesimi, allora l’esenzione non può applicarsi. Questo poiché tali attività vanno oltre la mera consegna e non costituiscono attività a carattere preparatorio o ausiliario in quanto rientrano nella cerchia delle attività post-vendita le quali rappresentano una parte essenziale e significativa dei servizi che un’impresa offre ai propri clienti¹⁴⁹.

Vi è un ulteriore ed ultimo esempio che il Commentario fornisce in merito al sottoparagrafo a), il quale però era già presente nel Modello OCSE precedente ma che merita ugualmente di esser considerato in quanto tratta una casistica davvero interessante e particolare. Viene affrontato il caso di cavi o condotte (“*cable or pipelines*”) che attraversano il territorio di uno Stato e vengono presentate due distinte situazioni. Nel primo caso si ipotizza un’impresa che utilizza cavi o condotte per trasportare beni appartenenti ad altre imprese; in tal caso non si può applicare l’esenzione di cui al paragrafo 4 poiché i beni non appartengono all’impresa stessa e, inoltre, il destinatario dell’attività così svolta sono altre imprese. Diverso invece, sarebbe il caso di un’impresa che utilizza cavi o condotte ai soli fini del trasporto dei propri beni e tale trasporto è meramente incidentale alla propria attività; come ad esempio nel caso di un’impresa che si occupa della raffinazione del petrolio e che utilizza cavi o condotte di sua proprietà, che attraversano il suolo di uno Stato, con lo scopo di trasportare il proprio petrolio ai propri impianti di raffinazione situati in detto altro Stato. Dunque, in questo caso l’attività in esame ha carattere preparatorio o ausiliario perciò l’esenzione prevista dal paragrafo 4 è applicabile a tutti gli effetti e la fattispecie considerata non integra l’ipotesi di stabile organizzazione¹⁵⁰.

Quanto alla lett. b), essa fa riferimento al mantenimento di una scorta di beni o merci appartenenti all’impresa ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna. Il Commentario innanzitutto precisa che qualora uno stock di beni o merci appartenenti all’impresa siano depositati presso le installazioni di un’altra persona che le utilizza direttamente, senza che talune installazioni siano a disposizione dell’impresa stessa, rende irrilevante l’applicazione del sottoparagrafo b) in quanto non è configurabile a monte l’ipotesi di stabile organizzazione.

¹⁴⁹ Cfr. il paragrafo 63 del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁵⁰ Cfr. il paragrafo 64 del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE 2017.

A riguardo viene presentato l'esempio di una società di logistica ("*logistics company*") che utilizza nello Stato S (Stato della fonte) un magazzino nel quale, su base continuativa, immagazzina beni o merci appartenenti ad un'impresa residente dello Stato R (alla quale la società di logistica non è strettamente correlata). Tale magazzino non costituisce una sede fissa d'affari a disposizione dell'impresa non residente e perciò il sottoparagrafo b) è irrilevante. Qualora invece l'impresa estera abbia accesso illimitato ad una parte specifica di tale magazzino per attività di ispezione e mantenimento dei beni ivi immagazzinati, allora il sottoparagrafo b) risulta applicabile e la questione circa l'esistenza di una stabile organizzazione deve essere rimandata al mero accertamento che tali attività abbiano o meno carattere preparatorio o ausiliario¹⁵¹.

La lett. c) invece, fa riferimento all'ipotesi in cui si ravvisi il mantenimento di uno *stock* di beni o merci appartenenti all'impresa ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa. Anche in questo caso, il Commentario sottolinea che la mera presenza di beni o merci appartenenti all'impresa presso le installazioni di un'altra persona, non significa che tale luogo costituisce necessariamente una sede fissa d'affari a disposizione dell'impresa stessa. A tal proposito, viene presentato l'esempio di un'impresa (RCO), residente nello Stato R, i cui beni sono depositati presso un *toll-manufacturer* situato nello Stato S che si occupa in prima persona dell'attività di trasformazione di taluni beni. In tal caso, il luogo in cui sono depositati i beni non costituisce una stabile organizzazione di RCO in quanto tale luogo non è a disposizione dell'impresa non residente. Laddove però RCO avesse accesso illimitato ad una parte specifica di tale luogo per svolgere attività di ispezione e mantenimento dei beni ivi depositati, allora trova applicazione il sottoparagrafo c) e sarà necessario verificare se il mantenimento di tale stock di beni appartenenti a RCO sia un'attività preparatoria o ausiliaria. L'attività è considerabile a carattere preparatorio o ausiliario qualora ad esempio RCO sia un mero distributore di prodotti fabbricati da altre imprese, questo poiché il semplice mantenimento di beni che poi vengono successivamente trasformati da altre imprese non rappresenta una parte essenziale e significativa dell'attività di RCO nel suo complesso (attività di distribuzione)¹⁵².

Come si può notare quindi, per poter ritenere integrati i requisiti della stabile organizzazione materiale, un'impresa non residente deve avere a propria disposizione un determinato spazio fisico costituente una sede fissa d'affari.

¹⁵¹ Cfr. il paragrafo 65 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁵² Cfr. il paragrafo 67 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

Per quanto concerne la lett. d), essa si riferisce all'ipotesi in cui una sede fissa d'affari viene utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa. Nello specifico, la prima parte del sottoparagrafo fa riferimento al caso in cui determinati locali siano utilizzati con lo scopo di acquistare beni o merci ("*purchasing goods or merchandise*") per l'impresa. Il Commentario precisa innanzitutto che l'eccezione non si applica qualora la sede fissa d'affari sia utilizzata per acquistare beni o merci ma l'attività complessiva dell'impresa consista nella vendita di tali beni e l'attività di acquisto sia una "*core function*" del *business* dell'impresa. A titolo di esempio infatti, viene presentato il caso di un'impresa (RCO) residente nello Stato R che è un acquirente di un particolare prodotto agricolo che viene realizzato nello Stato S e che RCO vende ai propri distributori situati in diversi paesi. RCO possiede nello Stato S un ufficio acquisti ("*purchasing office*") in cui lavorano dipendenti altamente qualificati dotati di specifiche conoscenze in merito a tale prodotto e al relativo settore, che visitano i produttori nello Stato S, determinano il tipo/qualità dei prodotti secondo appositi standard internazionali e stipulano contratti di acquisto dei prodotti da parte di RCO. In questo esempio, nonostante l'attività di acquisto sia fondamentalmente l'unica attività svolta per mezzo dell'ufficio, il che è previsto dalla lett. d), non si può comunque applicare l'esenzione ai sensi del paragrafo 4 poiché tale attività rappresenta una parte essenziale e significativa dell'attività di RCO nel suo complesso¹⁵³. La seconda parte del sottoparagrafo d) invece, è rivolto all'ipotesi in cui una sede fissa d'affari viene utilizzata ai soli fini della raccolta di informazioni ("*collect information*") per l'impresa. A tal proposito, il Commentario fornisce tre esempi: il primo fa riferimento ad un fondo di investimento che utilizza un ufficio in uno Stato per raccogliere informazioni su potenziali opportunità di investimento in detto Stato. Il secondo considera una compagnia di assicurazioni che utilizza un ufficio in uno Stato per raccogliere informazioni quali statistiche relative ai rischi in un particolare mercato mentre il terzo tratta l'ipotesi relativa ad una testata giornalistica che si avvale di un ufficio localizzato in un altro Stato per raccogliere informazioni su possibili nuove storie senza attuare alcuna attività pubblicitaria. Il Commentario precisa che ciò che accomuna tutti i casi sopracitati è che l'attività di raccolta informazioni così svolta risulta avere carattere preparatorio, motivo per cui l'ufficio non costituisce una stabile organizzazione¹⁵⁴.

La lett. e) si applica ad una sede fissa d'affari utilizzata ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che non sia espressamente menzionata nei sottoparagrafi da a) a d). È il

¹⁵³ Cfr. il paragrafo 68 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁵⁴ Cfr. il paragrafo 69 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

Commentario stesso che precisa che gli esempi sino ad ora elencati, previsti dai sottoparagrafi precedenti, sono meramente esplicativi, ossia rappresentano attività che generalmente vengono considerate preparatorie o ausiliarie e che quindi non rappresentano un elenco esaustivo o tassativo¹⁵⁵.

Ad ogni modo, il Commentario illustra alcuni esempi che possono beneficiare dell'esenzione di cui alla lett. e), come ad esempio una sede fissa d'affari che viene utilizzata ai soli fini pubblicitari ("*advertising*") o di fornitura di informazioni ("*supply of information*") o di ricerca scientifica ("*scientific research*") o di servizio ad un brevetto o ad un contratto di *know-how* ("*servicing of a patent or a know-how contract*"), purché talune attività abbiano carattere preparatorio o ausiliario. In merito all'attività di fornitura di informazioni, essa perde il carattere preparatorio o ausiliario qualora la sede fissa d'affari, oltre a fornire informazioni, fornisca piani specificatamente sviluppati per determinati clienti, mentre con riferimento all'attività di ricerca scientifica, il Commentario sostiene che non sia applicabile l'esenzione, di cui al paragrafo 4, ad uno stabilimento di ricerca che sia coinvolto nell'attività di produzione. Sempre nel medesimo paragrafo del Commentario, trova spazio un ultimo esempio di un'impresa con ramificazioni internazionali che si avvale di un ufficio di gestione ("*management office*") situato in uno Stato in cui la stessa impresa possiede varie articolazioni quali controllate, stabili organizzazioni, agenti o licenziatari, e che tale ufficio ha la funzione di vigilanza e coordinamento di tutte le strutture presenti in detto Stato. In tal caso, il Commentario esclude il carattere preparatorio o ausiliario dell'attività dell'ufficio in questione in quanto la funzione di gestione o direzione di un'impresa, o anche solo parti di essa, rappresenta una funzione essenziale dell'attività d'impresa nel suo complesso¹⁵⁶.

Infine, per quanto concerne la lett. f), essa fa riferimento all'ipotesi in cui una sede fissa d'affari viene utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lett. da a) ad e). Tale circostanza non configura l'esistenza di una stabile organizzazione purché, come esplicitamente previsto dal capoverso comune a tutti i sottoparagrafi, l'attività della sede fissa nel suo insieme ("*overall activity*") abbia carattere preparatorio o ausiliario¹⁵⁷.

Potrebbero infatti verificarsi situazioni in cui un'impresa operi combinando varie attività di carattere preparatorio o ausiliario ma che in realtà, se analizzate nel loro complesso, formano un'attività significativa ed essenziale per l'impresa stessa. A tal proposito, nel Commentario si osserva che un'impresa non può artificiosamente frammentare un'attività complessa ("*a*

¹⁵⁵ Cfr. il paragrafo 70 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁵⁶ Cfr. il paragrafo 71 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁵⁷ Cfr. il paragrafo 73 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

cohesive operating business”) in più operazioni con il fine di sostenere che ciascuna di essa sia relativa a singole attività a carattere preparatorio o ausiliario, in quanto questo configura un meccanismo per eludere la figura della stabile organizzazione con conseguente evasione fiscale nel paese ove la sede fissa opera.

In relazione a quanto appena detto, possiamo passare ora all’analisi della seconda importante modifica apportata dall’*Action 7* al paragrafo 4 attraverso l’introduzione del paragrafo 4.1 che racchiude in sé la c.d. *Anti-Fragmentation Rule* il cui scopo è quello di contrastare il fenomeno della frammentazione delle attività anche nell’ambito dei gruppi multinazionali, ai fini della valutazione del carattere preparatorio o ausiliario delle medesime.

Nello specifico, il nuovo paragrafo 4.1 dell’art. 5 del Modello OCSE, stabilisce che il paragrafo 4 non si applica ad una sede fissa d’affari che sia utilizzata o mantenuta da un’impresa se la medesima impresa o un’impresa strettamente correlata esercita la sua attività nello stesso luogo o in altro luogo nello stesso stato contraente e a) lo stesso luogo o l’altro luogo configura una stabile organizzazione per l’impresa o per l’impresa strettamente correlata in base alle previsioni del sopracitato articolo ovvero b) la complessiva attività risultante dalla combinazione delle attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa o da imprese strettamente correlate, non sia di carattere preparatorio o ausiliario; purché le attività d’impresa svolte dalle due imprese nello stesso luogo o dalla stessa impresa o imprese strettamente correlate nei due luoghi, costituiscano funzioni complementari che siano parte di un insieme unitario di operazioni d’impresa¹⁵⁸.

Occorre sin da subito sottolineare che una delle principali critiche mosse alla regola anti-frammentazione è che la stessa si discosta ampiamente dal principio di “*separate entity approach*” poiché ai fini della verifica della sussistenza o meno della stabile organizzazione di una determinata entità del gruppo, include il ruolo di altre entità appartenenti al medesimo gruppo¹⁵⁹.

¹⁵⁸ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2017, art. 5. par. 4.1: «*Paragraph 4 shall not apply to a fixed place of business that is used or maintained by an enterprise if the same enterprise or a closely related enterprise carries on business activities at the same place or at another place in the same Contracting State and a) that place or other place constitutes a permanent establishment for the enterprise or the closely related enterprise under the provisions of this Article, or b) the overall activity resulting from the combination of the activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, is not of a preparatory or auxiliary character, provided that the business activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation*».

¹⁵⁹ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 122.

Si evince quindi che due sono le fattispecie rilevanti ai sensi del paragrafo 4.1, in particolare: la prima, relativa alla lett. a), in cui si ravvisa la preesistenza di una stabile organizzazione appartenente ad un'impresa o ad altre imprese del gruppo e la seconda, relativa alla lett. b), in cui non si rileva alcuna preesistente stabile organizzazione ma solo una combinazione di attività dell'impresa e/o di altre imprese del gruppo.

Ciò che accomuna comunque entrambe le ipotesi è che l'analisi deve essere condotta con riferimento alle sole sedi fisse d'affari situate nel medesimo Stato contraente e quindi non rilevano altre eventuali sedi fisse localizzate altrove in altri stati.

Nel caso della lett. a), lo scenario ipotizzato è quello in cui un'impresa non residente possiede nello stesso territorio di uno Stato una sede fissa d'affari, di cui si deve valutare il carattere preparatorio o ausiliario, e al contempo una stabile organizzazione già esistente. Lo scenario ricomprende inoltre l'ipotesi in cui suddetta stabile organizzazione appartenga ad un'impresa (residente o non residente) del gruppo cui fa parte anche la prima impresa.

In ogni caso, ai fini della valutazione del carattere preparatorio o ausiliario dell'attività svolta nella sede fissa d'affari, bisognerà svolgere un'analisi complessiva delle attività (che tenga conto anche della stabile organizzazione) le quali non dovranno configurare delle "funzioni complementari che siano parte di un insieme unitario di operazioni di impresa" affinché si possa beneficiare dell'esenzione di cui al paragrafo 4.

Per capire meglio il significato di quanto detto e il funzionamento dell'*Anti-Fragmentation Rule* occorre analizzare alcuni esempi: qui di seguito con la sigla "SFA" si intende una sede fissa d'affari, mentre con "SO" si fa riferimento alla stabile organizzazione.

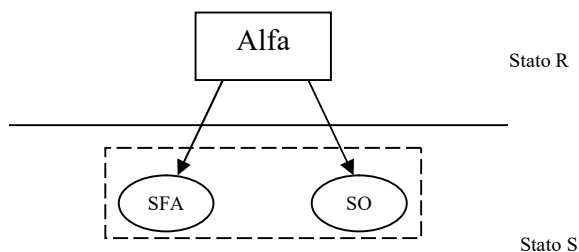


Fig. 2

Supponiamo ad esempio (Fig. 2) che un'impresa (Alfa), residente nello Stato R, possieda nello Stato S una sede fissa d'affari (SFA) di cui si deve valutare il carattere preparatorio o ausiliario. Sempre nel medesimo Stato S, ma in un altro luogo, Alfa ha inoltre una stabile organizzazione (SO). Nel caso in cui l'attività svolta dalla SFA e quella svolta dalla SO costituiscano funzioni complementari che siano parte di un insieme unitario di operazioni

d'impresa, allora Alfa non potrà godere, relativamente a SFA, dell'esenzione di cui al paragrafo 4.

Ipotizziamo ora invece (Fig. 3) che un'impresa (Alfa), residente nello Stato R, possieda una sede fissa d'affari (SFA), di cui si deve valutare il carattere preparatorio o ausiliario, nello Stato S ove peraltro opera anche un'impresa (Beta) ivi residente¹⁶⁰ la quale possiede una stabile organizzazione (SO) sempre nel medesimo Stato S, ma in altro luogo¹⁶¹, ed è strettamente correlata ad Alfa in quanto quest'ultima la controlla. Di seguito lo schema dello scenario appena ipotizzato:

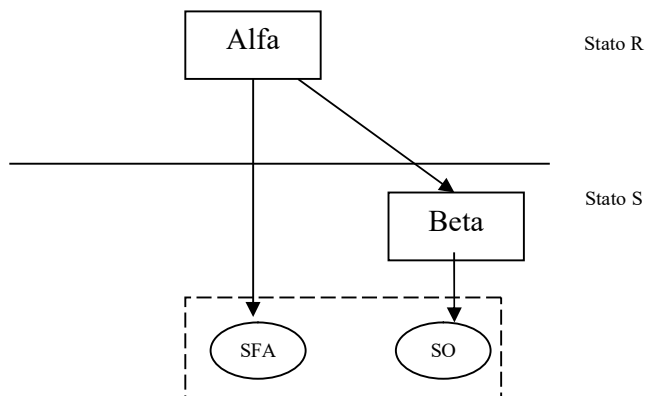


Fig. 3

Anche in questo caso, qualora l'attività svolta dalla SFA e quella svolta dalla SO costituiscano funzioni complementari che siano parte di un insieme unitario di operazioni d'impresa, allora Alfa non potrà godere, relativamente a SFA, dell'esenzione di cui al paragrafo 4.

Nel caso della lett. b) invece, lo scenario ipotizzato riguarda la combinazione di attività preparatorie o ausiliarie svolte da diverse sedi fisse d'affari appartenenti ad un'impresa non residente o ad altre imprese del gruppo, siano esse residenti o non residenti. Non vi è alcuna stabile organizzazione preesistente, come invece nel caso della lett. a) ma anche in questo caso, ai fini della valutazione del carattere preparatorio o ausiliario dell'attività svolta rispettivamente da ciascuna sede fissa d'affari, bisognerà svolgere un'analisi complessiva delle attività. Qualora l'insieme derivante dalla combinazione di talune attività non abbia carattere preparatorio o ausiliario e le attività costituiscono "funzioni complementari che siano parte di un insieme unitario di operazioni di impresa" l'esenzione di cui al paragrafo 4 non è applicabile.

¹⁶⁰ Tuttavia le conclusioni sarebbero le medesime nel caso in cui Beta fosse residente nello Stato R.

¹⁶¹ Tuttavia le conclusioni sarebbero le medesime nel caso in cui i luoghi coincidessero.

Supponiamo ad esempio (Fig. 4) che un'impresa (Alfa), residente nello Stato R, possieda nello Stato S, in luoghi diversi, due sedi fisse d'affari (SFA1 e SFA2), di cui si deve valutare il carattere preparatorio o ausiliario. Nel caso in cui l'attività svolta dalla SFA1 e quella svolta dalla SFA2 costituiscano funzioni complementari che siano parte di un insieme unitario di operazioni d'impresa, e l'attività complessiva così generata non ha carattere preparatorio o ausiliario, allora Alfa non potrà godere, né per SFA1 né per SFA2 dell'esenzione di cui al paragrafo 4.

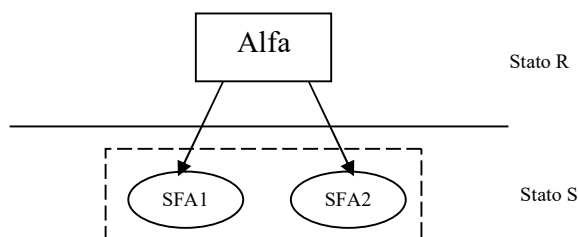


Fig. 4

Ipotizziamo ora (Fig. 5) invece che un'impresa (Alfa), residente nello Stato R, possieda una sede fissa d'affari (SFA1) nello Stato S ove peraltro opera anche un'impresa (Beta) ivi residente¹⁶² la quale possiede una sede fissa d'affari sempre nel medesimo Stato S, ma in altro luogo¹⁶³, ed è strettamente correlata ad Alfa in quanto quest'ultima la controlla.

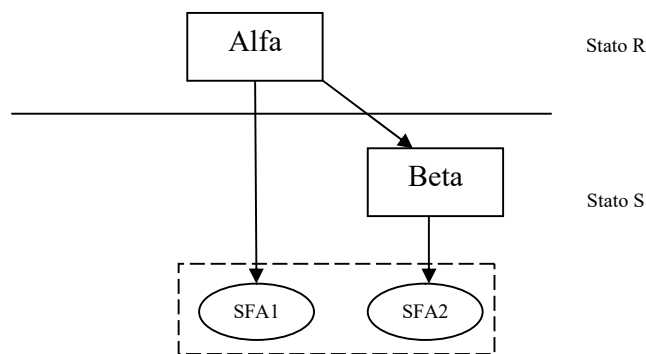


Fig. 5

Anche in questo caso, qualora l'attività svolta dalla SFA1 e quella svolta dalla SFA2 costituiscano funzioni complementari che siano parte di un insieme unitario di operazioni d'impresa, e l'attività complessiva così generata non ha carattere preparatorio o ausiliario, allora Alfa non potrà godere relativamente a SFA1 dell'esenzione di cui al paragrafo 4.

¹⁶² Tuttavia le conclusioni sarebbero le medesime nel caso in cui Beta fosse residente nello Stato R.

¹⁶³ Tuttavia le conclusioni sarebbero le medesime nel caso in cui i luoghi coincidessero.

Quanto sopra analizzato in merito alla lett. a) e b) ci serve per poter capire al meglio gli esempi che il Commentario ci fornisce in merito al nuovo paragrafo 4.1 dell'art. 5 del Modello OCSE.

Nel primo esempio, si ipotizza il caso di una banca, residente nello Stato R, che possiede nello Stato S una serie di stabili organizzazioni (“*branches*”) e un apposito ufficio separato (“*separate office*”) dove il personale addetto verifica le informazioni fornite dai clienti che hanno richiesto un finanziamento alle varie stabili organizzazioni. I risultati ottenuti dalle verifiche effettuate dai dipendenti del sopraccitato ufficio, vengono successivamente trasmessi alla sede centrale della banca dove altri impiegati li analizzano ed inviano un resoconto alle stabili organizzazioni ove vengono poi prese le decisioni in merito all'erogazione dei finanziamenti. Come si evince, il caso in questione rientra nell'ambito della lett. a), dunque, il Commentario conclude che l'esenzione di cui al paragrafo 4 non sia applicabile poiché l'attività svolta nell'ufficio e l'attività svolta dalle singole stabili organizzazioni, costituiscono funzioni complementari parte di un insieme unitario di operazioni d'impresa. Di conseguenza, non potendo beneficiare dell'esenzione, l'ufficio costituisce a tutti gli effetti una stabile organizzazione della banca nello Stato S¹⁶⁴.

