



Residenza fiscale e stabile organizzazione: possibili soluzioni dalla legge delega

di Piergiorgio Valente e Salvatore Mattia

Il Governo è stato delegato, con L. n. 23/2014, ad 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. Tra le disposizioni da emanarsi vi sono quelle dirette alla revisione della disciplina impositiva riguardante le operazioni transfrontaliere – in particolare, l'individuazione della residenza fiscale e la tassazione della stabile organizzazione – in conformità con le linee guida in materia adottate a livello internazionale.

1. Premessa

Con L. 11 marzo 2014, n. 23, pubblicata sulla GU n. 59 del 12 marzo 2014 e in vigore dal 27 marzo 2014, il Governo è stato delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della Legge medesima, decreti legislativi recanti la revisione del sistema fiscale, in conformità con i seguenti principi generali (cfr. art. 1):

- **uniformità** della disciplina riguardante le **obbligazioni tributarie**, con riguardo ai profili della solidarietà, della sostituzione e della responsabilità;
- **coordinamento e semplificazione delle discipline** concernenti gli obblighi contabili e dichiarativi dei contribuenti, nell'ottica di una

reciproca e leale collaborazione tra contribuente e Fisco, anche attraverso la previsione di forme di contraddittorio preliminari all'adozione degli atti di accertamento;

- **coerenza e uniformità dei poteri** in materia tributaria e delle forme e modalità del loro esercizio, anche attraverso la definizione di una disciplina relativa ad efficacia e validità degli atti dell'Amministrazione finanziaria e dei contribuenti;
- tendenziale **generalizzazione** del meccanismo della **compensazione tra crediti d'imposta** spettanti al contribuente e debiti tributari a suo carico.

2. La revisione della disciplina delle operazioni transfrontaliere

Ai sensi dell'art. 12 della legge delega fiscale, il Governo è delegato ad 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 conformità con le linee guida in materia espresse ed adottate a livello internazionale.

Nell'esercizio della delega, il Governo dovrebbe procedere alla revisione della disciplina impositiva riguardante le operazioni transfrontaliere, "con particolare riferimento all'individuazione della residenza fiscale, al regime di imputazione per trasparenza delle società controllate estere e

di quelle collegate, al regime di rimpatrio dei dividendi provenienti dagli Stati con regime fiscale privilegiato, al regime di deducibilità dei costi di transazione commerciale dei soggetti insediati in tali Stati, al regime di applicazione delle ritenute transfrontaliere, al regime dei lavoratori all'estero e dei lavoratori transfrontalieri, al regime di tassazione delle stabili organizzazioni all'estero e di quelle di soggetti non residenti insediate in Italia, nonché al regime di rilevanza delle perdite di società del gruppo residenti all'estero"¹.

Con riferimento alla revisione della disciplina impositiva delle operazioni transfrontaliere, si riportano di seguito alcune osservazioni:

- in ordine al trattamento fiscale nazionale e convenzionale della residenza fiscale delle persone giuridiche e della stabile organizzazione;
- alle criticità sollevate dai due istituti e alle possibili soluzioni in sede di esercizio della delega fiscale.

3. La revisione della disciplina sulla residenza fiscale di soggetti Ires

3.1. Cenni sulla disciplina nazionale

Ai sensi dell'art. 73, comma 1, lett. a), del Tuir sono assoggettati all'Ires "le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabili-

tà limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato".

Quanto ai criteri che determinano la **residenza fiscale agli effetti dell'Ires**, l'art. 73, comma 3, del Tuir considera residenti ai fini delle imposte dirette le società e gli enti che, per la maggior parte del periodo d'imposta, abbiano nel territorio dello Stato, alternativamente:

- la **sede legale**², la quale si identifica con la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o nello statuto;
- la **sede dell'amministrazione**, vale a dire il luogo ove viene svolta l'attività di gestione, da desumere da dati concreti quali, ad esempio, l'esistenza di uffici amministrativi o l'indicazione su documenti o fatture³;
- l'**oggetto principale dell'attività**. Per le società e gli enti residenti, l'oggetto esclusivo o principale dell'attività è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata (art. 73, comma 4, del Tuir); in mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale della società o dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato⁴.

