

***ASSOCIAZIONE NAZIONALE TRIBUTARISTI ITALIANI***  
***SEZIONE DEL PIEMONTE E DELLA VALLE D'AOSTA***

***LA STABILE ORGANIZZAZIONE (artt. 162-164 TUIR):***  
***frequenti contestazioni e possibili difese***

***RELATORI:***

***Dott. Piergiorgio Valente***

Centro Studi internazionali GEB Partners, Chairman Fiscal Committee CFE  
Socio A.N.T.I. Lombardia

***Dott.ssa Lucia Starola***

Dottore commercialista in Torino  
Socio A.N.T.I. Piemonte - Valle d'Aosta

***MERCOLEDI' 7 MAGGIO 2014***



**LA STABILE ORGANIZZAZIONE**  
(artt. 162-164 TUIR):  
frequenti contestazioni e possibili difese

**Piergiorgio Valente**  
Centro Studi internazionali GEB Partners, Chairman  
Fiscal Committee CFE  
Socio A.N.T.I. Lombardia

**Concetti generali**Definizione modello  
OCSE

Ipotesi tipiche

Esemplificazioni

Il caso  
Philip Morris

## LA STABILE ORGANIZZAZIONE

**PERCHÈ È IMPIEGATO IL CONCETTO DI S.O.  
IN CAMPO TRIBUTARIO**



**per la localizzazione territoriale dei redditi derivanti dall'attività d'impresa ed ai fini IVA per individuare il presupposto territoriale relativamente alle prestazioni di servizi.**

Peraltro nessuno dei numerosi richiami normativi interni alla stabile organizzazione contiene una specifica definizione di ciò che si configura come tale ai fini delle imposte dirette (II.DD.) o dell'IVA; per tale ragione la prassi, la dottrina e la giurisprudenza concordano sull'opportunità di fare riferimento, a fini interpretativi, alla nozione riportata dal modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio.

Attraverso la definizione generale e l'esemplificazione positiva e negativa di diverse ipotesi vengono dunque compresi due fenomeni qualitativamente distinti:

- la s.o. materiale ovvero ciò che rappresenta l'esercizio all'estero di un'attività mediante una serie di mezzi materiali organizzati direttamente dall'operatore economico;
- la s.o. personale ovvero ciò che rappresenta la presenza all'estero senza l'esercizio diretto di un'attività, ma attraverso un rappresentante, estrinsecata attraverso modalità e figure giuridiche diverse e quindi con un legame materiale meno intenso.

### Rinvio al modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni

#### Art. 5 Stabile organizzazione

1. Ai fini della presente Convenzione, l'espressione "*stabile organizzazione*" designa una sede fissa di affari mediante cui l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività.
2. 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 o giacimento petrolifero o di gas, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali.
3. Un cantiere di costruzione o di montaggio costituisce "*stabile organizzazione*" solamente se ha durata superiore a dodici mesi.

segue

## MODELLO OCSE

### Art. 5

#### Stabile organizzazione

4. Nonostante le precedenti disposizioni di questo articolo, non si considera che vi sia una “*stabile organizzazione*” se:
- a) si fa uso di 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 immagazzinate ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;
  - c) i beni o le merci appartenenti all’impresa sono immagazzinate ai soli fini della trasformazione da parte di un’altra impresa;

segue

## MODELLO OCSE

### Art. 5

#### Stabile organizzazione

- d) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquisire beni o merci o raccogliere informazioni per l’impresa;
- e) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di svolgere, per l’impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario;
- f) una sede fissa di affari è utilizzata unicamente per qualsiasi combinazione delle attività citate nei paragrafi da a) ad e), purché l’attività della sede fissa nel suo insieme quale risulta da tale combinazione, sia di carattere preparatorio o ausiliario.

Concetti generali

**Definizione modello OCSE**

Ipotesi tipiche

Esemplificazioni

Il caso Philip Morris

segue

## MODELLO OCSE

### Art. 5

#### Stabile organizzazione

5. Nonostante le disposizioni dei commi 1 e 2, quando una persona – diversa da un agente che goda di uno *status* indipendente, di cui al paragrafo 6 – agisce per conto di un'impresa, ha ed abitualmente esercita in uno Stato contraente il potere di concludere contratti in nome dell'impresa, si può considerare che tale impresa abbia una "*stabile organizzazione*" in detto Stato in relazione ad ogni attività intrapresa dalla suddetta persona per l'impresa, a meno che le attività di detta persona siano limitate a quelle citate al comma 4 che, se esercitate per mezzo di una sede fissa di affari, non farebbero di tale sede fissa di affari una "*stabile organizzazione*" ai sensi delle disposizioni di detto comma.

Concetti generali

**Definizione modello OCSE**

Ipotesi tipiche

Esemplificazioni

Il caso Philip Morris

segue

## MODELLO OCSE

### Art. 5

#### Stabile organizzazione

6. Non si considera che un'impresa abbia una "*stabile organizzazione*" in uno Stato contraente per il solo fatto che essa 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, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.

segue

**MODELLO OCSE**

**Art. 5  
Stabile  
organizzazione**

7. Il fatto che una società residente in uno Stato contraente controlli una società residente dell'altro Stato contraente o sia da questa controllata, ovvero svolga attività in questo altro Stato (a mezzo di una stabile organizzazione oppure altrimenti) non costituisce, di per sé, motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una stabile organizzazione dell'altra.

**ART. 5  
MODELLO  
OCSE**



**COLLEGAMENTO FISICO CON LO  
STATO**

## BASIC RULE

**FIXED PLACE OF BUSINESS****STABILE  
ORGANIZZAZIONE****Luogo fisso  
d'esercizio  
dell'attività**

- esistenza di una sede di affari  
stabilità della sede
- svolgimento dell'attività per mezzo  
della sede

**COLLEGAMENTO FISICO CON LO  
STATO**[www.gebpartners.it](http://www.gebpartners.it)

*Verifica della sussistenza  
dei requisiti che  
configurano l'esistenza di  
una stabile  
organizzazione secondo  
la definizione generale*

**La nozione di stabile  
organizzazione è delineata  
all'art. 5, par.1 della  
Convenzione come "una  
sede fissa di affari in cui  
l'impresa esercita in tutto o  
in parte la sua attività".**

Il concetto è, dunque, definito attraverso un elemento costitutivo (l'installazione fissa) e tre qualità afferenti. Peraltro affinché sia configurabile una s.o. è necessario che siano contemporaneamente soddisfatti tutti e quattro gli elementi che definiscono il concetto:

- a) l'esistenza di un'installazione d'affari;
- b) la sua stabilità;
- c) la sua connessione con l'esercizio normale dell'impresa;
- d) la sua idoneità a produrre reddito.

[www.gebpartners.it](http://www.gebpartners.it)

## a) Esistenza di un'installazione d'affari

L'espressione "esistenza di un'installazione d'affari" designa uno "spazio circoscritto in cui viene esercitata l'attività d'impresa", ricomprendendo tutti gli elementi materiali (una semplice area, un locale, dei macchinari, delle apparecchiature automatiche ecc.) di cui si abbia la disponibilità;

particolarmente importante è l'irrelevanza del titolo in base al quale l'impresa abbia la disponibilità o la circostanza che tale installazione si trovi nei locali di un'altra impresa.

## b) Stabilità dell'installazione

La stabilità dell'installazione va interpretata:

- in senso temporale (escludendo le installazioni per attività occasionali o itineranti)
- in senso "spaziale", come necessaria esistenza di un legame tra l'installazione e un punto geografico, pur senza la materiale fissazione al suolo.

## c) Connessione con l'esercizio normale dell'impresa

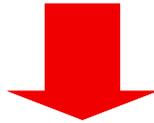
L'installazione deve essere destinata ad un'attività rientrante nel quadro normale degli affari realizzati dall'imprenditore all'estero. Pertanto purché tale attività sia in relazione di servizio rispetto agli obiettivi globali dell'impresa è irrilevante il settore in cui si esplica (commerciale, finanziario, amministrativo ecc.) o che si riveli un mero centro di costo.

## d) Idoneità a produrre reddito

L'elemento funzionale - inteso come "l'idoneità a produrre reddito" - non si riferisce ad una specifica produttività della s.o., quanto, piuttosto, all'essere essa stessa un elemento (e, quindi, anche un mero centro di costo) che contribuisce alla produttività dell'impresa.

## CONSTRUCTION CLAUSE

**Un cantiere configura una s.o. solo dopo un anno di permanenza.**



**Si deve peraltro osservare che l'interpretazione del concetto convenzionale di "cantiere" non comprende fattispecie dove le attività poste in essere sul territorio nazionale si limitano a quelle di tipo manutentivo.**

## Agenti dipendenti Art. 5, paragrafo 5, Mod. OCSE

Si configura una stabile organizzazione se l'agente:

- opera per conto dell'impresa estera (società o persona fisica);
- esercita il potere di stipulare contratti in nome dell'impresa, in modo continuativo;
- conclude contratti riguardanti l'attività propria dell'impresa, vincolanti per la stessa;
- non esercita alcuna delle attività indicate nel paragrafo 4 (esemplificazione negativa).

Concetti generali

Definizione modello  
OCSE

Ipotesi tipiche

Esemplificazioni

Il caso  
Philip Morris

## Agenti indipendenti Art. 5, paragrafo 6, Mod. OCSE

**Non** si configura una stabile organizzazione se l'agente è un mediatore, commissionario o intermediario con **status indipendente**.



Si verifica la condizione di status indipendente quando:

- vi è **indipendenza** giuridica ed economica dell'agente;
- il **rischio d'impresa** ricade sull'agente;
- l'**intermediario opera nell'ambito della sua attività (\*)**.

(\*) Il par. 37 del Commentario all'art. 5, configura una stabile organizzazione nel caso di un commissionario che non si limita a vendere i prodotti dell'impresa, ma agisce in qualità di agente dell'impresa stessa, nella stipulazione di contratti in via abituale.

[www.gebpartners.it](http://www.gebpartners.it)

Concetti generali

Definizione modello  
OCSE

Ipotesi tipiche

Esemplificazioni

Il caso  
Philip Morris

Ai fini della configurabilità di una stabile organizzazione personale, i requisiti posti dall'art. 5, commi 5 e 6, della Convenzione, che si ritiene abbiano natura cumulativa, possono essere così sintetizzati:

**a) titolarità ed esercizio abituale di poteri di rappresentanza:**

La sussistenza dei poteri di rappresentanza deve essere valutata non solo sul piano formale, ma anche sul piano sostanziale. Il potere di concludere contratti deve essere esercitato in modo ripetuto ed abituale.

**b) non indipendenza del soggetto;**

L'indipendenza di un soggetto va valutata sotto un profilo economico e non unicamente giuridico, tenuto conto del peso del committente rispetto al volume complessivo dell'attività del soggetto che esercita il potere di rappresentanza.

In ogni caso il requisito dell'indipendenza conduce ad escludere l'esistenza di una stabile organizzazione solo qualora il prestatore agisca nell'ambito della propria ordinaria attività ("in the ordinary course of their business").

**c) natura (non meramente "preparatoria o ausiliaria") dell'attività svolta;**

Va valutato se l'attività costituisce una parte essenziale o significativa dell'attività dell'impresa nel suo complesso.

[www.gebpartners.it](http://www.gebpartners.it)

## Esemplificazione positiva

Si tratta di una serie di ipotesi – peraltro non esaustive – considerate s.o. attraverso un meccanismo presuntivo che comporta un'inversione dell'onere della prova; in sostanza, la presunzione opera nel senso che l'installazione compresa nell'elenco costituisce s.o., salvo che il contribuente non dimostri concretamente l'inesistenza dei requisiti generali sopra ricordati.

- a) la *sede di direzione* inteso come il luogo in cui sono assunte decisioni significative in relazione all'attività d'impresa (es. *coordination center*);
- b) la *succursale* intesa come un ramo dell'impresa dotato di un certo grado di indipendenza economica e commerciale, di una propria organizzazione con separate registrazioni contabili, ma privo di autonomia giuridica;
- c) l'*ufficio* inteso come l'unità organizzativa preposta alla gestione degli aspetti amministrativi (ancorché non indipendente);
- d) l'*officina* intesa come il luogo in cui hanno luogo i processi strettamente produttivi (ancorché non indipendente)
- e) le *attività estrattive minerarie* per terra o per mare con esclusione delle attività di prospezione (nella redazione del modello OCSE non è stato raggiunto un accordo).

## Esemplificazione negativa

L'esclusione dell'esistenza di una S.O. nelle fattispecie incluse nell'esemplificazione negativa deriva da ragioni:

- di ordine economico in quanto si tratta di attività di carattere preparatorio o ausiliario
- di ordine pratico in quanto sarebbe difficile determinare la quota di utili attribuibile a tali attività.

## Esemplificazione negativa

- a) installazione ai soli fini di deposito, esposizione o consegna;
- b) beni e merci immagazzinate ai soli fini di deposito, esposizione o consegna;
- c) beni o merci immagazzinate ai soli fini della trasformazione;
- d) sede fissa utilizzata ai soli fini di acquisire beni o merci o raccogliere informazioni;
- e) sede fissa utilizzata ai soli fini di svolgere un'attività di carattere preparatorio o ausiliario;
- f) sede fissa utilizzata unicamente per qualsiasi combinazione delle attività precedenti purché l'attività della sede fissa nel suo insieme quale risulta dalla combinazione, sia di carattere preparatorio o ausiliario.

## Conseguenze dell'esistenza di una S.O. Art. 7 Convenzione Mod. OCSE

- ➔ Imponibilità in Italia degli eventuali redditi ivi prodotti (attraverso il principio della forza di attrazione globale o modificata);
- ➔ Possibilità che in base all'art. 7, comma 2 della Convenzione, vengano attribuiti alla s.o. *“i redditi ... che si ritiene potrebbero essere stati ricavati”* nell'altro Stato se tale s.o. *“fosse stata un'impresa indipendente, operante nelle stesse o simili condizioni e senza alcun legame con l'impresa cui appartiene”*;
- ➔ Attribuzione alla s.o. degli obblighi strumentali (contabilità, dichiarazione ecc.) all'imposizione tributaria in Italia e della configurazione come sostituto d'imposta (vedi nuovo art. 20 TUIR);
- ➔ Possibile imponibilità I.V.A. delle operazioni con la casa-madre.

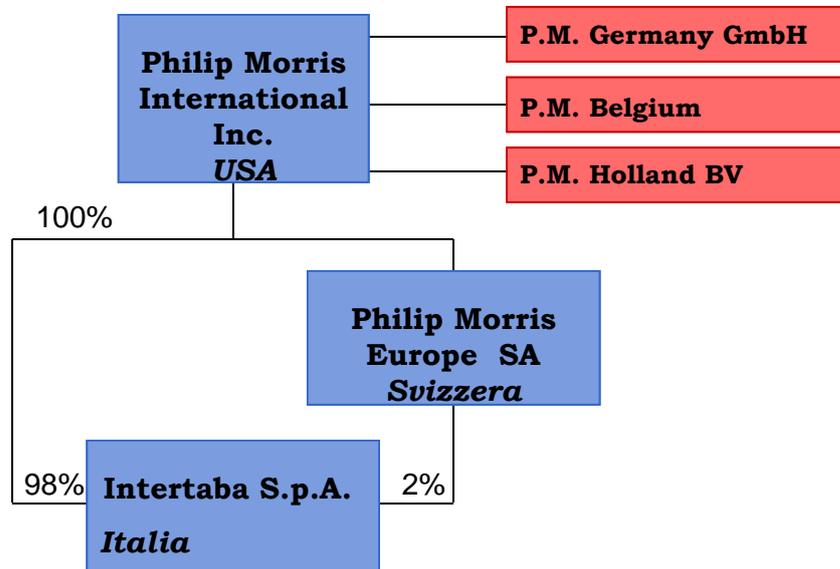
## Criterio di localizzazione dei redditi Art. 7 Convenzione Mod. OCSE

**I redditi sono attribuibili:**

- ✓ allo Stato in cui si trova la stabile organizzazione
- ✓ nella misura in cui tali redditi sono attribuibili alla S.O. stessa<sup>1</sup>

PRINCIPIO DELLA FORZA DI ATTRAZIONE GLOBALE	PRINCIPIO DELLA FORZA DI ATTRAZIONE MODIFICATA
➤ <b>Riconduce alla stabile organizzazione <u>tutti i redditi localizzati nel territorio dello Stato</u></b>	➤ <b>Riconduce alla stabile organizzazione <u>solo i redditi che derivano direttamente ed effettivamente dall'attività d'impresa svolta tramite la stessa</u></b>

## Caso Philip Morris



## I PRINCIPI ELABORATI DALLA CASSAZIONE SUL CASO PHILIP MORRIS

I principi elaborati dalla Cassazione – cui dovranno attenersi i giudici di rinvio (la Commissione tributaria regionale della Lombardia) – sono i seguenti:

- *“una società di capitali con sede in Italia può assumere il ruolo di stabile organizzazione plurima di società estere appartenenti allo stesso gruppo e perseguiti una strategia unitaria. In tal caso la ricostruzione dell’attività posta in essere dalla società nazionale, al fine di accertare se si tratti o meno di attività ausiliaria o preparatoria, deve essere unitaria e riferita al programma del gruppo unitariamente considerato”;*

## I PRINCIPI ELABORATI DALLA CASSAZIONE SUL CASO PHILIP MORRIS

- *“un’autonoma prestazione di servizi effettuata nel territorio nazionale verso corrispettivo, quando sussista un nesso diretto ed immediato tra prestazione e corrispettivo, costituisce operazione soggetta ad IVA e ai relativi obblighi di fatturazione o autofatturazione, dichiarazione e pagamento dell’imposta, indipendentemente dal suo inserimento in un contratto che preveda altre prestazioni a carico del beneficiario e dal fatto che quest’ultimo, non residente, abbia un centro di attività stabile in Italia”;*

## I PRINCIPI ELABORATI DALLA CASSAZIONE SUL CASO PHILIP MORRIS

- *“l’attività di controllo sull’esatta esecuzione di un contratto tra soggetto residente e soggetto non residente non può considerarsi, in linea di principio, ausiliaria, ai sensi degli artt. 5, paragrafo 4, del Modello OCSE e 5, paragrafo 3, lettera e), della convenzione tra Italia e Repubblica Federale di Germania”;*
- *“l’affidamento ad una struttura nazionale della funzione delle operazioni di affari (management) da parte di società non avente sede in Italia, anche se riguardante una certa area di operazioni, comporta l’acquisto, da parte di tale struttura, della qualità di centro di attività stabile ai fini IVA”;*

## I PRINCIPI ELABORATI DALLA CASSAZIONE SUL CASO PHILIP MORRIS

- *“l'accertamento dei requisiti del centro di attività stabile o stabile organizzazione, ivi compresi quello di dipendenza e quello di partecipazione alla conclusione di contratti, deve essere condotto non solo sul piano formale, ma anche – e soprattutto – su quello sostanziale”.*

### Strategie di insediamento: Società vs stabile organizzazione

Società	Branch
<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Requisiti minimi di capitalizzazione iniziale;</li> <li>➤ Nomina organi sociali autonomi;</li> <li>➤ Obblighi di revisione (in alcuni casi);</li> <li>➤ Deducibilità fiscale degli interessi passivi su finanziamenti ricevuti dalla casa -madre (salvo norme di <i>thin capitalization</i>);</li> <li>➤ Ritenuta sui dividendi (generalmente);</li> <li>➤ Limiti alla deducibilità della svalutazione delle partecipazioni possedute dalla controllante per utilizzare le perdite della controllata.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ No capitalizzazione iniziale minima;</li> <li>➤ Nessun organo sociale autonomo;</li> <li>➤ Nessun obbligo di revisione;</li> <li>➤ Problemi di deducibilità fiscale degli interessi passivi su finanziamenti ricevuti dalla casa - madre;</li> <li>➤ Nessuna ritenuta sul rimpatrio degli utili;</li> <li>➤ Possibilità di utilizzare le perdite da parte dell'<i>head office</i>.</li> </ul>

**Piergiorgio Valente**

**Mail:**

[p.valente@gebnetwork.it](mailto:p.valente@gebnetwork.it)

**Valente Associati GEB  
Partners**

**MILANO**

Viale Bianca Maria, 45 - 20122  
Tel. +39 02 762613.1  
Fax +39 02 76001091

**TORINO**

Via San Pio V, 27 - 10125  
Tel. +39 011 5628970  
Fax +39 011 5727604

[www.gebpartners.it](http://www.gebpartners.it)





# INTER TAX

## Operating Base and Taxation for Foreign Airline Companies Operating in Italy

Raffaele Rizzardi & Salvatore Mattia\*

*Article 38 of the so-called Development Decree provided a definition for 'operating base' for airline companies operating in the passenger traffic sector by means of an operating bases system.*

*The said provision aims to prevent controversies that had already arisen in the past with airline companies, which adopted the above business model, assimilating operating bases equipped with infrastructures and service staff to a permanent establishment and, therefore, compelling the said companies to comply with national tax and social security rules and regulations.*

### I PERMANENT ESTABLISHMENT AND VAT

With regard to Value Added Tax (hereinafter 'VAT'), Article 7 of Pres. Dec. No. 633/1972 merely refers to the concept of permanent establishment – for territorial aspects of the supply of services – without providing any specific definition, nor was any definition provided by the VI EU Directive (Directive 77/388/EC of 17 May 1977) which, ex Article 9, paragraph 1, refers to the so-called *permanent activity center* different from the seat, which – pursuant to the interpretation of the Court of Justice – requires that *it exhibits a sufficient degree of stability and a suitable structure, from the standpoint of human and technical equipment, such to provide independently the supply of services under consideration.*

Pursuant to the Court of Justice, the characterizing element of what constitutes a *permanent activity center* is without a doubt, in addition to being the fixed place of business available to the non-resident taxpayer, the permanent presence of human and technical means having the purpose to carry out operations that are VAT relevant; within a direct taxation system, instead, such elements may also occur severally.

Furthermore, under VAT legislation, the existence of a permanent activity centre is linked to the carrying out of an economic activity, whether it involves an enterprise, the arts or a profession, differently from treaty provisions (and from national legislation), which impart relevance to the permanent establishment for the unique purpose of taxing business incomes.

Article 11 of EEC Regulation 282 of 15 March 2011, providing implementing rules of Directive 2006/112/EC, designates the permanent establishment as:

- any organization, different from the seat of economic activity, characterized by a sufficient degree of permanence and a structure that is sufficiently suitable in terms of human and technical means such to provide and receive services supplied to the same for own requirements of the said organization;
- any organization, different from the seat of economic activity, characterized by a sufficient degree of permanence and a structure that is sufficiently suitable in terms of human and technical means such to allow the same to provide the services, which supply it guarantees.

Paragraph 3 of Article 11 under examination establishes that the mere fact of owning a VAT ID number is not in itself sufficient to deem that a taxpayer owns a permanent establishment.

### 2 PERMANENT ESTABLISHMENTS OF AIRLINE COMPANIES FOR DIRECT TAX PURPOSES

With reference to income tax, ascertaining the presence in Italy of a permanent establishment of a foreign airline company should follow the criteria set forth ex Article 162 of the Italian Income Tax Code (Hereinafter, TUIR); in the absence of a permanent establishment, no tax should be due in Italy.

#### Notes

\* Raffaele Rizzardi, "Of Counsel" at Valente Associati GEB Partners and Italian Representative at the CFE Fiscal Committee & Salvatore Mattia, Tax Partner at Valente Associati GEB Partners.

Furthermore, it would be appropriate to underline that, for direct tax purposes, Article 8 of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Model Convention against double taxation<sup>1</sup> (hereinafter, 'OECD Model') involves incomes deriving from activities carried out by means of watercrafts or aircrafts within an international traffic context.

The definition of *international traffic* is set forth under Article 3, paragraph 1), LTR. d), of the OECD Model, which states that the said expression refers to any kind of transportation (by sea or by air) carried out by an enterprise which has its place of effective management in a contracting State, save for the case in which transportation by ship or airplane occurs solely between the locations of the other contracting State.

Paragraph 1 of the above Article 8 provides, on the basis of general criteria, that profits deriving from an international transportation business, irrespective of the means of transportation used, are taxable in the State in which the place of the enterprise's effective management is located.

Therefore, just to provide an example, income realized by the Italian permanent establishment of a foreign airplane company, residing in Germany, which sells in Italy a passenger transport service for the Italy-Germany route, or the Italy-France route, will be exclusively taxable in Germany; income realized by the permanent establishment will be taxed exclusively in Italy for the sale of a ticket relating to an internal route within national territory (e.g., the income deriving from the sale of an airplane ticket from Rome to Milan).

Point 2 of paragraph 1 of the Commentary to Article 8 of the OECD Model provides that States are allowed to choose, as an alternative, to establish that such incomes be taxable in the enterprise's State of residence.

The subsequent point 3 of paragraph 1 of the Commentary provides that States may opt for the adoption of a *mixed* criterion (principle of effective place of management and principle of residence), by virtue of which the State where the effective place of management is located would have the right to subject to taxation the said incomes, whereas the provision set forth under Article 23 (regarding the elimination of double taxation) of the OECD Model would apply to the State of residence (where this latter is different from the first one).