Il secondo esempio invece, presenta il caso di un'impresa (RCO) residente nello Stato R che produce e vende beni di consumo (“*appliances*”). SCO, un'impresa residente nello Stato S, è interamente controllata (“*wholly-owned subsidiary*”) da RCO e possiede un negozio dove vende i beni che acquista da RCO. RCO possiede un piccolo magazzino nello Stato S in cui sono depositati alcuni prodotti esattamente analoghi a quelli esposti nel negozio di SCO. Quando i clienti di SCO acquistano tali prodotti, il personale addetto di SCO si reca nel magazzino di RCO per ritirare il prodotto richiesto per poi venderlo ai clienti. Anche in questo caso, l'esenzione di cui al paragrafo 4 non si ritiene applicabile poiché l'attività svolta dal magazzino di RCO e l'attività svolta dal negozio di SCO costituiscono funzioni complementari parte di un insieme unitario di operazioni d'impresa. Di conseguenza, non potendo beneficiare dell'esenzione, il magazzino costituisce a tutti gli effetti una stabile organizzazione di RCO nello Stato S¹⁶⁵.

Dunque, dall'analisi di tutti gli esempi che sono stati presentati nel corso di questo paragrafo, emerge quindi che l'espressione “*constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation*” si fonda su due principi: quello della complementarità (“*complementary*”) e quello dell'unitarietà (“*cohesive*”). Le attività si dicono

¹⁶⁴ Cfr. il paragrafo 81 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁶⁵ Cfr. il paragrafo 81 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

“complementari” quando si completano a vicenda ovvero il compimento di una richiede il compimento dell’altra. Le attività si dicono invece “unitarie” quando sono strumentali per il raggiungimento di un unico obiettivo¹⁶⁶.

A questo punto, per concludere, la domanda che possiamo porci è la seguente: quali saranno le ripercussioni delle modifiche apportate al paragrafo 4 e dell’introduzione del nuovo paragrafo 4.1 su quella che è la c.d. *supply chain* dei grandi gruppi multinazionali? Sicuramente, il restringimento applicativo della *negative list* accompagnato da una valorizzazione della presenza fisica all’interno di uno Stato porterà inevitabilmente ad ampliare il numero delle stabili organizzazioni delle imprese non residenti. Molto probabilmente, l’impatto sarà avvertito in misura maggiore da quei modelli di business che necessariamente richiedono, nel mercato di sbocco in cui operano, una presenza fisica stabile. Si pensi ad esempio a tutte quelle imprese operanti nel settore del commercio elettronico indiretto (un esempio classico potrebbe essere Amazon) che hanno bisogno, nella fase di consegna dei loro prodotti, di una sede logistica che sia il più vicino possibile ai clienti.

2.3.2 La stabile organizzazione personale e la figura del *Commissionnaire*

Come è stato anticipato, le modifiche proposte dall’*Action 7* del Progetto BEPS all’art. 5 del Modello OCSE hanno altresì interessato il tipo della stabile organizzazione personale. Più nel dettaglio, la normativa di riferimento presentata nel capitolo precedente ha di fatto consentito che sfuggisse alla fattispecie della stabile organizzazione personale la figura del commissionario. Infatti, come sottolineato dal *Final Report* dell’*Action 7*, molte imprese multinazionali si sono servite dei c.d. *commissionnaire arrangement* con lo scopo di evitare la configurabilità della stabile organizzazione personale, ponendo così in atto pratiche fiscali elusive nel tentativo di ottenere indebiti vantaggi.

Per “*commissionnaire arrangement*” si fa riferimento a quell’accordo mediante il quale un soggetto (“*commissionnaire*”) agisce per conto (“*on behalf*”) di un’impresa estera ma conclude contratti (relativi ad esempio alla vendita di determinati prodotti di cui suddetta impresa è proprietaria) a suo nome (“*in its own name*”) con terze parti¹⁶⁷. In tal modo, dal punto di vista legale, tali contratti non creano alcun vincolo tra l’impresa non residente e le terze parti coinvolte.

¹⁶⁶ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag 128-129.

¹⁶⁷ C. GARBARINO, *Permanent Establishments and BEPS Action 7: Perspectives in Evolution*, Intertax, Kluwer, 2019, pag. 376.

È chiaro dunque che, attraverso un accordo di questo tipo, un'impresa riesce a vendere i suoi prodotti all'estero senza materialmente integrare l'ipotesi di stabile organizzazione personale alla quale andrebbero invece imputate tali vendite, riuscendo così a sottrarre imposte al fisco dello Stato in cui tali vendite hanno luogo. Dato che il soggetto che conclude le vendite non è il proprietario di taluni beni che vende, tale soggetto non può essere tassato sui profitti generati dall'attività di vendita, bensì solo sull'eventuale remunerazione (generalmente una commissione) che riceve dall'impresa per cui opera¹⁶⁸.

Nel corso degli anni quindi, molte imprese multinazionali si sono avvalse di modelli distributivi come quelli del "commissionario" per evitare strumentalmente l'applicazione del paragrafo 5 dell'art. 5 del Modello OCSE.

Nel tentativo di contrastare tale fenomeno, l'Action 7 ha proposto sostanziali modifiche sia al paragrafo 5 che al paragrafo 6 dell'art. 5 del Modello OCSE e del relativo Commentario.

In particolare, il testo del paragrafo 5 dell'art. 5 dell'attuale Modello di Convenzione OCSE aggiornato al 2017, stabilisce che, ferme restando le disposizioni dei paragrafi 1 e 2 e salvo quanto previsto dal paragrafo 6, se un soggetto agisce nel territorio di uno Stato per conto di un'impresa e abitualmente conclude contratti o svolge un ruolo decisivo nella conclusione di contratti che vengono sistematicamente conclusi senza sostanziali modifiche da parte dell'impresa, e detti contratti sono a) in nome dell'impresa, oppure b) relativi al trasferimento della proprietà, o per la concessione del diritto di utilizzo, di beni di tale impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare, oppure relativi c) alla fornitura di servizi da parte di tale impresa, si considera che tale impresa abbia una stabile organizzazione nel territorio dello Stato in relazione ad ogni attività svolta dal suddetto soggetto per conto dell'impresa, a meno che le attività di tale soggetto siano limitate allo svolgimento delle attività di cui al paragrafo 4 le quali, se esercitate per mezzo di una sede fissa d'affari, non permetterebbero di considerare questa sede fissa una stabile organizzazione ai sensi delle disposizioni del medesimo paragrafo 4¹⁶⁹.

¹⁶⁸ M. FLORIS DE WILDE, *Lowering the Permanent Establishment Threshold via the Anti-BEPS Convention: Much Ado About Nothing?* Intertax, Kluwer, 2017, pag. 558.

¹⁶⁹ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2017, art. 5. par. 5: «Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2 but subject to the provisions of paragraph 6, where a person is acting in a Contracting State on behalf of an enterprise and, in doing so, habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise, and these contracts are a) in the name of the enterprise, or b) for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or c) for the provision of services by that enterprise, that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business (other than a fixed place of business to which paragraph 4.1 would apply), would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph».

Con la nuova formulazione di cui sopra, l'OCSE ha espressamente previsto che l'ipotesi della stabile organizzazione personale possa ricorrere anche quando un soggetto svolge un ruolo decisivo nella conclusione di contratti che vengono perfezionati senza sostanziali modifiche da parte dell'impresa non residente, indipendentemente dal fatto che tali contratti siano conclusi in nome dell'impresa estera.

Ad ogni modo, ciò che occorre sottolineare è che il paragrafo 5 non si applica (e quindi non si configura una stabile organizzazione personale) qualora il soggetto che compie le attività per conto dell'impresa non residente goda dello *status* di indipendenza di cui al successivo paragrafo 6 oppure le attività così svolte rientrano nell'ambito del paragrafo 4 ossia hanno carattere preparatorio o ausiliario¹⁷⁰.

In particolare, si integra l'ipotesi di stabile organizzazione personale quando sono rispettate le seguenti tre condizioni: a) la presenza di un soggetto che agisce per conto (*"on behalf"*) dell'impresa non residente; b) che tale soggetto abitualmente concluda contratti o svolga un ruolo decisivo (*"habitually plays the principal role"*) nella conclusione di contratti che vengono sistematicamente conclusi senza sostanziali modifiche da parte dell'impresa ed infine c) che detti contratti siano in nome dell'impresa oppure relativi al trasferimento della proprietà, o per la concessione del diritto di utilizzo, di beni di tale impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare, oppure relativi alla fornitura di servizi da parte di tale impresa¹⁷¹.

In merito al significato del termine *"on behalf"*, il Commentario precisa che un soggetto agisce effettivamente per conto di un'impresa solo quando quest'ultima è, direttamente o indirettamente, influenzata dalle attività realizzate dal soggetto, il quale può essere sia una persona fisica o una società (*"company"*) residente o meno dello Stato in cui agisce il soggetto in questione¹⁷².

L'espressione *"habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts"* fa riferimento alle azioni che un soggetto compie abitualmente in uno Stato per conto di un'impresa non residente, grazie alle quali una terza parte risulta coinvolta in un contratto con la detta impresa, anche se tale contratto non è stato concluso formalmente dal soggetto in questione¹⁷³. È il caso in cui, ad esempio, un soggetto che agisce per conto di un'impresa estera, sollecita e riceve (ma non perfeziona) ordini che sono inviati direttamente ad un magazzino ove sono depositati i prodotti dell'impresa stessa pronti per essere consegnati successivamente ai clienti. In questo caso il paragrafo 5 è applicabile perciò la fattispecie

¹⁷⁰ Cfr. il paragrafo 85 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁷¹ Cfr. il paragrafo 84 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁷² Cfr. il paragrafo 86 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁷³ Cfr. il paragrafo 88 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

sopra descritta integra l'ipotesi di stabile organizzazione personale. Diverso invece, sarebbe il caso in cui un soggetto si occupa della mera promozione di beni o servizi dell'impresa per cui opera, in un modo tale per cui non si determini direttamente la vendita ovvero la conclusione di contratti. A titolo di esempio, il Commentario presenta il caso di alcuni rappresentanti di una casa farmaceutica che promuovono attivamente dei farmaci prodotti da tale impresa contattando i medici i quali successivamente prescrivono detti farmaci. L'attività di promozione così svolta non si traduce necessariamente nella conclusione di contratti fra la casa farmaceutica e i medici, quindi il paragrafo 5 risulta non esser applicabile, anche se ipoteticamente le vendite dei farmaci sono incrementate grazie all'attività di marketing condotta dai rappresentanti¹⁷⁴. Più in generale «*non dovrebbero integrare l'ipotesi della "stabile organizzazione personale" le attività di mero "promotion and advertising" »*¹⁷⁵.

Per di più, viene osservato che la mera partecipazione alle trattative tra l'impresa e il cliente non integra di per sé la condizione di aver svolto un ruolo determinante nella conclusione del contratto; potrebbe però essere un fattore rilevante per determinare eventualmente le funzioni svolte dal soggetto per conto dell'impresa¹⁷⁶.

Il Commentario fornisce un ulteriore esempio in merito l'applicazione del paragrafo 5: un'impresa (RCO), residente nello Stato R distribuisce vari prodotti e servizi in tutto il mondo attraverso i *websites*. I dipendenti di SCO, un'impresa residente nello Stato S ed interamente controllata da RCO, inviano e-mail, effettuano telefonate o visitano grandi clienti con lo scopo di convincerli ad acquistare i prodotti di RCO. Inoltre, il personale di SCO, la cui remunerazione è parzialmente basata sui guadagni di RCO ottenuti dalla vendita dei prodotti nello Stato S, utilizzano le proprie capacità relazionali per cercare di soddisfare le esigenze dei clienti, anticiparne i bisogni e convincerli ad acquistare i prodotti o servizi di RCO. Nel momento in cui un cliente decide di acquistare una certa quantità di taluni prodotti o servizi, i dipendenti di SCO gli indicano il prezzo da pagare per quel determinato quantitativo, che occorre concludere il contratto direttamente con RCO online e gli indicano infine i termini standard di detto contratto. Come si evince, il personale di SCO svolge un ruolo fondamentale ai fini della conclusione del contratto tra il cliente e RCO e detti contratti vengono abitualmente conclusi senza modifiche sostanziali da parte di RCO. Il fatto per cui i dipendenti di SCO non possano variare i termini del contratto non significa che la conclusione dei contratti non sia il risultato diretto dell'attività che essi svolgono per conto dell'impresa,

¹⁷⁴ Cfr. il paragrafo 89 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁷⁵ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag 96.

¹⁷⁶ Cfr. il paragrafo 97 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

pertanto alla luce di questo, è applicabile il paragrafo 5 e si configura la fattispecie della stabile organizzazione personale¹⁷⁷.

Si può dedurre quindi che «*uno degli indicatori ritenuti qualificanti del ruolo “decisivo” nella conclusione dei contratti sarebbe rappresentato dalla circostanza che il compenso dell’agente sia parametrato al fatturato dell’impresa estera*»¹⁷⁸.

L’inserimento delle lett. a), b) e c) nel testo del sopracitato paragrafo, ha lo scopo di assicurarsi che il paragrafo 5 si applichi non solo ai contratti che creano diritti e obblighi legalmente esecutivi tra l’impresa (per conto della quale il soggetto agisce) e i terzi con cui questi contratti vengono conclusi, ma anche a quei contratti che creano obblighi che verranno effettivamente eseguiti da tale impresa piuttosto che dalla persona contrattualmente obbligata a farlo¹⁷⁹.

In particolare, ai fini della lettera b), non importa se i beni (“*property*”) in esame esistevano o erano di proprietà dell’impresa al momento della conclusione dei contratti tra il soggetto che agisce per conto dell’impresa e i terzi. Ad esempio, una persona che agisce per l’impresa potrebbe vendere un determinato bene che l’impresa produrrà successivamente prima di consegnarlo direttamente ai clienti. Ad ogni modo, il termine “*property*” copre qualsiasi tipo di bene sia esso tangibile o intangibile¹⁸⁰.

Il Commentario precisa inoltre che il paragrafo 5 non trova applicazione per tutti quei casi, come ad esempio il c.d. LRD (*Low Risk Distributor*), in cui i beni o le merci sono comprate e vendute in nome proprio e per proprio conto¹⁸¹.

Passiamo ora all’analisi delle modifiche apportate dal *Final Report* dell’*Action 7* in merito al paragrafo 6 e al requisito di indipendenza. Il testo del paragrafo 6 dell’art. 5 dell’attuale Modello di Convenzione OCSE aggiornato al 2017, delinea la figura del c.d. “agente indipendente” e sancisce che il paragrafo 5 non si applica quando il soggetto, che opera nel territorio dello Stato per conto di un’impresa non residente, svolge la propria attività in qualità di agente indipendente e agisce per l’impresa nell’ambito della propria ordinaria attività. Tuttavia, quando un soggetto opera esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di una o

¹⁷⁷ Cfr. il paragrafo 90 del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁷⁸ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag 96.

¹⁷⁹ Cfr. il paragrafo 91 del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁸⁰ Cfr. il paragrafo 95 del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁸¹ Cfr. il paragrafo 96 del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE 2017.

più imprese alle quali è strettamente correlato, tale soggetto non è considerato un agente indipendente, ai sensi del presente paragrafo, in relazione a ciascuna di tali imprese¹⁸².

Dunque, non si configura l'ipotesi di stabile organizzazione personale quando un soggetto che opera in uno Stato contraente per conto di un'altra impresa localizzata in un altro territorio, svolge la sua attività nel primo Stato come un agente indipendente ed agisce per l'impresa nel normale svolgimento della propria attività.

Le considerazioni fatte nel precedente capitolo in merito al requisito di indipendenza valgono tuttora infatti a riguardo non si rilevano sostanziali modifiche al Commentario da parte dell'*Action 7*.

È bene notare comunque che il riferimento al mediatore, al commissario generale o altro intermediario che goda di uno *status* indipendente, contenuto nel testo del vecchio paragrafo 6, è stato eliminato in quanto creava confusione a livello interpretativo¹⁸³.

Ciò su cui però è importante soffermare l'attenzione riguarda la seconda frase del sopracitato paragrafo: un soggetto non è considerato un agente indipendente quando tale soggetto è impegnato esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di una o più imprese a cui è strettamente correlato ("*closely related*"). Il Commentario comunque sottolinea che quanto appena detto non comporta necessariamente l'applicazione automatica del paragrafo 6 a tutti quei casi in cui un soggetto agisce per conto di una o più imprese a cui non è strettamente correlato. Lo *status* di indipendenza, in particolare, è meno probabile tanto più le attività del soggetto sono svolte, interamente o quasi interamente, per conto di una sola impresa (o un gruppo di imprese tra loro strettamente correlate) lungo tutta la durata del *business* di detto soggetto o per un lungo periodo di tempo. Qualora invece un soggetto agisca esclusivamente per conto di una sola impresa, alla quale non è strettamente correlato, per un breve periodo di tempo, allora è possibile che il paragrafo 6 sia applicabile e che quindi il soggetto in questione sia considerato come un agente indipendente¹⁸⁴.

In merito al termine "*closely related*", il *Final Report* dell'*Action 7* inizialmente ne chiariva il significato nello stesso paragrafo 6 al relativo sottoparagrafo b), ma come si può notare dal Modello di Convezione OCSE del 2017, si è optato per far confluire tale sottoparagrafo in un

¹⁸² OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2017, art. 5. par. 6: «*Paragraph 5 shall not apply where the person acting in a Contracting State on behalf of an enterprise of the other Contracting State carries on business in the first mentioned State as an independent agent and acts for the enterprise in the ordinary course of that business. Where, however, a person acts exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is closely related, that person shall not be considered to be an independent agent within the meaning of this paragraph with respect to any such enterprise*».

¹⁸³ C. GARBARINO, *Permanent Establishments and BEPS Action 7: Perspectives in Evolution*, Intertax, Kluwer, 2019, pag. 378.

¹⁸⁴ Cfr. il paragrafo 111 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

apposito paragrafo a sé stante, ossia il paragrafo 8. Il citato paragrafo infatti prescrive che un soggetto o un'impresa è strettamente correlata ad un'impresa se, tenuto conto di tutti i fatti e di tutte le circostanze rilevanti, l'uno ha il controllo dell'altra ovvero entrambi sono controllati da uno stesso soggetto o impresa. In ogni caso, un soggetto o un'impresa sono considerati strettamente correlati ad un'impresa se l'uno possiede direttamente o indirettamente più del 50 per cento della partecipazione dell'altra (o, nel caso di una società, più del 50 per cento del totale dei diritti di voto e del capitale sociale) o se un altro soggetto o impresa possiedono direttamente o indirettamente più del 50 per cento della partecipazione (o, nel caso di una società, più del 50 per cento del totale dei diritti di voto e del capitale sociale) del soggetto e dell'impresa o delle due imprese¹⁸⁵.

Dunque, ai fini che qui ne occupano, un soggetto si definisce “strettamente correlato” ad un'impresa nel momento in cui possiede, direttamente o indirettamente, oltre il 50% dei diritti dell'altro (o, nel caso di una società, più del 50 per cento del totale dei diritti di voto e del capitale sociale).

2.3.3 Fenomeno dello *Splitting-up* dei contratti

Come visto nel capitolo precedente, il paragrafo 3 dell'art. 5 del Modello OCSE fa riferimento alla fattispecie della stabile organizzazione “da cantiere” detta anche “di progetto”. Tale paragrafo dispone che un cantiere di costruzione o di montaggio o di installazione è considerato stabile organizzazione qualora detto cantiere o progetto abbia una durata superiore a 12 mesi.

Come sottolineato dal *Final Report* dell'Action 7, il c.d. “*twelve month threshold*” nel corso degli anni ha dato origine ad abusi. Talvolta infatti, è stato constatato che le imprese, impegnate per lo più in attività nell'ambito di contratti di appalto o di costruzione, sono solite

¹⁸⁵ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2017, art. 5. par. 8: «*For the purposes of this Article, a person or enterprise is closely related to an enterprise if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same persons or enterprises. In any case, a person or enterprise shall be considered to be closely related to an enterprise if one possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest in the other (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) or if another person or enterprise possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) in the person and the enterprise or in the two enterprises*».

dividere i loro contratti in più parti, ciascuna delle quali copre un periodo inferiore ai dodici mesi ed è attribuita a società diverse, controllate comunque dal medesimo gruppo¹⁸⁶.

Il fenomeno sopra descritto è comunemente indicato con l'espressione “*splitting-up of contracts*” e ha consentito a molte imprese multinazionali di aggirare l'eccezione di cui al paragrafo 3.

Al fine di contrastare e impedire tale pratica abusiva nell'ambito dei contratti di appalto, L'Action 7 ha proposto l'utilizzo della regola antiabuso conosciuta come “*Principal Purpose Test Rule*” (PPT), contenuta nell'Action 6 del Progetto BEPS. Per comprendere al meglio il funzionamento della regola PPT, viene fornito un chiaro esempio: RCO, un'impresa residente nello Stato R, ha ottenuto l'appalto per la costruzione di una centrale elettrica (“*power plant*”) per conto di SCO, un'impresa residente nello Stato S. Tale progetto di costruzione si prospetta di durare ben 22 mesi. In sede di negoziazione del contratto, il progetto viene suddiviso in due diversi contratti, ciascuno dei quali dura 11 mesi. Il primo contratto viene concluso con RCO mentre il secondo viene concluso con SUBCO, un'impresa interamente controllata da RCO e residente anch'essa nello Stato R. SCO richiede espressamente a RCO di esser contrattualmente responsabile in solido con SUBCO per gli obblighi contrattuali assunti da quest'ultima.

Nell'esempio appena descritto, in assenza di altri fatti o circostanze che dimostrano diversamente, risulta ragionevole concludere che una delle principali finalità (“*principal purposes*”) della conclusione separata del contratto di appalto fra le due società (RCO e SUBCO) è quella di evitare la configurazione di una stabile organizzazione da cantiere, beneficiando così dell'esenzione di cui al paragrafo 3¹⁸⁷.

Per gli Stati che non prevedono nel proprio ordinamento domestico una precisa regola antiabuso ovvero sono coinvolti in trattati che non prevedono l'applicazione del PPT per contrastare il fenomeno del frazionamento dei contratti, viene proposta una nuova regola automatica di aggregazione. Nello specifico essa stabilisce che, per determinare se il periodo di dodici mesi sia effettivamente superato, occorre verificare: a) se un'impresa di uno Stato contraente esercita la sua attività nell'altro Stato contraente, in un luogo che costituisce un cantiere o un progetto di costruzione o installazione e queste attività sono svolte durante uno o

¹⁸⁶ Così in particolare si esprime il *Final Report* dell'Action 7: «*The twelve month threshold has given rise to abuses; it has sometimes been found that enterprises (mainly contractors or subcontractors working on the continental shelf or engaged in activities connected with the exploration and exploitation of the continental shelf) divided their contracts up into several parts, each covering a period less than twelve months and attributed to a different company which was, however, owned by the same group*».