¹ Nell'esercizio della delega, il Governo dovrebbe altresì:

- introdurre criteri chiari e coerenti con la disciplina di redazione del bilancio ed estensione del regime fiscale applicabile alle procedure concorsuali, ai nuovi istituti introdotti dalla riforma del diritto fallimentare e dalla normativa sul sovra-indebitamento;
- rivedere il regime di deducibilità di ammortamenti, spese generali, interessi passivi e costi, e ri-definire il concetto di inerenza;
- revisionare, razionalizzare e coordinare la disciplina delle società di comodo e del trattamento dei cespiti in occasione dei trasferimenti di proprietà, al fine di "evitare vantaggi fiscali dall'uso di schermi societari per utilizzo personale di beni aziendali o di società di comodo";
- coordinare il regime di tassazione degli incrementi di valore emergenti in sede di trasferimento d'azienda a titolo oneroso, con quello previsto per i conferimenti.

² Nell'ipotesi di trasferimento, nel corso del periodo d'imposta, della sede legale in Italia dall'estero (o viceversa), al fine di determinare il Paese di residenza della società o dell'ente occorre assumere, quale data di trasferimento, quella giudicata rilevante, ai fini fiscali, dall'ordinamento tributario di provenienza (Risoluzione Agenzia delle Entrate, 17 gennaio 2006, n. 9/E).

Al fine di evitare soluzioni di continuità nel periodo di imposta, la data del trasferimento fiscale della sede statutaria deve essere la stessa nei due ordinamenti: in tale ottica, il considerare, quale momento rilevante ai fini dell'acquisto della

residenza, la data d'iscrizione nel registro delle imprese del Paese di destinazione potrebbe portare la società, per quell'esercizio, a non essere soggetta ad imposizione né in Italia né all'estero, posto che:

- la cancellazione dal registro delle imprese dello Stato di provenienza potrebbe intervenire nella prima metà del periodo d'imposta;
- l'iscrizione nel registro delle imprese dello Stato di destinazione potrebbe intervenire soltanto nella seconda parte del periodo d'imposta.

³ Secondo Cass., 16 giugno 1984 n. 3604, la "sede effettiva" è ravvisabile nel "luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento - nei rapporti interni e con i terzi - degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente".

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Esterovestizione e residenza*, Ipsoa, 2013, pag. 85.

⁴ Secondo Comm. trib. reg. della Toscana, Sez. XXV, 18 gennaio 2008, n. 61, "una società costituita conformemente alla legislazione olandese è ad ogni effetto appartenente all'Unione europea e come tale dotata del diritto di stabilimento, anche nel senso che non possa e non debba subire restrizioni alla propria scelta di collocare la sua sede all'interno dell'uno e dell'altro Stato; non vi è peraltro incompatibilità con l'art. 73, comma 3, che si applica sempre e comunque quan-

Il requisito dell'oggetto principale va individuato non tanto nell'**attività statutariamente prevista**, quanto, piuttosto, nell'attività d'impresa effettivamente esercitata dall'ente giuridico oggetto d'indagine (art. 73, comma 5, del Tuir). L'oggetto principale dell'attività, sia dal punto di vista civilistico che fiscale, coincide, dunque, con la concreta attività svolta per il raggiungimento dello scopo sociale.

La circolare n. 1/2008 della Guardia di Finanza, con riferimento alla norma del Tuir che definisce l'oggetto principale, precisa che si tratta di una "definizione estremamente ampia, per circoscrivere la quale si ritiene in genere necessario prendere in considerazione lo svolgimento dell'attività per il cui esercizio la società è stata costituita, nonché gli atti produttivi e negoziali ed i rapporti economici che la stessa pone in essere con terzi". A tal proposito, si riporta anche l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione la quale, con la sentenza n. 3910 del 9 giugno 1988, ha affermato che "l'oggetto principale dell'attività corrisponde all'attività esercitata in concreto ed in via primaria dalla società".