Nevertheless, some Treaties against Double Taxation (hereinafter 'DTTs') stipulated by Italy (such as for example, the one with the United States (US)) provide ex Article 8 that *the profits of an enterprise of one contracting State deriving from the carrying out of activities – within an international traffic context – of watercrafts or aircrafts are taxable only in the said State.*

Ultimately, it should be noted how the mentioned DTT between Italy and the US, under point 6 of the Supplementary Protocol provides that:

(f)or the purposes of Article 8 (Marine and air navigation) of the Treaty and that notwithstanding any other provision under the Treaty, profits realized by a United States citizen who is not resident in Italy or by a United States company from the exercise of activities relating to watercrafts or aircrafts registered pursuant to U.S. laws, are not taxable in Italy.

### 3 THE CONCEPT OF OPERATING BASE

Article 38, paragraph 1, of Decree-Law 179/2012 (hereinafter Development Decree) introduced a provision defining *operating base* for airline companies.

In particular, the above provision establishes that:

(for) the purposes of aeronautical laws, the expression «base» identifies a complex of premises and infrastructures by means of which an enterprise carries out a permanent, habitual and ongoing air transportation activity, by availing itself of employees whose center of professional activities is therein located, in the sense that they work therein, start their service and return there upon having carried their own activities out. An air carrier owner of a permit to carry out its business activity issued by an EU Member State different from Italy is deemed as being established on national territory when it carries out air transport activities in a permanent, or ongoing, or habitual way starting from a base such as defined under the foregoing paragraph (...).

The said rule may have implications, especially when referring to those so-called *low-cost* carriers, which may be working through an operating bases system.

The difference between the so-called *traditional carriers* and low-cost airlines consists in the fact that:

- the traffic of traditional carriers converges on large continental hubs and close their last evening flights in various airports where they take off from on the following day;
- low-cost air carriers organize their traffic, by taking off from several operating bases from which all of the day's flights originate and close: each base avails itself of a given number of aircrafts, personnel, and ground services, but aircrafts as well as personnel are expected to return to the same operating base at the end of the day.

#### Notes

<sup>1</sup> For further details on Double Tax Conventions, cf. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", Milan, Ipsoa, 2012.

The introduction of the said rule would, therefore, assimilate an operating base equipped with infrastructures and staff to a permanent establishment, compelling airline companies operating on national territory through operating bases to comply with tax requirements in Italy.

Some particular issues might arise from the provision set out under the last paragraph of Article 38, paragraph 1, of Decree-Law 179/2012 as it establishes that *in derogation from Art. 3 of Law 212 of 27 July 2000, the paragraph hereof is applicable starting from the tax period in progress as at 31 December 2012.*

Please note that the mentioned Article 3 of Law No. 212/2000 (Taxpayer's Statute) establishes that tax provisions are not retroactive.

It might be worth underlining how, with reference to the so-called *service bases* even the INPS (i.e., 'Italian Social Security Office') issued, on 19 September 2012, Circular 115, which – under Chapter 1 – sets out *Special rules for employees for enterprises operating within the sector of civil aviation.*

To facilitate the application of European Community (EC) rules regarding laws on the question of flight and cabin crews, employed by enterprises operating in the civil aviation sector, the EC Legislator amended a number of provisions ex (EC) regulation 883/2004.

In particular, EU Regulation 465/2012 established that the EC definition for *service base* represents the criterion for the determination of the regulation that is applicable to flight and cabin crews.

Annex III of (EEC) Regulation 3922/91 defines *service base* as *the place, designated by the operator for each member of the crew, wherefrom the crew member usually starts and concludes a service period or a number of service periods and during which, under normal conditions, the operator is not liable for the supply of accommodations to the relevant crew member.*

Furthermore, (EU) Regulation 465/2012 amended Article 11 of (EC) Regulation 883/2004 by adding a new paragraph establishing that *an activity carried out by flight and cabin crew members in charge of passenger air transport or freight is deemed as an activity being carried out in the Member State in which the service base is located, such as defined under Annex III of (EEC) Regulation 3922/91.*

In order to define which legislation is applicable, Article 14, paragraph 5-*bis*, of (EC) Regulation 987/2009, as amended by (EU) Regulation 465/2012, provides that: *(...) flight and cabin crew members generally assigned to air transport services of passengers or freight that carry out an employment activity in two or more Member States, are subject to the laws of the Member State in which the service base is located (...).*

Hence, it appears that the objective is to prevent and eliminate any possible controversies which might arise with air carriers operating through an operating bases system (Ryanair is one of the most famous cases), by identifying in this latter a territorial link with the Italian State.



## APPROFONDIMENTO

# Attribuzione del reddito alla stabile organizzazione Il Rapporto OCSE del 2010

di Piergiorgio Valente

**Nel Rapporto del 2010, l'OCSE precisa che la determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione implica il calcolo dei profitti (o delle perdite) derivanti da tutte le attività, incluse le transazioni con parti indipendenti, con parti correlate e con le altre parti dell'impresa. Il metodo di analisi suggerito dall'OCSE è il c.d. "functionally separate entity approach", il quale implica un esame in due distinti steps.**

### 1. Premessa

Nell'ambito della fiscalità internazionale, il tema dei **prezzi di trasferimento** assume rilievo per transazioni commerciali intercorrenti tra *legal entities* localizzate in Stati diversi e facenti parte di gruppi di imprese.

Nella configurazione strutturale dei gruppi – e, in particolare, dei gruppi multinazionali – la localizzazione di una struttura imprenditoriale (produttiva e/o commerciale) all'estero può, in taluni casi, assumere la forma di **organizzazioni stabili d'impresa**, le quali, pur non avendo autonomia giuridica rispetto alla casa-madre (almeno dal punto di vista civilistico)<sup>1</sup>, possono

<sup>1</sup> Appare possibile, secondo la dottrina maggioritaria, individuare una nozione civilistica di "sede secondaria con rappresentanza stabile" ed una nozione fiscale di "stabile organizzazione", concetti che possono essere accomunati soprattutto per quello che concerne gli adempimenti di natura contabile e fiscale.

Sotto il profilo civilistico, la sede secondaria con rappresentanza stabile (c.d. "branch") di una società è rappresentata da una unità locale che si caratterizza per avere uno stabile apprestamento di mezzi destinati allo svolgimento dell'oggetto dell'attività della sede principale, una certa autonomia amministrativa e un definito potere di rappresentanza sia sostanziale che processuale. Tali caratteristiche la differenziano sensibilmente rispetto all'ufficio di rappresentanza, privo di autonomia amministrativa e di qualsivoglia potere di rappresentanza negoziale e processuale.

Ne deriva che, sebbene la sede secondaria con rappresentanza stabile non abbia autonomia giuridica rispetto alla società (casa-madre), essa è solitamente dotata di un elevato grado di autonomia funzionale e di gestione. In particolare, l'accennato potere di rappresentanza che viene affidato alla sede secondaria consente alla persona preposta alla direzione della sede secondaria stessa (preposto rappresentante della stabile organizzazione) di agire in nome e per conto della sede principale con continuità, impegnandola nei confronti dei terzi nel ciclo economico attivo dell'impresa. A titolo esemplificativo, il soggetto preposto alla direzione della rappresentanza stabile può validamente concludere contratti, assumere personale, rilasciare garanzie, accendere conti correnti e chiedere finanziamenti, eccetera; il tutto nei limiti dei poteri fissati nella procura e dei poteri previsti dagli artt. 2203 e seguenti del codice civile.

L'autonomia funzionale ed amministrativa della sede secondaria con rappresentanza stabile e, quindi, la capacità di concludere validamente contratti e di legittimazione processuale attiva e passiva del legale rappresentante hanno, quale naturale corollario, l'obbligo di iscrizione della sede secondaria nel Registro delle imprese dello Stato in cui essa viene localizzata, secondo le norme del diritto interno di tale Stato, per finalità di pubblicità e di tutela degli interessi dei soggetti con i quali la rappresentanza stabile è destinata ad interagire (cfr. art. 2197, comma 4, del codice civile).

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2008, pagg. 229 e seguenti.

essere qualificate come autonomi soggetti d'imposta nel territorio dello Stato in cui operano. Il tema dei prezzi di trasferimento può porsi non solo con riferimento a transazioni commerciali poste in essere tra società (*i.e.*, persone giuridiche) localizzate in Stati diversi, ma anche tra stabili organizzazioni di società del medesimo gruppo di imprese localizzate in Paesi diversi<sup>2</sup>.

Il concetto di stabile organizzazione viene utilizzato per determinare il diritto di uno Stato contraente di assoggettare a tassazione gli **utili** di un'impresa avente sede nell'altro Stato contraente.

Il paragrafo 1 dell'art. 5 del Modello OCSE definisce "stabile organizzazione" "una **sede fissa d'affari**, per mezzo della quale l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività"<sup>3</sup>. La definizione implica pertanto:

1. l'esistenza di una "sede di affari", vale a dire di un'installazione, di locali o, in alcuni casi, di macchinari o attrezzature;
2. la sede di affari deve essere "fissa"; essa deve essere stabilita in un luogo determinato con un certo grado di permanenza;
3. lo svolgimento dell'attività industriale o commerciale dell'impresa per mezzo della sede fissa di affari.

Il paragrafo 2 dell'art. 5 contiene una lista non esaustiva di casi in cui può considerarsi sussistere, *prima facie*, una stabile organizzazione<sup>4</sup>. Il paragrafo 3 dell'art. 5 prevede espressamente che un cantiere di costruzione o di montaggio costituisce stabile organizzazione soltanto se la sua durata è superiore a dodici mesi<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, 2009, pagg. 1207 e seguenti.

<sup>3</sup> Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, pagg. 229 e seguenti.

<sup>4</sup> Precisa il paragrafo 2: "L'espressione 'stabile organizzazione' comprende in particolare:  
 – una sede di direzione;  
 – una succursale;  
 – un ufficio;  
 – un'officina;  
 – un laboratorio;  
 – una miniera o giacimento petrolifero o di gas, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali".  
 Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, pagg. 235 e seguenti.

<sup>5</sup> Per determinare la durata del cantiere, non si deve tenere conto del tempo che l'appaltatore (imprenditore o impresa) ha trascorso in altri cantieri che non presentano alcun collegamento con il primo.

Mentre il paragrafo 4 dell'art. 5 elenca le attività industriali o commerciali che costituiscono eccezioni alla definizione generale enunciata al paragrafo 1, il paragrafo 5 stabilisce le condizioni in presenza delle quali un'impresa possa ritenersi disporre di una stabile organizzazione con riferimento alle attività di una persona che agisce per suo conto. Il paragrafo 5 si basa sull'assunto secondo cui solo le persone che hanno il potere di concludere contratti possono qualificarsi quale stabile organizzazione dell'impresa dalla quale dipendono. In tal caso, infatti, può ritenersi che la persona disponga del potere sufficiente per vincolare l'impresa nella partecipazione ad attività commerciali nello Stato considerato, purché tale potere sia esercitato abitualmente e non occasionalmente<sup>6</sup>.

Ai sensi del paragrafo 6, infine, un'impresa di uno Stato contraente – che svolge attività industriale o commerciale per il tramite di un **mediatore**, commissionario generale e di ogni altro intermediario che goda di uno **status indipendente** – non può essere assoggettata a tassazione nell'altro Stato contraente a motivo di tali attività se l'agente agisce nell'ambito della sua ordinaria attività. Una persona non sarà considerata stabile organizzazione dell'impresa per la quale agisce, solo se:

- a) è indipendente dalla impresa, sia giuridicamente sia economicamente; e
- b) agisce nell'ambito della sua ordinaria attività industriale o commerciale quando agisce per conto dell'impresa<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> L'espressione "potere di concludere contratti in nome dell'impresa" non limita l'ambito di applicazione del paragrafo a un agente che conclude contratti in nome dell'impresa; il paragrafo si applica parimenti a un agente che conclude contratti vincolanti per l'impresa anche se non effettivamente conclusi in nome di quest'ultima. L'assenza di un attivo coinvolgimento di un'impresa nelle operazioni può essere indicativo dell'attribuzione di poteri ad un agente. A titolo esemplificativo, si può considerare che un agente disponga di effettivi poteri di concludere contratti se promuove e riceve (senza formale finalizzazione) ordini inviati direttamente a un deposito dal quale i beni sono consegnati e dove la società estera regolarmente accetta le transazioni (cfr. paragrafo 32.1 del Commentario al paragrafo 5 dell'art. 5).

<sup>7</sup> La versione del 2008 del Modello OCSE aggiunge al Commentario all'art. 5 alcune disposizioni relative alla tassazione dei servizi. Dal combinato disposto dell'art. 5 e dell'art. 7 risulta che i profitti derivanti dai servizi prestati sul territorio di uno Stato contraente da imprese dell'altro Stato contraente, non sono soggetti a tassazione nel primo Stato se non sono imputabili a una stabile organizzazione ivi situata. I redditi derivanti dai servizi resi in un dato Stato dovrebbero essere tassati in tale Stato in base a principi universalmente accettati. Dal punto di vista del-

In data 22 luglio 2010 è stato pubblicato il documento OCSE “*2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*” il quale contiene le linee guida per l’attribuzione del reddito alla stabile organizzazione ai sensi dell’art. 7 del Modello OCSE<sup>8</sup>. Il presente lavoro si ripropone di fornire un commento a quanto in esso essenzialmente illustrato.

## 2. Il “*2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*”

Il “*2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*” (“Rapporto”) è stato pubblicato dall’OCSE in concomitanza con l’approvazione del documento che reca le modifiche alla versione del 2008 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni (“Modello OCSE”)<sup>9</sup>.

Il Rapporto contiene le linee guida interpretative del nuovo art. 7 e relativo Commentario del Modello OCSE<sup>10</sup> (riguardanti, appunto, l’attribuzione

l’origine dell’attività di impresa, lo Stato ove i servizi vengono prestati dovrebbe avere il diritto di assoggettare a tassazione i relativi redditi, anche quando i servizi non sono imputabili ad una stabile organizzazione.

Il Comitato Affari Fiscali dell’OCSE ritiene di dover circoscrivere le circostanze in cui gli Stati assoggettano a tassazione i redditi derivanti dai servizi prestati sul proprio territorio – da un’impresa di un altro Stato contraente – anche se non imputabili ad una stabile organizzazione. Tale potere impositivo non dovrebbe estendersi ai servizi prestati al di fuori del territorio dello Stato e dovrebbe esercitarsi soltanto sui redditi derivanti dai servizi stessi piuttosto che sui relativi corrispettivi di prestazione. Inoltre, dovrebbe essere garantito un livello minimo di presenza nello Stato che esercita il potere impositivo.

Sull’art. 5 del Modello OCSE, cfr. più ampiamente P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 229 e seguenti; P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 1207 e seguenti; P. Valente, *Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. La versione 2010*, in “*il fisco*” n. 33/2010, fascicolo n. 1, pagg. 5333 e seguenti.

<sup>8</sup> La versione 2010 del Rapporto segue quella del 2008, della quale peraltro riflette contenuto e conclusioni.

<sup>9</sup> Per approfondimenti sulle novità introdotte dalla versione del 2010 del Modello OCSE, cfr. P. Valente, *Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. La versione 2010*, op. cit.

<sup>10</sup> Prevede il nuovo art. 7 del Modello OCSE:  
 “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.  
 2. For the purposes of this Article and Article [23 A] [23B],

del reddito alla stabile organizzazione) e non influisce sui criteri di individuazione della sede fissa di affari ai sensi dell’art. 5 del Modello OCSE.

Nella pratica, l’OCSE ha riscontrato la necessità, a tutela del contribuente, di garantire l’applicazione e l’interpretazione uniforme del principio dell’*arm’s length* alle stabili organizzazioni<sup>11</sup>.

Nel 2008 è stato pertanto adottato il Rapporto “*Attribution of Profits to Permanent Establishments*” con l’obiettivo di individuare l’approccio preferibile nell’attribuzione del reddito “*to a permanent establishment under Article 7 given modern-day multinational operations and trade*”. Il Comitato Affari Fiscali ha ritenuto che le conclusioni raggiunte nel Rapporto del 2008 dovessero essere trasposte nell’art. 7 e relativo Commentario, ai fini della negoziazione di futuri trattati bilaterali.

Il testo del nuovo art. 7 e relativo Commentario pertanto riflette – essendone conseguenza – le conclusioni contenute nel suindicato Rapporto del 2008 e trasfuse nel Rapporto del 2010, oltre i commenti contenuti nel *discussion draft* “*Revised discussion draft of a new Article 7 of the OECD Model Tax Convention*” del 24 novembre 2009<sup>12</sup>.

Il Rapporto del 2010 si compone di quattro Parti:

*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.*

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.

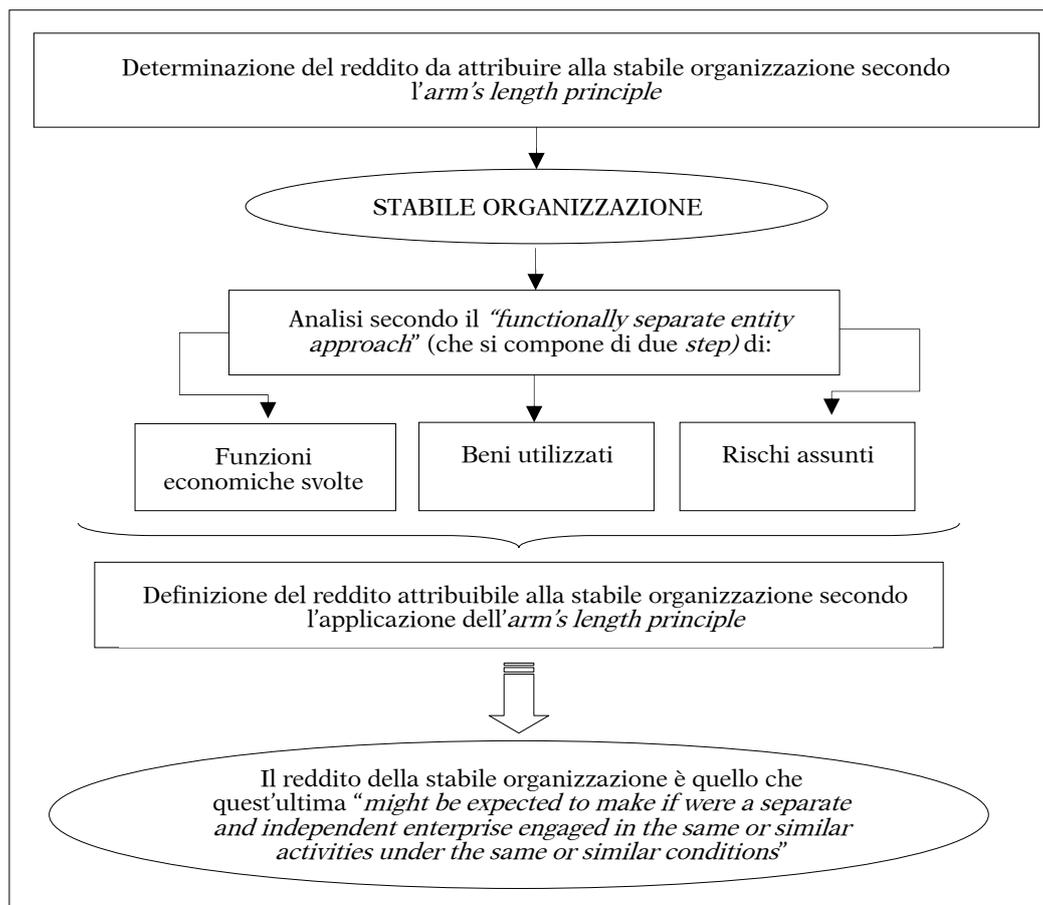
4. Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article’.

<sup>11</sup> Per approfondimenti sul principio dell’*arm’s length* in materia di *transfer pricing*, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit.

<sup>12</sup> Cfr. [http://www.oecd.org/document/27/0,3343,en\\_2649\\_33747\\_44117467\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/27/0,3343,en_2649_33747_44117467_1_1_1_1,00.html).

- la **Parte I** effettua considerazioni generali in merito all'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione, a prescindere dal settore di attività in cui l'impresa opera;
- la **Parte II** illustra l'applicazione dei **criteri di determinazione del reddito** della stabile organizzazione con riferimento all'attività bancaria;
- la **Parte III** effettua considerazioni speciali sull'applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione alle imprese che svolgono attività di **trading di strumenti finanziari**;
- la **Parte IV** effettua considerazioni speciali sull'applicazione dei criteri di determinazione del reddito delle stabili organizzazioni delle **compagnie di assicurazione**.

**Tavola 1** – Determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione



### 2.1. Considerazioni generali sull'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione

La Parte I del Rapporto è incentrata sull'interpretazione ed applicazione dell'art. 7 del Modello OCSE, nella versione del 2010. In particolare, il nuovo paragrafo 2 dell'articolo prevede che, nel determinare il reddito *at arm's length* da attribuire alla stabile organizzazione, bisogna tenere conto delle *"functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise"*.

Il reddito imputabile alla stabile organizzazione è quello che quest'ultima *"might be expected to make if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions"*<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Come indicato nei *Preliminary remarks* del nuovo Commentario all'art. 7 del Modello OCSE, quest'ultimo articolo disciplina l'allocatione 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 red-

Il Rapporto precisa che la determinazione del reddito della stabile organizzazione implica il calcolo dei profitti (o delle perdite) derivanti da **tutte le attività**, incluse:

- le transazioni con **parti indipendenti**;
- le transazioni con **parti correlate**;
- i “*dealings*” con le **altre parti dell’impresa** (c.d. “*functionally separate entity approach*”)<sup>14</sup>.

L’applicazione del c.d. “**functionally separate entity approach**” nell’interpretazione del paragrafo 2 dell’art. 7 richiede un’analisi che 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 “*from all its activities, including transactions with other unrelated enterprises, transactions with related enterprises (...) and dealings with other parts of the enterprise (...)*”.

### Il primo step

Il primo *step* implica una “*functional and factual analysis*” diretta a:

- attribuire alla stabile organizzazione **diritti ed obblighi** derivanti dalle **transazioni** che coinvolgono l’impresa di cui la medesima stabile organizzazione è parte;
- individuare gli **assets** “economicamente posseduti” e/o utilizzati dalla stabile organizzazione. Il Rapporto precisa che le conseguenze dell’attribuzione dell’“*economic ownership*” de-

diti dalla stessa prodotti non possono che essere assoggettati a tassazione nel primo Stato (cfr. in particolare il nuovo paragrafo 1 del Commentario all’art. 7).

<sup>14</sup> Tale approccio è individuato, nell’ambito del Rapporto, 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, paragrafo 10, del Rapporto).

gli *assets* alla stabile organizzazione, sulla determinazione del reddito da effettuarsi nell’ambito del secondo *step*, dipendono non solo dal tipo di *assets*, ma anche dalla tipologia di attività di *business* per il quale sono utilizzati;

- attribuire alla stabile organizzazione i **rischi inerenti alle funzioni svolte** (e da individuarsi), tenendo altresì in considerazione l’eventuale trasferimento dei medesimi rischi o della loro gestione ad altre “*parts*” dell’impresa o ad altre imprese<sup>15</sup>. La “*functional and factual analysis*” implica l’attribuzione alla stabile organizzazione, in via preliminare, di ogni rischio inerente alle funzioni svolte dal personale dell’ente e prende in considerazione altresì ogni transazione relativa al trasferimento dei rischi o della gestione degli stessi<sup>16</sup>;
- attribuire alla stabile organizzazione c.d. “*free capital*” (i.e., “*funding that does not give rise to a tax deductible return in the nature of interest*”), al fine di assicurare un’imputazione di reddito alla stabile organizzazione nel ri-

<sup>15</sup> Tra i rischi inerenti alle funzioni svolte vi è anche il rischio fiscale. L’espressione “rischio fiscale” può assumere diverse accezioni. Decisioni, attività e operazioni assunte da un’organizzazione aziendale possono generare aree di incertezza sul rischio relativo all’attività di *business*. Alcune di esse riguardano gli aspetti fiscali. In particolare concernono:

- l’applicazione, a determinate circostanze, della normativa e della prassi fiscale in vigore in un Paese diverso da quello in cui ha sede l’impresa; oppure
- la definizione di un sistema ottimale di gestione dell’attività d’impresa al fine di ottimizzarne la variabile fiscale.

La gestione del rischio fiscale nei gruppi multinazionali implica, quindi, l’amministrazione e il controllo di tali aree di incertezza al fine di prevenire la nascita di controversie con le autorità fiscali competenti dei Paesi in cui si svolge l’attività di *business*. La strategia per la gestione del rischio fiscale deve tenere conto della capacità dell’impresa di assumere determinati livelli di tale rischio in circostanze diverse. La massimizzazione delle opportunità di *business* deve essere bilanciata da una oculata gestione del rischio comunque relativo a queste ultime.

Una politica aziendale di gestione del rischio fiscale (c.d. “*tax risk management*”) deve perciò determinare:

- il valore da raggiungere nell’assunzione del rischio;
- la riduzione dei costi la quale consegue alla riduzione del rischio;
- le risorse necessarie per la gestione delle opportunità e dei rischi sottostanti.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 1615 e seguenti.

<sup>16</sup> Nel Rapporto si rileva che, in considerazione della natura dell’attività svolta dall’impresa, “*some risks will be related to the potential loss in value of assets attributed to the PE while some other risks will be created by activities and not necessarily linked to the simple existence of the assets (e.g. liability risks)*” (cfr. Parte I, paragrafo 25, del Rapporto).