¹⁸⁷ OECD (2015), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, pag. 64.

più periodi di tempo che, in aggregato, superano 30 giorni senza però eccedere la soglia dei 12 mesi e b) se eventuali attività connesse sono svolte nello stesso cantiere o un progetto di costruzione o installazione durante periodi di tempo differenti, ognuno eccedente 30 giorni, da una o più imprese strettamente correlate alla prima impresa sopra menzionata; tali periodi di tempo dovrebbero allora essere aggiunti al periodo di tempo durante il quale la prima impresa ha svolta la propria attività nel medesimo cantiere o progetto di costruzione o installazione¹⁸⁸. In merito alle attività connesse di cui alla lett. b), il Commentario precisa che la loro determinazione dipende dai fatti e dalle circostanze di ciascun caso. In particolare, i fattori e le considerazioni che possono essere rilevanti per lo scopo della regola in commento sono: a) se i contratti relativi alle differenti attività sono stati conclusi con la stessa persona o con persone correlate; b) se la conclusione di eventuali contratti aggiuntivi con una persona è una conseguenza logica di un precedente contratto stipulato con tale persona o con persone correlate; c) se le attività sarebbero state coperte da un unico contratto in assenza di considerazioni di pianificazione fiscale; d) se la natura del lavoro svolto nei diversi contratti è analoga o simile ed infine e) se gli stessi dipendenti stanno svolgendo attività nei diversi contratti¹⁸⁹.

2.3.4 Attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione

L'ultima sezione del *Final Report* dell'*Action 7* è dedicata all'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione. Fondamentalmente, il *Report* conclude precisando che le modifiche che sono state apportate all'art. 5 del Modello OCSE, analizzate nei precedenti paragrafi, non richiedono modifiche sostanziali alle norme e ai principi già esistenti circa l'attribuzione dei profitti ad una stabile organizzazione ai sensi dell'art. 7 del medesimo Modello.

Piuttosto, viene espressa la necessità di determinare ulteriori orientamenti rispetto alla concreta applicazione di tali regole alla nuova nozione di “*Permanent Establishment*”. A tal proposito infatti, il *Report* contiene esplicitamente un mandato per lo sviluppo di una c.d. “*additional guidance*” circa il modo in cui le regole ed i principi dell'art. 7 debbano essere applicati alla nozione di stabile organizzazione alla luce delle nuove modifiche, tenuto conto al contempo dei risultati ottenuti dalle *Action 8-10* in materia di *transfer pricing*¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Cfr. il paragrafo 52 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁸⁹ Cfr. il paragrafo 53 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2017.

¹⁹⁰ Così in particolare si esprime il *Final Report* dell'*Action 7*: «*The conclusion of that work is that these changes do not require substantive modifications to the existing rules and guidance concerning the attribution of profits to a permanent establishment under Article 7 but that there is a need for additional guidance on how the rules of*

Dopo la pubblicazione di ben due *Discussion Drafts* nel luglio 2016 e giugno 2017, a marzo 2018, l'OCSE ha pubblicato il rapporto *Additional guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*¹⁹¹ che, oltre a ripercorrere sinteticamente le modifiche che sono state apportate dall'*Action 7* alla definizione di stabile organizzazione, detta ulteriori linee guida e fornisce alcuni esempi in merito sia al nuovo paragrafo 4 che al nuovo paragrafo 5 dell'art. 5 del Modello OCSE. Gli esempi non forniscono alcun dato numerico, ma esclusivamente situazioni ipotetiche riscontrabili nella realtà. Ciò che accomuna gli esempi esposti è il procedimento con cui si arriva alla determinazione del reddito imputabile alla stabile organizzazione. Si evince infatti che il procedimento utilizzato segue perfettamente le indicazioni dell'*Authorised OECD Approach* (AOA) e si articola quindi nelle due fasi-*step* che abbiamo analizzato nel precedente capitolo. Nell'ambito della Fase 1 si procede con un'analisi funzionale e fattuale ("*functional and factual analysis*") che è finalizzata ad individuare le funzioni e le caratteristiche economicamente rilevanti della finta impresa separata e indipendente. In particolare si ricorda che essa si sostanzia nei seguenti *step*: a) individuazione delle attività/funzioni esercitate dalla stabile organizzazione e delle relative condizioni/caratteristiche economiche rilevanti; b) individuazione dei rischi attribuibili alla stabile organizzazione; c) individuazione degli *assets* "economicamente posseduti" e/o utilizzati dalla stabile organizzazione; d) attribuzione dei diritti e delle obbligazioni alla stabile organizzazione; e) individuazione del c.d. *free capital* (fondo di dotazione) e relative modalità di finanziamento della stabile organizzazione; f) individuazione dei trasferimenti interni con la casa madre (*internal dealings*).

Per quanto concerne la Fase 2 invece, si sottolinea che i principi e le regole contenuti nelle *Transfer Pricing Guidelines* (TPG) sono applicati per analogia per determinare l'*arm's length pricing*, ossia il valore normale, delle operazioni interne che intercorrono tra la stabile organizzazione in esame e la casa madre. In sostanza quindi, il principio dell'*arm's length* ha la finalità di garantire che i prezzi praticati nelle operazioni che intercorrono tra soggetti collegati avvengano alle medesime condizioni che si instaurerebbero nei rapporti con soggetti terzi indipendenti.

Si ricorda inoltre che, ai soli fini della determinazione del reddito della stabile organizzazione a norma dell'art. 7 del Modello OCSE occorre utilizzare il c.d. "*functionally separate entity*

Article 7 would apply to PEs resulting from the changes in this report, in particular for PEs outside the financial sector. There is also a need to take account of the results of the work on other parts of the BEPS Action Plan dealing with transfer pricing, in particular the work related to intangibles, risk and capital».

¹⁹¹ OECD (2018), *Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, BEPS Action 7, 2018.

approach” secondo cui la stabile organizzazione deve essere considerata, secondo una mera finzione giuridica, come un’impresa separata ed indipendente dalla casa madre da cui essa promana.

In merito al nuovo paragrafo 4 dell’art. 5 del Modello OCSE, l’esempio proposto è quello della società OnlineCo (residente nello Stato R) che, nell’ambito della propria attività di commercio elettronico indiretto, acquista beni da terzi e li vende ai propri clienti (situati nello Stato S), attraverso una piattaforma online. Nello Stato S, OnlineCo possiede un magazzino e un ufficio: nel magazzino lavorano 25 dipendenti che si occupano dello stoccaggio della merce e dell’organizzazione delle consegne (affidate a corrieri terzi), mentre nell’ufficio (dislocato in un luogo diverso rispetto al magazzino) sono presenti 15 dipendenti che sono responsabili del *merchandising* della società.

Le attività svolte dal magazzino e dall’ufficio costituiscono funzioni complementari che sono parte di un insieme unitario di operazioni d’impresa ed inoltre l’attività complessiva così generata non ha carattere preparatorio o ausiliario, motivo per cui, alla luce del nuovo paragrafo 4.1 (*anti-fragmentation rule*), il magazzino e l’ufficio rappresentano due stabili organizzazioni distinte della società OnlineCo.

A questo punto, i principi e le regole contenuti nelle *Transfer Pricing Guidelines* (TPG) sono applicati per analogia per determinare l’*arm’s length*, ossia il valore delle operazioni interne che intercorrono tra le due stabili organizzazioni in esame e la casa madre. Nello specifico, a ciascuna di esse verrà attribuito un reddito pari al prezzo che OnlineCo avrebbe dovuto pagare ad un soggetto indipendente rispettivamente per i servizi di stoccaggio e consegna dei beni e per i servizi di *merchandising*.

Tra gli esempi proposti in merito al nuovo paragrafo 5 dell’art. 5 del Modello OCSE, quello su cui porremo l’attenzione riguarda il caso della società SiteCo (residente nello Stato R), titolare di un sito internet, che vende gli spazi pubblicitari a clienti dello Stato S, per il tramite di SellCo (sua controllata, residente nello Stato S). Quest’ultima, che agisce esclusivamente per conto della controllante estera, svolge attività di promozione per conto della stessa e riceve una remunerazione pari ad una certa percentuale dei ricavi ottenuti da SiteCo per la vendita di detti spazi pubblicitari.

Si evince che SellCo costituisce una stabile organizzazione personale di SiteCo, in quanto: a) ricopre il ruolo principale nella conclusione dei contratti che vengono sistematicamente conclusi senza sostanziali modifiche da parte di SiteCo (i termini e le condizioni dei contratti non vengono infatti modificati dalla controllante) e b) non gode dello *status* di indipendenza (il fatto che la sua remunerazione sia commisurata ai ricavi di SiteCo e che operi

esclusivamente per conto di quest'ultima, sono indizi che ci portano inevitabilmente a questa conclusione).

Ne consegue che, come per il precedente esempio, ai fini della determinazione del reddito della stabile organizzazione in esame, i principi e le regole contenuti nelle *Transfer Pricing Guidelines* (TPG) vengono applicati per analogia per determinare l'*arm's length*. In particolare, il profitto attribuito alla stabile organizzazione (SellCo) è quello che verrebbe pattuito tra soggetti indipendenti per la cessione degli spazi pubblicitari in questione.

2.4 La Convenzione Multilaterale BEPS

Nel paragrafo 2.2 si è visto che la finalità dell'*Action 15* consiste nello sviluppare uno strumento multilaterale per modificare le attuali Convenzioni bilaterali, in grado di velocizzare il recepimento, e di conseguenza l'implementazione da parte di tutti gli Stati coinvolti, dell'intero pacchetto di misure appartenenti al Progetto BEPS.

A tal proposito, in data 24 novembre 2016, l'OCSE ha reso disponibile il testo della *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*. Tale Convenzione rappresenta quindi il risultato finale dell'*Action 15* e mira ad implementare, all'interno dei Trattati fiscali esistenti, le misure proposte dalle altre azioni BEPS, più nello specifico, incorpora i risultati delle *Action 2, 6, 7 e 14*¹⁹².

La necessità di elaborare una Convenzione a carattere multilaterale che fosse condivisa da tutti i Governi nazionali, nasce dal fatto che sia gli attuali accordi bilaterali sia le misure unilaterali adottate da ogni singolo Stato, si sono dimostrate inadeguate a contrastare il fenomeno dell'erosione delle basi imponibili mediante la traslazione artificiosa dei profitti in giurisdizioni caratterizzate da un regime fiscale vantaggioso.

È chiaro quindi che uno strumento multilaterale avrebbe assicurato speditezza e coordinamento all'intero processo di implementazione delle misure BEPS, permettendo di modificare simultaneamente migliaia di Trattati. Nello specifico infatti, la Convenzione Multilaterale BEPS (di seguito indicata con la sigla "MLI"), sottoscritta il 7 giugno 2017 da 68 Stati¹⁹³, tra cui l'Italia, permette di trasporre direttamente, in maniera rapida e coerente, i risultati del Progetto BEPS all'interno delle Convenzioni fiscali esistenti, senza la necessità di

¹⁹² P. VALENTE, *BEPS Action 15: Release of Multilateral Instrument*, Intertax, Kluwer, 2017, pag. 219 ss.

¹⁹³ L'elenco completo e aggiornato delle Giurisdizioni che hanno siglato la Convenzione Multilaterale è reperibile al seguente link: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-signatories-and-parties.pdf>.

dover rinegoziare bilateralmente gli accordi esistenti contro la doppia imposizione (un processo che inevitabilmente richiederebbe molto tempo)¹⁹⁴.

«*The release of the Multilateral Instrument constitutes an important step towards the most significant re-write of international tax rules in a century. It is the multilateral convention enabling the simultaneous amendment of more than 3,000 existing bilateral conventions for the avoidance of double taxation*»¹⁹⁵.

Un aspetto peculiare della predetta Convenzione Multilaterale consiste nel fatto che essa si limita a modificare in modo automatico l'applicazione delle norme contenute negli "accordi fiscali coperti" (c.d. "*Covered Tax Agreement*"¹⁹⁶), intendendosi per tali i trattati contro la doppia imposizione in vigore tra due Stati, ma non ne sostituisce il testo letterale. Pertanto, il testo di ciascun accordo fiscale coperto rimane tale e quale, ma le disposizioni contenute nella MLI riguardo ciascuna specifica materia, si dovranno considerare sostitutive di quelle contenute negli accordi bilaterali.

Altro aspetto che merita di essere sottolineato è che la Convenzione Multilaterale BEPS trova applicazione esclusivamente per gli Stati firmatari¹⁹⁷. Inoltre, affinché un accordo fiscale coperto rientri nell'ambito di applicazione della MLI, è necessario che esso sia stato espressamente indicato da entrambi gli Stati. Ad esempio, se l'Italia indica un accordo fiscale coperto in vigore con un altro Stato e quest'ultimo non fa altrettanto, tale Convenzione non rientra fra quelle modificabili dalla MLI.

Quanto alla struttura, la Convenzione Multilaterale BEPS è composta da 39 disposizioni suddivise in VII sezioni. Non tutte le disposizioni hanno carattere obbligatorio infatti è possibile distinguere tra disposizioni obbligatorie (c.d. *minimum standard*, per le quali non è prevista la disapplicazione), disposizioni per le quali ogni Stato può avvalersi di apposite riserve¹⁹⁸, ed infine disposizioni per le quali è data la possibilità di optare tra diverse alternative¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Y. BRAUNER, *McBEPS: The MLI – The first Multilateral Tax Treaty that has never been*, Intertax, Kluwer, 2018, pag. 7.

¹⁹⁵ P. VALENTE, *BEPS Action 15: Release of Multilateral Instrument*, Intertax, Kluwer, 2017, pag. 219.

¹⁹⁶ A. BOSMAN, *General aspects of the Multilateral Instrument*, Intertax, Kluwer, 2017, pag. 644.

¹⁹⁷ In tale contesto, risulta particolare l'assenza degli Stati Uniti tra i sottoscrittori. Ne consegue quindi che le Convenzioni bilaterali stipulate con tale Stato, rimarranno invariate.

¹⁹⁸ Nel caso di esercizio di una riserva da parte di uno Stato con riguardo ad una certa disposizione, questa impedisce la modifica del trattato bilaterale anche se l'altro Stato non l'abbia formulata. Le riserve vanno dichiarate al momento della firma della MLI e può essere in qualsiasi momento ritirata o sostituita da una più limitata.

¹⁹⁹ Nel caso di clausole opzionali, occorre che entrambi gli Stati esercitino la medesima opzione affinché la stessa abbia efficacia nel trattato bilaterale.

La Convenzione Multilaterale BEPS viene definita *self executing* ed entra in vigore 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.

Per ogni Stato che ratifica, accetta o approva suddetta Convenzione, essa entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo alla conclusione di un periodo di tre mesi di calendario che decorre dalla data di deposito da parte di detto Stato del suo strumento di ratifica, accettazione o approvazione.

Le sezioni da II a VI contengono le disposizioni di recepimento delle misure proposte dal Progetto BEPS e, ai fini che qui rilevano, nello specifico la sezione IV (artt. da 12 a 15) racchiude le proposte analizzate precedentemente in merito all'elusione dello *status* di stabile organizzazione, oggetto di analisi dell'*Action 7*.

In ordine, rispettivamente, i citati articoli riguardano: a) Elusione artificiosa dello *status* di stabile organizzazione attraverso *commissionnaire arrangements* e strategie simili (art. 12); b) Elusione artificiosa dello *status* di stabile organizzazione attraverso esenzioni per specifiche attività (art. 13); c) Suddivisione (*splitting-up*) di contratti (art. 14); d) Definizione di una persona strettamente correlata a un'impresa (art. 15).

Dunque, in sostanza, la Convenzione Multilaterale BEPS rappresenta la più efficace opzione prevista a livello internazionale per far fronte alle tecniche utilizzate dalle imprese multinazionali per aggirare la determinazione dell'esistenza di una stabile organizzazione. Coerentemente con quanto previsto dall'*Action 7*, occorre sottolineare che all'interno della MLI non viene fatta alcuna menzione circa l'eventuale ipotesi di "stabile organizzazione virtuale" (c.d. "*Virtual Permanent Establishment*") o "significativa presenza digitale" in quanto tale ipotesi non è stata avallata come ammissibile, almeno per il momento, dall'*Action 1*. A tal proposito è da far presente comunque la posizione dell'OCSE secondo cui le misure proposte dall'*Action 7* servano in ogni caso a mitigare anche le problematiche connesse all'economia digitale.

Nel capitolo successivo, capiremo se, e in che modo, le disposizioni contenute all'interno della Convenzione Multilaterale siano state recepite dal nostro ordinamento a seguito della Legge di Bilancio 2018 che apporta importanti modifiche alla nozione di stabile organizzazione contenuta nell'art. 162 del TUIR.

CAPITOLO III

LA STABILE ORGANIZZAZIONE NEL TUIR

3.1 Premessa

La maggior parte delle Convenzioni²⁰⁰ contro la doppia imposizione che in svariati decenni sono state stipulate dall'Italia²⁰¹, include un apposito articolo sulla stabile organizzazione (art. 5) la cui struttura ricalca in pieno quella dell'analoga clausola contenuta nel primo Modello di Convenzione OCSE del 1963.

Fino al 2003, però, l'ordinamento italiano non ha mai fornito una sua propria ed univoca definizione formale di stabile organizzazione, tanto che la giurisprudenza stessa come pure la prassi e la dottrina, che si sono occupati dell'argomento nel corso degli anni, hanno fatto rinvio per così dire "necessitato" ai concetti e ai criteri sviluppati in campo internazionale²⁰².

Inizialmente, da ciò che si evince dalla sentenza n. 3041 del 15 novembre 1960 e n. 2672 del 9 luglio 1975, la Corte di Cassazione avvicinava il concetto di stabile organizzazione a quello di sede secondaria con rappresentanza stabile di cui all'art. 2506 del Codice Civile, accogliendo così in ambito civilistico un concetto che invece trae le sue origini dall'ambito fiscale. La Suprema Corte è tornata in un secondo momento ad occuparsi della tematica in due successive pronunce, le nn. 8815 e 8820 del 27 novembre 1987, con le quali fece espressamente richiamo alla definizione contenuta nelle Convenzioni contro la doppia imposizione stipulate in conformità dello schema elaborato dall'OCSE; orientamento che poi viene definitivamente confermato con la sentenza n. 9580 del 19 settembre 1990²⁰³.

D'altro canto, già con la circolare del Ministero delle Finanze del 30 aprile 1977, veniva indicato invece che, vista la mancanza di un'esplicita previsione legislativa, la definizione di stabile organizzazione dovesse desumersi dall'art. 5 del Modello OCSE²⁰⁴.

²⁰⁰ Nell'ambito dell'ordinamento italiano, è importante sottolineare che le norme contenute nelle Convenzioni internazionali stipulate dal nostro Paese, prevalgono sulle eventuali norme interne di rango ordinario con esse contrastanti in forza del principio enunciato dall'art. 177 della Costituzione secondo cui la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni è esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Le norme delle Convenzioni internazionali introdotte nel nostro ordinamento mediante legge di ratifica e di esecuzione hanno natura sub-costituzionale, ossia sono norme di rango subordinato alla Costituzione ma intermedio tra questa e la legge ordinaria.

²⁰¹ Sul sito www.finanze.gov.it è consultabile l'elenco completo di tutte le Convenzioni stipulate dall'Italia con Paesi terzi.

²⁰² S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag 14.

²⁰³ G. F. BORIO, *La stabile organizzazione: Convenzioni internazionali e conseguenze fiscali*, 2002, p. 63-64.

²⁰⁴ G. RIPA, *La stabile organizzazione delle imprese*, 2004, p. 217; M. PENNESI, *Stabile Organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 56.

A livello nazionale quindi, il processo che ha portato all'introduzione della nozione della stabile organizzazione ha origine solo nel 2003 con la riforma tributaria Tremonti, dopo che la Legge 7 aprile 2003, n. 80 ("delega al Governo per la riforma del sistema fiscale statale"), precisamente all'art. 4, comma 1, lett. a), sollecitava il legislatore delegato all'elaborazione di una definizione della nozione di stabile organizzazione sulla base dei criteri desumibili dagli accordi internazionali contro le doppie imposizioni²⁰⁵.

In attuazione della Legge di cui sopra, con il successivo D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344²⁰⁶, a decorrere dal 1° gennaio 2004, la nozione di stabile organizzazione, in buona parte mutuata salvo alcune eccezioni dal Modello OCSE nella versione aggiornata in vigore quel momento²⁰⁷, ha visto luce per mezzo dell'inclusione nel TUIR (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) dell'art. 162.

A tal proposito, la stessa Agenzia delle Entrate si è espressa come segue: *«Il dettato dell'articolo 162 riprende sostanzialmente il testo più recente dell'articolo 5 del modello di convenzione OCSE, discostandosene solo in alcuni punti, in considerazione delle interpretazioni contenute nel commentario a detto modello concordate tra gli Stati membri. Pertanto, similmente al modello OCSE, l'articolo 162 reca ipotesi sia "positive" sia "negative" che configurano rispettivamente la esistenza o la inesistenza di una stabile organizzazione di tipo "materiale". Il medesimo articolo individua anche ipotesi di stabile organizzazione di tipo "personale", caratterizzata in funzione dei poteri attribuiti ed esercitati abitualmente da un soggetto in nome dell'impresa estera»*²⁰⁸.

La disciplina tributaria nazionale, all'art. 23, comma 1, lett. e) del TUIR dispone che: *«ai fini dell'applicazione dell'imposta nei confronti dei non residenti si considerano prodotti nel territorio dello Stato [...] lett. e) i redditi d'impresa derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni»*.

Si prevede quindi che i redditi d'impresa prodotti in Italia da un'impresa estera possono essere assoggettati a tassazione se e solo se detta impresa possiede una stabile organizzazione nel territorio italiano. Se si verifica tale ipotesi, allora l'impresa non residente è considerata a

²⁰⁵ Così l'art. 4, comma 1, lett. a), della Legge 7 aprile 2003, n. 80: *«Nel rispetto dei principi della codificazione, per incrementare la competitività del sistema produttivo, adottando un modello fiscale omogeneo a quelli più efficienti in essere nei Paesi membri dell'Unione europea, la riforma dell'imposizione sul reddito delle società si articola, per quanto riguarda l'imponibile, sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi: a) [...] definizione della nozione di stabile organizzazione sulla base dei criteri desumibili dagli accordi internazionali contro le doppie imposizioni»*.

²⁰⁶ È con tale Decreto Legislativo che si è introdotta nell'ordinamento italiano l'Imposta sul Reddito delle Società (IRES) in luogo dell'Imposta sul reddito delle persone giuridiche (IRPEG).

²⁰⁷ Esattamente la versione pubblicata il 28 gennaio 2003 dal Comitato degli Affari Fiscali dell'OCSE.

²⁰⁸ Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 16 giugno 2004, n 25/E.

tutti gli effetti “partecipante” attivo della vita economica del nostro Stato e quindi è meritevole di essere ivi tassata.

È bene sin da subito sottolineare che l’applicazione della definizione domestica dell’istituto della stabile organizzazione è limitata nel senso che le disposizioni di cui all’art. 162 saranno applicabili esclusivamente nei confronti di soggetti stranieri appartenenti a Stati con i quali l’Italia non ha ancora stipulato una Convenzione contro la doppia imposizione internazionale ovvero, come dispone l’art. 169²⁰⁹ del TUIR, in tutti quei casi in cui, in presenza di una Convenzione, le previsioni del TUIR risultino più favorevoli per il contribuente. In definitiva, le disposizioni contenute nell’art. 162 del TUIR non dovrebbero pertanto incidere sull’applicazione delle disposizioni convenzionali contenute nei Trattati contro le doppie imposizioni, a meno che la norma di diritto interno non sia più favorevole al contribuente²¹⁰.