Il tema della residenza fiscale delle **società estere** facenti parte di gruppi multinazionali italiani ha assunto particolare importanza nell'attualità tributaria, soprattutto per effetto dell'art. 73, comma 5-bis, del Tuir. Con l'obiettivo di contrastare il fenomeno delle società cd. "esterovestite", l'art. 35, comma 13, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano una **presunzione legale relativa**, in virtù della quale si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti non residenti che soddisfano i seguenti requisiti⁵:

- detengono **partecipazioni di controllo** ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c. in società ed enti commerciali residenti nel territorio dello Stato. Per effetto del richiamo all'art. 2359, comma 1, c.c., il controllo su tali soggetti può essere esercitato alternativamente:
 - a) tramite la maggioranza assoluta dei voti nell'assemblea ordinaria;
 - b) mediante un numero di voti necessario a ga-

rantire un'influenza dominante sull'assemblea medesima;

c) in virtù di particolari vincoli di natura contrattuale;

- sono **controllati**, anche indirettamente, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c. da soggetti residenti nel territorio dello Stato, o in alternativa sono amministrati da un Consiglio di Amministrazione o altro organo equivalente composto prevalentemente da persone fisiche residenti in Italia. Il controllo può essere anche di natura indiretta; pertanto, al fine di verificare la sussistenza del controllo su detti soggetti non residenti, vanno computati anche i voti spettanti a società controllate, società fiduciarie o persone interposte.

Mentre il comma 3 dell'art. 73 del Tuir disciplina i criteri sostanziali di collegamento delle entità giuridiche costituite all'estero alla residenza fiscale in Italia, la norma inclusa nel comma 5-bis ha carattere esclusivamente procedurale, inserendo una presunzione relativa, la quale determina l'inversione dell'onere della prova a carico delle società estere - che detengono partecipazioni di controllo in società italiane - gestite ovvero controllate, anche indirettamente, da parte di soggetti d'imposta italiani.

3.2. Cenni sulla disciplina convenzionale

A causa della non uniformità dei criteri adottati dai diversi ordinamenti al fine di individuare la residenza fiscale degli enti societari, può verificarsi che più Stati affermino, contestualmente, la residenza fiscale di una società nel proprio territorio (cd. *dual residence*)⁶.

Secondo quanto previsto dal paragrafo 3 dell'art. 4 del Modello di Convenzione dell'OCSE, "(q)uando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati, essa è considerata residente dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva".

La "**sede di direzione effettiva**" (*place of effective management*)⁷ è generalmente il luogo dove sono

do la residenza all'estero sia dovuta unicamente a finalità di evasione o elusione fiscale, la cui sussistenza nel caso concreto è da escludere".

⁵ Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Esterovestizione e residenza*, cit., pag. 6.

⁶ Tale conflitto può sorgere, ad esempio, quando in uno Stato si attribuisca rilievo al luogo di registrazione della società (criterio formale), mentre, nel contempo, la disciplina di al-

tro Stato faccia riferimento, diversamente, al territorio di ubicazione della sede amministrativa (criterio effettivo).

⁷ Per approfondimenti cfr. M. Lehner, "Commento all'art. 4 del Modello OCSE", in Klaus Vogel *on Double Taxation Conventions*, Third Edition, 1997, pag. 260; J. Sasseville, *The Meaning of "Place of effective management"*, in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, a cura di G. Maisto, Amsterdam, 2009, pag. 3; K. Van Raad, *Dual Residence*, in *European Taxation*, 1988, pag. 241; S. Shalhav, *The Evo-*

sostanzialmente adottate le decisioni principali relative alla gestione della società, nonché quelle necessarie per l'esercizio della sua attività d'impresa. Essa di regola coincide con il luogo in cui la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (*i.e.*, il CdA) adottano ufficialmente le decisioni; il luogo in cui si delibera in merito alla società nel suo complesso⁸.

Risulta importante distinguere tra la funzione di **actual making** delle decisioni e la loro **approvazione formale**. Può verificarsi che il *management* adotti le decisioni relative all'attività di *business* della società in un luogo, mentre le stesse sono formalmente approvate da soggetti (e in un luogo) diversi. In tal caso, è necessario considerare quanto segue:

- se la casa madre, o altro soggetto il quale detiene una partecipazione di maggioranza, effettivamente adotta le decisioni-chiave commerciali e di *management* necessarie per lo svolgimento dell'attività d'impresa, il luogo dell'*effective management* coincide con il luogo in cui la casa madre (o altro soggetto) adotta le suindicate decisioni-chiave;
- se il CdA approva formalmente le decisioni-chiave necessarie per lo svolgimento dell'attività d'impresa in uno Stato, ma le stesse sono adottate durante *meetings* tenuti in uno Stato diverso, il luogo dell'*effective management* deve ritenersi coincidere con quest'ultimo Stato⁹.