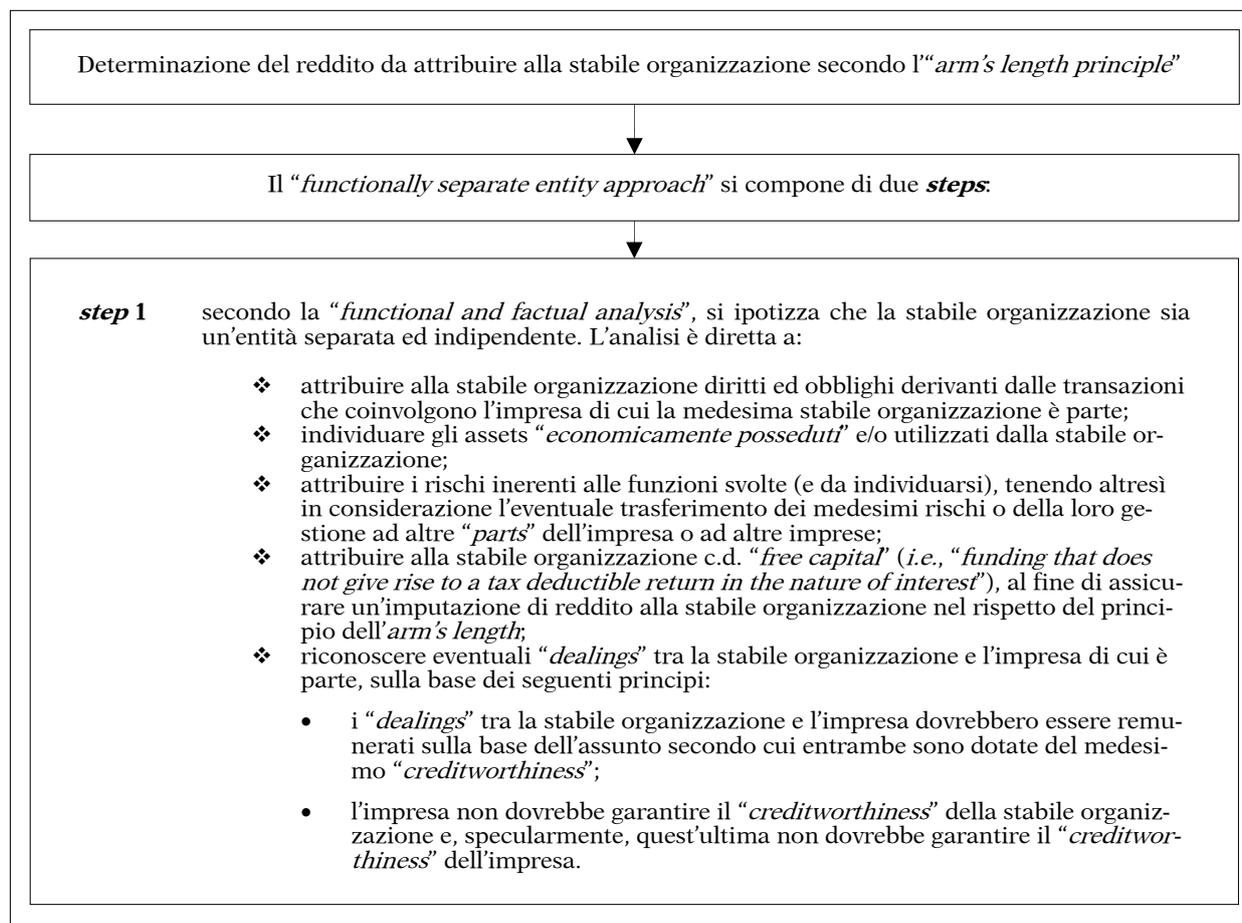
spetto del principio dell'*arm's length*. Il Rapporto precisa che il punto di partenza per l'attribuzione di capitale è rappresentato dalla considerazione secondo cui, nel rispetto del principio di libera concorrenza, la stabile organizzazione dovrebbe essere dotata di risorse adeguate a supportare le "*functions it undertakes, the assets it economically owns and the risks it assumes*";

- riconoscere eventuali **accordi/transazioni** ("*dealings*") tra la stabile organizzazione e

l'impresa di cui è parte, sulla base dei seguenti principi:

- i "*dealings*" tra la stabile organizzazione e l'impresa dovrebbero essere remunerati sulla base dell'assunto secondo cui entrambe sono dotate della medesima capacità di credito ("*creditworthiness*")<sup>17</sup>;
- l'impresa non dovrebbe garantire il "*creditworthiness*" della stabile organizzazione e, specularmente, quest'ultima non dovrebbe garantire quello dell'impresa<sup>18</sup>.

**Tavola 2 – Il "functionally separate entity approach": step 1**



### **Il secondo step**

Il secondo *step* prevede la **determinazione del prezzo at arm's length** – ed in conformità con

le Linee Guida dell'OCSE in materia di *transfer pricing* – dei "*recognised dealings*"<sup>19</sup>, mediante:

<sup>17</sup> "*Save in exceptional circumstances, all parts of the enterprise have the same creditworthiness. This means that dealings between a PE and the rest of the enterprise of which it is a part should be priced on the basis that both share the same creditworthiness (...)*" (Parte I, paragrafo 36, del Rapporto).

<sup>18</sup> "*There is no scope for the rest of the enterprise to guarantee the PE's creditworthiness, or for the PE to guarantee the creditworthiness of the rest of the enterprise*" (Parte I, paragrafo 36, del Rapporto).

<sup>19</sup> L'utilizzo del termine "*dealing at arm's length*", che rappresenta il presupposto per l'applicazione della disciplina del *transfer pricing*, può essere ricondotto agli inizi degli anni Trenta negli Stati Uniti ed è apparso ufficialmente

- la determinazione della **comparabilità tra i** suindicati “*dealings*” e le “*uncontrolled transactions*”;

per la prima volta nelle *US Treasury Regulations* emanate nel 1935. Tale concetto è stato inserito nelle convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dalla Francia, dal Regno Unito e dagli Stati Uniti negli anni Venti e Trenta del XX secolo. A livello internazionale l'introduzione dell'*arm's length principle* è seguita all'analisi del problema della doppia imposizione internazionale, divenuto particolarmente critico al termine della I Guerra Mondiale, a seguito di un incremento del livello di tassazione.

Tale problema fu particolarmente sentito dalla Camera di Commercio Internazionale e dalla Lega delle Nazioni, il cui *Economic & Financial Committee* diede vita ad un *Fiscal Committee* composto da economisti per tentare di risolvere le criticità connesse alla tassazione internazionale delle società e alla doppia imposizione.

Un primo *draft* di Modello di Convenzione del 1927 prevedeva che il diritto di tassare gli utili di un'impresa spettasse allo Stato in cui la società aveva costituito una stabile organizzazione (art. 5). L'allocatione degli utili doveva in primo luogo essere condotta avendo riguardo ai profitti effettivamente realizzati dalla stabile organizzazione (*separate accounting method*). Qualora ciò non fosse stato possibile, l'Amministrazione finanziaria poteva ricorrere all'applicazione di formule matematiche basate sull'ammontare del capitale investito, dei salari e del *turnover* (formula nota come *fractional apportionment*, divenuta nota nei nostri giorni come *formulary apportionment*). Nel corso del 1928 l'Assemblea Generale dei rappresentanti degli Stati membri della Lega delle Nazioni adottò la formulazione del Modello di convenzione del 1927, elaborando contemporaneamente tre differenti versioni del Modello di convenzione contro la doppia imposizione.

L'applicazione del metodo previsto dall'art. 5 del primo *draft* di Modello di convenzione è stato oggetto di un'attenta analisi condotta in 35 Paesi i cui risultati possono essere riassunti come segue:

- il *separate accounting method* risultava essere il metodo maggiormente utilizzato tra i Paesi oggetto di indagine. In particolare, si rilevava come “*this may entail (...) an inquiry into the relations between the local branch and other establishment (branches or subsidiaries) of the parent enterprise, which involve, for example, consideration of the price at which goods have been invoiced to the branch (...) and the amounts charged to the branch for services or representing a portion of overhead expenses*”;
- come alternativa al metodo precedentemente esposto si era riscontrata l'applicazione di un c.d. *empirical method*, quando le Amministrazioni finanziarie ritenevano che le informazioni contenute nei bilanci delle società non fossero veritiere;

- la selezione ed applicazione del **metodo** di determinazione del prezzo più appropriato, tenendo in considerazione le funzioni svolte, gli *assets* posseduti e i rischi attribuiti alla stabile organizzazione<sup>20</sup>.

Coerentemente con quanto previsto nel Rapporto, il paragrafo 2 del nuovo art. 7 del Modello OCSE prevede che nel determinare il reddito *at arm's length* da attribuire alla stabile organizzazione bisogna tenere conto delle “*functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise*”.

Come precisato dal nuovo paragrafo 15 del Commentario all'art. 7, il paragrafo 2 dell'articolo fissa la regola principale per la determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione: il reddito della stabile organizzazione è quello che quest'ultima “*might be expected to make if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions*”<sup>21</sup>.

– un terzo metodo utilizzato da Spagna e Svizzera e da altri paesi negli anni oggetto di analisi era il *fractional apportionment*.

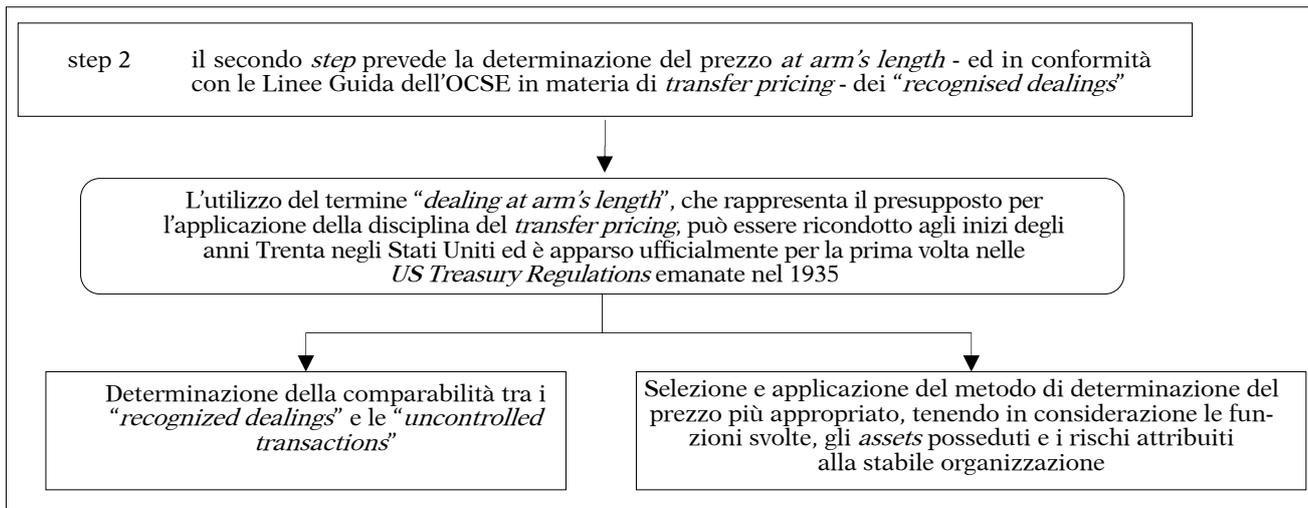
Sulla base delle risultanze di tale analisi, la Lega delle Nazioni nel 1933 presentò un nuovo *draft* di Modello di Convenzione in cui faceva per la prima volta comparso il principio dell'*arm's length*. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 25 e seguenti.

<sup>20</sup> “(...) *the arm's length remuneration of dealings should be determined, under the authorised OECD approach, by applying the traditional transaction methods (CUP, resale price, and cost plus) or, where such methods cannot be applied reliably, the transactional profit methods (profit split and TNMM)*” (cfr. Parte I, paragrafo 44, del Rapporto).

<sup>21</sup> Analogamente, i parr. 20 e seguenti del Commentario al nuovo art. 7 del Modello OCSE prevedono che l'analisi è svolta in due distinti *steps*. Il primo *step* è rappresentato da una “*functional and factual analysis*”; il secondo *step* prevede la determinazione del prezzo *at arm's length* ed in conformità con le Linee Guida dell'OCSE in materia di *transfer pricing*, dei “*recognised dealings*”.

Per approfondimenti sull'art. 7 del Modello OCSE, nella versione 2008 e 2010, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 347 e seguenti; P. Valente, *Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. La versione 2010*, op. cit.

**Tavola 3 – Il “functionally separate entity approach”: step 2**



**2.2. L'applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione con riferimento all'attività bancaria**

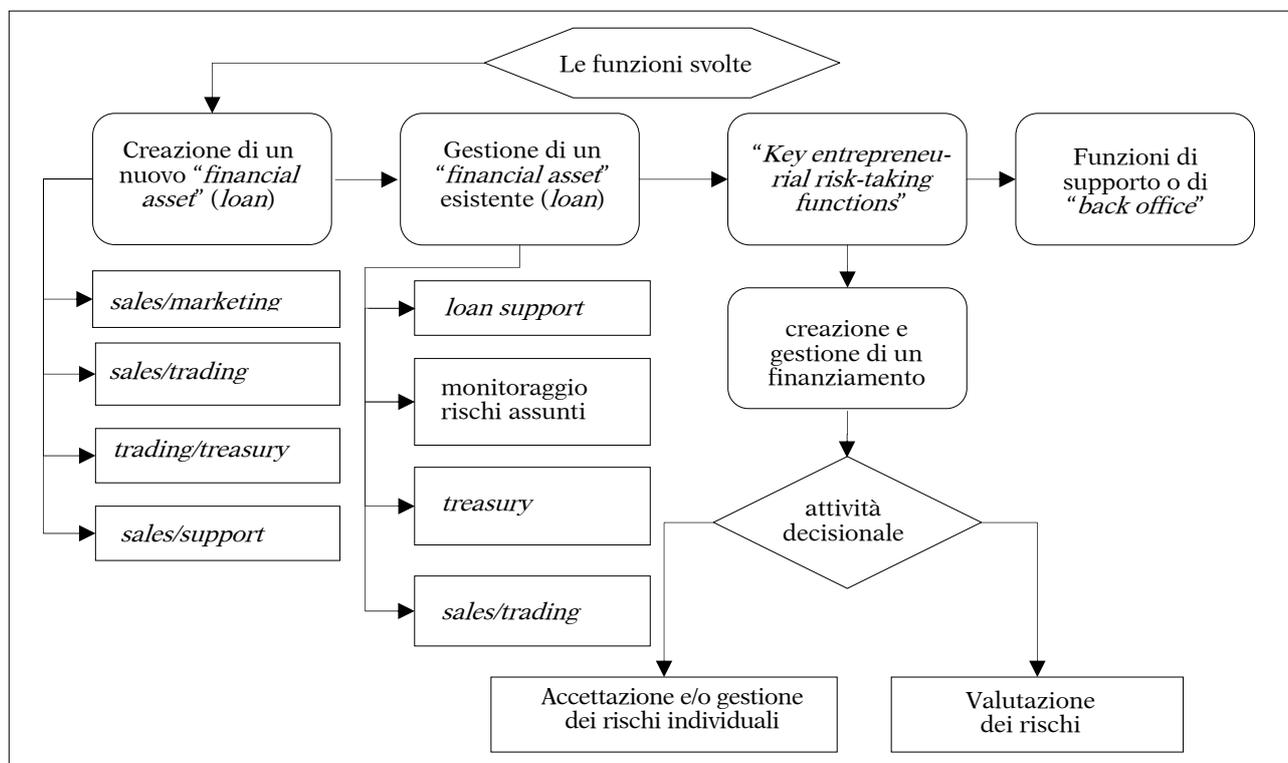
La Parte II del Rapporto illustra le modalità di applicazione del c.d. “**functionally separate entity approach**” alle imprese che svolgono **attività bancaria** per il tramite di una stabile organizzazione.

Nello svolgimento della “*functional and factual analysis*” bisogna tenere in considerazione:

1. le **funzioni svolte**;
2. gli **assets** utilizzati;
3. i **rischi** assunti;
4. il “**capital and funding**”;

i quali, nel settore bancario, presentano alcune peculiarità.

**Tavola 4 – La “functional and factual analysis” riferita all'attività bancaria: le funzioni svolte**



### Le funzioni svolte

Tra le funzioni svolte, il Rapporto individua:

- le funzioni relative alla creazione di un nuovo “*financial asset*” (*loan*): *sales/marketing, sales/trading, trading/treasury, sales/support*<sup>22</sup>;
- le funzioni riguardanti la gestione di un “*financial asset*” esistente (*loan*): *loan support, monitoraggio dei rischi assunti, treasury, sales/trading*;
- *key entrepreneurial risk-taking functions*, relative alla creazione e alla successiva gestione di un finanziamento. Secondo il Rapporto le *key entrepreneurial risk-taking functions* implicano un’attività decisionale con riferimento all’accettazione e/o alla gestione dei rischi individuali e dei *portfolios of risks*;
- funzioni di supporto o di *back-office*. Trattasi di funzioni generalmente definite anche di “*middle office*” e si distinguono dalle funzioni di “*front office*”<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Il Rapporto precisa che per la negoziazione e conclusione di una transazione bancaria tradizionale che conduce alla creazione di un “*financial asset (a loan)*”, vengono di norma svolte le seguenti funzioni:

- “a) *Sales/Marketing - e.g. cultivating potential clients, creating client relationships and inducing clients to start negotiating offers of business*;
- b) *Sales/Trading - e.g. negotiating the contractual terms with the client, deciding whether or not to advance monies and, if so, on what terms, evaluating the credit, currency and market risks related to the transaction, establishing the creditworthiness of the client and the overall credit exposure of the bank to the client, deciding what levels of credit, currency and market risk to accept, pricing the loan, considering whether collateral or credit enhancement is needed and committing the bank (and its capital) to the loan and its associated risks, etc.*;
- c) *Trading/Treasury - e.g. raising funds and capital, taking deposits, raising funds on the most advantageous terms, making the funds available; and*
- d) *Sales/Support - e.g. checking draft contracts and completing the contract formalities, resolving any outstanding legal issues, checking any collateral offered, signing the contract, recording the financial asset in the books and disbursing the loan proceeds*” (cfr. Parte II, paragrafo 7, del Rapporto).

<sup>23</sup> Il Rapporto precisa che le funzioni di “*back office*” normalmente attribuiscono “*less economic value to the business than the middle or front office functions and so deserve a lower reward. It should be borne in mind, however, that although the terms «back», «middle» and «front office» are commonly used in describing the functions of a banking enterprise, there is nothing in the authorised OECD approach that requires attention to be given to such distinctions. The authorised OECD approach rather is concerned with identifying the key entrepreneurial risk-taking functions without regard to the label given to the function or activity, but based on a functional and factual analysis. Whether a particular activity is a key entrepreneurial risk-taking function will depend on the facts and circumstances of the particular*

### Gli assets utilizzati

Con riferimento agli *assets* utilizzati, il Rapporto rileva come gli istituti bancari normalmente utilizzano “*physical assets*”, quali locali e materiale informatico. Gli Stati membri dell’OCSE in genere concordano nell’utilizzare il “*place of use*” quale criterio per l’attribuzione della proprietà economica dei “*tangible assets*”.

La “*functional and factual analysis*” dovrebbe inoltre tenere in considerazione l’utilizzazione di eventuali “*intangible assets*”.

Nel settore bancario, un *intangible* molto diffuso è rappresentato dalla denominazione, dalla reputazione, dal marchio o logo dell’istituto bancario (c.d. “*marketing intangible*”). Altri rilevanti *intangibles* assumono la caratteristica di “*trade intangibles*” e sono rappresentati, ad esempio, dai sistemi per la massimizzazione di un uso efficiente di “*regulatory capital*” e per il monitoraggio delle varie tipologie di rischi.

### I rischi assunti

Nel settore in commento, la valutazione dei rischi assume primaria importanza. Nello svolgimento della “*functional and factual analysis*” vengono in considerazione soprattutto i seguenti rischi, assunti nella concessione dei finanziamenti:

- *credit risk*: rischio di inadempimento da parte del cliente, con riferimento al pagamento della somma capitale e degli interessi<sup>24</sup>;
- *market interest rate risk*: rischio di rilevante variazione del tasso di interesse applicato al momento della concessione del finanziamento<sup>25</sup>;
- *market foreign exchange risk*: rischio di rilevante variazione del tasso di cambio applicato

*business. The functional and factual analysis will determine whether the activity is a key entrepreneurial risk-taking function or a support function (e.g. economic analysis of interest rate trends).*

*Functions other than key entrepreneurial risk-taking functions still need to be taken into account in attributing arm’s length profits to the PE, but economic ownership of assets is not attributed to such functions”* (cfr. Parte II, paragrafo 13, del Rapporto).

<sup>24</sup> Il Rapporto definisce il *credit risk* quale “*risk that the customer will be unable to pay the interest or to repay the principal of the loan in accordance with its terms and conditions*” (cfr. Parte II, paragrafo 18, del Rapporto).

<sup>25</sup> Precisa il Rapporto che il *market interest rate risk* può presentarsi sotto diversi aspetti, a seconda della natura del tasso di interesse applicato: “*the borrowing could be fixed but the lending floating or even if both the lending and borrowing are floating there could be a mismatch in timing. Interest rate risk can also arise due to the behavioural effects of market movements on the bank’s customers. For example, a decline in interest rates may encourage customers to prepay fixed-rate loans*” (cfr. Parte II, paragrafo 18, del Rapporto).

al momento della concessione del finanziamento<sup>26</sup>.

Altri rischi rilevanti sono rappresentati dal *country risk* e dal *legal risk*, mentre il Rapporto precisa che devono essere identificati tutti i rischi connessi all'attività bancaria, inclusi i c.d. *off-balance sheet risks*, i quali possono derivare da “*items that do not appear on the balance sheet*”<sup>27</sup>.

### **Il “capital and funding”**

Il capitale riveste importanza fondamentale per gli istituti bancari in ragione dei rischi da questi assunti. Esso individua la capacità della banca di assorbire le eventuali perdite connesse alla “materializzazione” dei rischi assunti.

<sup>26</sup> Il rischio di cambio deriva dalla possibilità che un cambiamento del rapporto di cambio tra due valute incida sul risultato economico di una operazione. Le imprese che operano sui mercati esteri e che, quindi, sono generalmente esposte a tale rischio devono gestirlo salvaguardando la redditività operativa dell'impresa adottando misure non finanziarie per far fronte alla variazione dei tassi di riferimento.

Gli strumenti più usati per la copertura dei rischi di cambio sono:

- Operazioni a termine (*Forward*);
- *Domestic Currency Swap*;
- Opzioni;
- Finanziamenti in valuta.

Le operazioni a termine consistono nella stipula di un contratto di compravendita con prezzo fissato al momento della stipula, il cosiddetto “prezzo a pronti” ed una ad esecuzione futura, ad un “prezzo a termine”. Quest'ultimo incorpora il valore dei tassi di interesse. Nel caso delle valute l'acquisto o la vendita a termine consiste nello scambio di una valuta (a) contro valuta differente (b) ad una data futura e ad un cambio fissato, che può essere pari al cambio corrente o *spot*, aumentato o ridotto in funzione delle valute coinvolte.

Lo *swap* è un'evoluzione delle operazione a termine, che non prevede lo scambio effettivo della valuta alla data fissata ma solamente l'accredito o l'addebito del differenziale finanziario che si è prodotto durante l'operazione.

Le opzioni sono il tipico strumento di copertura che consentono all'acquirente la possibilità, ma non l'obbligo, di esercitarle nel caso in cui lo ritenesse conveniente.

In particolare, l'opzione conferisce il diritto di acquistare (opzione *call* o rialzista), o vendere (opzione *put* o ribassistista) una quantità di valuta ad un prezzo e ad una data prestabiliti.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 1624 e seguenti

<sup>27</sup> “*Preparation of a balance sheet is generally done in accordance with accounting standards and to satisfy corporate or other regulatory requirements. The authorised OECD approach by way of contrast is not restricted to an analysis based on accounting standards or satisfaction of corporate or other regulatory requirements. Consequently, the functional analysis would need to identify all risks including those related to off-balance sheet items that may need to be taken into account in the application of the arm's length principle*” (cfr. Parte II, paragrafo 20, del Rapporto).

L'ammontare minimo del capitale (c.d. *regulatory capital*) di cui le banche devono disporre dipende dai rischi che assumono. Gli istituti bancari, inoltre, necessitano di fondi per la creazione di *financial assets*, come i finanziamenti, i quali a loro volta generano reddito sotto forma di interessi o altra equivalente tipologia. Tali risorse possono derivare da diverse fonti:

- *equity capital*;
- *retained earnings*;
- *deposits from customers*;
- altre forme di *debt funding*, quali i finanziamenti onerosi, inclusi i *subordinated debt*.

Per tale ragione la “*functional and factual analysis*” non può prescindere dall'esame delle questioni relative all'adeguatezza e all'attribuzione del capitale.

Un importante fattore da prendere in considerazione nell'ambito di un'analisi di *transfer pricing* concernente gli istituti finanziari è la capacità di credito (“*creditworthiness*”)<sup>28</sup> in quanto influisce sulla capacità di concedere finanziamenti, sul tasso di interesse praticato e sui margini di guadagno<sup>29</sup>.