Prima di addentrarci nell’analisi della nozione della stabile organizzazione a livello nazionale, è bene ricordare il modo in cui è strutturato il presente capitolo. Inizialmente, Nel paragrafo 3.2 viene presentato il testo dell’art. 162 del TUIR così per come era stato inizialmente progettato dal legislatore nel 2003 in quanto, salvo alcune eccezioni, ricalca nella sostanza la medesima struttura dell’art. 5 del Modello OCSE visto e analizzato in precedenza nel capitolo 1. Nel paragrafo 3.2 quindi, si farà riferimento al testo dell’art. 162 in vigore dal 01/01/2004 fino al periodo d’imposta 2017. Nel paragrafo 3.3 invece, verrà esaminata la nuova definizione della stabile organizzazione alla luce delle modifiche apportate dalla Legge di Bilancio 2018 all’art. 162. Tale modifica è stata effettuata in modo da recepire nel nostro ordinamento le modifiche al Modello OCSE apportate dall’*Action 7* del Progetto BEPS.

3.2 Il D.Lgs. n. 344/2003: l’introduzione della nozione della stabile organizzazione

Nella legislazione italiana, la stabile organizzazione è disciplinata dall’art. 162 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) che, salvo alcune particolari differenze, nella sostanza ricalca in pieno la struttura e i contenuti dell’art. 5 del Modello di Convenzione OCSE precedentemente analizzato nel capitolo 1.

In virtù di quanto appena detto quindi, per evitare inutili ripetizioni, le precisazioni che sono state fatte con il supporto del Commentario in merito a ciascun paragrafo dell’art. 5 del Modello OCSE, sono perfettamente valide anche per quanto concerne l’art. 162 del TUIR

²⁰⁹ L’art. 169 recita che: «Le disposizioni del presente testo unico si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione».

²¹⁰ M. PENNESI, *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 57.

visto che, come detto, quest'ultimo è a tutti gli effetti una derivazione della regola convenzionale.

Il seguente paragrafo quindi è interamente dedicato all'analisi di quelle che sono le analogie e differenze tra il testo dell'art. 162 del TUIR e l'art. 5 del Modello OCSE.

Volendo delineare un quadro generale di quella che è la struttura dell'art. 162, fondamentalmente si può affermare che il nostro legislatore ha recepito sia la distinzione tra *positive list* e *negative list* sia la dicotomia che esiste tra stabile organizzazione materiale e stabile organizzazione personale.

L'art. 162 inizia con il definire la nozione di stabile organizzazione materiale al comma 1 ove viene precisato che: «*Fermo restando quanto previsto dall'articolo 169, ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive di cui al decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, 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*»²¹¹.

Dalla lettura dell'*incipit*, si evince che la nozione di stabile organizzazione è valida ai soli fini delle imposte sui redditi (IRES e IRPEF) e dell'imposta sulle attività produttive (IRAP). Si deduce quindi la conseguente esclusione dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) la quale invece trova un'apposita disciplina in ambito comunitario.

Ai sensi del comma 1, i presupposti necessari per ritenere integrata l'ipotesi di stabile organizzazione materiale sono perfettamente analoghi a quelli disposti a livello convenzionale, ossia che vi sia una sede d'affari, che tale sede abbia i caratteri della fissità (sia dal punto di vista spaziale che temporale), che essa sia a disposizione dell'impresa e inoltre che sia strumentale per lo svolgimento, in tutto o in parte, dell'attività dell'impresa non residente²¹².

Il comma 2 dell'art. 162 del TUIR invece, è dedicato alle esemplificazioni positive nonché la c.d. *positive list* ossia una lista dei casi più significativi, dove la sola fattispecie fa presumere la presenza di una stabile organizzazione.

Il sopracitato comma infatti dispone che: «*L'espressione "stabile organizzazione" comprende in particolare: a) una sede di direzione; b) una succursale; c) un ufficio; d) un'officina; e) un laboratorio; 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*

²¹¹ Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), art. 162, co. 1, in vigore dal 01/01/2004.

²¹² A. DE LUCA – A. BAMPO, *La stabile organizzazione in Italia. Definizione, aspetti patologici, operatività e planning*, Milano, 2009, pag. 83.

in cui, in conformità al diritto internazionale consuetudinario ed alla legislazione nazionale relativa all'esplorazione ed allo sfruttamento di risorse naturali, lo Stato può esercitare diritti relativi al fondo del mare, al suo sottosuolo ed alle risorse naturali»²¹³.

Come si può notare, la disposizione di cui sopra riflette in pieno la *positive list* riportata nel Modello OCSE, con l'unica particolare differenza relativa alla lett. f) ove, attraverso l'aggiunta dell'espressione "anche in zone situate al di fuori delle acque territoriali in cui, in conformità al diritto internazionale consuetudinario ed alla legislazione nazionale relativa all'esplorazione ed allo sfruttamento di risorse naturali, lo Stato può esercitare diritti relativi al fondo del mare, al suo sottosuolo ed alle risorse naturali" viene fornito un maggiore chiarimento in merito ai luoghi di estrazione di risorse naturali. È importante sottolineare che tale precisazione «*implica l'assoggettabilità ad imposizione in capo ad una stabile organizzazione dei redditi prodotti anche al di fuori delle acque territoriali, e quindi anche mancando, in senso proprio, il collegamento fisico con il territorio. La previsione sembra quindi avere un tenore estensivo del principio della territorialità. Come tale, quindi, determinerebbe una deroga implicita alla disposizione contenuta nell'art. 23, comma 1, lett. e), del TUIR [...] in quanto l'art 162 del TUIR assoggetterebbe a tassazione nel territorio italiano anche quei redditi di società estere prodotti in zone situate al di fuori delle acque territoriali dove tuttavia "lo Stato può esercitare diritti relativi al fondo del mare, al suo sottosuolo ed alle risorse naturali"»²¹⁴. E ancora, «*si tratterebbe, in specie, di una forma di extra-territorialità della potestà impositiva dello Stato Italiano, giustificata dalla considerazione che, se lo Stato italiano può esercitare il diritto di sfruttamento del fondo del mare, del sottosuolo e delle risorse naturali anche al di fuori dei confini territoriali, allora anche la potestà impositiva può essere estesa a tale sfruttamento»²¹⁵.**

Ad ogni modo, per concludere l'analisi del sopraccitato comma, occorre sottolineare che a differenza del Modello OCSE, sino al 2008, l'Italia considerava le ipotesi contemplate al sopraccitato comma come fattispecie costituenti a priori l'ipotesi di stabile organizzazione. A decorrere dal 2010 però, tale orientamento è stato abbandonato e si è sposata la tesi fatta propria dall'OCSE secondo cui tale lista positiva avrebbe carattere meramente esemplificativo, dovendosi quindi procedere a riscontrare i requisiti di cui al comma 1.

Per quanto concerne la fattispecie della stabile organizzazione da cantiere invece, parallelamente a quanto disposto dal paragrafo 3 dell'art. 5 del Modello OCSE, il comma 3

²¹³ *Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR)*, art. 162, co. 2, in vigore dal 01/01/2004.

²¹⁴ M. PENNESI, *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 58.

²¹⁵ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 31.

dell'art. 162 del TUIR dispone che: «*Un cantiere di costruzione o di montaggio o di installazione, ovvero l'esercizio di attività di supervisione ad esso connesse, è considerato stabile organizzazione soltanto se tale cantiere, progetto o attività abbia una durata superiore a tre mesi*»²¹⁶.

Dunque, se da un lato, analogamente a quanto previsto nel Modello OCSE, tale fattispecie è stata inserita in un'apposita disposizione autonoma anche nella normativa domestica italiana, dall'altro essa differisce dalla norma convenzionale per ben due aspetti, infatti essa: a) prevede una c.d. *duration clause* più restrittiva rispetto ai 12 mesi indicati dal Modello OCSE e b) menziona esplicitamente l'esercizio di attività di supervisione le quali nonostante non siano espressamente previste nell'art. 5 del Modello OCSE, sono citate all'interno del Commentario. Al riguardo viene precisato inoltre che anche l'attività di supervisione svolte da un soggetto terzo, rispetto a quello che gestisce effettivamente il cantiere, integra i presupposti della stabile organizzazione, purché tale attività sia legata al cantiere in esame.

Per concludere l'analisi del comma 3, si evidenzia infine che nella maggior parte delle Convenzioni stipulate dall'Italia nel periodo antecedente al 2003, la nozione di stabile organizzazione da cantiere era inserita all'interno del comma 2 insieme a tutte le altre ipotesi precedentemente analizzate e questo è chiaramente motivato dal fatto che dette Convenzioni si ispiravano al Modello OCSE del 1963.

Passando alla trattazione del successivo comma, il nostro legislatore, nel comma 4 dell'art. 162 del TUIR, ha ripreso integralmente la *negative list* di matrice convenzionale, la quale, come sappiamo, indica i casi in cui una sede fissa d'affari non è considerata una stabile organizzazione. Il citato comma infatti recita che: «*Una sede fissa di affari non è, comunque, considerata stabile organizzazione se: a) viene utilizzata una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa; b) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna; c) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa; d) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa; e) viene utilizzata ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario; 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*»²¹⁷.

²¹⁶ Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), art. 162, co. 3, in vigore dal 01/01/2004.

²¹⁷ Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), art. 162, co. 4, in vigore dal 01/01/2004.

A questo punto occorre evidenziare una sostanziale differenza tra il comma di cui sopra e il medesimo comma presente nelle Convenzioni contro la doppia imposizione siglate dall'Italia nel periodo precedente all'entrata in vigore dell'art. 162.

In primo luogo, ciò che si può notare dal confronto, è che nella maggior parte di dette Convenzioni la lett. e) faceva espresso riferimento all'ipotesi in cui una sede fissa d'affari veniva utilizzata, per l'impresa, ai soli fini di pubblicità, di fornire informazioni, di ricerche scientifiche o di attività analoghe che abbiano carattere preparatorio o ausiliario. In secondo luogo, in nessuna delle sopracitate Convenzioni era presente la lett. f) ossia quella clausola di chiusura che prevede la combinazione di più attività preparatorie o ausiliarie, che mantengono tale natura anche a seguito del loro "cumulo", nonostante lo stesso Ministero delle Finanze abbia dichiarato più volte nel corso degli anni che questa era comunque applicabile in via interpretativa²¹⁸.

Il testo dell'art. 162 del TUIR, così per come è stato concepito inizialmente, si presenta inoltre con una peculiarità davvero interessante, contenuta nel relativo comma 5, che lo contraddistingue dall'art. 5 del Modello OCSE. Come abbiamo precedentemente visto nel primo capitolo del presente elaborato, il Modello OCSE non contiene, nell'ambito dell'art. 5, alcuna disposizione che faccia esplicito riferimento alla tematica dell'*e-commerce*. Difatti, gli unici riferimenti possibili sono disponibili all'interno del Commentario stesso nell'apposita sezione rubricata "*Electronic commerce*", nei paragrafi che vanno dal 42.1 al 42.10²¹⁹, ove l'OCSE si è preoccupato di esaminare disgiuntamente elementi quali il *server*, il *web site* e il *provider*, in qualità di strumenti che potenzialmente possono costituire o meno una stabile organizzazione.

Il nostro legislatore invece, ha preferito stabilire in un'apposita disposizione *ad hoc* un'ulteriore ipotesi di esclusione rispetto a quelle già indicate nel comma 4, infatti il testo del comma 5 dispone che: «*Oltre a quanto stabilito dal comma 4 non costituisce di per sé stabile organizzazione la disponibilità a qualsiasi titolo 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*»²²⁰.

Proprio in ragione del richiamo alla *negative list* di cui al comma 4, si evince che la norma in esame si riferisce alla circostanza in cui l'utilizzo degli elaboratori elettronici e loro relativi

²¹⁸ A. DE LUCA – A. BAMPO, *La stabile organizzazione in Italia. Definizione, aspetti patologici, operatività e planning*, Milano, 2009, pag. 93.

²¹⁹ Nella versione del Commentario al Modello OCSE 2017, la numerazione di tali paragrafi è dal 122 al 131 della medesima sezione. Per coerenza di esposizione, si è preferito riferirsi al Commentario nella versione del 2014.

²²⁰ *Testo Unico delle Imposte sui Redditi* (TUIR), art. 162, co. 5, in vigore dal 01/01/2004.

impianti ausiliari costituisce un'attività preparatoria o ausiliaria rispetto all'attività principale e non sia anche destinato alla vendita di beni e servizi per il tramite di sistemi informatici. Pertanto, potrebbero rappresentare ipotesi di stabile organizzazione, tutti quei casi che prevedono l'utilizzo di elaboratori e relativi impianti ausiliari come attività principale ovvero rappresentino il “*core business*” dell'impresa, come pure quelle ipotesi in cui l'utilizzo delle macchine sia necessario per lo sfruttamento di una o più fasi essenziali del ciclo operativo dell'impresa²²¹.

In altre parole, ai sensi del sopracitato comma 5, un *server* situato nel territorio dello Stato italiano, nella piena ed esclusiva disponibilità del soggetto non residente, per un periodo di tempo idoneo a realizzare il requisito della fissità, non configura l'ipotesi di stabile organizzazione laddove lo stesso venga utilizzato per lo svolgimento di attività a carattere meramente preparatorio o ausiliario²²².

La disposizione in esame, tuttavia, propone una trattazione parziale e poco chiara del commercio elettronico e non offre soluzioni esaustive rispetto ad un fenomeno così ampio e complesso poiché non fa alcun riferimento né al sito web né al *provider*.

Inoltre, alla luce di quanto visto nel capitolo 2 nell'ambito del Progetto BEPS, tale disposizione chiaramente non sembra esser in grado di affrontare la problematica legata alla *digital economy* o, più nello specifico, al commercio elettronico. A tal proposito infatti, come vedremo successivamente, tale comma è stato definitivamente abrogato a seguito delle modifiche introdotte dalla Legge di Bilancio 2018 all'art. 162 del TUIR.

Tornando a quanto precisato dall'OCSE, viene stabilito che un *web site* non integra di per sé l'ipotesi di una stabile organizzazione in quanto viene definito come un complesso di dati informatici avente natura prettamente intangibile e che quindi non ha una precisa localizzazione tale da costituire una sede fissa d'affari²²³. In altre parole, il sito web è privo del requisito della “fissità” sia dal punto di vista spaziale che temporale, condizione invece che, come abbia visto, risulta necessaria ai sensi del paragrafo 1 dell'art. 5 del Modello OCSE.

Per quanto riguarda il *server* invece, l'OCSE precisa che essendo a tutti gli effetti un'apparecchiatura tangibile (“*computer equipment*”) che ospita il sito web, può essere

²²¹ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 75; M. PENNESI, *Stabile Organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 60.

²²² P. DE MURI – E. LO PRESTI VENTURA, *La fiscalità internazionale. Le novità 2019.*, Eutekne, pag. 23, 2019.

²²³ Cfr. il paragrafo 42.2 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

localizzato in un preciso luogo quindi può essere ritenuto, in alcuni casi, una sede fissa d'affari nonché una stabile organizzazione.

Nel caso concreto, per costituire una sede fissa d'affari, è necessario che il *server* sia: a) localizzabile in un dato luogo per un periodo di tempo sufficiente (“*for a sufficient period of time*”)²²⁴; b) che esso sia di proprietà o nella piena disponibilità del soggetto non residente che svolga attività d'impresa²²⁵ ed infine c) che sia adibito allo svolgimento di attività che rappresentano una parte essenziale e significativa dell'attività dell'impresa nel suo insieme ovvero le attività svolte tramite esso non siano qualificabili come ausiliarie e preparatorie²²⁶.

A questo punto, risulta chiara la diversità di approccio dell'OCSE rispetto all'ordinamento italiano: mentre quest'ultimo nega l'esistenza di una stabile organizzazione *tout court* qualora vi sia la detenzione “a qualsiasi titolo di elaboratori elettronici”, l'OCSE ritiene invece sussistenti i presupposti perché sia configurabile una stabile organizzazione esclusivamente qualora un'impresa detenga e gestisca direttamente un proprio *server*.

Il Commentario fornisce inoltre una serie di esempi di attività che un *server* può svolgere e che vengono considerate preparatorie o ausiliarie: a) la fornitura di un servizio di comunicazione tra fornitori e clienti; b) la pubblicità di beni o servizi; c) la trasmissione di informazioni tramite un “*mirror server*” con finalità di sicurezza ed efficienza e d) la raccolta e la trasmissione di informazioni²²⁷.

Viene altresì precisato che la presenza di personale adibito al funzionamento del *server* non è un fattore determinante ai fini della determinazione o meno di una stabile organizzazione²²⁸.

Un'ultima tematica trattata dall'OCSE riguarda la figura dell'*internet service provider* (ISP). Accade spesso che le imprese non dispongono di un proprio *server* e pertanto si affidano agli ISP che ospitano sui propri *server* i siti web di varie imprese. In merito a tale fattispecie, ci si potrebbe chiedere se le disposizioni relative alla stabile organizzazione personale trovino applicazione per qualificare l'ISP quale stabile organizzazione delle imprese che svolgono la propria attività mediante i siti web ospitati sui *server* di proprietà dell'ISP stesso. Al riguardo, l'OCSE conclude che l'ISP non possa costituire una stabile organizzazione personale per l'impresa in quanto quest'ultimo non agisce e non è legittimato a concludere contratti in nome e per conto dell'impresa stessa. Viene specificato inoltre che la possibilità che un ISP sia

²²⁴ Cfr. il paragrafo 42.4 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

²²⁵ Cfr. il paragrafo 42.5 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

²²⁶ Cfr. il paragrafo 42.8 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

²²⁷ Cfr. il paragrafo 42.7 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

²²⁸ Cfr. il paragrafo 42.6 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

autorizzato a concludere contratti in nome e per conto dell'impresa sia un'eventualità piuttosto inusuale²²⁹.

Passiamo ora all'esame, nella normativa interna, della fattispecie della stabile organizzazione personale la quale viene disciplinata dai commi 6, 7 e 8 dell'art. 162 del TUIR. Rispettivamente, il comma 6 delinea la figura dell'agente dipendente, il comma 7 fa riferimento alla figura dell'agente indipendente ed infine il comma 8, in maniera del tutto peculiare rispetto allo schema previsto dal Modello OCSE, prevede un'apposita disciplina per il raccomandatario e il mediatore marittimo.

Ai sensi del comma 6 dell'art. 162 del TUIR viene sancito che: «*Nonostante le disposizioni dei commi precedenti e salvo quanto previsto dal comma 7, costituisce una stabile organizzazione dell'impresa di cui al comma 1 il soggetto, residente o non residente, che nel territorio dello Stato abitualmente conclude in nome dell'impresa stessa contratti diversi da quelli di acquisto di beni*»²³⁰.

Quindi, il nostro legislatore ha ricollegato la sussistenza della stabile organizzazione personale alla fattispecie in cui l'impresa non residente disponga di un soggetto, persona fisica o giuridica, sia esso residente o meno, che nel territorio di uno Stato abitualmente conclude contratti, in nome di detta impresa, diversi da quelli di acquisto di beni.

Rispetto alla norma convenzionale, il sopracitato comma si distingue per ben due aspetti: in primo luogo, mentre nella disposizione nazionale viene esclusa l'esistenza di una stabile organizzazione personale solo nel caso in cui l'agente concluda contratti riferibili all'acquisto di beni, nel Modello OCSE l'esclusione dell'ipotesi di stabile organizzazione personale si ha in tutti i casi in cui le attività svolte dal soggetto in questione sono coperte dal paragrafo 4 ossia hanno carattere preparatorio o ausiliario²³¹. In secondo luogo, il nostro legislatore ha preferito dare un taglio, per così dire "di sintesi", al comma 6 dell'art. 162 in quanto esso omette i requisiti per cui l'agente debba agire "per conto dell'impresa estera" e che a questo debbono essere attribuiti "i poteri per la conclusione dei contratti", i quali invece sono espressamente previsti dal paragrafo 5 del Modello OCSE²³².

Parimenti al paragrafo 6 dell'art. 5 del Modello OCSE, il comma 7 dell'art. 162 del TUIR dispone che: «*Non costituisce stabile organizzazione dell'impresa non residente il solo fatto che essa eserciti nel territorio dello Stato la propria attività per mezzo di un mediatore, di un*

²²⁹ Cfr. il paragrafo 42.10 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE 2014.

²³⁰ *Testo Unico delle Imposte sui Redditi* (TUIR), art. 162, co. 6, in vigore dal 01/01/2004.

²³¹ M. PENNESI, *Stabile Organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 61.

²³² S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 42.

commissionario generale, o di ogni altro intermediario che goda di uno status indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività»²³³.

Dunque, in analogia a quanto previsto nel Modello OCSE, si esclude la configurabilità di una stabile organizzazione personale se l'intermediario è: a) indipendente sia in senso giuridico che economico e b) opera nell'ambito della sua ordinaria attività.

In maniera del tutto peculiare rispetto alla norma convenzionale, il nostro legislatore, al comma 8 dell'art. 162 del TUIR, ha previsto un'apposita e autonoma disciplina per il settore marittimo, secondo cui: «*Nonostante quanto previsto dal comma precedente, non costituisce stabile organizzazione dell'impresa il solo fatto che la stessa eserciti nel territorio dello Stato la propria attività per mezzo di un raccomandatario marittimo di cui alla legge 4 aprile 1977, n. 135 o di un mediatore marittimo di cui alla legge 12 marzo 1968, n. 478 che abbia i poteri per la gestione commerciale o operativa delle navi dell'impresa, anche in via continuativa*»²³⁴.

La norma dunque si riferisce ai: a) raccomandatari marittimi, ossia quei soggetti che svolgono attività di assistenza nell'imbarco e sbarco dei passeggeri, nella ricezione o consegna delle merci, nella conclusione di contratti di trasporto di merci con rilascio dei relativi documenti e b) mediatori marittimi, ovvero quei soggetti che svolgono attività di mediazione nell'ambito della costruzione, della compravendita, della locazione e del noleggio di navi e nei contratti di trasporto marittimo di merci²³⁵.

Dalla norma in esame, si evince che viene esclusa l'ipotesi della stabile organizzazione personale laddove si sia in presenza di un raccomandatario o mediatore marittimo, pur quando questi agiscano al di fuori della loro ordinaria attività²³⁶, occupandosi, anche in via continuativa, della gestione commerciale o operativa delle navi dell'impresa estera di navigazione; e ciò in ragione dell'*incipit* del comma stesso "nonostante quanto previsto dal comma precedente". In sostanza, è una vera e propria deroga al principio di cui al comma 7 secondo cui ai fini della determinazione dell'indipendenza di un agente, questo debba agire nell'ambito della sua ordinaria attività. Ad ogni modo, occorre sottolineare infine che in base al contenuto della previsione di cui sopra, si esclude la presenza di una stabile organizzazione

²³³ *Testo Unico delle Imposte sui Redditi* (TUIR), art. 162, co. 7, in vigore dal 01/01/2004.