Ai fini della determinazione della residenza nei casi di **dual residence** - precisa il paragrafo 24.1 del Commentario all'art. 4 del Modello OCSE - e autorità competenti dovranno tener conto, in via esemplificativa, dei seguenti fattori:

- il luogo del *day-to-day management* della persona giuridica;
- il luogo in cui si trova l'*headquarter* della persona giuridica;

lution of Art. 4(3) and Its Impact on the Place of Effective Management Tie Breaker Rule, in "Intertax", 2004, pag. 460; AA.VV., *The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States*, in "Bulletin", 2006, pag. 220; G. Bizzioli, *The Evolution of the Concept of the Place of Management in Italian Case Law and Legislation: Interaction with Tax Treaties and EC Law*, in "European Taxation", 2008, pag. 527; P. Valente, *Esterovestizione e residenza*, cit., pag. 133.

⁸ Il Commentario (art. 4 par. 24) definisce la "sede di direzione effettiva" quale "luogo dove sono compiute le decisioni chiave in riferimento alla conduzione dell'attività societaria, sia sotto il profilo manageriale che sotto il profilo commer-

- la legislazione applicabile alla persona giuridica;
- il luogo in cui è tenuta la contabilità;
- il luogo in cui si riuniscono i membri del CdA;
- il luogo in cui il CEO normalmente svolge le proprie funzioni.

In linea con quanto previsto dall'art. 73 del Tuir, la posizione dell'Italia, come risulta dalle Osservazioni sul Commentario all'art. 4 del Modello OCSE, è quella per cui "anche il luogo dove l'attività principale e sostanziale dell'ente è esercitata deve essere preso in considerazione ai fini della determinazione della sede di direzione effettiva di una persona diversa da una persona fisica".

3.3. Criticità e possibili soluzioni in sede di esercizio della delega fiscale

L'individuazione della residenza fiscale delle persone giuridiche solleva qualche criticità sia nell'ordinamento interno che in quello internazionale convenzionale. La disciplina interna prevede, accanto a quelli di "sede legale" e di "sede dell'amministrazione", il criterio - non rinvenibile in altri ordinamenti - dell'"oggetto principale dell'attività", che ha portato, come sopra evidenziato, alla riserva di cui al paragrafo 25 del Commentario all'art. 4 del Modello OCSE, rispetto al criterio preferenziale della "sede di direzione effettiva".

Il concetto di "**oggetto principale dell'attività**" non è di chiara e certa definizione. Come rilevato nella citata circolare n. 1/2008 della Guardia di Finanza, l'espressione in commento fa riferimento ad una definizione alquanto ampia, di cui non è agevole circoscrivere il raggio di azione.

A tal fine, in un'ottica *de iure condendo*, una soluzione potrebbe essere, da un lato, quella di considerare lo svolgimento dell'**attività di business** per la quale la società è stata costituita. Non meno rilevanti potrebbero apparire, in quest'ottica, gli "**atti produttivi e negoziali**", nonché le rela-

ciale". Ne deriva che una società può avere più centri d'impulso direzionale (*places of management*), ma un'unica "sede di direzione effettiva".

Il Commentario precisa che non risulta, tuttavia, possibile stabilire una regola precisa e, ai fini della determinazione della sede di direzione effettiva, devono considerarsi tutti i fatti e le circostanze del caso concreto. Un ente può avere più di una sede di direzione, ma può avere solo una sede di direzione effettiva per volta. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Ipsoa, 2012, pag. 215 ss.; P. Valente, *Esterovestizione e residenza*, cit., pag. 133 ss.

⁹ C. Goosen, *The concept of place of effective management*, University of Cape Town, 15 febbraio 2006.

zioni economiche intrattenute con soggetti terzi. Dall'altro lato, e più conformemente a quanto stabilito dalla giurisprudenza della Suprema Corte, per oggetto principale si potrebbe intendere "l'attività esercitata in concreto ed in via primaria dalla società".

In tal modo, la sede della società corrisponderebbe al luogo dal quale promanano gli impulsi volitivi degli organi di vertice (*in primis*, il Consiglio di amministrazione), mentre l'oggetto principale della società, ai fini della determinazione della sua residenza fiscale, sarebbe da individuare nel luogo di esercizio delle attività gestorie. Si rileva, altresì che, mentre il luogo degli impulsi volitivi è generalmente "unitario", quello di esercizio delle attività gestorie potrebbe rinvenirsi, in ragione dei modelli di *business* adottati dalle imprese multinazionali, in Paesi diversi.