### **2.3. L'applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione alle imprese che svolgono attività di trading di strumenti finanziari**

La Parte III del Rapporto prende in considerazione il “**global trading**” di strumenti finan-

<sup>28</sup> Il Rapporto definisce il “*creditworthiness*” come “*perception by an independent party, e.g. a credit rating agency, of the likelihood that a company (e.g. a bank) will meet its commitments in respect of any borrowings it has made and investments it has received. A number of factors are taken into account, the amount of regulatory and «free» capital of the borrowing bank obviously being an important factor. Other relevant factors include a solid reputation, good management, risk profile, regulatory status, ability to raise fresh equity and a history of consistently high profitability. Certain types of «niche» business are restricted to banking enterprises with the highest creditworthiness (e.g. some borrowers will only transact with AAA-rated counterparties)*” (cfr. Parte II, paragrafo 30, del Rapporto).

<sup>29</sup> Precisa il Rapporto che “*in the absence of deposit insurance, the creditworthiness of a bank is inversely related to the interest rate it pays to its investors (its depositors and holders of its debt instruments). The lower the creditworthiness of the bank the higher the interest rate it pays to its investors. The risk premium represents the additional return (in the form of a higher interest rate) that the investor expects to receive as compensation for investing in a riskier bank (e.g. one with a AA credit rating) rather than investing on the same terms in a safer bank (e.g. one with a AAA credit rating)*” (cfr. Parte II, paragrafo 30, del Rapporto).

**ziari**, attività normalmente svolta dagli **istituti finanziari**, anche diversi dalle banche. Essa illustra, in particolare, le linee guida per l'applicazione degli artt. 7 e 9<sup>30</sup> del Modello OCSE al “*global trading*”.

Innanzitutto, viene fornita la definizione di “*global trading*”, intesa quale attività che include:

- “*underwriting and distributing products*” su base globale;
- “*acting as market-maker in physical securities*” e strumenti derivati;
- “*acting as a broker*” nel contesto di transazioni su “*stock*” e “*commodities exchanges*”;
- lo sviluppo di nuovi prodotti in ragione delle esigenze delle istituzioni finanziarie<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> La disposizione di cui all'art. 9 del Modello OCSE fa riferimento alle rettifiche di utili effettuate dall'Amministrazione finanziaria nel caso in cui operazioni tra imprese correlate (*i.e.*, tra società madri e società figlie ovvero tra società soggette ad un comune controllo) siano state poste in essere a condizioni diverse da quelle applicabili in situazioni di libera concorrenza. Esso prevede:

“1. Allorché

a) un'impresa di uno Stato contraente partecipa, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa dell'altro Stato contraente, o

b) le medesime persone partecipano, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa di uno Stato contraente o dell'impresa di un altro Stato contraente e, nell'uno e nell'altro caso, le due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni, convenute o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che, a causa di dette condizioni, non sono stati realizzati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza.

2. Allorché uno Stato contraente include fra gli utili di un'impresa di detto Stato – e di conseguenza assoggetta a tassazione – utili sui quali un'impresa dell'altro Stato contraente è stata sottoposta a tassazione in detto altro Stato, e gli utili così inclusi sono utili che sarebbero maturati a favore dell'impresa del primo Stato, se le condizioni fissate fra le due imprese fossero state quelle convenute fra imprese indipendenti, allora detto altro Stato farà un'apposita correzione dell'importo dell'imposta ivi applicata su tali utili.

Nel determinare tali correzioni, dovrà usarsi il dovuto riguardo alle altre disposizioni della presente Convenzione e le autorità competenti degli Stati contraenti si consulteranno, ove necessario”.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 815 e seguenti.

<sup>31</sup> Il Rapporto rileva che nel settore finanziario, l'espressione “*global trading*” rappresenta “*the catch-all phrase that focuses on the capacity of financial institutions to execute customers' orders in financial products in markets around the world and/or around the clock. This activity includes underwriting and distributing products on a world-wide basis, acting as a market-maker in physical securities (i.e. the traditional bond and equity markets) and in derivative*

Il reddito derivante dallo svolgimento delle suindicate attività consiste principalmente in **dividendi ed interessi**, “*trading gains*”, ricavi da “*notional principal contracts*” e derivati, *fees* connessi alla realizzazione di transazioni, eccetera.

Ai fini della “*functional and factual analysis*” nel settore del “*global trading*” bisogna tenere in considerazione, precisa il Rapporto, le funzioni svolte dal personale dell'ente (c.d. “*people functions*”), gli *assets* utilizzati, i rischi assunti nello svolgimento delle funzioni stesse, il “*capital and funding*”. Le “*people functions*” sono sostanzialmente le seguenti:

- *sales e marketing*<sup>32</sup>;
- gestione del *trading risk* e del *day-to-day risk*<sup>33</sup>;
- *treasury*<sup>34</sup>;
- supporto e *back office*<sup>35</sup>.

*instruments, acting as a broker for client transactions on stock and commodities exchanges around the world, and developing new products to meet the needs of the financial institution's clients, for example credit derivatives. The income earned by the financial institution from these activities consists of interest and dividends received with respect to the inventory it is required to maintain in order to be a market-maker with respect to physical securities, trading gains from sales of that inventory, income from notional principal contracts and other over-the-counter (OTC) derivatives entered into with clients, fee income from structuring transactions, gains from dealing in liabilities, income from stocklending and repo executions, and brokers' fees from exchange transactions executed for clients”* (cfr. Parte III, paragrafo 8 del Rapporto).

<sup>32</sup> Nel Rapporto si rileva che il personale della funzione *sales e marketing* è responsabile dei contatti con i clienti. Di regola “*such staff are assigned to a particular geographic area and, within that area, may specialise in clients in a particular industry. Such specialisation allows them to learn about industry-wide problems that may be addressed through the use of particular financial instruments. The organisation of the sales and marketing personnel is determined primarily by the need to be accessible to the firm's clients and so is largely independent of the structure of the trading models (...). Indeed, in contrast to the trading function, the business dynamic is towards a de-centralisation of the sales and marketing function*” (cfr. Parte III, paragrafo 41 del Rapporto).

<sup>33</sup> Nel Rapporto, il termine “*trader*” “*trading*” è utilizzato per indicare “*both the initial assumption of risk (sometimes called dealing or market-making function) and the subsequent management of risk (hedging or risk management function)*” (cfr. Parte III, paragrafo 50, del Rapporto).

<sup>34</sup> Precisa il Rapporto che la “*treasury function is the function that is most similar to the general trading activities of a financial institution (...). The treasury book traders are responsible for ensuring that the financial institution has sufficient funds to meet its payment obligations but does not have excess cash that is not being used profitably*” (cfr. Parte III, paragrafo 61, del Rapporto).

Con riferimento agli *assets* utilizzati – e in analogia a quanto previsto per l'attività bancaria – il Rapporto rileva come le “*global trading firms*” normalmente utilizzano “*physical assets*”, quali locali, sistemi di comunicazione (“*computer hardware*”) e materiale informatico. Gli Stati membri dell'OCSE in genere concordano nell'utilizzare il “*place of use*” quale criterio per l'attribuzione della proprietà economica dei “*tangible assets*”.

La “*functional and factual analysis*” dovrebbe inoltre tenere in considerazione l'utilizzazione di eventuali “*intangible assets*”. Nel settore del “*global trading*” – come nel settore bancario – un *intangible* molto diffuso è rappresentato dalla denominazione, dalla reputazione, dal marchio o logo della “*global trading firm*”. Siffatto *intangible* peraltro assume una certa rilevanza ai fini dello svolgimento della funzione di *marketing*. Altri rilevanti *intangibles* assumono la caratteristica di “*manufacturing intangibles*” e sono rappresentati, ad esempio, dai sistemi *software* per la valorizzazione degli strumenti finanziari con riferimento ai potenziali *deals* con terze parti.

I rischi assunti dalla “*global trading firm*” sono una componente fondamentale dell'analisi funzionale e di comparabilità. Sono insiti all'attività di “*global trading*” i seguenti rischi:

- *credit risk*, il quale sorge al momento della conclusione della transazione con il cliente;
- *market risk*, il quale è connesso a variazioni sensibili riguardanti il tasso di cambio, il tasso di interesse, gli “*equity prices*” o “*commodity prices*”;
- *operational risks*, definiti quali rischi di “*direct or indirect loss resulting from inadequate or failed internal processes, people and systems or from external events*”<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> “*The marketers and traders, who generally are identified as «front office», rely on a number of other departments within the financial institution. In some MNEs, there is an Advisory Group that provides advice with respect to business, legal, accounting and tax treatment of products being developed by the marketing team. Although their functions traditionally have been categorised as «back office» functions, many institutions now designate some of the departments, particularly credit, accounting and product control, research and intangibles development, as «middle office» functions in recognition of their increased importance in the context of global trading. In other institutions the research department may interact very closely with the traders and risk managers and so be very much part of the direct profit-earning process of the «front office»*” (cfr. Parte III, paragrafo 67, del Rapporto).

<sup>36</sup> Essenza del “*global trading*” è l'assunzione e l'*ongoing management* del rischio: entrambe le attività devono esse-

re analogamente a quanto previsto per l'attività bancaria, devono essere identificati tutti i rischi connessi al “*global trading*”, inclusi i c.d. *off-balance sheet risks*.

*Creditworthiness* ed adeguatezza del capitale sono, infine, due fattori cruciali per lo svolgimento dell'attività di “*global trading*” da parte delle istituzioni finanziarie. Per tale motivo, devono essere presi in considerazione ai fini della “*functional and factual analysis*”.

#### **2.4. L'applicazione dei criteri di determinazione del reddito delle stabili organizzazioni delle compagnie di assicurazione**

La Parte IV del Rapporto esamina l'**attività di assicurazione**, la quale viene definita quale “*business of accepting obligations or liabilities*” con riferimento ad una perdita incerta e derivante dalla realizzazione di uno o più eventi al di fuori del controllo del soggetto assicurato<sup>37</sup>. In tale ambito, è possibile distinguere, secondo quanto previsto dal Rapporto:

- “*life and health industry*”;
- “*property and casualty industry*”;
- “*reinsurance industry*”<sup>38</sup>.

re prese in considerazione nel contesto di una *functional and comparability analysis*. “*Being attributed risks in the Article 7 context means the equivalent of bearing risks for income tax purposes by a separate enterprise, with the attendant benefits and burdens, in particular the potential exposure to gains or losses from the realisation or non-realisation of said risks. Traditionally, the most commonly identified risk classes were credit risk and market risk. More recently, the importance of operational risk as a separate risk class has become increasingly recognised*” (cfr. Parte III, paragrafo 91, del Rapporto).

<sup>37</sup> “*As a general matter, the insurance business is the business of accepting obligations or liabilities in respect of uncertain losses arising from the realisation of events outside the control of the insured. Insurance businesses are able to do this by pooling the potential losses of many risk-averse persons via the payment of an amount by the insured to the insurer, called a premium (...). In consideration of the payment of the premium, when the insured incurs a loss or a specified event occurs, he, she or a beneficiary is indemnified for the amount of the value of his or her loss or receives an agreed payment or service*” (cfr. Parte IV, paragrafo 5, del Rapporto).

<sup>38</sup> Nel Rapporto si rileva che per *reinsurance* si intende il meccanismo in virtù del quale l'assicuratore gestisce il rischio di assicurazione “*by shifting or ceding one or more insured risks to reinsurers in exchange for payment of premiums. As a result of the reinsurance, the ceding company may reduce or credit its reserves for the insured risks ceded to the reinsurer. Its assets may also be reduced by the amount of the consideration paid to the reinsurer for accepting those insured risks. Accordingly, re-*

Nell'ambito dell'attività di assicurazione tradizionale, rilevano le seguenti funzioni:

- sviluppo e gestione del prodotto, che implica lo svolgimento di attività quali ricerche di mercato, raccolte statistiche, valutazione sull'estensione della copertura assicurativa, calcolo dei premi in ragione delle caratteristiche della copertura assicurativa, eccetera;
- *sales e marketing*, che include l'identificazione ed analisi delle esigenze della clientela;
- *underwriting insurance risk*, quale processo di classificazione, selezione e *pricing* del rischio assicurato;
- *risk management* e riassicurazione;
- *contract and claims management*<sup>39</sup>;
- *asset management*, che comprende le attività di *investment management* e *asset liability management*;
- attività di supporto (*treasury, regulatory compliance, back office, loss control*, eccetera).

Con riguardo agli *assets*, da prendere in considerazione ai fini della “*functional and factual analysis*”, il Rapporto precisa che nel settore dell'attività di assicurazione rilevano i c.d. “*investment assets*” i quali generano ricavi sotto forma di interessi, dividendi, *rents* e *capital gains*. Gli “*investment assets*” includono *debt instruments, stocks*, derivati, proprietà immobiliari, *policy loans* e *cash*.

Le compagnie di assicurazione utilizzano inoltre “*physical assets*”, quali, ad esempio, uffici ed in-

*insurance agreements reduce the risk assumed by the insurance company, thus alleviating the requirement for surplus with respect to the insurance risk. The reinsurer is able to pool the risks ceded to it by one insurance company with risks ceded by other insurance companies, thereby diversifying its risk pool and potentially allowing the reinsurer to maintain a lower amount of surplus with respect to the risks ceded to it by any single insurer than that insurer might have been required to maintain on its own with respect to those risks*” (cfr. Parte IV, paragrafo 18, del Rapporto).

<sup>39</sup> Secondo il Rapporto, tale funzione include “*the monitoring of a contract (or a group of contracts) over its life cycle, i.e. maintaining the information on contractual developments, insured risk and occurrences, as well as maintaining accounts on premiums, claims reserves and commissions. It also includes the loss and claim reporting process - the establishment and maintenance of a loss reporting system, developing reliable claims statistics, defining and adjusting claims provisions and introducing measures to protect and reduce claims in future. Claims management includes all the activities related to a client's claim including, processing the claims report, examining cover, handling the claim (working out the level of the claim, clarifying causes, claims reduction measures, legal analysis) and seeking recovery*” (cfr. Parte IV, paragrafo 42, del Rapporto).

*formation processing centres*. Nello svolgimento della “*functional and factual analysis*” pertanto è necessario individuare quali “*non-investment assets*” sono utilizzati dalla stabile organizzazione<sup>40</sup>.

I rischi connessi all'attività di assicurazione presentano delle peculiarità in quanto, oltre ai c.d. “*direct business risks*”, sono presenti anche le c.d. “*technical liabilities*”, relative a calcoli statistici e probabilistici. Mentre il rischio di assicurazione è rappresentato dal “*potential for the amount or timing of actual claims cash flow*”, diverso dal *cash flow* previsto, i rischi connessi alle attività di investimento includono invece:

- il *market risk* o *investment yield risk*<sup>41</sup>;
- il *credit risk*<sup>42</sup>;
- il *concentration risk* (derivante da una disponibilità limitata dei veicoli di investimento domestici).

Ulteriori tipologie di rischio sono rappresentate

<sup>40</sup> Per le compagnie di assicurazione, gli *assets* più importanti sono gli “*investment assets*” i quali includono “*debt instruments, stocks, derivatives, real estate, policy loans and cash. Certain assets are technically not investment assets but are receivables that will be converted to cash in the short term (e.g. due and accrued premiums (to the extent included in the calculation of reserves), investment income due and accrued and reinsurance recoverable) or that equate to investment assets in their use (e.g. a funds withheld receivable). (...) the abovementioned receivables, though they may not generate an investment return, are considered to be investment assets since they arise from the insurance business and are used to support specific insurance liabilities. Due to the strong link in the insurance business between insurance risk assumed and the need for investment assets to back that risk, the analysis of investment assets used by the PE of an insurance enterprise will have to pay close attention to where insurance risk is assumed*” (cfr. Parte IV, paragrafo 51, del Rapporto).

<sup>41</sup> Il *market risk* o *investment yield risk* fa riferimento all’“*ultimate amount of investment income that will be earned on the assets resulting from the investment (including re-investments) that the insurance business makes. Since the income from assets provides an important part of the income needed to pay policyholder claims in longer term business, the risk of lower than expected returns makes an important claim on the insurer's surplus*” (cfr. Parte IV, paragrafo 56, del Rapporto).

<sup>42</sup> Il Rapporto individua i seguenti tre tipi di *credit risk*:

- *Asset credit risk* - *the risk that the insurer will not receive a return or indeed a repayment of the capital on its investments due to the person receiving the investment failing to pay.*
- *Reinsurance credit risk* - *the risk that the amounts to be paid by the reinsurer to the insurer under a reinsurance contract may not be fully collectible.*
- *Instalment payment risk* (including retrospective premiums) - *the risk that the insured will not be able to pay the premium to the insurer*” (cfr. Parte IV, paragrafo 56 del Rapporto).

dai rischi associati all'attività di *risk management* e riassicurazione<sup>43</sup>, dal rischio di cambio<sup>44</sup>, dal rischio di liquidità<sup>45</sup>, dal rischio reputazionale<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> I rischi associati all'attività di *risk management* e di riassicurazione sono i seguenti:

- *Basis Risk - an imperfect correlation between actual losses caused to the insurer and the payments received from a CAT bond.*
- *Intertemporal Basis Risk - the risk associated with changes in the book of business from the time when the model was used to price the policy.*
- *Retrocession risk - insurance on reinsurance - the transfer of ceded premiums to other reinsurers or primary insurers - creates credit risk and the possibility of a domino effect in the event of failure by the end reinsurer*" (cfr. Parte IV, paragrafo 56 del Rapporto).

<sup>44</sup> *"An international insurance company may have substantial foreign exchange rate risk. This is the risk that foreign exchange rates fluctuate compared to the balance sheet currency. Insurers generally seek to manage currency risk, including by using natural hedges, such as holding reserves and surplus in the currency of the jurisdiction in which the PE is located"* (cfr. Parte IV, paragrafo 56, del Rapporto).

<sup>45</sup> Trattasi del *"risk that assets need to be liquidated at unfavourable conditions if cash is needed immediately to meet unexpected obligations to policyholders. The latter risk is typically managed using an appropriate asset/liability management"* (cfr. Parte IV, paragrafo 56, del Rapporto).

Il rischio di reputazione rileva anche nell'ambito della categoria del rischio fiscale. Esso attiene al modo in cui il gruppo multinazionale è percepito pubblicamente e, quindi, alle informazioni che i mezzi di comunicazione possono diffondere in relazione ad eventi idonei a rivelare, in tutto o in parte, le strategie aziendali, comprese quelle relative alla pianificazione fiscale internazionale<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Il rischio reputazionale *"in many markets intermediaries serve as important distribution channels of insurance - an interface between consumers of insurance and providers of insurance. Their conduct may affect the insurer"* (cfr. Parte IV, paragrafo 56 del Rapporto).

<sup>47</sup> L'area del rischio di reputazione coinvolge anche fattori di natura non strettamente economica, quali la cultura del singolo Paese di svolgimento dell'attività di impresa e la percezione locale del concetto di "etica fiscale". Tra le categorie generiche si inserisce anche il c.d. rischio relativo al "portafoglio rischi", il quale concerne complessivamente il livello aggregato del rischio relativo alle transazioni, del rischio relativo alle operazioni *day-to-day*, del rischio connesso alle dichiarazioni fiscali. Esso riguarda, quindi, la corretta gestione delle combinazioni che potrebbero determinarsi tra i vari livelli di rischio esistenti. Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing, op. cit.*, pagg. 1625 e seguenti.

## Modello OCSE: il distributore è stabile organizzazione personale?

di Piergiorgio Valente (\*)

### La novità

Nei gruppi multinazionali, sovente, un'impresa stipula contratti di distribuzione con entità estere, in virtù dei quali il distributore si obbliga a rivendere su un dato territorio i prodotti forniti dalla prima. Fattori quali l'indipendenza del distributore e l'attività da questi esercitata assumono un ruolo fondamentale ai fini della sua qualificazione o meno quale stabile organizzazione ("personale") dell'impresa fornitrice.

La nozione di "stabile organizzazione" è pressoché universalmente accolta quale 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 **oggetto non residente** nel territorio dello Stato medesimo<sup>1</sup>.

Risulta pertanto di notevole importanza 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 Stato.

Si delineano di seguito:

- la disciplina della stabile organizzazione secondo il Modello OCSE, con particolare riferimento alla stabile organizzazione personale;
- fattori rilevanti per la configurazione del distributore quale stabile organizzazione personale, secondo l'art. 5 del Modello OCSE.

### La stabile organizzazione materiale

L'art. 5, **paragrafo 1**, del Modello OCSE, definisce stabile organizzazione 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<sup>2</sup>. La definizione include anche l'articolazione esemplificativa delle *positive* e *negative lists*.

La **positive list** comprende, in particolare, una sede di direzione ("*place of management*"), una succursale ("*branch*"), un ufficio<sup>3</sup>, un'officina, un laboratorio<sup>4</sup>, una miniera, una cava o un altro luogo di estrazione di risorse naturali<sup>5</sup>, un cantiere di costruzione o di montaggio, la cui durata oltrepassi i dodici mesi (**paragrafo 3** dell'art. 5 del Modello OCSE).

(\*) Centro Studi Internazionali GEB Partners

### Note:

- 1 Per approfondimenti, cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", Milano, IPSOA, VI ediz. 2012.
- 2 L'art. 162 del T.U.I.R. prevede una disposizione del tutto analoga: "1. (...) l'espressione "stabile organizzazione" designa una sede 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 normativa interna e convenzionale cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", Milano, IPSOA, VI ediz. 2012; Valente P., *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, IPSOA, 2011, p. 877 ss.. Per approfondimenti sulla stabile organizzazione nel Modello OCSE e, in particolare, sulle modifiche all'art. 5 apportate dalla versione 2008, cfr. Valente P., "Modifiche agli artt. 1-5 del modello e al Commentario", in *Il fisco*, n. 32/2008, p. 5782 ss.
- 3 Il paragrafo 2 dell'art. 5 del Modello OCSE menziona separatamente i termini *ufficio*, *sede di direzione* e *succursale*, in quanto, in alcune legislazioni, un ufficio non è di per sé considerato una succursale.
- 4 Il laboratorio è un locale attrezzato per svolgere attività sperimentali, tecniche o produttive o per eseguire ricerche scientifiche; talvolta può essere annesso ad un negozio di vendita.
- 5 Cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", Milano, IPSOA, VI ediz. 2012.

# Convenzioni contro le doppie imposizioni

Ai fini dell'identificazione di una stabile organizzazione materiale, è necessario che i seguenti **criteri** siano soddisfatti:

- sede di affari;
- fissità della struttura;
- diritto all'uso della sede di affari;
- svolgimento dell'attività economica;
- criterio temporale.

Il criterio della “**sede di affari**” prevede la verifica della presenza di una sede intesa in senso fisico, utile e strumentale allo svolgimento dell'attività economica. Essa richiede la sussistenza (a qualsiasi titolo) di locali, immobili o macchinari, impianti e attrezzature varie per lo svolgimento dell'attività d'impresa<sup>6</sup>. Una sede di affari è configurabile anche nel caso in cui non vi siano locali a disposizione per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale, ma l'impresa disponga **solamente di un certo spazio**<sup>7</sup>. Tale requisito è soddisfatto qualora la sede sia a disposizione dell'impresa estera (“*power of disposition test*” o “*right of use test*”), mentre **non rileva il titolo in base al quale l'impresa ne abbia la disponibilità**.

La caratteristica della **fissità della sede** di affari va considerata con riferimento sia all'elemento temporale sia all'elemento spaziale<sup>8</sup>.

Dal punto di vista temporale, è necessaria la sussistenza di un **elemento soggettivo** (la volontà di costituire una sede permanente, indipendentemente dall'effettiva durata della stessa) oppure di un **elemento oggettivo** (l'effettiva permanenza). Non è necessario che l'attrezzatura, che costituisce la sede di affari, debba risultare fissa al suolo sul quale poggia, essendo sufficiente la **permanenza** della stessa in un determinato luogo.

Con riguardo al requisito della fissità dal punto di vista spaziale, si deve ritenere che sussista un'unica sede di affari allorquando, alla luce dell'attività svolta dall'impresa, sia identificabile un determinato spazio che possa considerarsi **unico**, sia sotto il profilo geografico che da un punto di vista economico/funzionale, malgrado l'attività di affari venga svolta in più luoghi.

Il **diritto all'uso** della sede di affari presuppone la proprietà, l'affitto o altro diritto ad utilizzare la sede di affari. È sufficiente che l'impresa abbia a disposi-

zione uno spazio che utilizza per lo svolgimento della propria attività economica, indipendentemente dal fatto che lo occupi **legalmente o illegalmente**<sup>9</sup>.

L'esercizio dell'attività imprenditoriale richiede il contestuale soddisfacimento dei seguenti requisiti:

- la qualificazione dell'attività svolta dalla sede di affari come **attività economica**;
- la natura dell'attività svolta per il tramite della sede di affari deve potersi qualificare come **essenziale e significativa** rispetto all'attività commerciale<sup>10</sup> svolta dall'impresa nel suo insieme;
- il **collegamento diretto** dell'attività svolta nello Stato con la sede di affari (la stessa deve essere svolta per il tramite della sede di affari)<sup>11</sup>.