²³⁴ *Testo Unico delle Imposte sui Redditi* (TUIR), art. 162, co. 8, in vigore dal 01/01/2004.

²³⁵ A. DE LUCA – A. BAMPO, *La stabile organizzazione in Italia. Definizione, aspetti patologici, operatività e planning*, Milano, 2009, pag. 112.

²³⁶ M. PENNESI, *Stabile Organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 62.

sotto forma di raccomandatario o mediatore nei confronti di tutte le imprese di navigazione estere, comprese quelle residenti in Stati senza Trattato con l'Italia²³⁷.

La disposizione di cui al comma 8 dell'art. 162 del TUIR è comunque in linea con quanto viene previsto nel Modello OCSE al relativo art. 8 paragrafo 2, in base al quale i profitti realizzati dalle imprese di navigazione sono tassati esclusivamente nello Stato in cui è situata la sede di direzione effettiva e non anche nello Stato della fonte²³⁸.

Per concludere l'analisi, in analogia a quanto previsto dal paragrafo 7 dell'art. 5 del Modello OCSE, il comma 9 dell'art. 162 del TUIR precisa che le situazioni di controllo societario non sono di per sé sufficienti ad integrare l'ipotesi di stabile organizzazione.

Si sostiene dunque che ritenere sempre sussistente una stabile organizzazione tutte le volte in cui una società del gruppo presta la sua collaborazione per raggiungere lo scopo comune del gruppo stesso, sia una conclusione eccessiva.

Il citato comma infatti dispone che: *«Il fatto che un'impresa non residente con o senza stabile organizzazione nel territorio dello Stato controlli un'impresa residente, ne sia controllata, o che entrambe le imprese siano controllate da un terzo soggetto esercente o no attività d'impresa non costituisce di per sé motivo sufficiente per considerare una di dette imprese una stabile organizzazione dell'altra»*²³⁹.

Rispetto all'omologa *anti-single entity clause* contenuta nel paragrafo 7 dell'art. 5 del Modello OCSE, la disposizione contenuta nel comma 9 dell'art. 162 del TUIR si differenzia per alcuni aspetti, quest'ultima nello specifico: a) si riferisce più genericamente ai rapporti tra imprese associate, e non solo quindi alle società (indicate con il termine “*company*” nel testo convenzionale); b) tra i soggetti controllanti include non solo le società ma anche qualsiasi soggetto “*esercente o no attività d'impresa*” ed infine c) considera inoltre l'ipotesi di imprese controllate dal medesimo soggetto²⁴⁰.

²³⁷ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 55.

²³⁸ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2014, art. 8. par. 2. «*Profits from the operation of boats engaged in inland waterways transport shall be taxable only in the Contracting State in which the place of effective management of the enterprise is situated*».

²³⁹ *Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR)*, art. 162, co. 9, in vigore dal 01/01/2004.

²⁴⁰ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 57; M. PENNESI, *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 64.

3.3 La Legge di Bilancio 2018: le novità introdotte

La Legge di Bilancio 2018 (Legge 27 dicembre 2017, n. 205) all'articolo 1, comma 1.010, riporta le modifiche alla definizione di stabile organizzazione contenuta nell'art. 162 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR).

Tale modifica è stata effettuata in modo da recepire nel nostro ordinamento le modifiche al Modello OCSE apportate dall'*Action 7* del Progetto BEPS.

Nel corso del seguente paragrafo verrà esaminata inoltre la posizione dell'Italia in merito alle disposizioni contenute all'interno della Convenzione Multilaterale BEPS circa la stabile organizzazione. Il nostro Paese ha siglato detta Convenzione in data 7 giugno 2017 con la finalità di trasporre in maniera rapida i risultati del Progetto BEPS all'interno delle proprie Convenzioni contro la doppia imposizione internazionale, in vigore con oltre 80 giurisdizioni estere, senza la necessità di dover rinegoziare con ciascuno Stato gli accordi bilaterali.

Si tenga comunque presente che il nuovo art. 162 è entrato in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2018 ed esso trova applicazione solo in assenza di una Convenzione bilaterale contro la doppia imposizione ovvero laddove disponga di un trattamento più favorevole per il contribuente (art. 169 del TUIR).

Ad ogni modo, le sopracitate modifiche riguardano: a) la lista esemplificativa (*positive list*), cui è stata aggiunta una nuova ipotesi che prevede la configurabilità della stabile organizzazione anche in assenza di una presenza fisica; b) la specificazione riguardante le attività preparatorie o ausiliarie (*negative list*); c) l'introduzione della clausola anti-frammentazione, d) la modifica delle ipotesi di agente dipendente/independente ed infine e) l'introduzione della definizione di "soggetto strettamente correlato".

Innanzitutto, attraverso la modifica del comma 2 dell'art. 162 del TUIR, la Legge di Bilancio 2018 interviene sulla c.d. *positive list*, inserendo la lett. f-bis) quale ultima ipotesi suscettibile di configurare una stabile organizzazione.

Dunque, il nuovo testo del comma 2 dell'art. 162 del TUIR si presenta per come segue: *«L'espressione "stabile organizzazione" comprende in particolare: a) una sede di direzione; b) una succursale; c) un ufficio; d) un'officina; e) un laboratorio; 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 in cui, in conformità al diritto internazionale consuetudinario ed alla legislazione nazionale relativa all'esplorazione ed allo sfruttamento di risorse naturali, lo Stato può esercitare diritti relativi al fondo del mare, al suo sottosuolo ed alle risorse naturali; 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»²⁴¹.

Si tratta di un elemento di assoluta novità rispetto a quanto stabilito in sede OCSE nell'ambito dell'*Action 7*. Viene così introdotto il concetto di stabile organizzazione nel settore digitale con la finalità di colmare le lacune normative che hanno permesso alle imprese che operano in tale ambito di ridurre le proprie imposte²⁴².

Dalla lettura della lett. f-bis), si evince che tale aggiunta al comma 2 ha origine dalle indicazioni fornite dall'OCSE riguardo al fatto che è necessario superare la classica impostazione per cui la qualifica di stabile organizzazione sia da ritenersi necessariamente ricollegabile all'insediamento di una struttura fisica nel territorio di uno Stato. In virtù di quanto visto nel precedente capitolo, un'impostazione del genere risulta ormai obsoleta rispetto alle attività completamente digitali e immateriali che consentono attualmente alle imprese di svolgere la propria attività in uno Stato senza la necessità di una presenza fisica sul territorio di detto Stato.

Contestualmente all'introduzione della lett. f-bis) si ha l'abrogazione della disposizione di cui al vecchio comma 5 che come sappiamo era volta ad escludere la configurabilità di una stabile organizzazione nel caso di disponibilità a qualsiasi titolo di elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari che consentono la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi. Le modifiche così apportate, potrebbero quindi far propendere per la riconducibilità alla nozione di stabile organizzazione anche il semplice sito web (che come abbiamo visto di per sé non integra mai l'ipotesi di stabile organizzazione) se dal contesto in cui opera l'impresa possono essere soddisfatte le condizioni indicate dalla stessa lett. f-bis)²⁴³.

Nella nuova ipotesi menzionata nella lett. f-bis), il requisito della stabilità, che rappresenta uno degli elementi fondamentali della stabile organizzazione, è contenuto nel termine "continuativa", che, indubbiamente, si riferisce ad una presenza nello Stato italiano non temporanea.

Con la locuzione "costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso" si evince inoltre la *ratio* perseguita dal Legislatore, ossia l'intenzione di voler contrastare le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva poste in essere dalle c.d. "multinazionali del web".

²⁴¹ *Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR)*, art. 162, co. 2, in vigore dal 01/01/2018.

²⁴² A. DELLA ROVERE – F. PECORARI, *Stabile organizzazione: profili di novità in ambito OCSE e nazionale*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, pag. 26.

²⁴³ D. P. CORRADINI, *La nuova definizione di stabile organizzazione*, Circolare n. 97/2018, pag. 3.

La disposizione in commento, se da un lato ha cercato di ampliare il concetto di stabile organizzazione per renderlo più aderente alle nuove esigenze di mercato, dall'altro, innegabilmente, ha introdotto una profonda incertezza giuridica. La disposizione, infatti, non contiene riferimenti ad alcun parametro/requisito in merito al termine "significativa". Si lascia così ampia marginalità di manovra all'Amministrazione finanziaria (in fase di accertamento per la verifica della sussistenza di una stabile organizzazione) poiché per l'appunto non vengono specificati i limiti entro i quali la presenza economica di un'impresa estera all'interno nel nostro Stato possa esser definita "significativa". Dunque, la disposizione in esame si dimostra poco chiara nei suoi tratti applicativi ed inoltre è chiamata a confrontarsi con le Convenzioni bilaterali vigenti che non prevedono una fattispecie di questo tipo²⁴⁴.

Inoltre, la Convenzione Multilaterale BEPS non contiene alcuna precisione in merito alla rilevanza della "significativa e continuativa presenza economica", motivo per cui la disposizione contenuta nella nuova lett. f-bis) risulterebbe applicabile solo per le transazioni con soggetti residenti in Stati con cui l'Italia non ha stipulato una Convenzione, oppure, solo a seguito di modifica e inclusione di tale fattispecie negli eventuali nuovi accordi²⁴⁵.

Dal momento che da parte dell'OCSE la proposta relativa alla significativa presenza digitale è stata momentaneamente "congelata" (si veda al riguardo il paragrafo 2.2) e che da parte del nostro ordinamento non è stata fornita alcuna parametrizzazione circa il termine "significativa", è utile a questo punto, ai fini del presente elaborato, analizzare quanto viene proposto dall'Unione Europea in merito alla tematica dell'economia digitale.

Nella comunicazione della Commissione Europea del 21 settembre 2017²⁴⁶, si sottolineava che *«le norme fiscali internazionali, essendo state inizialmente concepite per le imprese "fisiche", presentano lacune e sono oramai superate»*; di conseguenza *«le norme fiscali attuali non sono più adeguate al contesto moderno in cui le imprese dipendono in larga misura da beni immateriali il cui valore è difficile da quantificare, dai dati e dall'automazione, che facilitano il commercio online transfrontaliero senza che vi sia una presenza fisica»*. Inoltre, partendo dalla consapevolezza che *«manca ancora una soluzione adeguata al problema crescente di garantire una tassazione equa dell'economia digitale, soprattutto a causa della mancanza di un consenso internazionale e della natura pluridimensionale di questa sfida»* e che sono sconsigliati interventi unilaterali da parte dei

²⁴⁴ P. DE MURI – E. LO PRESTI VENTURA, *La fiscalità internazionale. Le novità 2019.*, Eutekne, pag. 25, 2019.

²⁴⁵ D. P. CORRADINI, *La nuova definizione di stabile organizzazione*, Circolare n. 97/2018, pag. 7.

²⁴⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio. Un sistema fiscale equo ed efficace nell'Unione Europea per il mercato unico digitale*, COM (2017) 547 final, Bruxelles, 21 settembre 2017.

singoli Stati membri che avrebbero l'effetto di «*frammentare il mercato unico, aumentare l'incertezza fiscale, compromettere le condizioni di concorrenza e generare nuove scappatoie per pratiche fiscali abusive*» la Commissione Europea si è posta l'obiettivo di elaborare specifiche proposte legislative applicabili a livello UE, che permettano di garantire un'imposizione fiscale equa ed efficace e che stiano al passo con la rapida evoluzione digitale dell'economia.

A pochi giorni di distanza dalla pubblicazione dell'*Interim Report*²⁴⁷ dell'OCSE (avvenuta il 16 marzo 2018), la Commissione Europea, il 21 marzo 2018, ha dunque presentato una proposta di direttiva²⁴⁸ (COM (2018) 147) che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa. Nello specifico, viene precisato che «*è necessario definire nuovi indicatori della presenza digitale significativa per stabilire e proteggere i diritti di imposizione degli Stati membri in relazione ai nuovi modelli d'impresa digitali*». Tale proposta ha la finalità di elaborare un modello base che sappia orientare il dibattito internazionale verso un accordo comune, pertanto, intende contribuire ai lavori in corso a livello OCSE che, come già precedentemente detto, sostiene di pervenire ad una soluzione concreta entro il 2020.

La direttiva mira a stabilire norme intese ad ampliare il concetto di stabile organizzazione, applicabile ai fini dell'imposta sulle società in ciascun Stato membro, con lo scopo di includere la nozione di “presenza digitale significativa” (*significant digital presence*) attraverso la quale è esercitata, in tutto o in parte, l'attività dell'impresa.

A norma dell'art. 4 di suddetta direttiva, sussiste una “presenza digitale significativa” in uno Stato membro, nel corso di un certo periodo d'imposta, se l'attività svolta attraverso di essa consiste, interamente o in parte, nella fornitura di servizi digitali²⁴⁹ tramite un'interfaccia

²⁴⁷ OECD (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OCED/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing Paris.

²⁴⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa*, COM (2018) 147 final, Bruxelles, 21 marzo 2018.

²⁴⁹ Ai sensi dell'art. 3, per “servizi digitali” si intende «*i servizi forniti attraverso internet o una rete elettronica, la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata e richiede un intervento umano minimo, impossibili da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione, e segnatamente: a) la fornitura di prodotti digitali in generale, compresi software, loro modifiche e aggiornamenti; b) i servizi che veicolano o supportano la presenza di un'azienda o di un privato su una rete elettronica, quali un sito o una pagina web; c) i servizi automaticamente generati da un computer attraverso internet o una rete elettronica, in risposta a dati specifici immessi dal destinatario; d) la concessione, a titolo oneroso, del diritto di mettere in vendita un bene o un servizio su un sito internet che operi come mercato online, in cui i potenziali acquirenti fanno offerte attraverso un procedimento automatizzato e in cui le parti sono avvertite di una vendita attraverso posta elettronica generata automaticamente da un computer; e) le offerte forfettarie di servizi internet (Internet service packages, ISP) nelle quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e subordinato (in altre parole, il forfait va oltre il semplice accesso a internet e comprende altri elementi, quali pagine con contenuto che danno accesso a notizie di attualità, informazioni meteorologiche o turistiche, spazi di*

digitale²⁵⁰ e se sono soddisfatte una o più delle seguenti condizioni/soglie (da verificare considerando anche le imprese associate²⁵¹): a) la parte dei ricavi totali²⁵² realizzati dall'impresa estera nel corso del periodo d'imposta in esame e derivanti dalla fornitura di tali servizi digitali a utenti situati nello Stato membro considerato è superiore a 7.000.000€; b) il numero di utenti di uno o più di tali servizi digitali che sono situati nello Stato membro considerato nel corso di detto periodo d'imposta è superiore a 100.000 e c) il numero di contratti commerciali²⁵³ per la fornitura di servizi digitali che sono conclusi nel corso di tale periodo d'imposta da parte di utenti situati nello Stato membro considerato è superiore a 3.000.

La Commissione UE precisa che i sopracitati criteri sono delle “variabili proxy” che consentono di identificare la c.d. “impronta digitale” di un'impresa nel territorio di uno Stato membro.

Una considerazione che a questo punto merita di esser fatta riguarda l'utente²⁵⁴ e il ruolo centrale che questo assume ai fini della verifica dei suddetti criteri. Ciò, molto probabilmente, è una logica conseguenza del fatto che spesso, soprattutto per le imprese digitali, è l'utente

gioco, hosting di siti, accessi a dibattiti online, o qualsiasi altro elemento simile); f) i servizi elencati nell'allegato II».

²⁵⁰ Ai sensi dell'art. 3, per “interfaccia digitale” si intende «qualsiasi software, compresi i siti web o parte di essi e le applicazioni, anche mobili, accessibili agli utenti».

²⁵¹ Ai sensi dell'art. 3, comma 9, per “impresa associata” si intende «un'entità collegata alla specifica entità in questione in uno o più dei modi seguenti: a) una di esse partecipa alla gestione dell'altra, essendo nella posizione di esercitare un'influenza significativa sull'altra; b) una di esse partecipa al controllo dell'altra attraverso una partecipazione, diretta o indiretta, che supera il 20% dei diritti di voto; c) una di esse partecipa al capitale dell'altra mediante un diritto di proprietà, diretto o indiretto, che supera il 20% del capitale. Nel caso in cui più di un'entità partecipi alla gestione, al controllo o al capitale della stessa entità in uno o più dei modi di cui alle lettere da a) a c), tutte queste entità sono considerate imprese tra loro associate. Nel caso in cui la stessa entità partecipi alla gestione, al controllo o al capitale di più di un'entità in uno o più dei modi di cui alle lettere da a) a c), tutte queste entità sono considerate imprese tra loro associate. In caso di partecipazioni indirette, il rispetto dei criteri di cui alle lettere b) e c) è determinato moltiplicando le percentuali delle partecipazioni attraverso i livelli successivi. Un'entità che detiene più del 50% dei diritti di voto è considerata detentrica del 100%».

²⁵² Ai sensi dell'art. 4, comma 7, viene precisato che la parte dei ricavi totali «è determinata in proporzione al numero di volte in cui i dispositivi sono utilizzati nel corso di tale periodo d'imposta da parte di utenti situati in tutto il mondo per accedere all'interfaccia digitale attraverso la quale sono forniti i servizi digitali».

²⁵³ Ai sensi dell'art. 4, comma 5, lett. a), «si considera che un contratto sia un contratto commerciale se l'utente lo conclude nel corso di un'attività commerciale».

²⁵⁴ Ai sensi dell'art. 3, per “utente” si intende «qualsiasi persona o impresa». Ai sensi dell'art. 4, comma 4, per quanto riguarda la fruizione di servizi, «si considera che un utente sia situato in uno Stato membro in un periodo d'imposta se l'utente utilizza un dispositivo in tale Stato membro nel corso di tale periodo d'imposta per accedere all'interfaccia digitale attraverso la quale sono forniti i servizi digitali». Con riguardo alla conclusione di contratti per la fornitura di servizi digitali, ai sensi dell'art. 4, comma 5, lett. b), «si considera che un utente si trovi in uno Stato membro in un periodo d'imposta se è residente ai fini dell'imposta sulle società in tale Stato membro in detto periodo d'imposta o se è residente ai fini dell'imposta sulle società in un paese terzo ma dispone di una stabile organizzazione in tale Stato membro in detto periodo d'imposta». Infine, ai sensi dell'art. 4, comma 6, viene precisato che «lo Stato membro in cui è utilizzato un dispositivo dell'utente è determinato con riferimento all'indirizzo di protocollo internet (IP) del dispositivo o, se più accurato, a qualsiasi altro metodo di geolocalizzazione».

stesso che crea valore per le imprese; basti pensare ad esempio alla mole di dati e informazioni che gli stessi, anche inconsapevolmente, forniscono alle imprese.

L'art. 5 della direttiva si occupa dell'attribuzione degli utili alla significativa presenza digitale e prevede che gli utili attribuibili alla stessa siano quelli che la medesima avrebbe realizzato se fosse stata un'impresa separata e indipendente che svolge attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe, in particolare nelle sue relazioni con altre parti dell'impresa, tenendo conto delle funzioni²⁵⁵ esercitate, degli attivi utilizzati e dei rischi assunti, attraverso un'interfaccia digitale. Si evince quindi che l'approccio seguito coincide perfettamente con quello previsto dall'*Authorised OECD Approach* (AOA) i cui principi sono stati ampiamente discussi nel capitolo 2 cui si rimanda.

È importante sottolineare che la presente direttiva, una volta attuata nella legislazione nazionale degli Stati membri, si applicherà alle attività digitali transfrontaliere all'interno dell'Unione, anche qualora le Convenzioni vigenti in materia di doppia imposizione tra gli Stati membri non siano state modificate di conseguenza. Ovviamente, ciò non vale riguardo ai Trattati conclusi con Stati non appartenenti all'Unione, pertanto, la Commissione Europea ha emanato inoltre una raccomandazione²⁵⁶ con cui invita gli Stati membri a modificare le Convenzioni stipulate con gli Stati terzi al fine di introdurre il concetto di "presenza digitale significativa".

Per quanto concerne quindi l'ipotesi di un'eventuale estensione del concetto di stabile organizzazione, la proposta della Commissione Europea sembra essere quella più completa, dal momento che né l'OCSE né il governo italiano hanno, almeno per il momento, fornito precisi valori/soglie cui far riferimento per stabilire nel caso concreto la "presenza digitale significativa" di un'impresa nel territorio di uno Stato.

Rimanendo sempre nell'ambito della *digital economy*, è rilevante un ulteriore intervento da parte del nostro Stato in materia di tassazione dell'economia digitale (una vera e propria "fuga in avanti" dell'Italia rispetto al contesto internazionale). Sempre con la Legge di Bilancio 2018, precisamente ad opera dei commi da 1011 a 1019, è stata introdotta l'imposta sulle transazioni digitali (meglio nota come "*Web Tax*"). Si tratta di un'imposta indiretta (aliquota

²⁵⁵ Per determinare le funzioni della presenza digitale significativa, si tiene conto delle attività economicamente rilevanti (pertinenti per lo sviluppo, il potenziamento, il mantenimento, la protezione e lo sfruttamento delle attività immateriali dell'impresa) svolte attraverso un'interfaccia digitale le quali, ai sensi dell'art. 5, comma 5, comprendono tra l'altro «a) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi, la diffusione e la vendita di dati a livello di utente; b) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento e la visualizzazione dei contenuti generati dagli utenti; c) la vendita di spazi pubblicitari online; d) la messa a disposizione sul mercato digitale di contenuti creati da terzi; e) la fornitura di qualsiasi servizio digitale non elencato alle lettere da a) a d)».

²⁵⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione della Commissione*, C (2018) 1650 final, Bruxelles, 21 marzo 2018.

del 3%) che colpisce i ricavi derivanti dalle prestazioni di servizi effettuati tramite mezzi elettronici²⁵⁷, al netto dell'IVA. L'imposta si applica nei confronti del soggetto prestatore, residente o non residente, che effettua nel corso di un anno solare un numero complessivo di transazioni digitali superiore a 3.000 unità²⁵⁸.

Ad ogni modo, non viene specificato nel dettaglio quali siano i servizi a cui si fa riferimento, pertanto, la norma rimanda ad un decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze che avrebbe dovuto veder luce entro il 30 aprile 2018, ma così non è stato. La legge infatti sarebbe entrata ufficialmente in vigore a decorrere dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del suddetto decreto.

Dunque, per mancanza dei necessari decreti attuativi, la Legge di Bilancio 2019 (Legge 30 dicembre 2018, n. 145) ha abrogato l'imposta sulle transazioni digitali di cui sopra ma contestualmente ha istituito la nuova "imposta sui servizi digitali"²⁵⁹ che si accosta a quanto indicato dalla Commissione Europea con la seconda proposta di direttiva COM (2018) 148²⁶⁰, sempre del 21 marzo 2018 (non ancora attuata all'interno dell'Unione Europea per il mancato raggiungimento dell'unanimità tra gli Stati membri UE)²⁶¹.