Tale incertezza definitoria dovrebbe essere considerata ed attentamente valutata in sede di esercizio della delega fiscale da parte del Governo. In particolare, tenendo conto dei suindicati (opposti) orientamenti nell'identificazione dell'oggetto principale della società, il Governo potrebbe considerare di ricomprendere nel concetto in questione le funzioni esecutive di più alto livello, le quali evidentemente sono più vicine alle attività svolte dagli organi di vertice, escludendo, invece, le attività gestorie a carattere pratico-operativo. Ciò probabilmente avrebbe l'effetto di allineare definizione interna e definizione convenzionale di "sede di direzione effettiva".

Il Governo, inoltre, in sede di esercizio della delega, potrebbe individuare una possibile casistica di funzioni che, in quanto strettamente attribuibili agli organi di vertice, sono espressione della regolare attività di "**direzione e coordinamento**" che la **società capogruppo** esercita nei confronti delle società controllate e che, conseguentemente, non dovrebbero essere indicative di una gestione, dall'Italia, di società localizzata all'estero.

Un ulteriore profilo critico è rappresentato dalla **determinazione del reddito imponibile**, una volta che la società estera sia stata ritenuta residente in Italia in sede di accertamento. Alcuni dubbi sorgono allorché l'Amministrazione finanziaria proceda a sottoporre a tassazione l'intero ammontare dei profitti registrati dalla società estera che viene ritenuta residente in Italia, senza

tenere conto (*i.e.*, senza dedurre) i costi che questa ha sostenuto e che sono stati regolarmente contabilizzati nello Stato estero ed iscritti in bilancio.

In mancanza, allo stato attuale, di precise disposizioni dirette a regolare la suindicata questione, il Governo, in sede di esercizio della delega, dovrebbe chiarire i **limiti di deducibilità** dei suindicati costi effettivamente sostenuti (oltre che regolarmente contabilizzati nello Stato estero ed *ivi* iscritti in bilancio), eventualmente prevedendo, per ragioni di equità nei confronti della società accertata, che i suindicati costi, se inerenti alla produzione del *business*, dovrebbero essere ritenuti deducibili, nonostante il contribuente abbia ommesso di presentare la dichiarazione dei redditi.

4. La revisione della disciplina sulla stabile organizzazione

4.1. La stabile organizzazione nella disciplina nazionale e convenzionale

La nozione di "stabile organizzazione" rappresenta il presupposto per l'imposizione di un'attività economica svolta da un soggetto in un Paese diverso da quello di residenza della casa-madre. Il rilievo attribuito all'individuazione della sussistenza di una stabile organizzazione scaturisce dalla necessità di ogni Stato di determinare i criteri su cui fondare l'esercizio della potestà impositiva sul reddito d'impresa, conseguito da un soggetto non residente nel territorio dello Stato medesimo¹⁰.

Assume pertanto rilievo l'**identificazione dei requisiti** in presenza dei quali un'entità, presente su un dato Stato, possa qualificarsi quale stabile organizzazione di un soggetto giuridico con sede in un altro. A tal fine, la regola fondamentale si rinviene all'art. 5, paragrafo 1, del Modello OCSE, secondo il quale la stabile organizzazione rappresenta 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. La definizione nazionale di stabile organizzazione di cui all'art. 162 del Tuir è in linea con quella convenzionale¹¹.

La suindicata disposizione include anche l'artico-

de fissa d'affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato (...).

Per approfondimenti sulla stabile organizzazione nella nor-

¹⁰ Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., pag. 230 ss.

¹¹ L'art. 162 del Tuir prevede:
"1. (...) l'espressione "stabile organizzazione" designa una se-

lazione esemplificativa delle *positive e negative lists*. La *positive list* comprende, in particolare, una sede di direzione, una succursale, un ufficio, un'officina, un laboratorio, una miniera, una cava o un altro luogo di estrazione di risorse naturali, un cantiere di costruzione o di montaggio, la cui durata oltrepassi i dodici mesi (paragrafo 3 dell'art. 5 del Modello OCSE).

In generale, ai fini dell'identificazione di una **stabile organizzazione** cd. "**materiale**", è necessario che siano soddisfatti i criteri della sede di affari, della fissità della struttura, del diritto all'uso della sede di affari, dello svolgimento dell'attività economica e il criterio temporale.