Il **criterio temporale** è strettamente legato alla permanenza dello svolgimento di un'attività economica rilevante per il tramite di una sede di affari. Si fa riferimento alla durata del diritto di utilizzo della sede di affari in un arco di tempo esteso, senza richiedere che lo stesso sia ininterrotto.

Infine, 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 della sede di affari sono economicamente “distanti” (*i.e.*,

## Note:

6 Cfr. il paragrafo 2 del Commentario OCSE al paragrafo 1 dell'art. 5.

7 Il Commentario OCSE all'art. 5 precisa che una sede di affari può essere rappresentata da uno spazio in un mercato ovvero da aree impiegate dall'impresa in via permanente in un deposito doganale o, ancora, nella sede di un'altra impresa.

8 Cfr. il paragrafo 2 del Commentario OCSE al paragrafo 1 dell'art. 5.

9 Il paragrafo 4.1 del Commentario OCSE all'art. 5 prevede che il semplice fatto che un'impresa abbia un determinato spazio a propria disposizione e lo utilizzi per le sue attività d'impresa è sufficiente per l'individuazione di una sede di affari. Non risulta, perciò, indispensabile alcun titolo giuridico formale per l'utilizzazione di tale spazio. Cfr. Valente P., “*Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*”, *op. cit.*, p. 231 ss..

10 Il paragrafo 24 del Commentario OCSE all'art. 5 prevede che il criterio per l'individuazione delle attività a carattere preparatorio o ausiliario consiste nell'analizzare se le attività svolte dalla sede fissa di affari costituiscono, per se stesse, parte essenziale e significativa dell'attività dell'impresa considerata unitariamente.

11 All'espressione “*per mezzo della quale*” deve attribuirsi un significato molto ampio al fine di consentirne l'applicazione a ogni situazione in cui le attività d'impresa sono esercitate in un determinato luogo a disposizione dell'impresa a tal fine. Cfr. Valente P., “*Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*”, *op. cit.*

# Convenzioni contro le doppie imposizioni

hanno carattere meramente preparatorio o ausiliario) dalla fase in cui si formano i profitti dell'impresa<sup>12</sup>. Tale lista non deve essere considerata esaustiva.

## La stabile organizzazione personale

L'*agent clause* ("stabile organizzazione personale") è contenuta nei paragrafi 5 e 6 dell'art. 5 del Modello OCSE, i quali distinguono tra agenti dipendenti e agenti indipendenti<sup>13</sup>.

### Agenti "dipendenti"

Ai sensi del **paragrafo 5** dell'art. 5 del Modello OCSE:

*"(..) quando una persona - diversa da un agente che goda di uno status dipendente (...) - agisce per conto di un'impresa, ha ed abitualmente esercita in uno Stato (...) il potere di concludere contratti in nome dell'impresa, si può considerare che tale impresa abbia una «stabile organizzazione» in detto Stato (...)"*.

La presenza di un agente dipendente costituisce stabile organizzazione se:

- a) l'agente opera per conto dell'impresa estera. L'agente può essere una **persona fisica** ovvero una **persona giuridica**;
- b) l'agente dispone di **poteri** che gli permettono di concludere, nello Stato estero, contratti **in nome dell'impresa** e di cui ne faccia abitualmente uso. Il potere di concludere contratti deve riguardare l'attività propria dell'impresa<sup>14</sup>; è irrilevante, infatti, che l'agente abbia il potere di assumere dipendenti per l'impresa al fine di garantirsi un supporto nello svolgimento dell'attività, ovvero che sia autorizzato a stipulare, in nome dell'impresa, contratti riguardanti esclusivamente operazioni interne. Inoltre, il potere di **concludere contratti** deve essere esercitato in modo continuativo nell'altro Stato; quest'ultima circostanza deve essere valutata sulla base delle condizioni fattuali e della realtà commerciale propria dell'impresa. L'agente, il quale dispone del potere di negoziare gli elementi e i dettagli di un contratto **in modo vincolante** per l'impresa, può ritenersi di aver esercitato siffatto potere "in tale Stato", anche nel caso in cui il contratto sia firmato da un'altra persona nello Stato in cui l'impresa è situata<sup>15</sup>. L'autorità di concludere

contratti deve essere **inerente all'attività commerciale** propria dell'impresa. La medesima autorità esercitata per l'acquisto di materiale o di beni per l'impresa o per l'assunzione di dipendenti non rientra nell'ambito della nozione di "stabile organizzazione personale";

- c) l'agente svolge attività diverse da quelle rientranti tra le ipotesi di esclusione di cui al paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE, vale a dire, differenti da quelle che hanno carattere preparatorio o ausiliario.

Rispetto alla previsione dell'art. 5 del Modello OCSE, il disposto del comma 6 dell'art. 162 del T.U.I.R. 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**<sup>16</sup>.

### Agenti "indipendenti"

Secondo il **paragrafo 6** dell'art. 5 del Modello OCSE:

*"non si considera che un'impresa abbia una stabile organizzazione in uno Stato contraente per il solo fatto che essa 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, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività"*<sup>17</sup>.

#### Note:

12 Il paragrafo 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. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", op. cit..

13 Cfr. il paragrafo 2 del Commentario OCSE al paragrafo 1 dell'art. 5.

14 Cfr. il paragrafo 33 del Commentario OCSE. Per approfondimenti, cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", op. cit..

15 Con l'espressione "in modo vincolante" si intende la sostanziale, e non formale, capacità dell'agente di negoziare con il cliente tutte le parti del contratto senza lasciare all'impresa estera alcun ruolo attivo di rilievo e la capacità di sottrarsi agli accordi presi. Risulta, quindi, irrilevante la circostanza che, da un mero punto di vista formale, il contratto venga negoziato dall'agente e poi sia ufficialmente firmato presso gli uffici dell'impresa.

16 Per approfondimenti, cfr. Valente P., *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., p. 877 ss..

17 In base all'art. 162, comma 7 del T.U.I.R. "(n)on costituisce stabile organizzazione dell'impresa non residente il solo fatto che essa eserciti nel territorio dello Stato la propria attività per

(segue)

# Convenzioni contro le doppie imposizioni

Pertanto, non si può ritenere che un'impresa abbia una stabile organizzazione in uno Stato diverso da quello in cui è localizzata, quando esercita, in tale ultimo Stato, la propria attività mediante un mediatore, un commissionario generale o ogni altro intermediario, dotati di uno *status* indipendente. Ciò vale, tuttavia, purché i medesimi soggetti agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.

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

- l'**indipendenza giuridica ed economica**<sup>18</sup>;
- la natura e l'estensione degli **obblighi** cui deve sottostare l'agente, nonché le **istruzioni** impartite e il controllo esercitato dall'impresa<sup>19</sup>;
- 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, ma potrebbe non rispettare il requisito dello svolgimento di un'attività ordinaria<sup>20</sup>.

Un elemento che assume rilievo ai fini della valutazione dell'indipendenza dell'agente è il **numero di preponenti** che l'agente rappresenta. La circostanza che l'agente svolga la propria attività interamente o, per lo più, a favore di un unico preponente durante tutto il periodo in cui esercita la propria attività o per un significativo periodo di tempo potrebbe costituire un indizio di dipendenza economica. Tale elemento non è, tuttavia, di per sé determinante. Nel valutare l'indipendenza di un soggetto, devono, infatti, 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 prestati per svolgere l'attività<sup>21</sup>.

Affinché un agente si qualifichi come indipendente, deve operare nell'ambito della **propria ordinaria attività**. Anche questa condizione è considerata necessaria, ma non sufficiente. Infatti, qualora non sia soddisfatta, si avrà, nello Stato di esercizio dell'atti-

vità, una stabile organizzazione dell'impresa preponente, a meno che la suddetta attività non possa essere fatta rientrare tra quelle indicate nel paragrafo 4, dell'art. 5 del Modello OCSE (attività a carattere preparatorio o ausiliario)<sup>22</sup>.

## Il distributore quale stabile organizzazione personale

Il distributore si obbliga contrattualmente, nei confronti di un altro soggetto, a rivendere, su un dato territorio, i prodotti forniti da quest'ultimo. Il contratto di distribuzione normalmente disciplina il prezzo di acquisto dei prodotti, l'esclusiva a favore del distributore, i quantitativi minimi, l'obbligo di redigere previsioni periodiche di vendita (cd. "*forecast*"), l'obbligo di *reporting*, ecc.<sup>23</sup>. La relazione che generalmente si instaura tra le due parti è quella propria di **due soggetti indipendenti**, ciascuno centro autonomo di imputazione del rischio economico - imprenditoriale connesso all'attività svolta.

### Note:

(segue nota 17)

mezzo di un mediatore, di un 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". Per approfondimenti, cfr. Valente P., *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., p. 877 ss..

18 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).

19 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.

20 Cfr. il paragrafo 2 del Commentario OCSE al paragrafo 1 dell'art. 5.

21 Cfr. il paragrafo 2 del Commentario OCSE al paragrafo 1 dell'art. 5.

22 Il paragrafo 37 del Commentario OCSE all'art. 5 precisa che un intermediario è ritenuto agire al di fuori della propria attività ordinaria, qualora eserciti in via abituale un'attività che attiene economicamente alla sfera dell'impresa, invece che alla propria. A titolo esemplificativo si menziona il caso del commissionario che non si limita a vendere beni dell'impresa ma che agisce, in qualità di agente dell'impresa stessa, nella stipula di contratti in via abituale. Tale fattispecie concretizza, per il Commentario OCSE, un caso di stabile organizzazione.

23 Per approfondimenti in merito al contenuto del contratto di distribuzione cfr. Valente P., *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, IPSOA, 2009, p. 1313 ss..

In determinate circostanze, però, il distributore può configurarsi quale stabile organizzazione personale, in un dato Stato, di un soggetto (cd. “*tradens*”) residente in un altro Paese. La questione riguarda, in particolare, il cd. “*limited function/risk distributor*”<sup>24</sup>. A tal fine rilevano:

- il nesso di dipendenza con il *tradens*;
- le caratteristiche dell’attività svolta dal distributore;
- l’esercizio del potere di concludere contratti da parte del distributore.

## **Il nesso di dipendenza tra distributore e tradens**

Al fine di individuare se il distributore costituisce (o meno) stabile organizzazione personale del *tradens*, è, in primo luogo, necessario verificare lo *status* di soggetto dipendente/independente. Tale verifica richiede la considerazione:

- del livello di dettaglio del controllo esercitato da parte del *tradens*;
- dell’imputazione del rischio imprenditoriale;
- dell’ampiezza dell’attività svolta dal distributore;
- dell’obbligo del distributore di fornire informazioni al *tradens*;
- del carattere pluri o mono-mandatario del distributore.

Con riferimento ai primi due fattori, il Commentario OCSE precisa che l’indipendenza di un soggetto nei confronti dell’impresa che esso rappresenta è in funzione dell’estensione degli obblighi dallo stesso assunti nei confronti dell’impresa. Se l’attività commerciale esercitata per conto del *tradens* è soggetta a **dettagliate istruzioni**, il distributore non può essere considerato indipendente dal primo<sup>25</sup>.

Un altro importante criterio consiste nel determinare se il rischio imprenditoriale incombe sul soggetto o sull’impresa che questa rappresenta. Un distributore indipendente è di regola responsabile nei confronti del *tradens* per i risultati dell’attività svolta, ma non è soggetto ad un controllo significativo con riferimento alle modalità di svolgimento della stessa<sup>26</sup>.

Il criterio dell’ampiezza dell’attività esercitata è specificamente trattato al paragrafo 38.4 del Commentario OCSE all’art. 5, dove si precisa che eventuali limiti alle attività svolte dall’agente si riflettono sul-

l’estensione dei relativi poteri. Tuttavia, tali limiti non sono decisivi ai fini della individuazione dello *status* di dipendente, bensì vanno valutati in relazione alla misura della libertà dell’agente di svolgere la sua attività per conto del committente, nei limiti dei poteri conferitigli contrattualmente.

La previsione, a livello contrattuale, dell’obbligo del distributore di fornire al *tradens* informazioni per questo rilevanti in merito all’attività svolta, potrebbe non essere sufficiente per stabilire lo *status* di dipendente del distributore medesimo, a meno che le informazioni non siano fornite nel contesto della richiesta di approvazione in merito alle modalità di conduzione dell’attività. Se le informazioni, al contrario, hanno come scopo quello di assicurare la regolare esecuzione del contratto di distribuzione e il mantenimento di buone relazioni tra distributore e *tradens* non si configura alcun nesso di dipendenza<sup>27</sup>. Altro fattore, infine, determinante per la verifica dello *status* dipendente/independente del distributore è la sua configurazione quale **soggetto pluri o mono-mandatario**. In linea generale, si rileva che lo *status* indipendente non sussiste se le attività del distributore sono esercitate integralmente o pressoché integralmente per conto di un unico *tradens* (distributore cd. “mono-mandatario”). A tal proposito, il paragrafo 38.6 del Commentario OCSE all’art. 5 precisa che, tuttavia, ciò non è di per sé determinante. Infatti, tutte le circostanze devono essere prese in considerazione, al fine di stabilire se l’attività

### **Note:**

24 “*Limited function/risk distributor has been developed as a means of addressing the risk of permanent establishments been deemed in respect of parent companies*” (cfr. Prescott-Haar L., Nannestad A., *Dealing with the Sales Offices - Transfer Pricing Tools*, Institute of Chartered Accountants of New Zealand 2003 Tax Conference).

25 “*Whether a person is independent of the enterprise represented depends on the extent of the obligations which this person has vis-à-vis the enterprise. Where the person’s commercial activities for the enterprise are subject to detailed instructions or to comprehensive control by it, such person cannot be regarded as independent of the enterprise*”. (cfr. il paragrafo 38 del Commentario OCSE all’art. 5).

26 “*An independent agent will typically be responsible to his principal for the results of his work but not subject to significant control with respect to the manner in which that work is carried out. He will not be subject to detailed instructions from the principal as to the conduct of the work. The fact that the principal is relying on the special skill and knowledge of the agent is an indication of independence*” (cfr. il paragrafo 38.3 del Commentario OCSE all’art. 5).

27 Cfr. il paragrafo 38.5 del Commentario OCSE all’art. 5.

# Convenzioni contro le doppie imposizioni

viene esercitata autonomamente, sopportandone i rischi e ricevendo una remunerazione proporzionata al livello di esperienza e competenza.

A titolo esemplificativo, se un distributore agisce per conto di **più imprese** nell'esercizio ordinario della sua attività (distributore cd. "pluri-mandatario"), il nesso di dipendenza può ciononostante sussistere in quanto i *tradens* agiscano di concerto per controllare l'attività del distributore svolta per loro conto<sup>28</sup>.

## **Le caratteristiche dell'attività svolta dal distributore**

Un secondo criterio diretto a verificare se il distributore costituisce (o meno) stabile organizzazione personale del *tradens* attiene alle caratteristiche dell'attività svolta. A tale scopo, risulta necessario individuare il **carattere ordinario** dell'attività medesima.

In conformità con quanto previsto dal paragrafo 38.7 del Commentario OCSE all'art. 5, non si può ritenere che il distributore agisca nell'ambito della sua ordinaria attività se svolge operazioni che economicamente attengono alla sfera del *tradens* piuttosto che a quella sua propria.

Se, ad esempio, il distributore non si limita alla vendita dei beni o delle merci fornite dal *tradens* sulla base del contratto di distribuzione, ma agisce abitualmente quale distributore munito di poteri, esercitati abitualmente, di concludere contratti in nome del *tradens* medesimo, è da ritenersi quale stabile organizzazione personale con riferimento a tale determinata attività, in quanto egli agisce al di fuori della sua ordinaria attività (vale a dire, l'attività ordinaria di distribuzione dei prodotti su un dato territorio).

Se il compimento di atti estranei all'area di affari propria del distributore è, invece, occasionale, non si può ritenere che il distributore agisca al di fuori della sua attività ordinaria.

## **Il potere del distributore di concludere contratti**

Come statuito dal paragrafo 5 dell'art. 5 del Modello OCSE, il soggetto il quale agisce per conto di un'impresa ed abitualmente esercita il potere di concludere contratti in nome di questa, si qualifica quale sua stabile organizzazione.

La medesima regola trova applicazione al fine di in-

dividuare i casi in cui il distributore si configura quale stabile organizzazione personale del *tradens*, per il quale agisce.

La sussistenza del potere abituale di concludere contratti va verificata in primo luogo in termini di **elevata frequenza e rilevanza dell'attività del distributore dal punto di vista del volume di affari**<sup>29</sup>.

Inoltre, secondo quanto previsto dal paragrafo 33 del Commentario OCSE all'art. 5, il potere di concludere contratti va riferito agli accordi relativi alle operazioni che rappresentano attività industriale o commerciale propria del *tradens*. Non rileva, ad esempio, che il distributore abbia il potere di assumere lavoratori dipendenti o di concludere contratti riguardanti esclusivamente operazioni interne.

Il distributore, che è autorizzato a negoziare gli elementi di dettaglio di un contratto con effetti vincolanti per il *tradens*, può essere considerato esercitare "i suoi poteri in un dato Stato" anche se il contratto è sottoscritto da un soggetto diverso, nello Stato nel quale il *tradens* medesimo è situato.

Il semplice fatto che il distributore abbia assistito o partecipato alle negoziazioni in uno Stato tra il *tradens* e un cliente non è di per sé sufficiente per desumere la sussistenza del potere abituale di concludere contratti. Trattasi, tuttavia, di circostanza rilevante nel determinare le funzioni effettivamente svolte dal distributore per conto del *tradens*.

### **Note:**

28 Precisa il paragrafo 38.6 del Commentario OCSE all'art. 5 che "(i) *independent status is less likely if the activities of the agent are performed wholly or almost wholly on behalf of only one enterprise over the lifetime of the business or a long period of time. However, this fact is not by itself determinative. All the facts and circumstances must be taken into account to determine whether the agent's activities constitute an autonomous business conducted by him in which he bears risk and receives reward through the use of his entrepreneurial skills and knowledge. Where an agent acts for a number of principals in the ordinary course of his business and none of these is predominant in terms of the business carried on by the agent legal dependence may exist if the principals act in concert to control the acts of the agent in the course of his business on their behalf*".

29 (...) *the rationale behind the agency provisions is to prevent foreign enterprises from escaping source taxation by operating through agents rather than directly through a fixed place of business. Paragraph 5 requires that the agent habitually exercises his contractual authority. It implicitly follows that the agent activities must be relatively frequent in nature and also of a certain overall scale to satisfy the requirement.*" (cfr. OCSE, 2002 Reports Related to the OECD Model Tax Convention, Parte III, par. 103).

# Convenzioni contro le doppie imposizioni

## Considerazioni conclusive

In linea generale, si può ritenere che la relazione contrattuale che si instaura tra il *tradens* e il distributore, sulla base del contratto di distribuzione, si concretizza in un rapporto commerciale caratterizzato dalla indipendenza tra i soggetti contraenti. Il distributore, pertanto, spesso si configura quale **sogetto autonomo** dal punto di vista economico-imprenditoriale, in quanto assume interamente il rischio connesso all'attività esercitata.

Lo *status* di indipendenza del distributore è fattore essenziale affinché lo stesso non si configuri quale stabile organizzazione personale del *tradens*. Tale *status* è di norma **escluso** in presenza di circostanze quali:

- un controllo invasivo esercitato da parte del *tradens*;
- l'assenza di rischio imprenditoriale a carico del distributore;
- un incisivo obbligo di informativa a favore del *tradens*;

il carattere mono-mandatario del distributore.

L'indipendenza, tuttavia, non è elemento sufficiente ad escludere la sussistenza della stabile organizzazione personale. In aderenza a quanto previsto dal paragrafo 6 dell'art. 5 del Modello OCSE, è altresì necessario che il distributore – che gode di uno *status* di indipendenza – agisca nell'ambito della sua attività ordinaria di impresa, rappresentata dalla commercializzazione, su un dato territorio, di beni o merci forniti dal *tradens*.

## RIVISTE



## Dialoghi Tributari

Riflessioni operative e sistematiche sulla tassazione attraverso le aziende

Coordinamento scientifico: Raffaello Lupi, Dario Stevanato

Con uno **stile "snello e di sostanza"** la Rivista, promossa dalla Fondazione Studi Tributari, inquadra **casi particolari e novità fiscali** in una **cornice sistematica** della **tassazione analitico-aziendale** dove tutti i **protagonisti dell'operatività tributaria** possono riconoscersi.

Gli argomenti vengono proposti sul sito [postilla.it](http://postilla.it) e [fondazionestudistributari.com](http://fondazionestudistributari.com).

L'abbonamento alla rivista comprende il **Servizio Dottrina on-line** che offre direttamente dalla Home-page:

- **Rivista in anteprima**, il pdf della rivista ancora in fase di stampa;

- **La consultazione on-line dei contenuti della rivista**, grazie alla ricerca a testo libero, per autore o anno di pubblicazione.

Abbonamento annuale: € 178,00  
Periodicità: bimestrale  
Ipsoa, pagg. 112

### Per informazioni:

- **Servizio Informazioni Commerciali:**  
E-mail: [info.commerciali@wki.it](mailto:info.commerciali@wki.it)  
Tel. 02/82476794
- **Agenzia Ipsoa di zona**  
([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- **[www.shopwki.it/dialoghi](http://www.shopwki.it/dialoghi)**



## La stabile organizzazione «occulta» nella giurisprudenza italiana

di Piergiorgio Valente (\*)

### L'approfondimento

La definizione del concetto di "stabile organizzazione" è stata oggetto di una serie di interpretazioni elaborate dalla prassi ministeriale italiana a partire dalla fine degli anni '70, che hanno riguardato prevalentemente la stabile organizzazione in Italia di soggetti non residenti.

Le sentenze della Corte di Cassazione, in tema di stabile organizzazione nel territorio dello Stato di soggetti non residenti, e in particolare quelle relative al caso "Philip Morris", introducono alcuni profili di criticità per i gruppi esteri operanti in Italia.

### 1. Generalità

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 medesimo<sup>1</sup>.

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. Si delineano quindi di seguito:

- la disciplina della stabile organizzazione secondo il Modello OCSE;
- i principi sulla stabile organizzazione "occulta" secondo la giurisprudenza italiana.

### 2. La stabile organizzazione materiale

Secondo l'art. 5, paragrafo 1, del Modello OCSE, 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<sup>2</sup>. La nozione include anche l'articolazione 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). Ai fini dell'identificazione di una stabile organizzazione materiale, è necessario che i seguenti criteri siano soddisfatti:

- sede di affari;
- fissità della struttura;
- diritto all'uso della sede di affari;
- svolgimento dell'attività economica;
- il criterio temporale.

Il criterio della "**sede di affari**" prevede la verifica della presenza di una sede intesa in senso fisico, utile e strumentale allo svolgimento dell'attività economica. Essa richiede la sussistenza (a qualsiasi titolo) di lo-

(\*) Centro Studi Internazionali GEB Partners

#### Note:

- 1 Per approfondimenti, cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", Milano, IPSOA, VI ediz. 2012, p. 230 ss..
- 2 L'art. 162 T.U.I.R. prevede una disposizione del tutto analoga: "1. (...) l'espressione "stabile organizzazione" designa una sede 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 normativa interna e convenzionale cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", Milano, IPSOA, VI ediz. 2012, p. 230 ss.; Valente P., *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, IPSOA, 2011, p. 877 ss.. Per approfondimenti sulla stabile organizzazione nel Modello OCSE e, in particolare, sulle modifiche all'art. 5 apportate dalla versione 2008, cfr. Valente P., "Modifiche agli artt. 1-5 del modello e al Commentario", in *Il fisco*, n. 32/2008, p. 5782 ss..

# Convenzioni contro le doppie imposizioni

cali, immobili o macchinari, impianti e attrezzature varie per lo svolgimento dell'attività d'impresa<sup>3</sup>. Tale requisito è soddisfatto qualora la sede sia a disposizione dell'impresa estera ("power of disposition test" o "right of use test"), mentre **non rileva il titolo** in base al quale l'impresa ne abbia la disponibilità<sup>4</sup>.

La caratteristica della fissità della sede di affari va considerata con riferimento sia all'elemento temporale sia all'elemento spaziale<sup>5</sup>. Dal punto di vista temporale, è necessaria la sussistenza di un **elemento soggettivo** (la volontà di costituire una sede permanente, indipendentemente dall'effettiva durata della stessa) oppure di un elemento oggettivo (l'effettiva permanenza). Non è necessario che l'attrezzatura, che costituisce la sede di affari, sia fissa al suolo sul quale poggia, essendo sufficiente la **permanenza** della stessa in un determinato luogo.

Per quanto riguarda il requisito della **fissità dal punto di vista spaziale**, si deve ritenere che sussista un'unica sede di affari allorché, alla luce dell'attività svolta dall'impresa, sia identificabile un determinato spazio che possa considerarsi unico, sia sotto il profilo geografico che da un punto di vista economico/funzionale, malgrado l'attività di affari venga svolta in più luoghi<sup>6</sup>.

L'esercizio dell'attività imprenditoriale richiede la **contestuale presenza** dei seguenti **requisiti**:

- la qualificazione dell'attività svolta dalla sede di affari come attività economica;
- la natura dell'attività svolta per il tramite della sede di affari deve potersi qualificare come essenziale e significativa rispetto all'attività commerciale<sup>7</sup> svolta dall'impresa nel suo insieme;
- il collegamento diretto dell'attività svolta nello Stato con la sede di affari (la stessa deve essere svolta per il tramite della sede di affari)<sup>8</sup>.