Sono soggetti passivi dell'imposta sui servizi digitali i soggetti residenti o non residenti, esercenti attività d'impresa che, singolarmente o a livello di gruppo, nel corso di un anno solare, realizzano congiuntamente: a) un ammontare complessivo di ricavi, ovunque realizzati, non inferiore a 750.000.000€ e b) un ammontare di ricavi derivanti da servizi

²⁵⁷ Ai sensi dell'art. 1, comma 1012 della Legge di Bilancio 2018, si considerano servizi prestati tramite mezzi elettronici «*quelli forniti attraverso internet o una rete elettronica e la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata, corredata di un intervento umano minimo e impossibile da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione*».

²⁵⁸ L'imposta si applica solo se le transazioni digitali sono rese nei confronti di: a) soggetti residenti nel territorio dello stato individuati all'art. 23 co. 1 del D.P.R. 600/1973 (ossia i sostituti d'imposta tra cui persone fisiche esercenti attività d'impresa o arti e professioni, società di persone e di capitali, enti commerciali e non commerciali ecc.) e b) stabili organizzazioni domestiche di soggetti non residenti. Al contrario, non sono soggette all'imposta le prestazioni effettuate nei confronti di: a) soggetti in regime forfetario (art. 1 co. 54 ss. L. 190/2014) e b) soggetti che rientrano nel regime fiscale di vantaggio per l'imprenditoria giovanile e lavoratori in mobilità (art. 27 D.L. 98/2011).

²⁵⁹ Art. 1, commi da 35 a 50 della Legge di Bilancio 2019.

²⁶⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali*, COM (2018) 148 final, Bruxelles, 21 marzo 2018. Essa propone un'imposta indiretta (*Digital Services Tax*) che con un'aliquota del 3% colpisce i ricavi (al netto dell'IVA e di altre imposte analoghe) derivanti dai seguenti servizi: a) vendita di spazi per la pubblicità *online*, b) messa a disposizione degli utenti di un'interfaccia digitale multilaterale che permette loro di trovare altri utenti e di interagire con essi e che può anche agevolare le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti; c) la trasmissione di dati raccolti sugli utenti e generati dalle attività degli utenti sulle piattaforme digitali. Il soggetto passivo è il prestatore del servizio che svolge attività d'impresa e che ha realizzato congiuntamente: a) un ammontare di ricavi a livello mondiale superiore a 750.000.000€ e b) un ammontare di ricavi realizzati nell'Unione superiore a 50.000.000€. Nel caso in cui tale soggetto faccia parte di un gruppo che redige il bilancio consolidato le suddette soglie sono calcolate a livello consolidato. Nelle intenzioni della Commissione Europea, tale imposta dovrebbe rappresentare una misura temporanea e a breve termine, in attesa della ridefinizione della nozione di stabile organizzazione.

²⁶¹ P. VALENTE, *Fiscalità di bilancio: verso la nuova imposta sui servizi digitali*, IPSOA Quotidiano, 2019.

digitali (questa volta tassativamente specificati) realizzati nel territorio dello Stato italiano non inferiore a euro 5.500.000€.

L'imposta sui servizi digitali è applicata nella misura del 3% sull'ammontare dei ricavi tassabili realizzati dal soggetto passivo in ciascun trimestre, al netto dell'IVA e delle altre imposte indirette, derivanti dalla fornitura, a favore di utenti localizzati in Italia, dei seguenti servizi digitali: a) veicolazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti della medesima interfaccia (ad es. un sito internet); b) messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale che consente agli utenti di essere in contatto e di interagire tra loro, anche al fine di facilitare la fornitura diretta di beni o servizi (ad es. un *social network*) ed infine c) trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale²⁶².

L'entrata in vigore dell'imposta sui servizi digitali decorrerà dal 60° giorno successivo all'emanazione di un apposito decreto attuativo del Ministro dell'Economia e delle Finanze che è previsto a sua volta entro il 30 aprile 2019 (occorre dunque attendere per ulteriori sviluppi in merito).

Chiusa quindi la parentesi relativa all'economia digitale, possiamo ora continuare l'analisi delle novità introdotte dalla Legge di Bilancio 2018 in merito alla nozione di stabile organizzazione.

Attraverso la modifica del comma 4 dell'art. 162 del TUIR, si interviene inoltre sulla *negative list*, riformulando il testo del comma 4 stesso e aggiungendo il comma 4-bis. In sostanza, con tale modifica è previsto che la combinazione di più attività che singolarmente considerate avrebbero carattere preparatorio o ausiliario ma che nella loro complementarietà perdono tale carattere, sia idonea a configurare una stabile organizzazione.

Il testo dell'attuale comma 4 dell'art. 162 del TUIR recita quindi che: «*Fermi restando i commi da 1 a 3, la dizione "stabile organizzazione" non comprende: a) l'uso di una*

²⁶² Un ricavo si considera tassabile in un determinato periodo d'imposta se l'utente di un servizio tassabile è localizzato nel territorio dello Stato in detto periodo. In particolare, un utente si considera localizzato nel territorio dello Stato se: a) nel caso di un servizio di cui alla lett. a), la pubblicità figura sul dispositivo dell'utente nel momento in cui il dispositivo è utilizzato nel territorio dello Stato in detto periodo d'imposta per accedere a un'interfaccia digitale; b) nel caso di un servizio di cui alla lett. b) se 1) il servizio comporta un'interfaccia digitale multilaterale che facilita le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti, l'utente utilizza un dispositivo nel territorio dello Stato in detto periodo d'imposta per accedere all'interfaccia digitale e conclude un'operazione corrispondente su tale interfaccia in detto periodo d'imposta, 2) il servizio comporta un'interfaccia digitale multilaterale di un tipo che non rientra tra quelli di cui al numero 1), l'utente dispone di un conto per la totalità o una parte di tale periodo d'imposta che gli consente di accedere all'interfaccia digitale e tale conto è stato aperto utilizzando un dispositivo nel territorio dello Stato; c) nel caso di un servizio di cui alla lett. c), i dati generati dall'utente che ha utilizzato un dispositivo nel territorio dello Stato per accedere a un'interfaccia digitale, nel corso di tale periodo d'imposta o di un periodo d'imposta precedente, sono trasmessi in detto periodo d'imposta.

installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa; b) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna; c) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa; d) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa; e) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dello svolgimento, per l'impresa, di ogni altra attività; f) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e)»²⁶³.

Alla disposizione di cui sopra, si deve aggiungere quanto viene stabilito dal successivo comma 4-bis il cui testo dispone che: *«Le disposizioni del comma 4 si applicano a condizione che le attività di cui alle lettere da a) a e) o, nei casi di cui alla lettera f), l'attività complessiva della sede fissa d'affari siano di carattere preparatorio o ausiliario»²⁶⁴.*

Come si evince, dunque, il comma 4 dell'art. 162 del TUIR è ora perfettamente analogo al paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE.

La Legge di Bilancio 2018 è poi intervenuta inserendo al nuovo comma 5 dell'art. 162 la c.d. *anti-fragmentation rule* che ricalca in pieno la disposizione di cui al paragrafo 4.1. dell'art. 5 del Modello OCSE²⁶⁵. Nello specifico il nuovo comma 5 stabilisce che: *«Il comma 4 non si applica ad una sede fissa d'affari che sia utilizzata o gestita da un'impresa se la stessa impresa o un'impresa strettamente correlata svolge la sua attività nello stesso luogo o in un altro luogo nel territorio dello Stato e lo stesso luogo o l'altro luogo costituisce una stabile organizzazione per l'impresa o per l'impresa strettamente correlata in base alle previsioni del presente articolo, ovvero l'attività complessiva risultante dalla combinazione delle attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa o da imprese strettamente correlate nei due luoghi, non sia di carattere preparatorio o ausiliario, purché le attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa, o dalle imprese strettamente correlate nei due luoghi, costituiscano funzioni complementari che siano parte di un complesso unitario di operazioni d'impresa»²⁶⁶.*

In analogia a quanto dispone il paragrafo 4.1 dell'art. 5 del Modello OCSE quindi, il nuovo comma 5 stabilisce che l'eccezione relativa alle attività di carattere preparatorio o ausiliario

²⁶³ *Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR)*, art. 162, co. 4, in vigore dal 01/01/2018.

²⁶⁴ *Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR)*, art. 162, co. 4-bis, in vigore dal 01/01/2018.

²⁶⁵ A. DELLA ROVERE – F. PECORARI, *Stabile organizzazione: profili di novità in ambito OCSE e nazionale*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, pag. 27.

²⁶⁶ *Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR)*, art. 162, co. 5, in vigore dal 01/01/2018.

(di cui al comma 4), non opera con riferimento ad una sede fissa d'affari utilizzata da un'impresa o da un'impresa ad essa strettamente correlata: a) se queste svolgono la propria attività nello stesso luogo o in un altro luogo costituente stabile organizzazione per le stesse oppure b) se l'attività risultante dalla combinazione delle attività delle due imprese nello stesso luogo o nei due luoghi non sia di carattere preparatorio o ausiliario; a condizione che le attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo o, dalla stessa impresa, o dalle imprese strettamente correlate nei due luoghi, costituiscano funzioni complementari che siano parte di un complesso unitario di operazioni d'impresa.

In linea con quanto stabilito a livello convenzionale, la norma di cui sopra mira ad evitare che le multinazionali frammentino la loro attività tra più società del gruppo per qualificare le singole funzioni come preparatorie o ausiliarie.

In relazione al comma 4, al comma 4-bis e al comma 5, l'Italia ha dunque recepito quanto previsto dall'art. 13²⁶⁷ (optando per l'Opzione A) della Convenzione Multilaterale BEPS.

La norma convenzionale però, non si applica immediatamente alle Convenzioni contro la doppia imposizione internazionale stipulate precedentemente dall'Italia, infatti, affinché si possa effettivamente applicare, è necessario che entrambi gli Stati contraenti (in questo caso l'Italia e un altro Stato con cui è in vigore un accordo bilaterale) esercitino la medesima opzione.

L'ultima modifica apportata dalla Legge di Bilancio 2018 riguarda la riscrittura della nozione di agente dipendente e indipendente rispettivamente disciplinati dai commi 6 e 7 dell'art. 162 del TUIR.

²⁶⁷ OECD, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting*, 2016, Art. 13 par. 2 *Option A*: «Notwithstanding the provisions of a Covered Tax Agreement that define the term “permanent establishment”, the term “permanent establishment” shall be deemed not to include: a) the activities specifically listed in the Covered Tax Agreement (prior to modification by this Convention) as activities deemed not to constitute a permanent establishment, whether or not that exception from permanent establishment status is contingent on the activity being of a preparatory or auxiliary character; b) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any activity not described in subparagraph a); c) the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) and b), provided that such activity or, in the case of subparagraph c), the overall activity of the fixed place of business, is of a preparatory or auxiliary character». Art. 13, par. 4: «A provision of a Covered Tax Agreement (as it may be modified by paragraph 2 or 3) that lists specific activities deemed not to constitute a permanent establishment shall not apply to a fixed place of business that is used or maintained by an enterprise if the same enterprise or a closely related enterprise carries on business activities at the same place or at another place in the same Contracting Jurisdiction and: a) that place or other place constitutes a permanent establishment for the enterprise or the closely related enterprise under the provisions of a Covered Tax Agreement defining a permanent establishment; or b) the overall activity resulting from the combination of the activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, is not of a preparatory or auxiliary character, provided that the business activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation»; D. P. CORRADINI, *La nuova definizione di stabile organizzazione*, Circolare n. 97/2018, pag. 5.

Per quanto concerne l'agente dipendente, in base al nuovo comma 6, viene sancito che: *«Ferme le disposizioni dei commi 1 e 2 e salvo quanto previsto dal comma 7, se un soggetto agisce nel territorio dello Stato per conto di un'impresa non residente e abitualmente conclude contratti o opera ai fini della conclusione di contratti senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa e detti contratti sono in nome dell'impresa, oppure relativi al trasferimento della proprietà, o per la concessione del diritto di utilizzo, di beni di tale impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare, oppure relativi alla fornitura di servizi da parte di tale impresa, si considera che tale impresa abbia una stabile organizzazione nel territorio dello Stato in relazione a ogni attività svolta dal suddetto soggetto per conto dell'impresa, a meno che le attività di tale soggetto siano limitate allo svolgimento delle attività di cui al comma 4 le quali, se esercitate per mezzo di una sede fissa di affari, non permetterebbero di considerare questa sede fissa una stabile organizzazione ai sensi delle disposizioni del medesimo comma 4»*²⁶⁸.

In analogia a quanto precisato dal paragrafo 5 dell'art. 5 del Modello OCSE, si ritiene dunque integrata l'ipotesi di stabile organizzazione personale quando sono rispettate le seguenti tre condizioni: a) la presenza di un soggetto che agisce nel territorio di uno Stato per conto dell'impresa non residente; b) che tale soggetto abitualmente concluda contratti o opera ai fini della conclusione dei contratti²⁶⁹ senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa stessa ed infine c) che detti contratti siano in nome dell'impresa oppure relativi al trasferimento della proprietà, o per la concessione del diritto di utilizzo, di beni di tale impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare, oppure relativi alla fornitura di servizi da parte di tale impresa.

Ad ogni modo, il sopracitato comma 6 non si applica (e quindi non si configura una stabile organizzazione personale) qualora il soggetto che compie le attività per conto dell'impresa non residente goda dello *status* di indipendenza di cui al successivo comma 7 oppure le attività così svolte rientrano nell'ambito del comma 4 ossia hanno carattere preparatorio o ausiliario.

Nello specifico, il nuovo comma 7 dell'art. 162 del TUIR dispone che: *«Il comma 6 non si applica quando il soggetto, che opera nel territorio dello Stato per conto di un'impresa non residente, svolge la propria attività in qualità di agente indipendente e agisce per l'impresa nell'ambito della propria ordinaria attività. Tuttavia, quando un soggetto opera esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di una o più imprese alle quali è*

²⁶⁸ Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), art. 162, co. 6, in vigore dal 01/01/2018.

²⁶⁹ La locuzione "opera ai fini della conclusione dei contratti" è formalmente analoga alla locuzione contenuta del testo della norma convenzionale "habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts".

strettamente correlato, tale soggetto non è considerato un agente indipendente, ai sensi del presente comma, in relazione a ciascuna di tali imprese»²⁷⁰.

Dunque, non configura l'ipotesi di stabile organizzazione personale un soggetto che: a) svolge la propria attività in qualità di agente indipendente e b) agisce per l'impresa nell'ambito della propria ordinaria attività. Tuttavia, rispetto alla formulazione precedente del comma in esame, non è considerato agente indipendente il soggetto che agisce esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di una o più imprese alle quali è strettamente correlato.

Come si evince, le modifiche apportate al comma 6 e 7 sono in linea con quanto previsto dall'art. 12²⁷¹ della Convenzione Multilaterale BEPS, per il quale però, l'Italia ha esercitato la propria riserva per la disapplicazione integrale²⁷².

In merito alla locuzione "strettamente correlato" il comma 7-bis dell'art. 162 del TUIR recita quanto segue: *«Ai soli fini del presente articolo, un soggetto è strettamente correlato ad un'impresa se, tenuto conto di tutti i fatti e di tutte le circostanze rilevanti, l'uno ha il controllo dell'altra ovvero entrambi sono controllati da uno stesso soggetto. In ogni caso, un soggetto è considerato strettamente correlato ad un'impresa se l'uno possiede direttamente o indirettamente più del 50 per cento della partecipazione dell'altra o, nel caso di una società, più del 50 per cento 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 per cento della partecipazione, o, nel caso di una società, per più del 50 per cento del totale dei diritti di voto e del capitale sociale»²⁷³.*

²⁷⁰ Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), art. 162, co. 7, in vigore dal 01/01/2018.

²⁷¹ OECD, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting*, 2016, Art. 12, par. 1: *«Notwithstanding the provisions of a Covered Tax Agreement that define the term "permanent establishment", but subject to paragraph 2, where a person is acting in a Contracting Jurisdiction to a Covered Tax Agreement on behalf of an enterprise and, in doing so, habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise, and these contracts are: a) in the name of the enterprise; or b) for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use; or c) for the provision of services by that enterprise, that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that Contracting Jurisdiction in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise unless these activities, if they were exercised by the enterprise through a fixed place of business of that enterprise situated in that Contracting Jurisdiction, would not cause that fixed place of business to be deemed to constitute a permanent establishment under the definition of permanent establishment included in the Covered Tax Agreement (as it may be modified by this Convention)».* Art. 12, par. 2: *«Paragraph 1 shall not apply where the person acting in a Contracting Jurisdiction to a Covered Tax Agreement on behalf of an enterprise of the other Contracting Jurisdiction carries on business in the first-mentioned Contracting Jurisdiction as an independent agent and acts for the enterprise in the ordinary course of that business. Where, however, a person acts exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is closely related, that person shall not be considered to be an independent agent within the meaning of this paragraph with respect to any such enterprise».*

²⁷² D. P. CORRADINI, *La nuova definizione di stabile organizzazione*, Circolare n. 97/2018, pag. 5.

²⁷³ Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), art. 162, co. 7-bis, in vigore dal 01/01/2018.

A riguardo, l'Italia ha recepito in pieno l'art. 15²⁷⁴ della Convenzione Multilaterale BEPS, dichiarando inoltre che tale disposizione può operare solo in relazione a quanto previsto nel paragrafo 4 dell'art. 13, dato che ha rinunciato all'applicazione sia dell'art. 12, e come vedremo a breve, che dell'art. 14²⁷⁵.

In ogni caso, come si può notare, il comma 7-bis è perfettamente in linea con quanto disposto dal paragrafo 8 dell'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE aggiornato al 2017.

In ultima analisi, occorre esaminare la posizione dell'Italia in merito all'art. 14²⁷⁶ della Convenzione Multilaterale BEPS che, come sappiamo, contiene le regole volte a contrastare l'elusione dello *status* di stabile organizzazione da cantiere mediante il frazionamento dei contratti di appalto (fenomeno c.d. *Splitting-up of Contracts*). Nello specifico, in merito al citato art. 14, l'Italia ha espresso la propria riserva per la disapplicazione integrale.

Dunque, ricapitolando, in sede di adesione alla Convenzione Multilaterale BEPS, l'Italia si è limitata a recepire esclusivamente la disposizione sulle attività preparatorie e ausiliarie (art. 13) e quella sulla definizione di persona strettamente correlata (art. 15). Al contrario, ha apposto esplicita riserva (con conseguente disapplicazione integrale) sia sulla norma relativa alla stabile organizzazione personale (art. 12) che sulla norma relativa alla suddivisione dei

²⁷⁴ OECD, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting*, 2016, Art. 15, par. 1: «For the purposes of the provisions of a Covered Tax Agreement [...] a person is closely related to an enterprise if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same persons or enterprises. In any case, a person shall be considered to be closely related to an enterprise if one possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest in the other (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) or if another person possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) in the person and the enterprise».

²⁷⁵ L. TOSI – R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Sesta edizione, Padova, 2018, pag. 63.

²⁷⁶ OECD, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting*, 2016, Art. 14, par. 1: «For the sole purpose of determining whether the period (or periods) referred to in a provision of a Covered Tax Agreement that stipulates a period (or periods) of time after which specific projects or activities shall constitute a permanent establishment has been exceeded: a) where an enterprise of a Contracting Jurisdiction carries on activities in the other Contracting Jurisdiction at a place that constitutes a building site, construction project, installation project or other specific project identified in the relevant provision of the Covered Tax Agreement, or carries on supervisory or consultancy activities in connection with such a place, in the case of a provision of a Covered Tax Agreement that refers to such activities, and these activities are carried on during one or more periods of time that, in the aggregate, exceed 30 days without exceeding the period or periods referred to in the relevant provision of the Covered Tax Agreement; and b) where connected activities are carried on in that other Contracting Jurisdiction at (or, where the relevant provision of the Covered Tax Agreement applies to supervisory or consultancy activities, in connection with) the same building site, construction or installation project, or other place identified in the relevant provision of the Covered Tax Agreement during different periods of time, each exceeding 30 days, by one or more enterprises closely related to the first-mentioned enterprise, these different periods of time shall be added to the aggregate period of time during which the first-mentioned enterprise has carried on activities at that building site, construction or installation project, or other place identified in the relevant provision of the Covered Tax Agreement».

contratti in merito alla nozione di stabile organizzazione da cantiere (art. 14)²⁷⁷. Ne consegue che, fino a quando non saranno ritirate o rettificata le suddette riserve (e le modifiche non saranno efficaci), alle fattispecie coperte dalle Convenzioni bilaterali, si continuerà ad applicare una definizione di stabile organizzazione più ristretta rispetto a quella prevista dall'art. 162 del TUIR impedendo così all'Italia di attrarre ad imposizione i redditi delle “nuove” figure di stabile organizzazione, con evidente perdita di entrate fiscali²⁷⁸.

3.4 Il D.Lgs. 147/2015 in materia di attribuzione del reddito alla stabile organizzazione

Una volta che è stata verificata l'esistenza di una stabile organizzazione, occorre successivamente determinare l'ammontare di reddito ad essa attribuibile ai fini del prelievo fiscale da parte sia dello Stato della fonte e sia dello Stato della residenza.

Nella nostra legislazione domestica, la disciplina in materia di attribuzione del reddito alla stabile organizzazione è stata profondamente revisionata e modificata di recente.

L'art. 12 della Legge 11 marzo 2014, n. 23 (“delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita”) ha conferito delega al Governo al fine di introdurre *«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»*. Nello specifico, la lett. b) del sopracitato articolo prevedeva la *«revisione della disciplina impositiva riguardante le operazioni transfrontaliere, con particolare riferimento [...] al regime di tassazione delle stabili organizzazioni all'estero e di quelle di soggetti non residenti insediate in Italia»*.

In applicazione della L. 23/2014 di cui sopra, il Governo ha quindi emanato il D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147, meglio noto come “Decreto Internazionalizzazione”, che ha colmato le profonde lacune delle previgenti disposizioni del TUIR le quali erano poco chiare e non fornivano specifiche indicazioni per quanto concerne la corretta determinazione del reddito sia della stabile organizzazione domestica che della stabile organizzazione estera.

Dunque, in materia di stabile organizzazione, ai fini che qui ne occupano, due sono gli ambiti oggetto di interesse e modifica da parte del D.Lgs. n. 147/2015: a) la stabile organizzazione

²⁷⁷ Al riguardo si veda G. ODETTO, *La nozione di stabile organizzazione si adegua ai nuovi standard*, in Fisco, 2017.

²⁷⁸ C. GARBARINO – P. OCCHIUTO, *Lo strumento multilaterale per la modifica dei Trattati contro le doppie imposizioni*, in Fiscalità e Commercio Internazionale, 2018, pag. 44.

domestica di soggetti non residenti. Ad opera dell'art. 7 del citato D.Lgs. sono stati riformulati gli artt. 151 e 152 per quanto riguarda le società e gli enti commerciali, mentre è stato modificato l'art. 153 ed abrogato l'art. 154 per quanto riguarda gli enti non commerciali; b) la stabile organizzazione estera di soggetti residenti. Ad opera dell'art. 14 del medesimo D. Lgs., è stato introdotto il nuovo art. 168-ter che racchiude il regime della c.d. *branch exemption*.