Le attività indicate nella *negative list* di cui al paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE non costituiscono stabile organizzazione neppure in presenza di una sede fissa di affari di cui al paragrafo 1, in quanto i servizi svolti per il tramite di quest'ultima sono economicamente "distanti" (*i.e.*, hanno carattere meramente preparatorio o ausiliario) dalla fase in cui si formano i profitti dell'impresa¹². Tale lista non deve essere considerata esaustiva.

La disciplina della **stabile organizzazione** cd. "**personale**" è contenuta nei paragrafi 5 e 6 dell'art. 5 del Modello OCSE, i quali distinguono gli agenti dipendenti dagli agenti indipendenti. Analogamente, l'art. 162 del Tuir recepisce la distinzione tra stabile organizzazione "materiale" e "personale", prevedendo (nei commi 6 e 7) l'*agent clause* e disciplinando, ai fini della configurabilità o meno di una sede fissa di affari, il ruolo degli agenti dipendenti ed indipendenti¹³.

Precisa il paragrafo 5 dell'art. 5 del Modello OCSE, che quando una persona, diversa da un agen-

te che goda di uno *status* dipendente, agisce per conto di un'impresa e ha, ed abitualmente esercita, in uno Stato il potere di concludere contratti in nome di questa, si può considerare che tale impresa abbia una stabile organizzazione in quest'ultimo Stato.

Rispetto alla previsione dell'art. 5, paragrafo 6 del Modello OCSE, il disposto del comma 6 dell'art. 162 del Tuir prevede che costituisce stabile organizzazione "personale" il soggetto che nel territorio dello Stato conclude, in nome dell'impresa, contratti diversi da quelli di acquisto di beni.

L'**agente indipendente** è disciplinato dal paragrafo 6 dell'art. 5 del Modello OCSE, secondo il quale un'impresa non possiede una stabile organizzazione in uno Stato contraente per il solo fatto che esercita, in detto Stato, la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissionario generale o di ogni altro intermediario che goda di uno *status* indipendente, sempre che agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.

Con riguardo allo **status di indipendenza**, il Commentario al Modello OCSE individua alcuni criteri di riferimento:

- l'indipendenza giuridica ed economica¹⁴;
- la natura e l'estensione degli obblighi cui deve sottostare l'agente, nonché le istruzioni impartite e il controllo esercitato dall'impresa¹⁵;
- il rischio imprenditoriale, il quale deve incombere sull'agente e non sull'impresa. Lo *status* indipendente è condizione necessaria, ma non sufficiente alla non configurabilità della stabile organizzazione. Infatti, un agente indipendente può rientrare nella definizione generale di stabile organizzazione, quale sede fissa di affari in cui l'impresa esercita la sua attività,

mativa interna e convenzionale cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., pag. 230; P. Valente, L. Vinciguerra, *Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche*, Ipsa, 2013, pag. 30 ss.

¹² Il par. 23 del Commentario OCSE all'art. 5 prevede che sebbene tale sede di affari possa effettivamente contribuire alla produttività dell'impresa, tuttavia, i servizi da essa forniti sono così "remoti" rispetto all'effettiva realizzazione degli utili che risulta difficile attribuire una parte qualsiasi degli utili a tale sede fissa di affari. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., pag. 235 ss.

¹³ P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., pag. 256 ss.; P. Valente, L. Vinciguerra, *Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche*, cit., pag. 30 ss.

¹⁴ Per quanto attiene all'indipendenza giuridica dell'agente, il Commentario OCSE precisa che il controllo che una società esercita su una sua consociata in quanto azionista non assume rilevanza, sebbene, come specificato al paragrafo 41,

una controllata possa essere considerata un agente dipendente della sua controllante al verificarsi delle medesime condizioni poste in relazione a società non correlate (Commentario OCSE, *sub* art. 5, paragrafo 38.1). Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., pag. 239 ss.

¹⁵ Un agente indipendente è tipicamente responsabile nei confronti del preponente per i risultati della sua attività, ma non è soggetto a controllo con riferimento alle modalità con cui l'attività viene svolta: non sarà, pertanto, soggetto a istruzioni dettagliate da parte del preponente in relazione alla gestione dell'attività. La circostanza che il preponente faccia affidamento sulle competenze e l'esperienza dell'agente è elemento che dimostra l'indipendenza di quest'ultimo.