Il **criterio temporale** è strettamente legato alla permanenza dello svolgimento di un'attività economica rilevante per il tramite di una sede di affari. Si fa riferimento alla durata del diritto di utilizzo della sede di affari in un arco di tempo esteso, senza richiedere che lo stesso sia ininterrotto.

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 quan-

to 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'impresa<sup>9</sup>. Tale lista non deve essere considerata esaustiva.

### 3. La stabile organizzazione personale

La disciplina della stabile organizzazione 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 T.U.I.R. recepisce la distinzione tra stabile organizzazione "*materiale*" e "*personale*", prevedendo (nei comma 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 indipendenti<sup>10</sup>.

Precisa il paragrafo 5 dell'art. 5 del Modello OCSE, che quando una persona, diversa da un agente che goda di uno *status* dipendente, agisce per conto di un'impresa e ha ed abitualmente esercita in uno Sta-

#### Note:

- 3 Una sede di affari è configurabile anche nel caso in cui non vi siano locali a disposizione per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale, ma l'impresa disponga solamente di un certo spazio.
- 4 Una stabile organizzazione può configurarsi anche qualora la sede di affari non sia di proprietà dell'impresa, né sia dalla stessa detenuta in base a un contratto di locazione (principio della "prevalenza della sostanza sulla forma").
- 5 Cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", *op. cit.*, p. 233 ss..
- 6 Il diritto all'uso della sede di affari presuppone la proprietà, l'affitto o altro diritto ad utilizzare la sede di affari. È sufficiente che l'impresa abbia a disposizione uno spazio che utilizza per lo svolgimento della propria attività economica, indipendentemente dal fatto che lo occupi legalmente o illegalmente. Cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", *op. cit.*, p. 233 ss..
- 7 Il paragrafo 24 del Commentario OCSE all'art. 5 prevede che il criterio per l'individuazione delle attività a carattere preparatorio o ausiliario consiste nell'analizzare se le attività svolte dalla sede fissa di affari costituiscono, per se stesse, parte essenziale e significativa dell'attività dell'impresa considerata unitariamente.
- 8 Cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", *op. cit.*, p. 233 ss..
- 9 Il paragrafo 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. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", *op. cit.*, p. 235 ss..
- 10 Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", *op. cit.*, p. 256 ss..

# Convenzioni contro le doppie imposizioni

to il potere di concludere contratti in nome di questa, si può considerare che tale impresa abbia una stabile organizzazione in quest'ultimo Stato.

Un agente dipendente costituisce stabile organizzazione se:

- opera per conto dell'impresa estera. L'agente può essere una persona fisica ovvero una persona giuridica;
- dispone di poteri che gli permettono di concludere, nello Stato estero, contratti in nome dell'impresa e di cui ne faccia abitualmente uso. Il **potere di concludere contratti** deve riguardare l'attività propria dell'impresa<sup>11</sup>; è irrilevante che l'agente abbia il potere di assumere dipendenti per l'impresa al fine di garantirsi un supporto nello svolgimento dell'attività, ovvero che sia autorizzato a stipulare, in nome dell'impresa, contratti riguardanti esclusivamente operazioni interne. Inoltre, il potere di concludere contratti deve essere esercitato in modo continuativo nell'altro Stato; quest'ultima circostanza deve essere valutata sulla base delle condizioni fattuali e della realtà commerciale propria dell'impresa;
- l'agente svolge attività diverse da quelle rientranti tra le ipotesi di esclusione di cui al paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE, vale a dire, differenti da quelle che hanno carattere preparatorio o ausiliario.

Rispetto alla previsione dell'art. 5 del Modello OCSE, il disposto del comma 6 dell'art. 162 del T.U.I.R. 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**<sup>13</sup>.

L'agente dipendente 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 economica<sup>14</sup>;

- la natura e l'estensione degli obblighi cui deve sottostare l'agente, nonché le istruzioni impartite e il controllo esercitato dall'impresa<sup>15</sup>;
- 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, ma potrebbe non rispettare il requisito dello svolgimento di un'attività ordinaria<sup>16</sup>.

## Nota:

11 Cfr. il paragrafo 33 del Commentario OCSE. Per approfondimenti, cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", *op. cit.*, p. 238 ss..

12 Con l'espressione "in modo vincolante" si intende la sostanziale, e non formale, capacità dell'agente di negoziare con il cliente tutte le parti del contratto senza lasciare all'impresa estera alcun ruolo attivo di rilievo e la capacità di sottrarsi agli accordi presi. Risulta, quindi, irrilevante la circostanza che, da un mero punto di vista formale, il contratto venga negoziato dall'agente e poi sia ufficialmente firmato presso gli uffici dell'impresa. È buona prassi verificare se, lungo un congruo periodo temporale, l'impresa estera abbia sempre pedissequamente accettato tutte le proposte formulate dall'agente o se, talvolta, siano state rifiutate o modificate. Nel primo caso sarà più facile argomentare circa la capacità dell'agente di vincolare l'impresa estera, mentre nella seconda ipotesi sarà plausibile dimostrare che l'agente opera nell'ambito del proprio mandato e non vincola il preponente.

13 Per approfondimenti, cfr. Valente P., *Manuale di Governance Fiscale*, *op. cit.*, p. 877 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. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", *op. cit.*, p. 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).

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

# Convenzioni contro le doppie imposizioni

Un elemento che assume rilievo ai fini della valutazione dell'indipendenza dell'agente è il **numero di preponenti** che l'agente rappresenta.

La circostanza che l'agente svolga la propria attività interamente o, per lo più, a favore di un unico preponente durante tutto il periodo in cui esercita la propria attività o per un significativo periodo di tempo potrebbe costituire un **indizio di dipendenza economica**. Tale elemento non è, tuttavia, di per sé determinante. 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 prestati per svolgere l'attività<sup>17</sup>.

Affinché un agente si qualifichi come indipendente, deve operare nell'ambito della propria ordinaria attività. Anche questa condizione è considerata necessaria, ma non sufficiente. Infatti, qualora non sia soddisfatta, si avrà, nello Stato di esercizio dell'attività, una stabile organizzazione dell'impresa preponente, a meno che la suddetta attività non possa essere fatta rientrare tra quelle indicate nel paragrafo 4, dell'art. 5 del Modello OCSE (attività a carattere preparatorio o ausiliario)<sup>18</sup>.

#### 4. La stabile organizzazione "occulta" nella giurisprudenza italiana

La definizione del concetto di "stabile organizzazione" è stata oggetto di una serie di interpretazioni elaborate dalla prassi ministeriale italiana a partire dalla fine degli anni '70, che hanno riguardato prevalentemente la stabile organizzazione in Italia di soggetti non residenti.

L'Amministrazione finanziaria italiana ha postulato il **concorso di tre elementi costitutivi** fondamentali<sup>19</sup>:

- 1) l'esistenza di una installazione fissa in senso tecnico (locali, materiale, attrezzature, ecc.);
- 2) l'esercizio dell'attività da parte dell'impresa per mezzo di tale installazione;
- 3) l'autonomia funzionale rispetto alla casa-madre.

L'Amministrazione finanziaria ha aggiunto che le stabili organizzazioni all'estero di soggetti residenti devono considerarsi "fiscalmente assorbite" nella re-

sidenza della casa-madre; ne consegue che la stabile organizzazione deve applicare, con riferimento ai redditi realizzati nella sua attività istituzionale, lo stesso regime riservato ai redditi della casa-madre<sup>20</sup>.

Quanto alle ipotesi che possono configurare l'esistenza di una stabile organizzazione, l'Amministrazione finanziaria italiana ha, di fatto, operato un rinvio alle definizioni contenute nel Modello OCSE<sup>21</sup>. Anche la giurisprudenza ha riconosciuto la rilevanza del disposto dell'art. 5 del Modello OCSE<sup>22</sup>; la verifica della sussistenza di una stabile organizzazione deve, pertanto, essere ricondotta alla definizione generale contenuta al paragrafo 1 del richiamato art. 5 (stabile organizzazione "materiale") o ai paragrafi 4 e 5 (stabile organizzazione "personale") ed alle esemplificazioni positive e negative dei paragrafi 2 e 3<sup>23</sup>. In particolare, la sezione tributaria della Corte di Cassazione ha enunciato, nelle note sentenze sul caso "*Philip Morris*" (n. 3367 e 3368 del 20 dicembre 2001, depositate il 7 marzo 2002; n. 7682 del 20 di-

#### Note:

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. Valente P., "*Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*", *op. cit.*, p. 238 ss..

18 Il paragrafo 37 del Commentario OCSE all'art. 5 precisa che un intermediario è ritenuto agire al di fuori della propria attività ordinaria, qualora eserciti in via abituale un'attività che attiene economicamente alla sfera dell'impresa, invece che alla propria. A titolo esemplificativo si menziona il caso del commissionario che non si limita a vendere beni dell'impresa ma che agisce, in qualità di agente dell'impresa stessa, nella stipula di contratti in via abituale. Tale fattispecie concretizza, per il Commentario OCSE, un caso di stabile organizzazione.

19 Si veda C.M. 17 marzo 1979 n. 12/12/345 e R.M. 1° febbraio 1983 n. 9/2398. Cfr. anche R.M. 30 gennaio 1979 n. 12/510, R.M. 8 aprile 1980 n. 9/427, Nota 19 maggio 1978 n. 9/724, R.M. 12 ottobre 1979 n. 12/538, R.M. 8 aprile 1982 n. 7/2926 e R.M. 21 luglio 1983 n. 12/533. In Banca dati *BIG Suite*, IPSOA.

20 In tal senso C.M. 17 marzo 1979 n. 12/345 e Nota 20 marzo 1981 n. 330470.

21 Si vedano, tra le altre, R.M. 1° febbraio 1983 n. 9/2398 e C.M. 30 aprile 1977 n. 7/1496.

22 Si segnalano, tra le altre, Cass. 27 novembre 1987 n. 8815, Cass. 27 novembre 1987 n. 8820, C.T.C. 9 marzo 1990 n. 1887.

23 L'art. 162 del T.U.I.R. contiene disposizioni analoghe a quelle dell'art. 5 del Modello OCSE. Per approfondimenti, cfr. Valente P., "*Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*", *op. cit.*, p. 256 ss..

# Convenzioni contro le doppie imposizioni

cembre 2001, depositata il 25 maggio 2002, e n. 10925 del 20 dicembre 2001, depositata il 25 luglio 2002), le seguenti **caratteristiche fondamentali** per l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia di un soggetto estero:

- a) l'organizzazione deve essere **strumentale** ad un'attività svolta abitualmente in Italia da un ente straniero;
- b) l'organizzazione deve essere **stabile**, tale cioè da poter essere utilizzata in maniera durevole;
- c) le dimensioni e l'assetto strutturale dell'organizzazione sono irrilevanti;
- d) l'attività svolta dalla stabile organizzazione può essere secondaria o strumentale rispetto a quella dell'ente estero e lo **scopo** può **anche non essere economico**.

Come rilevato dalla Corte di Cassazione, l'accertamento dei presupposti per l'esistenza della stabile organizzazione (ai fini delle imposte sul reddito) o del centro di attività stabile (ai fini IVA) deve essere condotto non solo sul piano formale, ma anche - e soprattutto - su quello sostanziale, avuto riguardo, espressamente, al **requisito di dipendenza** ed a quello di **partecipazione alla conclusione di contratti**<sup>24</sup>.

I principi elaborati dalle richiamate sentenze della Suprema Corte sono i seguenti:

- una società di capitali con sede in Italia può assumere il ruolo di **stabile organizzazione plurima di società estere** appartenenti allo stesso gruppo e perseguenti una strategia unitaria. In tal caso la ricostruzione dell'attività posta in essere dalla società nazionale, al fine di accertare se si tratti o meno di attività ausiliaria o preparatoria, deve essere unitaria e riferita al programma del gruppo unitariamente considerato (Cass. n. 3368/2002 e n. 7682/2002);
- un'autonoma prestazione di servizi effettuata nel territorio nazionale verso corrispettivo, quando sussista un nesso diretto ed immediato tra prestazione e corrispettivo, costituisce **operazione soggetta ad IVA** e ai relativi obblighi di fatturazione o autofatturazione, dichiarazione e pagamento dell'imposta, indipendentemente dal suo inserimento in un contratto che preveda altre prestazioni a carico del beneficiario e dal fatto

che quest'ultimo, non residente, abbia un centro di attività stabile in Italia (Cass. n. 3368/2002);

- l'attività di controllo sull'esatta esecuzione di un contratto tra soggetto residente e soggetto non residente non può considerarsi, in linea di principio, ausiliaria, ai sensi degli artt. 5, paragrafo 4, del Modello OCSE (Cass. n. 3368/2002 e n. 7682/2002);
- la partecipazione di rappresentanti o incaricati di una struttura nazionale ad una fase della conclusione di contratti tra società estera e altro soggetto residente può essere ricondotta al potere di concludere contratti in nome dell'impresa, anche al di fuori di un potere di rappresentanza (Cass. n. 7682/2002);
- l'affidamento ad una struttura nazionale della funzione delle operazioni di affari (*management*) da parte di società non avente sede in Italia, anche se riguardante una certa area di operazioni, comporta l'acquisto, da parte di tale struttura, della qualità di stabile organizzazione ai fini delle imposte sul reddito e di centro di attività stabile ai fini IVA (Cass. n. 3368/2002 e n. 7682/2002);
- l'accertamento dei requisiti del centro di attività

## Nota:

<sup>24</sup> Nel caso di specie, i giudici di legittimità - uniformandosi alle valutazioni operate nei processi verbali di constatazione - hanno riscontrato in un documento programmatico del gruppo l'esistenza di un rapporto di "natura interorganica" tra la società italiana e la capogruppo e le consociate, da cui risultava come le attività della società italiana fossero indirizzate e coordinate direttamente dai vertici del gruppo multinazionale per il raggiungimento di un obiettivo unitario. Gran rilievo è stato, in particolare, attribuito nelle sentenze in esame all'attività di controllo sulla regolare esecuzione dei contratti svolta dalla società italiana - ritenuta "strettamente funzionale alla produzione del reddito" e non meramente preparatoria o ausiliaria - ed all'accertamento del potere di concludere contratti in nome dell'impresa.

Osservano i giudici di legittimità che la società italiana aveva, di fatto, operato "in forma apparentemente autonoma, ma godendo di vantaggi (quali le vendite al Monopolio su condizioni poste da altre società del gruppo) e di svantaggi (quale l'assunzione di costi inerenti ad attività di prevalente interesse di altre società del gruppo medesimo)", configurandosi, pertanto, quale "plurima stabile organizzazione in Italia di più soggetti non residenti". Conclusivamente, ha precisato la Cassazione, nell'ambito di tale rapporto, l'affidamento della funzione delle operazioni di affari (*management*) alla società italiana da parte della ricorrente, anche se riguardante una certa area di operazioni, ha comportato l'acquisto, da parte di tale struttura, della qualità di stabile organizzazione ai fini delle imposte sul reddito e di centro di attività stabile ai fini IVA. Per approfondimenti cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", *op. cit.*, p. 269 ss..

# Convenzioni contro le doppie imposizioni

stabile o stabile organizzazione, ivi compresi quello di dipendenza e quello di partecipazione alla conclusione di contratti, deve essere condotto non solo sul piano formale, ma anche - e soprattutto - su quello sostanziale (Cass. n. 3368/2002 e n. 7682/2002).

Infine, si rileva che la giurisprudenza di merito<sup>25</sup> ha osservato come il controllo di una società italiana da parte di una società non residente - di per sé - **non sia sufficiente** a far presumere l'esistenza di una stabile organizzazione ("stabile organizzazione occulta").

Da un punto di vista strettamente applicativo, si rileva come, in linea generale, una società controllata non costituisca, di per sé, una stabile organizzazione della società madre, dal momento che la società figlia si pone come autonomo soggetto di diritto e costituisce essa stessa centro di imputazione di relazioni giuridiche<sup>26</sup>.

## Considerazioni conclusive

Le sentenze della Corte di Cassazione, in tema di stabile organizzazione nel territorio dello Stato di soggetti non residenti, e in particolare quelle relative al caso "Philip Morris", introducono alcuni profili di criticità per i gruppi esteri operanti in Italia.

In estrema sintesi, i principi elaborati dalla Suprema Corte sono i seguenti:

- presunzione di esistenza di una stabile organizzazione (cd. "stabile organizzazione occulta");
- definizione di stabile organizzazione plurima di società estere appartenenti allo stesso gruppo e perseguenti una strategia unitaria;
- verifica se l'attività (in concreto) esercitata dalla società italiana sia preparatoria o ausiliaria (ai sensi dell'art. 5, paragrafo 4 del Modello OCSE).

La Corte di Cassazione ha, in particolare, affrontato ipotesi in cui vengono presi in considerazione i seguenti rapporti contrattuali:

- ✓ contratti di fornitura ai Monopoli di Stato, licenziatari per la produzione e vendita di sigarette;
- ✓ contratti di commissione con società del gruppo per la promozione dei filtri prodotti dalla società italiana in Europa e per la ricerca dei fornitori;
- ✓ contratti di vendita con altre società del gruppo al fine di controllare l'attività di distribuzione delle sigarette svolta dai Monopoli;
- ✓ contratti di agenzia sulle aree *duty free* stipulati con società del gruppo.

È stato osservato come l'attività svolta abbia **mascherato il ruolo effettivo** di stabile organizzazio-

ne rivestito per conto del gruppo (cd. "stabile organizzazione occulta"), nonché la **natura interorganica** del rapporto con le società del gruppo medesimo, la quale emerge da documenti programmatici, da cui risultano l'indirizzo e il coordinamento dei vertici per il raggiungimento di un obiettivo unitario.

In **senso contrario**, si è eccettuato:

- la non esistenza di una stabile organizzazione cd. "materiale", dal momento che gli uffici ed il personale sono attribuibili alla società italiana;
- la non esistenza di una stabile organizzazione cd. "personale", dal momento che la società italiana non dispone del potere di concludere contratti in nome della società estera;
- la non dipendenza giuridica ed economica dalla società estera;
- che l'attività di servizi nei confronti del gruppo (assistenza nell'esatto adempimento dei contratti) non è l'attività principale (fabbricazione e vendita di filtri per sigarette) ed ha, in ogni caso, natura ausiliaria.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, invece, l'attività di controllo sui contratti non è ausiliaria e preparatoria, ma **strettamente funzionale** alla produzione del reddito. Inoltre:

- la società italiana è stabile organizzazione plurima (di società estere appartenenti allo stesso gruppo), in quanto i servizi sono prestati a diverse società del gruppo;
- non vi è indipendenza giuridica ed economica, dal momento che l'attività esercitata in concreto (assistenza nell'esatto adempimento dei contratti) è estranea all'oggetto sociale;
- le scelte produttive e commerciali della società italiana sono state assunte dalla struttura organizzativa del gruppo.

## Note:

<sup>25</sup> Tra le altre, C.T.C. 7 novembre 1978 n. 14990, 20 maggio 1980, n. 5868 e 11 giugno 1981, n. 6478.

<sup>26</sup> Per approfondimenti cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", *op. cit.*, p. 269 ss..

La sentenza n. 66/4/12 della CTP di Como

## Le condizioni per configurare una stabile organizzazione personale

Con la sentenza n. 66/04/12 del 20 giugno 2012, la CTP di Como si è espressa sulle condizioni necessarie al fine di configurare la sussistenza di una stabile organizzazione personale nel territorio italiano. I giudici di primo grado hanno affermato che, al fine della qualificazione di un'entità o di un soggetto come stabile organizzazione in Italia di un'impresa estera, l'Amministrazione finanziaria deve necessariamente dimostrare la disponibilità di una sede fissa di affari, la conclusione dei contratti in nome e per conto dell'impresa estera e l'abitudine dell'attività svolta sul territorio dello Stato italiano. Le eventuali presunzioni, utilizzate dall'Agenzia delle Entrate per dimostrare la sussistenza dei suddetti elementi, devono presentare i requisiti della gravità, precisione e concordanza previsti dall'art. 2729 c.c..

*di Salvatore Mattia, Caterina Alagna - Valente Associati GEB Partners*

### La stabile organizzazione personale

La stabile organizzazione rappresenta il criterio - pressoché universalmente accolto - per l'imposizione di un'attività economica svolta da un soggetto in un Paese diverso da quello di residenza della casa-madre.

La rilevanza attribuita all'individuazione della sussistenza di una stabile organizzazione scaturisce dall'esigenza di ciascuno Stato di determinare il presupposto su cui fondare l'esercizio della potestà impositiva sul reddito d'impresa, conseguito da un soggetto non residente nel territorio dello Stato medesimo (per approfondimenti, cfr. Valente P., "[Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni](#)", Milano, IPSOA, 2012; Valente P., *Modello OCSE: gli agenti dipendenti della stabile organizzazione personale*, in [Fiscaltà & Commercio Internazionale](#), n. 3/2012.).

Riveste quindi notevole importanza 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 Stato. Tale entità, allorché si configuri quale agente che non gode di uno *status* indipendente ed ha e abitualmente esercita il potere di concludere contratti in nome della casa-madre, costituisce "stabile organizzazione personale" ("agente dipendente") di quest'ultima.

L'agent clause ("stabile organizzazione personale") è contenuta nei paragrafi 5 e 6 dell'art. 5 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni (di seguito, "Modello OCSE"), i quali distinguono tra agenti dipendenti e agenti indipendenti.

Il Testo Unico delle Imposte sui Redditi recepisce la distinzione tra "stabile organizzazione materiale" e "stabile organizzazione personale" delineata nell'art. 5 del Modello OCSE e prevede (nei commi 6 e 7 dell'art. 162) l'agent clause, disciplinando altresì il ruolo degli agenti dipendenti e degli agenti indipendenti.

Ai sensi del paragrafo 5 dell'art. 5 del Modello OCSE, "[...] quando una persona - diversa da un agente che goda di uno status indipendente [...] - agisce per conto di un'impresa, ha ed abitualmente esercita in uno Stato [...] il potere di concludere contratti in nome dell'impresa, si può considerare che tale impresa abbia una «stabile organizzazione» in detto Stato [...]".

Analogamente, ai sensi del comma 6 dell'art. 162 TUIR, "[...] costituisce una stabile organizzazione dell'impresa (...) 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".

La presenza di un agente dipendente costituisce stabile organizzazione se:

- l'agente opera per conto dell'impresa estera. L'agente può essere una persona fisica ovvero una persona giuridica;
- l'agente dispone di poteri che gli permettono di concludere, nello Stato estero, contratti in nome dell'impresa e di cui ne faccia abitualmente uso.

Il potere di concludere contratti deve riguardare l'attività propria dell'impresa; è irrilevante, infatti, che l'agente abbia il potere di assumere dipendenti per l'impresa al fine di garantirsi un supporto nello svolgimento dell'attività, ovvero che sia autorizzato a stipulare, in nome dell'impresa, contratti riguardanti esclusivamente operazioni interne.

Inoltre, il potere di concludere contratti deve essere esercitato in modo continuativo nell'altro Stato; quest'ultima circostanza deve essere valutata sulla base delle condizioni fattuali e della realtà commerciale propria dell'impresa.

L'agente, il quale dispone del potere di negoziare gli elementi e i dettagli di un contratto in modo vincolante per l'impresa, può ritenersi di aver esercitato siffatto potere "in tale Stato", anche nel caso in cui il contratto sia firmato da un'altra persona nello Stato in cui l'impresa è situata. L'autorità di concludere contratti deve essere inerente all'attività commerciale propria dell'impresa. La medesima autorità esercitata per l'acquisto di materiale o di beni per l'impresa o per l'assunzione di dipendenti non rientra nell'ambito della nozione di "stabile organizzazione personale" ("agente dipendente");

- l'agente svolge attività diverse da quelle rientranti tra le ipotesi di esclusione di cui al paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE, vale a dire, differenti da quelle che hanno carattere preparatorio o ausiliario.

Al contrario, non si può ritenere che un'impresa abbia una stabile organizzazione in uno Stato diverso da quello in cui è localizzata, quando esercita, in tale ultimo Stato, la propria attività mediante un mediatore, un commissionario generale o ogni altro intermediario, dotati di uno status indipendente. Ciò vale, tuttavia, purché i medesimi soggetti agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.

In relazione allo status di indipendenza, il Commentario al Modello OCSE individua alcuni criteri di riferimento:

- l'indipendenza giuridica ed economica;

- la natura e l'estensione degli obblighi cui deve sottostare l'agente, nonché le istruzioni impartite e il controllo esercitato dall'impresa;

- 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, ma potrebbe non rispettare il requisito dello svolgimento di un'attività ordinaria.

#### **La sentenza della CTP di Como n. 66/04/12**

La sentenza in commento trae origine da una verifica fiscale effettuata dalla Guardia di Finanza (e successivo avviso di accertamento emesso dall'Agenzia delle Entrate) nei confronti delle società "K. S.A." e "F. S.A.", entrambe con sede legale in Svizzera, operanti a livello internazionale nel settore dei prodotti tessili e abbigliamento per uomo, donna e bambino.