Tali interventi normativi sono stati effettuati con il preciso intento di allineare, in un'ottica di internazionalizzazione di imprese, le disposizioni nazionali in materia di attribuzione del reddito alla stabile organizzazione, con quanto è stabilito a livello convenzionale dall'OCSE.

Occorre infine sottolineare che, mentre la maggior parte delle disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 147/2015 hanno trovato applicazione già dal periodo di imposta in corso alla data di entrata in vigore del decreto (7 ottobre 2015) ovvero dall'annualità 2015, le nuove disposizioni in materia di stabile organizzazione si sono applicate a decorrere dal periodo d'imposta 2016 e inoltre non hanno effetto retroattivo.

3.4.1 La stabile organizzazione domestica del soggetto non residente

Prima di affrontare la tematica della determinazione del reddito in capo alla stabile organizzazione domestica di un soggetto non residente, è necessario, ai fini del seguente paragrafo, sottolineare che l'art. 73, comma 1, lett. d) del TUIR, tra i soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società (IRES), indica: «*le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato*». Inoltre, il successivo comma 2 della medesima disposizione, al secondo capoverso dispone che «*tra le società e gli enti di cui alla lettera d) del comma 1 sono comprese anche le società e le associazioni indicate nell'articolo 5*».

La riforma ad opera dell'art. 7 del D.Lgs. n. 147/2015 ha un duplice obiettivo: a) introdurre nell'ordinamento nazionale, attraverso la modifica integrale dell'art. 152, precise regole volte a determinare il reddito della stabile organizzazione domestica, in linea con le raccomandazioni ed i principi stabiliti a livello convenzionale dall'OCSE e allo stesso tempo b) razionalizzare le disposizioni esistenti sul reddito delle società ed enti non residenti mediante la riformulazione degli artt. 151 e 153 e l'abrogazione dell'art. 154.

Sostanzialmente, nel complesso, si tratta di modifiche che semplificano gli adempimenti delle società e degli enti non residenti, i quali ora dovranno presentare un'unica dichiarazione dei

redditi, nella quale indicare, per ciascuna categoria, tutti i redditi prodotti nel territorio dello Stato italiano.

Dunque, per quanto concerne le modifiche in merito al nuovo art. 151 (ora rubricato come “Reddito complessivo delle società e degli enti commerciali non residenti”), si può affermare che il citato comma è stato meglio riorganizzato in modo tale da assorbire e concentrare parte delle disposizioni contenute nel vecchio art. 152, regolando così ora in maniera chiara e definitiva la determinazione del reddito di società ed enti commerciali non residenti in mancanza di una stabile organizzazione. Nello specifico, il nuovo art. 151 prevede la tassazione su base isolata (c.d. “principio del trattamento isolato dei redditi”) senza compensazioni e secondo le disposizioni del Titolo I (Imposte sul reddito delle persone fisiche, IRPEF) del TUIR, dei redditi che si considerano prodotti nel territorio dello Stato, con l’eccezione dei redditi d’impresa derivante da stabile organizzazione, di cui all’art. 23, comma 1, lett. e), per i quali il successivo articolo 152 introduce una specifica disciplina²⁷⁹.

Infine, vale la pena sottolineare che nel secondo comma del nuovo art. 151 non è più presente l’espressione *«tenendo conto, per i redditi d’impresa, anche delle plusvalenze e delle minusvalenze dei beni destinati o comunque relativi alle attività commerciali esercitate nel territorio dello Stato, ancorché non conseguite attraverso le stabili organizzazioni, nonché gli utili distribuiti da società ed enti di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell’art. 73 e le plusvalenze indicate nell’art. 23, comma 1, lettera f)»*, ritenuta dalla dottrina una precisazione confusa e inutile, non facendo altro che ribadire il principio di territorialità del reddito per le società commerciali non residenti.

Come detto, la riforma ad opera del D.Lgs. n. 147/2015 ha previsto inoltre l’integrale riscrittura dell’art. 152 del TUIR, ora rubricato come “Reddito di società ed enti commerciali non residenti derivante da attività svolte nel territorio dello Stato mediante stabile organizzazione”, che contiene precise regole ai fini della determinazione del reddito della stabile organizzazione domestica di un soggetto non residente; motivo per cui sarà oggetto di un’attenta disamina nel corso del seguente paragrafo.

Procedendo all’analisi del sopracitato articolo, il comma 1 dell’art. 152 del TUIR stabilisce che: *«Per le società e gli enti commerciali con stabile organizzazione nel territorio dello Stato, 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*

²⁷⁹ Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), art. 151, co. 3: *«[...] ad eccezione dei redditi d’impresa di cui all’articolo 23, comma 1, lettera e), ai quali si applicano le disposizioni di cui al successivo articolo 152»*.

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».

Prima di esaminare le regole dettate dal comma di cui sopra, ai fini di un confronto chiaro e preciso, occorre specificare quanto disponeva il testo del vecchio comma 1 dell'art. 152. Questo infatti, si limitava a stabilire che per le società e gli enti commerciali aventi una stabile organizzazione nel territorio dello Stato, ad eccezione delle società semplici, il reddito complessivo fosse determinato secondo le disposizioni della sezione I del capo II del titolo II, sulla base di un apposito conto economico relativo alla gestione delle stabili organizzazioni e alle altre attività produttive di redditi imponibili in Italia. Il tema della determinazione del reddito alla stabile organizzazione era quindi regolato dalla sola disposizione appena presentata, null'altro veniva specificato. Come detto inoltre, i restanti commi del vecchio art. 152 sono stati trasfusi nell'attuale art. 151 in quanto regolano l'attribuzione del reddito del soggetto non residente in mancanza di stabile organizzazione.

Ad ogni modo, la locuzione “altre attività produttive di redditi imponibili in Italia” contenuta nella normativa previgente è palesemente ricollegabile al c.d. “principio della forza di attrazione” della stabile organizzazione, secondo cui la disciplina del reddito d'impresa dei soggetti IRES residenti si sarebbe dovuta applicare alle società commerciali non residenti con stabile organizzazione domestica, per tutti i redditi di fonte italiana e non solo per quelli conseguiti per il tramite della stabile organizzazione.

In altre parole, *«il principio della forza di attrazione della stabile organizzazione comportava, pertanto, che ai redditi (correnti o straordinari) derivanti da cespiti “esterni” alla stabile organizzazione medesima (ma sempre di fonte italiana) non risultasse più applicabile, nei confronti della società non residente, la disciplina fiscale loro propria (ad esempio l'applicazione di una ritenuta a titolo d'imposta) quanto quella del reddito d'impresa (ai redditi prodotti direttamente dalla stabile organizzazione si aggiungevano, pertanto, tali altri redditi)»*²⁸⁰.

Con la riforma ad opera del D. Lgs. n. 147/2015, ogni riferimento al principio della forza di attrazione è stato definitivamente eliminato in quanto tale principio è contrario alle raccomandazioni elaborate in sede convenzionale, come esplicitato dallo stesso art. 7 del

²⁸⁰ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 337-338.

Modello OCSE il quale prevede che i profitti dell'impresa non residente sono imponibili in uno Stato ma soltanto nella misura in cui tali profitti sono attribuibili alla stabile organizzazione.

Dunque, dalla lettura del nuovo comma 1 dell'art. 152 possiamo notare i seguenti principi generali: a) l'applicazione delle disposizioni IRES, come indicato dall'espressione "secondo le disposizioni della Sezione I, del Capo II, del Titolo II"; b) la determinazione del reddito della stabile organizzazione in base agli "utili e alle perdite" ad essa riferibili. Con il termine "riferibili" il nostro Legislatore ha precisato che gli utili o le perdite rilevanti ai fini dell'imposizione fiscale in capo alla stabile organizzazione domestica sono solo quelli direttamente e funzionalmente imputabili alla stabile organizzazione e non altri, seppur di fonte italiana, attribuibili al soggetto non residente. In concreto, è chiaro quindi che il potere di tassazione esercitabile dal nostro Stato su una stabile organizzazione domestica non può estendersi agli utili dell'impresa estera che non siano attribuibili alla stabile organizzazione medesima, seppur realizzati in Italia; c) la determinazione degli utili e delle perdite sulla base di un "rendiconto economico e patrimoniale". Rispetto alla previgente disposizione quindi, la natura del rendiconto non è solo economica ma anche patrimoniale. In un'ottica di semplificazione non è invece previsto il Rendiconto finanziario e inoltre non dovrebbe necessariamente essere richiesta la predisposizione né della Nota integrativa né della Relazione sulla gestione; d) il rendiconto di cui al precedente punto deve essere redatto secondo "i principi contabili previsti per i soggetti residenti aventi le medesime caratteristiche". È logico dedurre quindi che il rendiconto della stabile organizzazione deve essere predisposto sulla base delle regole italiane poiché lo stesso è funzionale alla determinazione di un reddito fiscalmente rilevante in Italia. Di non facile lettura è invece il significato da attribuire alle "medesime caratteristiche" che il soggetto non residente con stabile organizzazione in Italia ed i soggetti ivi residenti devono tra loro condividere. In particolare, ci si chiede se il termine "medesime" sia da riferirsi alla stabile organizzazione o alla casa madre da cui essa promana. Sul punto, tra le diverse interpretazioni, il ragionamento più convincente sembra esser quello secondo cui il riferimento sarebbe alla casa madre e ciò anche in ragione delle esclusioni contenute nell'ultima parte del comma 1 (la quotazione o l'emissione di strumenti finanziari diffusi) che difficilmente sono riconducibili al concetto di stabile organizzazione. Dunque, in altre parole, occorre operare un confronto di "forma legale" tra la casa madre ed equivalenti soggetti residenti²⁸¹.

²⁸¹ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 342 ss.

Il successivo comma 2 dell'art. 152 del TUIR stabilisce che: «*Ai fini del comma 1, la stabile organizzazione si considera entità separata e indipendente, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o simili, 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.*».

Si evincono quindi altri due principi chiave, ossia: e) il *functionally separate entity approach*, secondo cui, ai soli fini dell'attribuzione del reddito (e non per altri fini) la stabile organizzazione, secondo una mera finzione giuridica, è considerata come un'impresa separata ed indipendente dalla casa madre di cui è parte, operante sul libero mercato e svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o simili (tale principio è esplicitamente riscontrabile nel paragrafo 2 dell'art. 7 del Modello OCSE). In piena conformità ai principi OCSE, in sostanza, viene confermato che il reddito imputabile alla stabile organizzazione è quello che deriva dall'analisi funzionale e fattuale (c.d. *functional and factual analysis*) volta ad individuare le funzioni svolte, i rischi assunti e i beni impiegati; f) l'individuazione del fondo di dotazione (c.d. "*free capital*") della stabile organizzazione. Esso può essere definito come l'ammontare di "mezzi propri" di cui la stabile organizzazione dispone. Più nello specifico, una stabile organizzazione deve disporre di un adeguato fondo di dotazione (ossia una grandezza rappresentativa del capitale di rischio che, in contrapposizione al capitale di debito, non può dar luogo ad interessi passivi fiscalmente deducibili) sufficiente a finanziare le "funzioni svolte, i rischi assunti e i beni utilizzati". Tale fondo deve essere determinato sulla base dei criteri e dei metodi definiti a livello convenzionale dall'OCSE. Sulla base dell'AOA, il processo di determinazione del *free capital* si articola in due fasi. La prima fase è incentrata sulla misurazione del rischio e sulla valutazione degli *assets* attribuibili alla stabile organizzazione. In particolare, i beni di "proprietà economica" della stessa, verranno valutati sulla base del costo di iscrizione nella contabilità dell'impresa (*book value*), del valore di mercato (*market value*) oppure del costo d'acquisto originario (*original purchase price*). La seconda fase riguarda invece la determinazione effettiva del *free capital* e l'OCSE al riguardo identifica tre metodi²⁸². Il primo, c.d. "*capital allocation approach*", secondo cui alla stabile organizzazione è attribuita una quota proporzionale dell'effettivo capitale di rischio dell'impresa nel suo complesso, sulla base delle funzioni svolte, dei rischi assunti e degli *assets* utilizzati dalla stessa (ad esempio, se la stabile organizzazione detiene il 20% dei beni e/o dei rischi dell'impresa, ad essa verrà

²⁸² Cfr. i paragrafi 121-138 del *Report 2010 (Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments)*.

attribuito il 20% del *free capital* complessivo dell'impresa). Se l'impresa nel suo complesso risulta esser adeguatamente capitalizzata, tale metodo dovrebbe condurre ad esiti rispettosi dell'*arm's length principle*, mentre nel caso in cui l'impresa nel suo complesso risulti esser "sottocapitalizzata", è suggerita l'applicazione del metodo che segue. Il secondo metodo, c.d. "*thin capitalization approach*", prevede l'attribuzione alla stabile organizzazione di un ammontare di capitale proprio pari a quello generalmente rinvenibile in soggetti indipendenti e comparabili per attività svolte e rischi assunti ed operanti nello Stato di insediamento della stabile organizzazione. Successivamente, attraverso apposite *benchmark analysis*, si determina il rapporto *debt-to-equity* mediamente presente nei soggetti comparabili per poi applicarlo alla stabile organizzazione (considerata come ente indipendente e separato) e determinare, dato l'importo degli *assets* da finanziare, l'ammontare del *free capital* e, per differenza, il capitale di debito. Tale metodo però, potrebbe comportare che alla stabile organizzazione venga attribuito un *free capital* maggiore di quello dell'impresa nel suo complesso e ciò ovviamente costituisce un limite di questo approccio. Infine, un ultimo metodo applicabile è il c.d. "*regulatory minimum capital approach*" il quale stabilisce l'ammontare del fondo di dotazione, facendo riferimento agli eventuali requisiti di patrimonializzazione minima previsti dalle norme regolamentari vigenti nello Stato in cui opera la stabile organizzazione. Generalmente, al di fuori del settore finanziario, non sono previsti particolari requisiti di patrimonializzazione, motivo per cui tale metodo difficilmente può trovare concreta applicazione²⁸³.

Infine, per concludere l'analisi dell'art. 152 del TUIR, analogamente a quanto viene stabilito dall'OCSE, il nostro Legislatore ha previsto l'applicazione della normativa sul *transfer pricing* rispetto al c.d. *internal dealing* tra la stabile organizzazione e la casa madre di cui è parte. Infatti, ai sensi del comma 3 dell'art. 152 del TUIR viene stabilito che: «*I componenti di reddito attribuibili alle stabili organizzazioni relativamente alle transazioni e alle operazioni tra la stabile organizzazione e l'entità cui la medesima appartiene sono determinati ai sensi dell'articolo 110, comma 7*».

È doveroso sottolineare che la disciplina sui prezzi di trasferimento si applica, in via generale alle operazioni che intercorrono tra imprese associate ma che comunque sono distinte e separate dal punto di vista giuridico. Come più volte detto invece, dal punto di vista giuridico,

²⁸³ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 477 ss.; M. PENNESI, *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 83 ss.

la stabile organizzazione è parte di un'unica impresa e quindi non possono giuridicamente configurarsi effettive operazioni tra la stessa e la sua casa madre.

Se però, quanto sopra esplicitato viene letto congiuntamente al principio di cui al comma precedente secondo il quale la stabile organizzazione deve essere considerata separata e indipendente dalla casa madre, allora tali operazioni/transazioni esistono e devono essere necessariamente valorizzate secondo le disposizioni dell'art. 110, comma 7 del TUIR, sulla base del noto *arm's length principle* ossia del principio di libera concorrenza. Ne consegue quindi, che la determinazione dei prezzi di trasferimento deve avvenire sulla base delle condizioni e dei prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili.

Attraverso il richiamo specifico al sopracitato principio, l'ordinamento italiano si conforma a quanto previsto in sede internazionale dall'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE che riguarda l'imposizione degli utili delle imprese associate.

Infine, per quanto concerne l'attribuzione del reddito degli enti non commerciali non residenti, per coerenza espositiva, occorre sottolineare che il nuovo art. 153 del TUIR è stato riformulato in maniera speculare al nuovo art. 151, assorbendo parte delle disposizioni contenute nell'art. 154, che come detto è stato abrogato con la riforma ad opera del D.Lgs. 147/2015.

3.4.2 La stabile organizzazione estera del soggetto residente

Prima di esaminare quanto l'ordinamento italiano stabilisce in materia di determinazione del reddito della stabile organizzazione del soggetto residente, è utile innanzitutto capire quali siano i parametri utilizzati dalla nostra legislazione per stabilire la residenza di un determinato soggetto.

Ai fini IRES, ai sensi dell'art. 73, comma 3, del TUIR «*si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato*».

Con l'espressione "per la maggior parte del periodo d'imposta" ci si riferisce a un periodo di oltre sei mesi (183 giorni o 184 giorni nei bisestili) e ai fini IRES, ossia nel caso delle società e degli enti indicati nel comma 1 dell'art. 73 del TUIR, esso coincide con l'esercizio sociale ovvero con il periodo amministrativo.

Dalla lettura del comma di cui sopra, si evince che i criteri²⁸⁴ per la determinazione della residenza delle società sono i seguenti: a) sede legale: è il luogo che risulta dall'atto costitutivo o dallo statuto; b) sede dell'amministrazione: è la sede dove sono assunte le decisioni più importanti della società, ovvero dove si forma effettivamente la volontà sociale e generalmente si fa riferimento a dove il consiglio di amministrazione si riunisce per prendere le decisioni. La Corte di Cassazione ha precisato inoltre che la nozione di "sede dell'amministrazione" deve ritenersi coincidente con quella di "sede effettiva" di stampo civilistico intesa come il luogo dove hanno svolgimento le attività amministrative e direzionali dell'ente e dove si convocano le assemblee; c) l'oggetto principale: è il luogo dove sono concentrati i principali interessi economici e in cui viene svolta l'attività della società²⁸⁵. Dunque, per concludere, una società si considera residente nel territorio dello Stato italiano quando sussiste anche solo uno dei criteri sopra indicati.

Fatta questa premessa, a questo punto, possiamo ora passare a quella che è la tematica principale del seguente paragrafo ossia la determinazione del reddito della stabile organizzazione estera di un soggetto residente.

Come detto in precedenza, la riforma ad opera del D.Lgs. n. 147/2015 ha inoltre inciso sulla determinazione del reddito della stabile organizzazione estera dei soggetti IRES residenti in Italia. Nello specifico, l'art. 14 del suddetto decreto ha introdotto nel TUIR il nuovo art. 168-ter che prevede un particolare regime (meglio noto come "*branch exemption*") di esenzione degli utili e delle perdite delle stabili organizzazioni di imprese residenti, esercitabile, a determinate condizioni, solo previa opzione da parte del contribuente interessato.

Dunque, a seconda del mancato esercizio o dell'esercizio della citata opzione, sono individuabili due diversi regimi di tassazione: in assenza di espressa opzione è applicabile a) il regime ordinario, che, sulla base del "*worldwide taxation principle*", ricomprende nel reddito complessivo del soggetto IRES residente l'utile prodotto dalla stabile organizzazione all'estero ma allo stesso tempo prevede il riconoscimento del credito d'imposta (c.d. "*foreign tax credit*") per i redditi prodotti dalla medesima, ai sensi dell'art. 165 del TUIR; mentre se viene attivata l'opzione, è di conseguenza applicabile b) il regime c.d. "*branch exemption*" che prevede l'esenzione dell'utile prodotto dalla stabile organizzazione e di conseguenza la

²⁸⁴ I medesimi criteri di determinazione della residenza fiscale vengono previsti anche per le società di persone secondo quanto stabilito dall'art. 5, comma 3, lett. d del TUIR.

²⁸⁵ L. TOSI – R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Sesta edizione, Padova, 2018, pag. 116.

non attribuzione del credito d'imposta poiché il reddito prodotto dalla stabile organizzazione estera non concorre alla formazione del reddito complessivo del soggetto IRES residente²⁸⁶.

In sostanza, nel nostro ordinamento, il problema legato all'eliminazione/riduzione della doppia imposizione giuridica viene affrontato dai due citati regimi diversamente: con il regime ordinario, la doppia imposizione giuridica viene semplicemente ridotta in quanto, attraverso il metodo del credito d'imposta, si riconosce una deduzione dall'imposta sul reddito complessivo dell'impresa residente pari all'imposta applicata nello Stato di insediamento della stabile organizzazione. Al contrario, con il regime della *branch exemption*, la doppia imposizione giuridica viene del tutto eliminata poiché il reddito attribuito alla stabile organizzazione è oggetto di esenzione e pertanto non concorre alla formazione del reddito complessivo dell'impresa italiana residente cui appartiene.

Per una mera scelta espositiva e per rimanere il più possibile aderenti con l'analisi delle novità introdotte dal D.Lgs. n. 147/2015, nel seguente paragrafo, ci occuperemo esclusivamente del nuovo regime speciale ossia della *branch exemption*. Tale nuovo regime, le cui disposizioni si applicano a partire dal periodo d'imposta 2016, si ispira chiaramente alla disciplina già presente e conosciuta in altri Paesi europei quali Regno Unito, Francia e Paesi Bassi, con il chiaro obiettivo di migliorare la competitività e favorire l'internazionalizzazione delle imprese italiane operanti all'estero.

Qui di seguito saranno illustrati i presupposti e le regole che devono essere necessariamente rispettate per potervi adeguatamente accedere.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 168-ter del TUIR viene previsto 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»*.

Ovviamente, per poter aderire al regime di esenzione, il primo presupposto necessario da rispettare è il possesso, da parte di un'impresa residente, di una stabile organizzazione situata al di fuori dei confini nazionali. Ai fini della validità dell'opzione, è comunque necessario verificare l'effettiva configurabilità di una stabile organizzazione all'estero sia ai sensi della normativa italiana (secondo l'art. 162 del TUIR) che ai sensi della normativa dello Stato di insediamento della stessa, o, qualora esistesse, ai sensi della normativa convenzionale eventualmente applicabile tra i due Paesi. Il Legislatore ha comunque riconosciuto l'eventuale possibilità al contribuente di interpellare l'Agenzia delle Entrate per verificare in comune accordo l'esistenza o meno di una sua stabile organizzazione all'estero.

²⁸⁶ S. MAYR – B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, II ed., Milano, 2016, pag. 376.

Sulla base del principio c.d. “*all in – all out*”, si evince inoltre come l’opzione sia riferita a tutte le stabili organizzazioni²⁸⁷ estere dell’impresa residente, evitando così, per fini antielusivi, il c.d. “*cherry picking*” ossia la possibilità di scegliere se includere o meno una o più stabili organizzazioni estere nel regime di esenzione, a seconda della loro localizzazione e del loro rispettivo grado di profittabilità. Con tale previsione, la finalità del Legislatore è quella di impedire al contribuente interessato di esercitare l’opzione per le sole stabili organizzazioni in utile e tassare per trasparenza quelle in perdita con il riconoscimento del credito d’imposta e il conseguente recupero delle perdite nel bilancio della casa madre.

Al successivo comma 2 del medesimo articolo, viene previsto inoltre che *«l’opzione è irrevocabile ed è esercitata al momento della costituzione della stabile organizzazione, con effetto dal medesimo periodo d’imposta»*.