Il riferimento alle *detailed instructions* va inteso avendo riguardo ad un determinato contesto. Istruzioni o specifiche operative sono connaturate ad ogni prestazione di servizi e non sono, di per se stesse, sufficienti ad integrare il presupposto della dipendenza (cfr. il Commentario OCSE all'art. 5, paragrafo 38.3).

ma potrebbe non rispettare il requisito dello svolgimento di un'attività ordinaria¹⁶.

In generale, nel valutare l'indipendenza di un soggetto, devono essere tenuti in considerazione tutti i fatti idonei a determinare se l'attività dell'agente sia autonoma, se rispetto ad essa l'agente assuma il rischio di impresa e riceva un compenso commisurato alle competenze ed all'esperienza prestatati per svolgere l'attività¹⁷.

4.2. Criticità e possibili soluzioni in sede di esercizio della delega fiscale

In tema di stabile organizzazione, nonostante si individuino una certa uniformità di disciplina sul piano interno (art. 162 del Tuir) e internazionale convenzionale (art. 5 del Modello OCSE), non sono rinvenibili, nell'ordinamento giuridico italiano, disposizioni specifiche sulle modalità di determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione.

In via preliminare, sul piano dei possibili profili elusivi/evasivi configurabili, possono individuarsi le seguenti due situazioni:

- una società di diritto estero, la cui residenza fiscale è all'estero, possiede sul territorio italiano una sede fissa di affari "non dichiarata" (cd. "**stabile organizzazione occulta**")¹⁸;
- una società, residente ai fini fiscali in Italia, possiede una sede fissa di affari "non dichiarata" all'estero, per mezzo della quale svolge attività d'impresa.

La suindicata distinzione dovrà essere tenuta in considerazione dal Governo in sede di esercizio della delega, in quanto l'art. 12 della Legge delega fiscale richiede che si proceda alla revisione del "regime di tassazione":

- delle stabili organizzazioni **all'estero** di società italiane;
- delle stabili organizzazioni **in Italia** di soggetti non residenti.

¹⁶ Cfr. il Commentario OCSE all'art. 5, paragrafo 38. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., pag. 238 ss.

¹⁷ Va tuttavia rilevato che, quando un agente agisce per conto di più preponenti nell'ambito della propria ordinaria attività e nessuno di questi assume un ruolo predominante in relazione alle dimensioni della sua attività, la dipendenza giuridica può sussistere qualora i preponenti agiscano di concerto per controllare l'attività svolta dall'agente per loro conto. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., pag. 238 ss.

¹⁸ Per approfondimenti cfr. P. Valente, L. Vinciguerra, *Stabile*

Un volta individuata la sussistenza di una stabile organizzazione in conformità con le disposizioni interne e convenzionali sinteticamente illustrate, si deve procedere (i) alla definizione del reddito ad essa attribuibile e (ii) da sottoporre a tassazione.

Nel codificare i criteri che consentono di determinare il **reddito da imputare** alla sede fissa di affari, ad oggi non oggetto di disposizioni interne italiane specifiche, il Governo, nell'esercizio della delega, dovrebbe fare riferimento a quanto previsto a livello internazionale convenzionale, in particolare, all'art. 7 del Modello OCSE, nella versione introdotta nel 2010. Quest'ultimo riflette le conclusioni di cui al Rapporto dell'OCSE "*Attribution of Profits to Permanent Establishments*" del 2008, poi trasfusa nella più recente versione del 2010, e risponde all'esigenza, riscontrata a livello internazionale a tutela del contribuente, di garantire l'applicazione e l'interpretazione uniforme del principio dell'*arm's length* alle stabili organizzazioni.

In particolare, l'art. 7 del Modello OCSE prevede che, nel determinare il reddito *at arm's length* da attribuire alla stabile organizzazione, bisogna tenere conto delle **funzioni svolte**, degli **assets utilizzati** e dei **rischi assunti** dalla *parent company* per il tramite della stabile organizzazione e *the other parts of the enterprise*.

Il reddito imputabile alla stabile organizzazione è quello che quest'ultima potrebbe ritenere di realizzare se fosse una società distinta e indipendente, la quale svolge la medesima attività (o attività analoghe), in condizioni comparabili¹⁹.

In applicazione dei suindicati principi, dovrebbero essere adottate disposizioni dirette a chiarire che, ai fini della determinazione del reddito della stabile organizzazione, è opportuno procedere al **calcolo dei profitti** (o delle perdite) derivanti da tutte le attività, incluse:

- le transazioni con parti indipendenti;
- le transazioni con parti correlate;

organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche, cit., pag. 30 ss.