In particolare, secondo i verificatori, le due citate società, nell'ambito dei rapporti intrattenuti sul territorio italiano, si sono avvalse dell'attività abituale del sig. S.F., cittadino italiano regolarmente iscritto all'A.I.R.E.. Per i verificatori, siffatta collaborazione integra una stabile organizzazione personale sul territorio italiano delle società svizzere, in quanto il sig. S.F. "avrebbe svolto la propria attività commerciale in nome e per conto della K. S.A. e F. S.A. nel territorio italiano senza l'assunzione di un rischio di impresa personale".

Le società hanno proposto ricorso avverso l'avviso di accertamento, ritenendo che l'Amministrazione finanziaria avrebbe dovuto dimostrare, ai fini della configurazione della stabile organizzazione, che il sig. S.F., non solo ha "effettivamente incontrato" clienti con l'obiettivo di negoziare e sottoscrivere contratti commerciali, ma anche che tale effettivo potere sia stato esercitato in Italia e non in Svizzera. Inoltre, secondo le ricorrenti, l'avviso di accertamento deve essere considerato illegittimo, in quanto il reddito accertato è stato determinato esclusivamente con criteri induttivi, in contrasto con quanto previsto dall'art. 7, paragrafo 4 della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Svizzera.

Al contrario, secondo l'Amministrazione finanziaria, il concetto di stabile organizzazione, previsto dall'art. 162 del TUIR, deve essere considerato quale criterio di attrazione al territorio di uno Stato dei redditi in esso prodotti, attraverso una struttura, fiscalmente rilevante e stabile nel tempo, dei soggetti non residenti (nel caso di specie, il sig. S.F., che riveste la carica di direttore, con funzioni commerciali e di stipula dei contratti di vendita nel mercato nazionale).

Inoltre, l'Amministrazione finanziaria ha rilevato che l'incidenza del fatturato delle società svizzere con riferimento ai clienti italiani è pari circa all'87% dei ricavi complessivi, e che vi è una costante presenza nel territorio italiano delle autovetture delle società svizzere utilizzate dal sig. S.F. (mediante il riscontro dei pedaggi autostradali).

Da ultimo, l'Agenzia delle Entrate, a supporto della propria tesi, ha sostenuto che tre clienti italiani hanno dichiarato che i contratti sono stati abitualmente conclusi dal sig. S.F..

Secondo la Commissione Tributaria Provinciale di Como, l'Amministrazione finanziaria non ha dimostrato che l'effettivo potere di rappresentanza del sig. S.F. è stato esercitato in Italia, in via abituale.

I giudici di primo grado, nella sentenza in commento, hanno preliminarmente indicato le condizioni necessarie per l'esistenza di una stabile organizzazione personale, vale a dire:

- disponibilità di una sede fissa di affari;
- conclusione dei contratti in nome e per conto dell'impresa estera;
- attività svolta sul territorio italiano in via abituale.

Con riferimento al caso di specie, i giudici di prime cure hanno ritenuto che le presunzioni utilizzate dall'Agenzia delle Entrate non presentano i requisiti della gravità, della precisione e della concordanza previsti dall'art. 2729 c.c..

Difatti, nella sentenza si rileva che "gli elementi presuntivi citati dall'Ufficio e cioè le dichiarazioni (peraltro non univoche) di tre clienti e le risultanze del Telepass sui passaggi di alcune vetture intestate alla K. S.A. e alla F. S.A. in alcuni tratti della rete autostradale italiana, non dimostrano che le auto in questione trasportassero il S. e che il S. fosse in Italia per stipulare contratti. Di converso alcuni clienti italiani hanno dichiarato che i contratti venivano conclusi in Svizzera".

Inoltre, viene contestata la determinazione induttiva del reddito operata dall'Amministrazione finanziaria, in quanto "nella fattispecie l'Ufficio aveva a disposizione le scritture contabili e il bilancio delle due società svizzere debitamente certificati nonché le dichiarazioni IVA della società S. & E. S.r.l., rappresentante fiscale in Italia delle precitate società. Pertanto, il reddito avrebbe dovuto semmai essere determinato in modo analitico (...) nel caso di specie l'operato dell'Ufficio è illegittimo perché ha prodotto un risultato totalmente incoerente con quello che si sarebbe determinato considerando la stabile organizzazione come impresa autonoma e indipendente dalla casa madre".

L'attribuzione presuntiva del reddito è stata effettuata:

- "ritenendo tassabili tutte le operazioni commerciali effettuate dalle due società svizzere con clienti residenti in Italia";
- "calcolando il ricavo delle suddette operazioni come differenza tra operazioni attive e passive IVA risultanti dalle dichiarazioni annuali presentate attraverso il rappresentante fiscale".

Infine, la Commissione Tributaria Provinciale di Como ha statuito che le società ricorrenti hanno assolto tutti gli obblighi tributari, versando le imposte in Svizzera.

Ha quindi accolto i ricorsi presentati dalle due società svizzere, compensando le spese di giudizio "data la complessità della materia in trattazione".

*Copyright © - Riproduzione riservata*

[Commissione tributaria provinciale Como, sez. IV, sentenza 20/06/2012, n. 66](#)



## Italian Taxation of Hidden Permanent Establishments

by Piergiorgio Valente

Reprinted from *Tax Notes Int'l*, August 13, 2012, p. 675

# PRACTITIONERS' CORNER

## Italian Taxation of Hidden Permanent Establishments

by Piergiorgio Valente

Piergiorgio Valente is managing partner with Centro Studi Internazionali GEB Partners in Milan.

**T**he Italian Income Tax Code (Testo Unico delle imposte sul reddito, or TUIR) in article 162 defines permanent establishment as a “permanent place of business by means of which the non-resident enterprise entirely or partially exercises its activity on the State’s territory.” That definition is similar to the one provided by article 5 of the OECD model tax treaty.

Therefore, for there to be a fixed place of business, the following aspects must exist:

- a permanent structure (premises, materials, equipment, and machinery);
- the carrying out of an economic activity by means of the said structure; and
- functional independence regarding its parent company.

Even when a permanent structure is lacking, a PE may exist when the nonresident entity “avails itself of people that carry out the activity in its name to habitually use and exercise the power to sign agreements in the name and on behalf of the enterprise” (the agent PE).

Based on prior decisions issued by Italian courts,<sup>1</sup> the PE of a foreign entity in Italy must meet these conditions:

- the organization must participate in an activity being regularly carried out in Italy by a foreign entity;
- the organization must be permanent;
- the size and structure of the organization are inconsequential; and
- the activity of the PE may be secondary or necessary to the one carried out by the foreign company.

### Decision 44/2/11

In the Regional Tax Court of Ancona’s Decision 44/2/11 of June 10, 2011, the Italian tax authorities challenged a Luxembourg company (International Fashion Factors SARL) regarding the existence of a PE at the offices of an Italian company (22 SRL),<sup>2</sup> which, according to the Italian tax authorities, distributes the Luxembourg company’s products.

The tax authorities believe that the group was established in order to achieve tax savings by using the following scheme:

- the Italian company purchases finished products from third parties and resells them to its sole client, the Luxembourg company (the transaction is not subject to VAT);

<sup>1</sup>Supreme Court, Tax Section, Decisions 3367 and 3368 of December 20, 2001, filed on March 7, 2002; Decision 7682 of December 20, 2001, filed on May 25, 2002; and Decision 10925 of December 20, 2001, filed on July 25, 2002.

<sup>2</sup>During their inspection, the tax authorities reconstructed the de facto Bikkembergs group, incorporated by the Dutch Holding Cobalt BV, which holds 100 percent of the controlled companies International Fashion Factors SARL (Luxembourg), 22 SRL (Italian), and International Heros BV (Dutch).

- the Luxembourg company resells the goods bought in Italy or abroad, achieving profits that are subject to lower taxation in Luxembourg; and
- such profits, net of royalties paid to the company that owns the trademark, “bounce back” to the group, without paying any withholding tax because of the application of the EU parent-subsidiary directive.

The tax authorities identified a PE that exists in Italy and carries out distribution functions and activities relating to the Luxembourg company's products, because:

- the Italian company had been granting the Luxembourg company the use of its own premises (fixed place of business) from 2002 to 2006 to distribute the Luxembourg company's products;
- orders of the Luxembourg company were also being managed by the Italian company;
- a current account in the name of the Luxembourg company was opened with an Italian bank in the same municipality where the fixed place of business was situated, with banking transactions amounting to €90 million;
- sales personnel (that is, employees of both the Italian and the Luxembourg company) were present at the premises of the Italian company;
- price lists of the goods distributed by the Luxembourg company were identified at the premises of the Italian company;
- a company server was physically located at the premises of the Italian company; and
- on the premises of the Italian company was an IT application used to collect the orders of sales agents of the Luxembourg company.

The Luxembourg company lodged an appeal before the Provincial Tax Court of Pesaro against tax authorities findings, maintaining that:

- no material PE could be identified, because the activity was actually carried out in Luxembourg;
- no agent PE could be identified, as the Italian company could not be considered a dependent agent acting on behalf of the Luxembourg company; and
- income assessed by the Italian Revenue Office at the alleged Italian PE of the Luxembourg company was not properly determined, in that it did not take into account costs incurred.

The court agreed with the tax authorities that the Italian employees were entrusted with “the responsibility and the discretionary power regarding all accounting management in the name and on behalf of the Luxembourgish company, representing thus the interests of the said company.”

The taxpayer appealed the decision, and the Regional Tax Court of Ancona partially amended the lower court's decision.

The regional tax court paid special attention to the fact that the company's server was used by the Italian company from May 2005 to November 2006, and determined that the software used by the server was developed in Italy.

However, the justices maintained that even though some elements substantiated the existence of a hidden PE, based on the findings of the tax authorities, there was no evidence that the four employees of the Italian company actually performed all the corporate duties, from production to sales, in Italy.

In its appeal, the taxpayer reconstructed a taxation scenario for corporate activities and functions carried out in Italy: The taxable amount, determined based on article 7 of the Italy-Luxembourg income tax treaty, was equal to 3 percent of the sales of the Luxembourg company, based on the assumption that the Italian PE carried out “solely a high brokerage activity, meaning above the one generally due to the sales agents network.”<sup>3</sup>

The regional tax court ruled that the Italian company did not merely carry out a brokerage activity, as there were clear indications that other activities (for example, management of orders on account of the Luxembourg company and distribution of the Luxembourg company's products) were being carried out by the PE.

For this reason, the Italian PE was assigned a share equal to 5 percent of the sales volume achieved from May 2005 to November 2006 — the period in which the functions and activities were supported by the presence in Italy of a structured IT platform.

The above percentage was net of costs and represented the taxation to be applied, for income tax and VAT purposes, for those functions and activities carried out by the PE. ◆

<sup>3</sup>Regional Tax Court of Ancona, Decision 44/2/11 of June 10, 2011.



# Stabile organizzazione bancaria: attribuzione dei profitti e fondo di dotazione nella prassi e nella giurisprudenza italiana

di Piergiorgio Valente\*

1. Premessa – 2. La nozione di stabile organizzazione nell'ordinamento nazionale: cenni – 3. La forza di attrazione della stabile organizzazione – 4. Il fondo di dotazione delle stabili organizzazioni: la prassi italiana – 5. Il fondo di dotazione della stabile organizzazione bancaria: la sentenza n. 62, del 12 giugno 2012, della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia.

*The assignment of profits and the formation of the so-called “endowment fund” of permanent establishments must occur following a detailed functional analysis and the comparability analysis, in order to assure the correct application of the arm’s length principle and the exercise of the taxation power of the States wherein the branches are located.*

## 1. PREMESSA

Negli ultimi anni il tema dell'allocazione dei profitti alle stabili organizzazioni è stato oggetto di discussione e regolamentazione sia a livello nazionale, sia a livello internazionale, al fine di garantire l'applicazione e l'interpretazione uniforme del principio dell'*arm's length* con riferimento ai redditi attribuibili alle *branch*.

---

\* *Chairman* del Comitato Fiscale della Confédération Fiscale Européenne (CFE). *Bureau Member* del Taxation and Fiscal Policy del BIAC (*Business and Industry Advisory Committee to the OECD*). Docente titolare al Corso Superiore della Scuola di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza.

La presenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato impone, inoltre, un'analisi circa la dotazione di una struttura patrimoniale che consenta alla *branch* di svolgere le proprie attività, nonché un'analisi relativa alla congruità di tale "fondo di dotazione".

## 2. LA NOZIONE DI STABILE ORGANIZZAZIONE NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE: CENNI

L'attribuzione ai diversi ordinamenti della potestà legislativa in materia di redditi d'impresa è fondata, oltre che sul criterio della residenza per le persone fisiche e della sede/oggetto sociale per le persone giuridiche, su quello della stabile organizzazione; tale ultimo criterio di collegamento concerne, in particolare, il reddito prodotto su un altro territorio dalle imprese non residenti.

L'art. 162 del TUIR, al primo comma, propone la seguente definizione di stabile organizzazione: "Fermo restando quanto previsto dall'art. 169, ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive di cui al D.Lgs. 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".

La definizione di stabile organizzazione prevista al comma 1 dell'art. 162 risulta conforme a quanto disposto dal paragrafo 1 dell'art. 5 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni (di seguito anche "Modello OCSE") (1).

---

(1) Il paragrafo 1 dell'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni dispone:

"1. Ai fini della presente Convenzione, l'espressione stabile organizzazione designa una sede fissa di affari mediante cui l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività".

Per ulteriori approfondimenti in materia di stabile organizzazione, cfr. P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2012, p. 243 ss.; P. VALENTE – L. VINCIGUERRA, *Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013; cfr. inoltre P. VALENTE, *Stabile organizzazione e jurisdiction to tax: il dibattito a livello internazionale*, in *il fisco*, n. 20 del 2013.

Come previsto dall'art. 5 del Modello OCSE, la disposizione nazionale fornisce una lista c.d. "positiva" (2) di casi in cui si configura una stabile organizzazione e una lista c.d. "negativa" (3) di casi in cui la stabile organizzazione non sussiste.

Analogamente alle disposizioni convenzionali, l'art. 162 del TUIR recepisce la distinzione tra stabile organizzazione "materiale" e "personale" (4), 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 indipendenti.

In particolare, il comma 6 dell'art. 162 del TUIR prevede l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia di un'impresa non residente nel ca-

---

(2) L'art. 162, comma 2 del TUIR dispone:

"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 (...)"

(3) La *negative list* prevista dal comma 4 dell'art. 162 del TUIR designa una serie di casi in cui, pur esistendo una sede fissa d'affari, non si configura la stabile organizzazione poiché detta sede viene utilizzata per l'esercizio di attività non attinenti all'effettiva produzione del reddito, in quanto trattasi di attività aventi carattere preparatorio o ausiliario. Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op.cit., p. 243 ss.

(4) Con riferimento alla stabile organizzazione personale, i commi 6 e 7 dell'art. 162 del TUIR prevedono:

"6. 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.

7. 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 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".

so in cui un soggetto abitualmente eserciti nel territorio dello Stato il potere di concludere contratti in nome dell'impresa stessa.

### 3. LA FORZA DI ATTRAZIONE DELLA STABILE ORGANIZZAZIONE

L'attrazione di redditi in capo alla stabile organizzazione necessita, in ogni caso, della determinazione della misura in cui gli utili, complessivamente conseguiti dall'impresa non residente, possono essere attribuiti alla stabile organizzazione medesima.

Sotto il profilo teorico, il problema dell'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione si sostanzia nella ripartizione del medesimo tra due o più unità produttive situate in Stati diversi, mentre, per quanto concerne la localizzazione dei redditi, l'attenzione si sposta sull'individuazione della fonte delle diverse componenti reddituali, cioè della stessa unità produttiva o stabile organizzazione.

I diversi ordinamenti tributari disciplinano la questione dell'attribuzione dei redditi ad una stabile organizzazione secondo due diversi principi:

- il principio della forza di attrazione piena;
- il principio della forza di attrazione limitata.

Secondo il principio della forza di attrazione piena, alla stabile organizzazione vanno ricondotti tutti i redditi conseguiti dall'impresa non residente che siano stati localizzati nell'ambito del territorio dello Stato, restando così assoggettati al regime impositivo previsto per i redditi d'impresa (5).

---

(5) In altri termini, opererebbe una presunzione per cui sarebbero da considerare collegati alla stabile organizzazione e, pertanto, riconducibili nella categoria dei redditi d'impresa, tutti i proventi prodotti dal soggetto economico non residente nell'altro Stato contraente, a prescindere dalla loro inerenza con l'attività svolta dall'unità produttiva ivi ubicata.

L'applicazione di tale principio, a ben vedere, sarebbe giustificata dal fatto che la stabile organizzazione rivela un livello di penetrazione economica assimilabile a quello che caratterizza l'attività di impresa svolta dai soggetti residenti.

Il principio di forza di attrazione limitata distingue, invece, tra i redditi che derivano effettivamente dall'esercizio delle attività considerate produttive di reddito d'impresa (e che, conseguentemente, sono oggetto delle norme in materia di reddito d'impresa) e i redditi che, invece, non derivano direttamente dall'esercizio delle attività considerate produttive di reddito d'impresa ed il cui trattamento impositivo, in mancanza di un collegamento con la stabile organizzazione, è isolato.

Con riferimento all'ordinamento italiano, l'art. 152 del TUIR prevede che "Per le società e gli enti commerciali con stabile organizzazione nel territorio dello Stato, eccettuate le società semplici, il reddito complessivo è determinato secondo le disposizioni della sezione I del capo II del titolo II, sulla base di apposito conto economico relativo alla gestione delle stabili organizzazioni e alle altre attività produttive di redditi imponibili in Italia".

A livello internazionale, l'OCSE ha pubblicato il Rapporto "2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments" (di seguito anche "il Rapporto") (6) incentrato sull'interpretazione ed applicazione dell'art. 7 del Modello OCSE il quale prevede che, nel determinare il reddito *at arm's length* da attribuire alla stabile organizzazione, bisogna tenere conto delle "functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise" (7).

Tale analisi funzionale è volta a individuare la quota di ricavi, costi, beni materiali e immateriali, di crediti e di altre condizioni economiche di esercizio dell'attività, riferibili (giuridicamente) all'impresa nel suo complesso, da attribuire, solo ai fini fiscali, alla *branch*.

---

(6) Per ulteriori approfondimenti sul "2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments", cfr. P. VALENTE, *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, 2012, p. 1833 ss.

(7) Per ulteriori approfondimenti in materia di analisi funzionale, cfr. P. VALENTE, *Manuale del Transfer Pricing, op.cit.*, p. 2743 ss.; P. VALENTE – A. DELLA ROVERE – P. SCHIPANI, *Analisi di comparabilità nel transfer pricing: metodologie applicative*, Milano, 2013, p. 49 ss.; P. VALENTE, "L'analisi di funzioni, assets e rischi", in *il fisco*, n. 25 del 2012.

Il reddito imputabile alla stabile organizzazione è quello che quest'ultima *“might be expected to make if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions”*.

Il Rapporto precisa che la determinazione del reddito della stabile organizzazione implica il calcolo dei profitti (o delle perdite) derivanti da tutte le attività, incluse:

- le transazioni con parti indipendenti;
- le transazioni con parti correlate;
- i *“dealings”* con le altre parti dell'impresa (c.d. *“functionally separate entity approach”*).

L'applicazione del c.d. *“functionally separate entity approach”* nell'interpretazione del paragrafo 2 dell'art. 7 del Modello OCSE richiede un'analisi che contempla due distinti *steps*:

- nel primo *step*, si tratta la stabile organizzazione come un'entità separata ed indipendente;
- nel secondo *step*, si determina il reddito dell'“ipotizzata” entità separata ed indipendente sulla base di un'analisi di comparabilità (8).

Infine, è necessario attribuire alla stabile organizzazione il c.d. *“free capital”*, al fine di assicurare un'imputazione di reddito alla stabile organizzazione nel rispetto del principio dell'*arm's length*.

Il Rapporto precisa che il punto di partenza per l'attribuzione di capitale è rappresentato dalla considerazione secondo cui, nel rispetto del principio di libera concorrenza, la stabile organizzazione dovrebbe essere dotata di risorse adeguate a supportare le funzioni svolte, i rischi sostenuti e gli *assets* utilizzati; è necessario che questa sia munita di una struttura patrimoniale appropriata in relazione all'impresa e alle attività che esercita, al pari di un'impresa autonoma e indipendente che svolge attività analoghe, nelle medesime condizioni.

---

(8) Per ulteriori approfondimenti in materia di analisi di comparabilità, cfr. P. VALENTE, *Manuale del Transfer Pricing, op.cit.*, p. 2769 ss.; P. VALENTE – A. DELLA ROVERE – P. SCHIPANI, *Analisi di comparabilità nel transfer pricing: metodologie applicative, op.cit.*

#### 4. IL FONDO DI DOTAZIONE DELLE STABILI ORGANIZZAZIONI: LA PRASSI ITALIANA

Il fondo di dotazione rappresenta il capitale iniziale che l'impresa estera attribuisce alla stabile organizzazione italiana per lo svolgimento delle attività da parte di quest'ultima.

Sul tema, in data 30 marzo 2006, l'Amministrazione finanziaria italiana ha pubblicato la Risoluzione n. 44/E del 30 marzo 2006 (di seguito anche "la Risoluzione") nella quale si afferma che "sotto il profilo giuridico la stabile organizzazione non è un'entità autonoma e distinta rispetto alla casa madre della quale costituisce una mera diramazione amministrativa, ma dal punto di vista fiscale è considerata un'entità separata, sia dall'ordinamento nazionale, sia, in sede OCSE, dall'art. 7 del Modello di Convenzione".

Ciò consente allo Stato in cui viene localizzata la stabile organizzazione di esercitare i propri diritti impositivi sul reddito prodotto nel proprio territorio: la Risoluzione precisa che, di conseguenza, "è evidente l'interesse dello Stato in cui si trova la stabile organizzazione a valutare il rapporto esistente tra l'indebitamento ed i mezzi propri ad essa attribuiti. L'insufficienza dei mezzi propri rispetto alla struttura patrimoniale ed all'attività esercitata, infatti, può determinare un eccessivo indebitamento della stabile organizzazione e, in definitiva, un trasferimento di reddito a beneficio dello Stato di residenza della casa madre".

Ai fini operativi, l'Amministrazione finanziaria sottolinea che la stabile organizzazione di una impresa non residente deve avere un proprio fondo di dotazione che, ai fini fiscali, può essere anche "figurativo": vale a dire, nel caso in cui esso non risulti dal bilancio, "il fondo di dotazione deve essere determinato ai soli fini fiscali per stabilire se gli eventuali interessi passivi dedotti sono determinati correttamente così come avviene per le imprese indipendenti. In tale ottica, potranno essere considerati deducibili, in quanto corrispondenti agli interessi passivi che un'impresa indipendente avrebbe sostenuto, solo quelli derivanti da finanziamenti che sarebbero stati accesi se la stabile organizzazione avesse potuto disporre di un fondo di dotazione adeguato".

Pertanto, si ritiene necessaria un'analisi circa la congruità del fondo di dotazione la quale, secondo l'impostazione delineata dalla suindicata Risoluzione, può essere determinata tenendo in considerazione i seguenti elementi:

- grado di capitalizzazione della società nel suo complesso;
- attività esercitate dalla stabile organizzazione;
- *assets* materiali e immateriali attribuiti alla stabile organizzazione;
- rischi da essa assunti.

5. IL FONDO DI DOTAZIONE DELLA STABILE ORGANIZZAZIONE BANCARIA: LA SENTENZA N. 62, DEL 12 GIUGNO 2012, DELLA COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DELLA LOMBARDIA

La stabile organizzazione italiana di un'impresa non residente deve munirsi di una struttura patrimoniale appropriata in relazione alle attività che esercita, al pari di un'impresa autonoma e indipendente che svolge attività analoghe, nelle medesime condizioni di mercato.

Nel caso oggetto di commento, a seguito di processo verbale di constatazione, l'Agenzia delle Entrate ha emesso avvisi di accertamento, con riferimento ai periodi di imposta 2003 e 2004, mediante i quali ha proceduto alla rettifica del reddito dichiarato dalla stabile organizzazione italiana (*HSBC Milan Branch*, di seguito anche "la *branch*") della società *HSBC BANK PLC* (di seguito anche "casa madre"), società costituita secondo la legislazione del Regno Unito.

In particolare, l'Amministrazione finanziaria ha proceduto a recuperare a tassazione:

- interessi passivi per euro 147.634 nel 2003 ed euro 143.302 nel 2004 su finanziamenti ricevuti dalla casa madre;
- perdite su crediti inesigibili per euro 9.609.545 nel 2003 ed euro 3.330.382 nel 2004, in quanto "ritenuti indebitamente dedotti dalla *branch* benché correlati a ricavi e ad attività riferibili alla casa madre".

Secondo l'impostazione dell'Amministrazione finanziaria, mentre sotto il profilo civilistico la stabile organizzazione non può essere considera-

ta un'entità autonoma e distinta rispetto alla casa madre, sotto il profilo fiscale invece è considerata entità separata sia dall'ordinamento interno sia in ambito internazionale dal Modello OCSE, come confermato dall'art. 7, paragrafo 2 della Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Italia e Regno Unito (9).

Secondo tale norma, le stabili organizzazioni, a cui si estende il principio di libera concorrenza, scontano il medesimo trattamento fiscale dei soggetti indipendenti e sono tenute a determinare il reddito conformemente, vale a dire "imputando alla *branch* italiana gli utili – e quindi anche gli oneri e le spese – che sarebbero stati conseguiti da un'impresa che svolga un'attività analoga in condizioni di libero mercato".