A riguardo, l’Agenzia delle Entrate ha precisato che l’esercizio dell’opzione in sede di costituzione della prima stabile organizzazione vincola tutte quelle costituite in un secondo momento, senza quindi che per ciascuna di esse sia necessario di volta in volta esercitare nuovamente l’opzione. Ad ogni modo, viene altresì specificato che l’opzione cessa di avere effetto nel periodo d’imposta nel corso del quale viene chiusa (da intendere come liquidazione o cessione) l’ultima delle stabili organizzazioni coperta dall’esenzione. Da quel momento, per la eventuale successiva costituzione di nuove stabili organizzazioni, l’impresa, qualora intenda avvalersi nuovamente del regime della *branch exemption*, deve esercitare una nuova opzione.

Per quanto concerne invece le imprese che, alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 147/2015 (7 ottobre 2015), detengono già stabili organizzazioni all’estero, il comma 6 dell’art. 168-ter dispone che *«per le stabili organizzazioni già esistenti, l’opzione di cui al comma 1 può essere esercitata entro il secondo periodo d’imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle presenti disposizioni»* e dunque entro la fine del 2018.

Qualora invece un’impresa residente non eserciti l’opzione entro il suddetto secondo periodo d’imposta successivo, a tale impresa non sarebbe più concesso l’ingresso al regime *branch exemption* in quanto la finestra temporale per l’esercizio dell’opzione sarebbe ormai definitivamente terminata.

²⁸⁷ Si sottolinea che l’opzione è esercitabile dalla singola impresa; pertanto, all’interno dei gruppi di imprese, ogni singola impresa può decidere per le proprie stabili organizzazioni all’estero se aderire o meno al regime della *branch exemption*, indipendentemente dalle scelte operate dalle altre imprese facenti parte del gruppo.

Il successivo comma 10 sottolinea che in caso di esercizio dell'opzione, il reddito imputabile alla stabile organizzazione deve essere separatamente indicato nella dichiarazione dei redditi dell'impresa residente. Tale obbligo, che chiaramente non è finalizzato alla tassazione del suddetto reddito in Italia dato che l'esercizio dell'opzione comporta l'esenzione dello stesso, è imposto per una mera finalità di controllo e monitoraggio da parte del fisco italiano²⁸⁸.

Sempre nel medesimo comma, viene altresì stabilito che, ai fini della determinazione del reddito della stabile organizzazione estera, *«valgono i criteri di cui all'articolo 152, anche con riferimento alle transazioni intercorse tra l'impresa e la medesima stabile organizzazione, nonché tra quest'ultima e le altre imprese del medesimo gruppo»*.

Per effetto dell'esplicito rinvio all'art. 152, analogamente a quanto previsto per la stabile organizzazione domestica, si rendono applicabili, sulla base del noto AOA, gli stessi principi visti nel precedente paragrafo con l'importante e quasi ovvia precisazione che, ai fini fiscali italiani, dovranno assumere rilevanza i principi contabili adottati dalla casa madre italiana da cui la stabile organizzazione promana.

Per completezza di trattazione, infine, occorre sinteticamente analizzare quanto viene disposto dal comma 3 dell'art. 168-ter. Il citato comma dispone che *«quando la stabile organizzazione è localizzata in Stati o territori inclusi nel decreto o nel provvedimento emanati ai sensi dell'articolo 167, comma 4, o quando la stabile organizzazione è localizzata in stati o territori diversi da quelli ivi richiamati e ricorrono congiuntamente le condizioni di cui al comma 8bis del medesimo articolo 167, l'opzione di cui al comma 1 si esercita, relativamente a tali stabili organizzazioni, a condizione che ricorrano le esimenti di cui ai commi 5, lettere a) o b), o 8ter del citato articolo»*.

Ai fini che qui ne occupano, in sostanza, la *ratio* di tale disposizione ha la chiara finalità di non concedere l'esenzione e quindi non permettere l'ingresso al regime della *branch exemption* a quelle stabili organizzazioni che sono situate in Stati o territori a fiscalità privilegiata di cui all'art. 167, comma 4, del TUIR, ovvero in Stati diversi, se sussistono le condizioni previste dal comma 8-bis del citato art. 167, poiché a queste invece risulta direttamente applicabile la disciplina prevista per le CFC (*Controlled Foreign Companies*) dall'art. 167, a meno che non ricorrano le condizioni di disapplicazione (c.d. "esimenti") ivi previste, nel qual caso è possibile l'esercizio dell'opzione per l'applicazione del regime di esenzione.

²⁸⁸ L. TOSI – R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Sesta edizione, Padova, 2018, pag. 120.

In altre parole, come per altro specificato dalla Relazione Governativa in merito al D.Lgs. n. 147/2015, le stabili organizzazioni localizzate in Stati o territori c.d. “*black list*” sono trattate diversamente a seconda che: a) sussistano le esimenti di cui all'articolo 167, nel qual caso sono incluse obbligatoriamente nel perimetro della *branch exemption* oppure b) non sussistano le esimenti dell'articolo 167, nel qual caso dette stabili organizzazioni sono tassate per trasparenza in via separata proprio come accade per le CFC.

Le modalità di attuazione del nuovo art. 168-ter del TUIR sono contenute nel provvedimento del direttore dell’Agenzia delle Entrate del 28 agosto 2017.

CONCLUSIONI

La finalità del presente elaborato è stata quella di analizzare la complessa figura giuridica della stabile organizzazione che, come abbiamo visto, riveste un ruolo centrale nell'ambito del diritto tributario internazionale. Abbiamo avuto modo di esaminare come la stabile organizzazione rappresenti quel criterio di collegamento con il territorio di uno Stato che legittima quest'ultimo a tassare il reddito prodotto, all'interno dei propri confini, da parte di un'impresa residente in un altro Stato. Dunque, è proprio nel concetto di stabile organizzazione che risiede la risposta all'esigenza di uno Stato di stabilire le condizioni in base alle quali è possibile sottoporre a tassazione il reddito conseguito da un'impresa estera.

Nel presente elaborato si è svolta un'analisi che è stata articolata su due livelli. In primo luogo, è stata analizzata la nozione di stabile organizzazione secondo quanto viene stabilito dall'art. 5 del Modello OCSE che rappresenta il modello base a cui si ispira la maggior parte degli Stati per la stipulazione con Paesi terzi delle Convenzioni contro la doppia imposizione (capitolo I e capitolo II). In secondo luogo, la nozione di stabile organizzazione è stata analizzata nell'ambito dell'ordinamento italiano secondo quanto viene previsto dall'art. 162 del TUIR (capitolo III).

La disciplina nazionale italiana, salvo alcune differenze, si rifà e ricalca in pieno la disciplina internazionale, infatti entrambe: a) presentano una definizione dicotomica della stabile organizzazione difatti vi è la contrapposizione tra stabile organizzazione "materiale" e stabile organizzazione "personale"; b) prevedono un'apposita disposizione a sé stante per la c.d. stabile organizzazione "da cantiere"; c) possiedono un'elencazione positiva (*positive list*) e negativa (*negative list*) di casi esemplificativi per delimitare le circostanze in cui si viene a costituire una stabile organizzazione o meno, ed infine d) trattano l'ipotesi della stabile organizzazione all'interno dei rapporti di controllo societario tra imprese.

Vista la complessità della tematica, nel corso dei decenni, la figura della stabile organizzazione è stata oggetto di controversie, dibattiti e continue modifiche normative (soprattutto in sede internazionale) volte a rendere tale concetto il più aderente possibile con l'evoluzione dell'economia.

Più di recente si è visto però come la stabile organizzazione, nata in origine nel contesto di un'economia materiale fondata sul commercio di beni fisici che di principio richiedeva una presenza fisica nel territorio dello Stato estero, fosse sempre più messa in crisi dall'avanzare dell'economia digitale. Con l'avvento della globalizzazione, della digitalizzazione e con l'inarrestabile sviluppo delle ICT, le imprese sono diventate sempre più "internazionali" e

sono riuscite ad ottenere cospicui profitti in molteplici Stato ove svolgono la propria attività senza dover necessariamente operare attraverso una presenza fisica fissa riconducibile alla stabile organizzazione. È chiaro quindi che questo nuovo metodo di realizzazione dei profitti da parte delle imprese multinazionali, che sfruttano un'economia sempre più immateriale e digitalizzata, mette a dura prova i sistemi impositivi vigenti i quali difficilmente riescono a ricondurre tali profitti al territorio in cui sono stati materialmente generati. Ciò accade perché sono sistemi impositivi in origine progettati per un'economia di tipo "materiale" che risultano ormai obsoleti e che necessitano di una nuova riformulazione per garantire un'equa ripartizione del gettito fiscale tra gli Stati coinvolti in transazioni poste in essere da talune imprese multinazionali.

In tale contesto vanno poi aggiunte le politiche di pianificazione fiscale aggressiva, condotte dalle imprese multinazionali nel corso dei recenti anni, finalizzate all'erosione della base imponibile ovvero alla riduzione del carico fiscale a cui esse sono sottoposte nello Stato in cui operano (fenomeno c.d. "*Base Erosion and Profit Shifting*"). Nell'ambito di tali politiche rientrano anche tutti quei comportamenti elusivi delle imprese che, sfruttando le lacune normative e l'asimmetria tra i diversi regimi fiscali nazionali, sono volti ad evitare la configurabilità di una stabile organizzazione con lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali. Si è visto infatti come la nozione di stabile organizzazione contenuta nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni vigenti tra gli Stati (e più nello specifico l'art. 5 del Modello OCSE nella versione precedente al 2017) sia stata oggetto di elusione da parte delle multinazionali attraverso: a) gli abusi avvenuti circa le esenzioni previste per specifiche attività preparatorie o ausiliarie; b) la figura del *commissionaire* ed infine c) il frazionamento dei contratti di appalto (fenomeno c.d. "*splitting up of contracts*").

Dunque, nel tentativo di contrastare, su scala globale, le politiche di pianificazione fiscale aggressiva volte ad erodere la base imponibile, l'OCSE ha presentato nel 2013 un rapporto denominato "*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*" (comunemente definito come "Progetto BEPS") basato su un piano d'azione costituito da 15 misure (ognuna delle quali è riferita ad uno specifico ambito) il cui scopo primario consiste nel ricondurre l'imposizione dei profitti d'impresa negli Stati in cui le attività hanno luogo e dove il valore aggiunto è effettivamente creato. Ritenuta ormai non più in grado di garantire una "*fair allocation of taxing rights of business profits*", l'OCSE ha deciso di dedicare alla stabile organizzazione un'apposita azione tra le 15 presenti, ovvero l'*Action 7* ("*Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*") che rappresenta il fulcro centrale del presente elaborato.

Il relativo *Final Report* (pubblicato nel 2015) contiene le modifiche alla nozione di stabile organizzazione contenuta nell'art. 5 del Modello OCSE.

In particolare, per quanto concerne gli abusi avvenuti circa le esenzioni per specifiche attività, l'*Action 7* ha voluto fare chiarezza in merito all'elencazione negativa di cui al paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE, stabilendo che per ciascuna delle ipotesi ivi previste debba sussistere il carattere preparatorio o ausiliario affinché si possa beneficiare dell'esenzione e quindi non configurare l'ipotesi di stabile organizzazione. Inoltre, vi è l'introduzione nel nuovo paragrafo 4.1 della c.d. *Anti-Fragmentation Rule* il cui scopo è quello di contrastare il fenomeno della frammentazione delle attività anche nell'ambito dei gruppi multinazionali, ai fini della valutazione del carattere preparatorio o ausiliario delle medesime.

Per far fronte agli abusi avvenuti per mezzo della figura del *commissionaire* invece, si è visto che l'*Action 7* ha riformulato la nozione di stabile organizzazione personale di cui al paragrafo 5 e 6 dell'art. 5 del Modello OCSE, prevedendo in sostanza che l'ipotesi della stabile organizzazione personale possa ricorrere anche quando un soggetto svolge un ruolo decisivo nella conclusione di contratti, che vengono perfezionati senza sostanziali modifiche da parte dell'impresa non residente, indipendentemente dal fatto che tali contratti siano conclusi in nome dell'impresa estera.

Infine, per quanto concerne la pratica posta in essere dalle imprese multinazionali per bypassare l'applicazione della disciplina della stabile organizzazione da cantiere di cui al paragrafo 3 dell'art. 5 del Modello OCSE, l'*Action 7* propone di contrastare tale fenomeno attraverso l'utilizzo della *Principal Purpose Test Rule*, contenuta nell'*Action 6* del Progetto BEPS. Al riguardo, propone inoltre un chiaro esempio che illustra una fattispecie in cui risulta evidente che lo scopo principale della conclusione separata dei contratti di appalto sia quello di aggirare la soglia temporale dei 12 mesi.

Si è visto poi che lo strumento atto a velocizzare il recepimento e l'implementazione, da parte di tutti gli Stati coinvolti, delle modifiche apportate dall'*Action 7* all'art. 5 (ma più in generale dell'intero pacchetto di misure appartenenti al Progetto BEPS), sia il c.d. *Multilateral Agreement* oggetto di sviluppo da parte dell'*Action 15*. Presso la sede dell'OCSE a Parigi, il 7 giugno 2017, 68 Stati (tra cui l'Italia) hanno siglato la *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting* (più semplicemente "Convenzione Multilaterale BEPS"). Detta Convenzione permette di trasporre direttamente, in maniera rapida e coerente, i risultati del Progetto BEPS all'interno delle Convenzioni esistenti, senza la necessità, da parte di ciascun Stato, di dover rinegoziare

bilateralmente gli accordi contro la doppia imposizione (un processo che inevitabilmente richiederebbe molto tempo).

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, è poi intervenuta la Legge di Bilancio 2018 la quale ha introdotto importanti modifiche in merito alla nozione di stabile organizzazione contenuta nell'art. 162 del TUIR, con la chiara finalità di allineare e adeguare la disciplina domestica con quanto stabilito in sede internazionale, recependo così le modifiche apportate dall'*Action 7* del Progetto BEPS.

Sulla base del materiale che nel corso di questi mesi ho raccolto e analizzato, ritengo che il recente intervento OCSE in merito alla ridefinizione del concetto di stabile organizzazione, rafforzi ulteriormente il ruolo di tale figura quale valido strumento atto a contrastare l'evasione fiscale in quanto le modifiche introdotte in materia sono aderenti alla realtà economica in cui viviamo al giorno d'oggi.

Nonostante ciò però, preme sottolineare che l'intervento OCSE lascia ancora alcune perplessità in merito al legame che sussiste tra l'economia digitale e la stabile organizzazione. Contrariamente alle aspettative infatti, l'OCSE nell'ambito dell'*Action 1* non è riuscita a trovare una soluzione definitiva al problema legato alla tassazione delle imprese che operano nel settore digitale, limitandosi esclusivamente a proporre possibili soluzioni quali ad esempio l'introduzione di un nuovo *nexus* basato sul concetto di "significativa presenza digitale" oppure l'impiego di una ritenuta a titolo d'imposta su alcune tipologie di transazioni digitali. Nonostante le modifiche apportate dall'*Action 7* andranno sia ad eliminare i casi di elusione dello *status* di stabile organizzazione che a mitigare le problematiche connesse alla *digital economy*, l'OCSE, in merito a quest'ultima tematica, prevede di giungere ad una soluzione *ad hoc* entro il 2020.

In attesa di un nuovo intervento in sede internazionale e ispirandosi alle proposte già avanzate dall'OCSE, si è visto poi come sia l'Unione Europea che l'Italia stiano cercando di porre rimedio al difficile problema della tassazione degli utili delle *digital enterprises* attraverso due distinte soluzioni: da un lato, suggeriscono l'introduzione di un'apposita imposta volta a colpire le transazioni/servizi digitali, dall'altro invece, prevedono l'estensione della definizione di stabile organizzazione attraverso l'inclusione del concetto di "significativa presenza digitale/economica".

In merito alla prima soluzione, la *Digital Services Tax* (proposta dalla Commissione Europea) e l'imposta sui servizi digitali (presentata dalla Legge di Bilancio 2019) non sembrano essere ancora realtà concreta in quanto la prima non ha raggiunto l'unanimità tra gli Stati membri

dell'UE (e difficilmente ciò accadrà) mentre la seconda è ancora in attesa dell'apposito decreto attuativo del Ministro dell'Economia e delle Finanze previsto per il 30 aprile 2019²⁸⁹. Sia l'orientamento internazionale che nazionale sembrano quindi convergere verso la seconda soluzione che rappresenta però un'opzione, seppur concreta per il nostro Paese (vedi lett. f-bis) dell'art. 162 del TUIR), ancora in fase di lavorazione e studio (soprattutto da parte dell'OCSE) data la difficoltà nel definirne con precisione i tratti applicativi. Inoltre, l'eventuale introduzione della “significativa presenza digitale” quale nuovo presupposto sufficiente e necessario affinché venga a costituirsi una c.d. “stabile organizzazione virtuale”, richiede la modifica delle vigenti Convenzioni contro la doppia imposizione e ciò indubbiamente non è un processo immediato.

Partendo dal presupposto che problemi “globali” richiedono necessariamente una soluzione ben ponderata e coordinata a livello internazionale, e non risposte unilaterali da parte di singoli Paesi, confido vivamente in un prossimo intervento OCSE.

Mi sento di poter concludere affermando che mentre gli anni '20 del secolo scorso rappresentarono il periodo in cui venne elaborato il primo Modello di Convenzione internazionale, gli anni 20' di questo secolo, molto probabilmente, segneranno un cruciale e radicale cambiamento del Modello di Convenzione OCSE in merito alla nozione di stabile organizzazione.

²⁸⁹ Relativamente a questa prima soluzione, vale la pena citare l'ultimo G20 tenutosi a Fukuoka (Giappone) tra l'8 e il 9 giugno 2019. Secondo quanto riportato dalla stampa specializzata, durante la *meeting* i Ministri delle Finanze sembrano esser riusciti a trovare un accordo di principio sulla necessità di tassare a livello globale i giganti del web, con particolare attenzione verso le c.d. “FAANG” (Facebook, Apple, Amazon, Netflix, Google). Si parla infatti di una possibile “digital tax globale” ossia una tassa minima digitale imposta su scala globale. Secondo gli accordi, il progetto dovrà concretizzarsi entro la fine del 2020 ma la strada verso un consenso unanime sembra ancora lunga e difficile. Sicuramente la tematica sarà oggetto di discussione durante il prossimo G20 che è previsto per il 28-29 giugno 2019 ad Osaka. Al riguardo si veda A. GERONI, *Patto al G20: tassa sui big del web – Accordo di massima al G20: ci sarà una digital tax globale*, in *Il Sole 24 Ore*, 2019.

BIBLIOGRAFIA

AVOLIO D., SANTACROCE B., *La stabile organizzazione e l'Action 7 dell'OCSE: la figura del commissionario*, in *Dir. prat. trib.*, 2015

AVOLIO D., SENCAR D., *La nuova "anti-fragmentation rule" in materia di stabile organizzazione*, in *Dir. prat. trib.*, 2016

BORIO G. F., *La stabile organizzazione: Convenzioni internazionali e conseguenze fiscali*, 2002

BOSMAN A., *General aspects of the Multilateral Instrument*, Intertax, Kluwer, 2017

BRAUNER Y., *McBEPS: The MLI – The first Multilateral Tax Treaty that has never been*, Intertax, Kluwer, 2018

CORRADINI D. P., *La nuova definizione di stabile organizzazione*, Circolare n. 97/2018

DE LUCA A., BAMPO A., *La stabile organizzazione in Italia. Definizione, aspetti patologici, operatività e planning*, 2009

DE MURI P., LO PRESTI VENTURA E., *La fiscalità internazionale. Le novità 2019.*, Eutekne, 2019

DELLA ROVERE A., PECORARI F., *Stabile organizzazione: profili di novità in ambito OCSE e nazionale*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018

DOURADO A. P., *In Search of an International Tax System in a Post-BEPS Tax Competition Setting*, Intertax, Kluwer, 2019

DRAGONETTI A., PIACENTINI V., SFRONDINI A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2016.

FLORIS DE WILDE M., *Lowering the Permanent Establishment Threshold via the Anti-BEPS Convention: Much Ado About Nothing?* Intertax, Kluwer, 2017

GARBARINO C., OCCHIUTO P., *Lo strumento multilaterale per la modifica dei Trattati contro le doppie imposizioni*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018

GARBARINO C., *Permanent Establishments and BEPS Action 7: Perspectives in Evolution*, Intertax, Kluwer, 2019

GERONI A., *Patto al G20: tassa sui big del web – Accordo di massima al G20: ci sarà una digital tax globale*, in *Il Sole 24 Ore*, 2019

HOFMANN P., RIEDEL N., *Taxing where value is created: What's "user involvement" got to do with it*, Intertax, Kluwer, 2019

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

ODETTO G., *La nozione di stabile organizzazione si adegua ai nuovi standard*, in *Fisco*, 2017

PENNESI M., *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012

REQUENA J. A. G., GONZALEZ S. M., *Adapting the Concept of Permanent Establishment to the Context of Digital Commerce: From Fixity to Significant Digital Economic Presence*, Intertax, Kluwer, 2017

RIPA G., *La stabile organizzazione delle imprese*, Padova, 2004

SPINOSA L., CHAND V., *A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism?*, Intertax, Kluwer, 2018

TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Sesta edizione, Padova, 2018

UCKMAR V., CORASANITI G., DE' CAPITANI DI VIMERCATE P., *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2009

VALENTE P., *BEPS Action 15: Release of Multilateral Instrument*, Intertax, Kluwer, 2017

VALENTE P., *Fiscalità di bilancio: verso la nuova imposta sui servizi digitali*, IPSOA Quotidiano, 2019

VALENTE P., VINCIGUERRA L., *Stabile organizzazione occulta. Profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013

VOGEL K., *Double Taxation Conventions*, Deventer, Kluwer, 1991

DOCUMENTAZIONE OCSE

OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en

OECD (2014), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014*, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en

OECD, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting*, 2016

OECD (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OCED/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing Paris.

OECD (2018), *Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, BEPS Action 7, www.oecd.org/tax/beps/additional-guidance-attribution-of-profits-to-a-permanent-establishment-under-beps-action7.htm

OECD (2010), *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, 22 July 2010.

OECD, *Public Discussion Draft – BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status* (31 October 2014 – 9 January 2015)

OECD, *Revised Discussion Draft – BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status* (15 May 2015 – 12 June 2015)

OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

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.

OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

OECD (2015), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

OECD (2015), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

OECD (2015), *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

OECD (2015), *Measuring and Monitoring BEPS, Action 11 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

OECD (2015), *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

OECD (2015), *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

OECD (2015), *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

OECD (2015), *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

ALTRA DOCUMENTAZIONE

Servizio del bilancio del Senato, *Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, in XVII legislatura, nota breve n. 13, 2015

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio. Un sistema fiscale equo ed efficace nell'Unione Europea per il mercato unico digitale*, COM (2017) 547 final, Bruxelles, 21 settembre 2017.

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa*, COM (2018) 147 final, Bruxelles, 21 marzo 2018.

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali*, COM (2018) 148 final, Bruxelles, 21 marzo 2018

COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione della Commissione*, C (2018) 1650 final, Bruxelles, 21 marzo 2018