¹⁹ Come indicato nei *Preliminary remarks* del Commentario all'art. 7 del Modello OCSE, quest'ultimo articolo disciplina l'allocazione tra gli Stati contraenti del diritto di imposizione con riferimento al reddito di impresa, nei limiti in cui lo stesso non trova una diversa regolamentazione in altre disposizioni convenzionali. Esso include il principio di base secondo cui, a meno che un'impresa di uno Stato contraente non abbia una stabile organizzazione nell'altro Stato, i redditi dalla stessa prodotti non possono che essere assoggettati a tassazione nel primo Stato (cfr. in particolare il paragrafo 1 del Commentario all'art. 7).

- le transazioni con le altre parti dell'impresa.
- In tal modo, verrebbe codificato, nell'ordinamento italiano, il cd. *"functionally separate entity approach"*²⁰, il quale contempla due distinti *steps*:
- nel primo *step*, si tratta la stabile organizzazione come una entità separata ed indipendente;
 - nel secondo *step*, si determina il **reddito dell'ipotizzata entità separata** ed indipendente sulla base di un'analisi di comparabilità.

Il risultato derivante dai due suindicati *steps* consente di effettuare un calcolo dei profitti (o delle perdite) della stabile organizzazione considerando tutte le sue attività, incluse le transazioni con parti non correlate, quelle con parti correlate, nonché ogni altra attività svolta con le altre parti dell'impresa²¹.

I suindicati criteri per l'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione dovrebbero applicarsi sia alla stabile organizzazione estera di società italiana, sia alla stabile organizzazione italiana di società estera.

Con riguardo alla prima, si rileva che, ai sensi dell'art. 81 del Tuir, in virtù del principio del *world-wide taxation*, nella tassazione ai fini Ires delle società residenti è incluso anche il reddito da queste prodotto all'estero mediante stabile organizzazione. Dal momento che la stabile organizzazione estera non è "centro autonomo di imputazione di effetti giuridici", i risultati relativi alla sua ge-

stione sono inclusi automaticamente nella contabilità della società residente italiana.

Una volta determinato il reddito da imputare alla stabile organizzazione estera, assume rilevanza il corretto calcolo del credito d'imposta ai sensi dell'art. 165 del Tuir, nonché della convenzione contro le doppie imposizioni applicabile.

Non è escluso che il Governo, in sede di esercizio della delega, possa altresì valutare di dover proporre l'applicazione del metodo dell'**esenzione in sostituzione del metodo del credito d'imposta**, in conformità con quanto previsto da altri ordinamenti giuridici.

Infine, è evidente che le eventuali nuove disposizioni in materia di stabile organizzazione non inciderebbero sui criteri per l'individuazione di una sede fissa di affari in Italia (o all'estero, nel caso di *parent company* residente in Italia), già codificati nell'art. 162 del Tuir e nell'art. 5 del Modello OCSE, bensì soltanto sul "regime di tassazione" della stessa (secondo quanto risulta dal dato letterale dell'art. 12 delle Legge delega fiscale), vale a dire:

- sulle **modalità di determinazione del reddito** da attribuire alla stabile organizzazione (estera o nazionale);
- sulle **modalità di tassazione del reddito**, una volta determinato. Tali modalità assumono particolare rilievo, come chiarito, con riferimento alla stabile organizzazione estera di società residente italiana.

²⁰ Tale approccio è individuato, nell'ambito del Rapporto dell'OCSE *"Attribution of Profits to Permanent Establishments"*, quale *"authorised OECD approach"*. Esso implica che *"the profits to be attributed to a PE are the profits that the PE would have earned at arm's length if it were a legally distinct and separate enterprise performing the same or similar functions under the same or similar conditions, determined by applying the arm's length principle under Article 7(2). The phrase «profits of an enterprise» in Article 7(1) should not be interpreted as affecting the*

determination of the quantum of the profits that are to be attributed to the PE, other than providing specific confirmation that «the right to tax does not extend to profits that the enterprise may derive from that State otherwise than through the permanent establishment» (i.e. there should be no «force of attraction principle»)" (cfr. Parte I, par. 10 del Rapporto).

²¹ Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer pricing*, Ipsoa, 2012, pag. 1833.