A tal fine, l'Agenzia delle Entrate ha individuato gli utili e le perdite realizzati da un potenziale concorrente della *branch* sulla base delle norme e delle indicazioni operative dettate per gli istituti di credito operanti in Italia (c.d. *Quasi-Thin Capitalization Approach*).

Il contribuente ha proposto ricorso avverso i suddetti avvisi di accertamento eccependo:

- la nullità dell'avviso di accertamento relativo al periodo di imposta 2003 per mancato rispetto del termine di 60 giorni, ai sensi dell'art. 12, comma 7, della Legge n. 212 del 2000 (c.d. "Statuto del contribuente") (10);

---

(9) La Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Regno Unito è stata firmata a Pallanza il 21 ottobre 1988 ed è stata ratificata con Legge 5 novembre 1990, n. 329.

L'art. 7, paragrafo 2 della suddetta Convenzione dispone:

"2. Fatte salve le disposizioni del paragrafo 3, del presente articolo, quando un'impresa di uno Stato contraente svolge la sua attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, in ciascuno Stato contraente vanno attribuiti a detta stabile organizzazione gli utili che si ritiene sarebbero stati da essa conseguiti se si fosse trattato di un'impresa distinta e separata svolgente attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe e in piena indipendenza dall'impresa di cui essa costituisce una stabile organizzazione".

(10) L'art. 12, comma 7 del c.d. "Statuto del contribuente" dispone:

"Nel rispetto del principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente, dopo il rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, il contribuente può comunicare entro sessanta giorni osservazioni e richieste che sono valutate dagli uffici impositori. L'avviso di accertamento non può essere emanato prima della

- l'illegittimità di entrambi gli avvisi di accertamento per violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Italia e Regno Unito;
- l'illegittimità di entrambi gli avvisi di accertamento per applicazione di un modello di calcolo considerato "arbitrario e contrastante con le finalità dell'art. 7 della Convenzione bilaterale";
- l'illegittimità delle sanzioni irrogate per obiettiva incertezza sull'interpretazione e l'ambito applicativo delle disposizioni in materia.

I giudici di primo grado hanno accolto il ricorso proposto dal contribuente considerando "assolto l'onere probatorio gravante sulla parte ricorrente" (11) e hanno annullato gli avvisi di accertamento emessi dall'Agenzia delle Entrate, "ritenendoli infondati in quanto privi del necessario presupposto impositivo".

L'Agenzia delle Entrate ha proposto appello avverso la sentenza dei giudici di primo grado, ribadendo la correttezza del proprio operato; la società ha rilevato, invece, come i giudici di primo grado abbiano colto "il punto decisivo della lite, ossia la mancanza del presupposto impositivo a sostegno della pretesa dell'Ufficio, non rinvenibile nel complesso normativo, lamentando il progressivo ampliamento del *thema decidendum*, dapprima centrato sull'art. 7 Convenzione e art. 23 TUIR, poi indebitamente esteso coi riferimenti all'art. 109, comma 5, TUIR e art. 110 TUIR, a riprova della incertezza nell'individuare una base giuridica anche solo astrattamente idonea a supportare la pretesa contenuta negli avvisi di accertamento per cui è causa".

In particolare, nel giudizio di secondo grado, l'Amministrazione finanziaria ha ribadito quanto affermato nell'art. 7 del Modello OCSE ed ha evidenziato come il Commentario alla Convenzione elaborato dall'OCSE

---

scadenza del predetto termine, salvo casi di particolare e motivata urgenza. Per gli accertamenti e le verifiche aventi ad oggetto i diritti doganali di cui all'art. 34 del Testo Unico delle disposizioni legislative in materia doganale approvato con D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, si applicano le disposizioni dell'art. 11 del D.Lgs. 8 novembre 1990, n. 374".

(11) Per ulteriori approfondimenti in materia di onere della prova, cfr. P. VALENTE, *Manuale del Transfer Pricing*, op.cit., p. 1173 ss.

chiarisce che “la stabile organizzazione debba essere dotata di una struttura patrimoniale appropriata sia per l’impresa, sia per le funzioni che esercita. Per tali ragioni, il divieto di dedurre le spese connesse ai finanziamenti interni – ossia quelli che costituiscono mera attribuzione di risorse proprie della casa madre – dovrebbe continuare ad applicarsi in via generale (paragrafo 18.3 del Commentario)”.

Con riferimento ai rilievi formulati, l’Agenzia delle Entrate ha specificato che:

- in relazione agli interessi passivi, è stato constatato che la *branch* “concede linee di credito con finanziamenti ricevuti dalla casa madre ad un tasso pari all’Euribor, applicando ai prestiti erogati ai clienti un tasso d’interesse pari all’Euribor maggiorato di uno *spread*”. Secondo l’impostazione dell’Agenzia delle Entrate, la *branch*, “non disponendo di proprie risorse finanziarie, ha indebitamente trasferito alla casa madre, sotto forma di interessi passivi sui finanziamenti ricevuti da quest’ultima, gran parte dei proventi (interessi attivi) derivanti dai prestiti erogati in Italia”. La *branch*, secondo l’Amministrazione finanziaria, deve essere dotata di risorse e patrimoni appropriati; essa, come qualsiasi impresa indipendente, deve disporre di un proprio fondo di dotazione che, ai fini fiscali, può anche essere “figurativo” (12); nella fattispecie, l’Agenzia delle Entrate ha ritenuto deducibili solo gli interessi passivi maturati su un ammontare eccedente il fondo di dotazione “figurativamente” quantificato nel minimo previsto di euro 6,3 milioni;
- con riferimento alle perdite su crediti, l’Agenzia delle Entrate ha constatato che la *branch* ha registrato “una perdita su crediti di euro 13.508.185 nel 2003 e di euro 4.719.882 nel 2004, riferibili pressoché interamente a

---

(12) L’Amministrazione finanziaria ha ribadito come la disponibilità da parte della *branch* di un fondo di dotazione “è indispensabile, proprio alla luce dell’art. 7 della Convenzione, per garantire il rispetto del principio di libera concorrenza (altrimenti le *branch* godrebbero di un ampio vantaggio competitivo rispetto alle Banche con sede di Italia). In altre parole, possono essere dedotti dalla *branch* solo gli interessi passivi che un’impresa indipendente avrebbe pagato se avesse potuto disporre di un fondo di dotazione adeguato”.

prestiti concessi a Parmalat SpA”. L’Amministrazione finanziaria ha ribadito che “qualsiasi impresa indipendente per operare nell’ambito dei prestiti alla clientela deve sottostare alle indicazioni della Banca d’Italia in materia di vigilanza; in particolare la Circolare n. 229 del 1999 detta specifiche istruzioni al par. 1, sez. I, titolo IV, secondo le quali per le posizioni di rischio è fissato un limite individuale, per cui le singole banche appartenenti a gruppi bancari sono sottoposte a un limite individuale pari al quaranta per cento del proprio patrimonio di vigilanza” (13). Nel caso di specie, “l’entità della esposizione della *branch* verso Parmalat al momento della dichiarazione di insolvenza di questa (pari ad euro 18.174.135) avrebbe comportato, sulla base del limite individuale, che ove la *branch* fosse stata un soggetto indipendente, avrebbe dovuto disporre di un patrimonio di vigilanza pari ad euro 45.453.337. Tuttavia, non avendo la *branch* un fondo di dotazione, aveva potuto erogare finanziamento a Parmalat solo perché la casa madre aveva assunto il relativo rischio attraverso il proprio patrimonio di vigilanza”.

Di conseguenza, secondo l’Agenzia delle Entrate, la *branch*, in mancanza di un patrimonio congruo, “ha trasferito indebitamente alla casa madre sotto forma di interessi passivi, gran parte dei proventi (interessi attivi) conseguiti dal credito erogato. E poiché nel 2003 e 2004 la *branch* ha retrocesso alla casa madre il 71,18 per cento dei profitti maturati sul credito Parmalat, nella stessa misura devono essere attribuiti alla casa madre gli oneri connessi al credito in esame, in virtù del principio di correlazione fra costi e ricavi. Con la conseguenza che la perdita verso Parmalat deve essere imputata alla *branch* nella misura corrispondente al profitto dichiarato in Italia (28,82 per cento degli interessi attivi) mentre è indeducibile l’ulteriore perdita su crediti imputabile alla casa madre”.

La società contribuente HSBC BANK ha contestato l’operato dell’Amministrazione finanziaria sostenendo come la *branch*, nel caso speci-

---

(13) Tale disposizione individua la soglia massima di rischio che può assumere una banca indipendente operante in Italia.

fico, non fosse tenuta alla “disponibilità figurativa” del fondo di dotazione in quanto dispensata dall’applicazione della disciplina di riferimento.

La Commissione Tributaria Regionale della Lombardia ha accolto l’appello presentato dall’Amministrazione finanziaria ribadendo quanto disposto dalla Risoluzione n. 44 del 2006, secondo cui la disciplina delle stabili organizzazioni, finalizzata a consentire allo Stato in cui la stabile organizzazione è localizzata di esercitare i propri diritti impositivi sul reddito prodotto nel proprio territorio, richiede la necessità che la *branch* sia patrimonialmente strutturata in funzione delle attività esercitate (14).

I giudici di secondo grado hanno evidenziato in primo luogo come sia incontestato che “HSBC BANK PLC, società di diritto inglese esercente attività bancaria, opera in Milano con una propria succursale qualificabile ai fini delle imposte sui redditi come stabile organizzazione e, quindi, come centro di imputazione dei redditi di impresa”.

Secondo quanto affermato anche nella sentenza, le succursali di banche comunitarie:

- non sono obbligate ad attenersi alle istruzioni della Banca d’Italia di cui al titolo IV della Circolare n. 229 del 1999 (Vigilanza regolamentare – Concentrazione dei rischi);

---

(14) La Commissione Tributaria Regionale della Lombardia ha evidenziato come:

“L’evocazione da parte dell’Ufficio nelle proprie argomentazioni di varie norme del TUIR non denota una prospettazione perplessa o incerta, ma semmai il richiamo a principi di riferimento a sostegno della prospettazione stessa.

L’art. 23, comma 1, lett. e) TUIR già menzionato negli avvisi di accertamento enuncia l’applicazione dell’imposta ai non residenti, con riferimento alle stabili organizzazioni. L’art. 109 TUIR evoca il principio di correlazione fra costi e ricavi, già pure menzionato negli avvisi di accertamento. L’art. 110, comma 7, TUIR evoca il principio di libera concorrenza. Ai sensi di detta norma, i componenti del reddito, derivanti da operazioni *intercompany* con società non residenti nel territorio dello Stato, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti e dei servizi ricevuti. Tale valore può essere identificato con il prezzo di libera concorrenza, cioè con il prezzo che sarebbe stato pattuito per transazioni similari da imprese indipendenti. In tal senso, quindi, si avvalora il principio di equiparazione del trattamento fiscale fra le imprese esercenti attività bancaria, con la determinazione del fondo di dotazione figurativo per non privilegiare fiscalmente le imprese sottocapitalizzate”.

- non sono soggette alla disciplina sull'autorizzazione all'esercizio di attività bancaria in Italia, ai cui fini occorre un capitale iniziale minimo di almeno euro 6,3 milioni (per le SPA).

Pertanto, risulta pacifico che “nella fattispecie la *Branch* ha svolto attività bancaria in Italia, nel 2003 e 2004, in conformità alla disciplina regolamentare dettata dalla Banca d'Italia, senza disporre di alcun fondo di dotazione”.

Inoltre, i giudici di secondo grado hanno affermato come l'applicazione dell'art. 7 della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Regno Unito abbia la finalità di “negare che una regolamentazione derogatoria giustificata da ragioni extratributarie valga a ridisegnare presupposti impositivi di favore, altresì contrari al principio di libera concorrenza (in quanto si creerebbe notevole squilibrio nei rapporti concorrenziali fra istituti bancari operanti sul territorio nazionale)”.

Nel caso di specie, “la questione non è se esista o meno una norma che imponga un determinato fondo di dotazione come richiesto dalla Banca d'Italia, ma come devono essere trattati gli interessi passivi dedotti dalla stabile organizzazione quando sia acclarato che, per mancanza di adeguato fondo di dotazione e per il conseguente elevato indebitamento, l'attività bancaria svolta in Italia è possibile solo grazie ai capitali erogati dalla casa madre”.

Pertanto, ai fini della quantificazione degli interessi passivi deducibili in capo alla *branch* italiana di una banca estera, è necessaria l'applicazione dei livelli minimi patrimoniali previsti dalla Banca d'Italia, a prescindere dal fatto che per le succursali di banche comunitarie non sia previsto l'obbligo di dotazione minima.



## APPROFONDIMENTO

# Fondo di dotazione delle stabili organizzazioni bancarie: congruità e profili critici

di Piergiorgio Valente

**Secondo la Commissione Tributaria Regionale di Milano, come qualsiasi impresa indipendente, la stabile organizzazione di una impresa non residente, che svolge attività bancaria, deve avere un proprio fondo di dotazione che, ai fini fiscali, può essere anche “figurativo”. In altre parole, qualora non risulti dal bilancio, il fondo di dotazione deve essere determinato ai soli fini fiscali per stabilire se gli eventuali interessi passivi dedotti sono determinati correttamente, così come avviene per le imprese indipendenti.**

### 1. Premessa

L'adeguatezza del **fondo di dotazione** (c.d. “*free capital*”) delle **stabili organizzazioni** costituisce tema complesso e articolato e, allo stato attuale, ancora ampiamente oggetto di studio, approfondimento e discussione.

Negli ultimi anni, l'Amministrazione finanziaria, così come la giurisprudenza, ha posto l'attenzione sulla **congruità del fondo di dotazione** delle **stabili organizzazioni bancarie**.

L'esigenza di verifica del complesso sistema di regole (e della loro eventuale modifica) sul tema assume particolare rilievo e il relativo dibattito è destinato a protrarsi nel tempo.

In tale contesto, si rende necessario analizzare il *framework* normativo di riferimento, approfondendo in particolare l'insieme di norme e prassi internazionali in materia, in quanto elemento

imprescindibile ai fini dell'adeguata determinazione del fondo di dotazione.

Non meno importanti risultano le metodologie applicate in sede di accertamento nel settore bancario e l'aderenza di queste ultime alla prassi internazionale.

Appare pertanto utile comprendere, alla luce delle principali disposizioni internazionali applicabili, le dinamiche dell'**attribuzione del reddito alla stabile organizzazione** e della **determinazione del fondo di dotazione**, in un settore come quello bancario dove, a causa della complessità dell'attività, le modalità di verifica potrebbero sollevare qualche criticità.

### 2. La stabile organizzazione: cenni

Il concetto di stabile organizzazione viene utilizzato per determinare il diritto di uno Stato contraente di assoggettare a tassazione gli utili di un'impresa avente sede nell'altro Stato contraente.

Il paragrafo 1 dell'art. 5 del Modello OCSE definisce “stabile organizzazione” **“una sede fissa d'affari, per mezzo della quale l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività”**<sup>1</sup>.

La definizione implica pertanto:

- l'esistenza di una “sede di affari”, vale a dire di un'installazione, di locali o, in alcuni casi, di macchinari o attrezzature;

<sup>1</sup> Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2012, p. 246 ss.; P. Valente-L. Vinciguerra, *Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche*, IPSOA, 2013, p. 29 ss.

- la sede di affari deve essere “fissa”; essa deve essere stabilita in un luogo determinato con un certo grado di permanenza;
- lo svolgimento dell’attività industriale o commerciale dell’impresa per mezzo della sede fissa di affari.

Il paragrafo 2 dell’art. 5 contiene una lista non esaustiva di casi in cui può considerarsi sussistere, *prima facie*, una stabile organizzazione<sup>2</sup>. Mentre il paragrafo 4 dell’art. 5 elenca le attività industriali o commerciali che costituiscono eccezioni alla definizione generale enunciata al paragrafo 1, il paragrafo 5 stabilisce le condizioni in presenza delle quali un’impresa possa ritenersi disporre di una stabile organizzazione con riferimento alle attività di una persona che agisce per suo conto. Solo le persone che hanno il potere di concludere contratti possono qualificarsi quale stabile organizzazione dell’impresa dalla quale dipendono. In tal caso, infatti, può ritenersi che la persona disponga del potere sufficiente per vincolare l’impresa nella partecipazione ad attività commerciali nello Stato considerato, purché tale potere sia esercitato abitualmente e non occasionalmente<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Precisa il paragrafo 2:  
“L’espressione ‘stabile organizzazione’ comprende in particolare:  
– una sede di direzione;  
– una succursale;  
– un ufficio;  
– un’officina;  
– un laboratorio;  
– una miniera o giacimento petrolifero o di gas, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali”.

Il paragrafo 3 dell’art. 5 prevede espressamente che un cantiere di costruzione o di montaggio costituisce stabile organizzazione soltanto se la sua durata è superiore a dodici mesi. Per determinare la durata del cantiere, non si deve tenere conto del tempo che l’appaltatore (imprenditore o impresa) ha trascorso in altri cantieri che non presentano alcun collegamento con il primo. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, p. 250 ss.

<sup>3</sup> L’espressione “potere di concludere contratti in nome dell’impresa” non limita l’ambito di applicazione del paragrafo a un agente che conclude contratti in nome dell’impresa; il paragrafo si applica parimenti a un agente che conclude contratti vincolanti per l’impresa anche se non effettivamente conclusi in nome di quest’ultima. L’assenza di un attivo coinvolgimento di un’impresa nelle operazioni può essere indicativo dell’attribuzione di poteri ad un agente. A titolo esemplificativo, si può considerare che un agente disponga di effettivi poteri di concludere contratti se promuove e riceve (senza formale finalizzazione) ordini inviati direttamente a un deposito dal quale i beni sono consegnati e dove la società estera regolarmente accetta le transazioni (cfr. paragrafo 32.1 del Commentario al para-

Ai sensi del paragrafo 6, infine, un’impresa di uno Stato contraente – che svolge attività industriale o commerciale per il tramite di un mediatore, commissionario generale e di ogni altro intermediario che goda di uno *status* indipendente – non può essere assoggettata a tassazione nell’altro Stato contraente a motivo di tali attività se l’agente agisce nell’ambito della sua ordinaria attività. Una persona non sarà considerata stabile organizzazione dell’impresa per la quale agisce, solo se:

- è indipendente dalla impresa, sia giuridicamente sia economicamente; e
- agisce nell’ambito della sua ordinaria attività industriale o commerciale quando agisce per conto dell’impresa<sup>4</sup>.

### **3. L’attribuzione del reddito alla stabile organizzazione: l’art. 7 del Modello OCSE**

In data 22 luglio 2010 è stato pubblicato il documento OCSE “*2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*” (di seguito, “Rapporto”) il quale contiene le linee guida per l’**attribuzione del reddito alla stabile organizzazione** ai sensi dell’art. 7 del Modello OCSE<sup>5</sup>.

Il Rapporto è stato pubblicato dall’OCSE in concomitanza con l’approvazione del documento che introduce il nuovo art. 7 del Modello OCSE<sup>6</sup>

grafo 5 dell’art. 5). Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, p. 259 ss.

<sup>4</sup> La versione del 2008 del Modello OCSE aggiunge al Commentario all’art. 5 alcune disposizioni relative alla tassazione dei servizi. Dal combinato disposto dell’art. 5 e dell’art. 7 del Modello OCSE risulta che i profitti derivanti dai servizi prestati sul territorio di uno Stato contraente da imprese dell’altro Stato contraente, non sono soggetti a tassazione nel primo Stato se non sono imputabili a una stabile organizzazione ivi situata. I redditi derivanti dai servizi resi in un dato Stato dovrebbero essere tassati in tale Stato in base a principi universalmente accettati. Dal punto di vista dell’origine dell’attività di impresa, lo Stato ove i servizi vengono prestati dovrebbe avere il diritto di assoggettare a tassazione i relativi redditi, anche quando i servizi non sono imputabili ad una stabile organizzazione.

Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, p. 301 ss.; P. Valente-L. Vinciguerra, *Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche*, *op. cit.*, p. 29 ss.; P. Valente, *Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. La versione 2010*, in “*il fisco*” n. 33/2010, fascicolo n. 1, p. 5333 ss.

<sup>5</sup> La versione 2010 del Rapporto segue quella del 2008, della quale peraltro riflette contenuto e conclusioni.

<sup>6</sup> Per approfondimenti sulle novità introdotte dalla versione del 2010 del Modello OCSE, cfr. P. Valente, “*Il Modello*

e si compone di quattro Parti:

- la Parte I effettua considerazioni generali in merito all'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione, a prescindere dal settore di attività in cui l'impresa opera;
- la Parte II illustra l'applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione con riferimento all'**attività bancaria**;
- la Parte III effettua considerazioni speciali sull'applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione alle imprese che svolgono **attività di trading di strumenti finanziari**;
- la Parte IV effettua considerazioni speciali sull'applicazione dei criteri di determinazione del reddito delle stabili organizzazioni delle **compagnie di assicurazione**.

La Parte I del Rapporto è incentrata sull'interpretazione ed applicazione dell'art. 7 del Modello OCSE, nella versione del 2010. In particolare, il nuovo paragrafo 2 dell'articolo 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 dall'impresa per il tramite della stabile organizzazione medesima e *“through the other parts of the enterprise”*.

Il reddito imputabile alla stabile organizzazione è quello che quest'ultima *“might be expected to make if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions”*<sup>7</sup>.

Il Rapporto precisa che la determinazione del reddito della stabile organizzazione implica il calcolo dei **profitti** (o delle **perdite**) **derivanti da tutte le attività**, incluse:

- le transazioni con parti indipendenti;
- le transazioni con parti correlate;
- i *“dealings”* con le altre parti dell'impresa (c.d.

*OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. La versione 2010*, op. cit.; P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., p. 364 ss.

<sup>7</sup> Come indicato nei *Preliminary remarks* del nuovo 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 nuovo paragrafo 1 del Commentario all'art. 7).

*“functionally separate entity approach”*)<sup>8</sup>.

L'applicazione del c.d. *“functionally separate entity approach”* nell'interpretazione del paragrafo 2 dell'art. 7 richiede un'analisi che contempla due distinti *steps*:

- nel primo *step*, si tratta la stabile organizzazione come una entità separata e 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 tenendo conto di tutte le attività da questa svolte, incluse le transazioni con parti non correlate, quelle con *“related enterprises (...) and dealings with other parts of the enterprise (...)”*.

#### Il primo step

Il primo *step* implica una *“functional and factual analysis”* diretta a:

- attribuire alla stabile organizzazione **diritti ed obblighi derivanti dalle transazioni** che coinvolgono l'impresa di cui la medesima stabile organizzazione è parte;
- individuare gli **assets “economicamente posseduti”** e/o **utilizzati** dalla stabile organizzazione. Il Rapporto precisa che le conseguenze dell'attribuzione dell'*“economic ownership”* degli *assets* alla stabile organizzazione dipendono non solo dal tipo di *assets*, ma anche dalla tipologia di attività di *business* per il quale sono utilizzati<sup>9</sup>;

<sup>8</sup> Tale approccio è individuato, nell'ambito del Rapporto, 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). Cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, IPSOA, 2012, p. 1833 ss.

<sup>9</sup> Il Rapporto precisa che *“economically owning a tangible asset used in a manufacturing process does not necessarily, of itself, attribute to the economic owner of the asset the income from selling goods produced by using the asset. Attributing economic ownership of financial assets, on the other hand, attributes the income and expenses as-*

- attribuire alla stabile organizzazione i **rischi inerenti alle funzioni svolte**, tenendo altresì in considerazione l'eventuale trasferimento dei medesimi rischi o della loro gestione ad altre “parts” dell'impresa o ad altre imprese<sup>10</sup>. La “functional and factual analysis” implica l'attribuzione alla stabile organizzazione, in via preliminare, di ogni rischio inerente alle funzioni svolte dal personale dell'ente e prende in considerazione altresì ogni transazione relativa al trasferimento dei rischi o della gestione degli stessi<sup>11</sup>;

*sociated with holding those assets or lending them out or selling them to third parties.*

*(...) In the case of financial assets of financial enterprises, the creation and management of such assets (and their attendant risks) is itself the significant people function relevant to determining the initial economic ownership of the assets, so the initial attribution of economic ownership of those assets to the part of the enterprise performing that function has primary importance not only for determining characterisation of the 'distinct and separate enterprise' under step one, but also to the attribution of profits under step two, since the attribution of income-generating assets also effectively determines which part of the enterprise receives the income and expenses associated with those assets” (cfr. Parte I, par. 22 e 23 del Rapporto).*

<sup>10</sup> Tra i rischi inerenti alle funzioni svolte vi è anche il rischio fiscale. L'espressione “rischio fiscale” può assumere diverse accezioni. Decisioni, attività e operazioni assunte da un'organizzazione aziendale possono generare aree di incertezza sul rischio relativo all'attività di business. Alcune di esse riguardano gli aspetti fiscali. In particolare concernono:

- l'applicazione, a determinate circostanze, della normativa e della prassi fiscale in vigore in un Paese diverso da quello in cui ha sede l'impresa; oppure
- la definizione di un sistema ottimale di gestione dell'attività d'impresa al fine di ottimizzarne la variabile fiscale.

La gestione del rischio fiscale nei gruppi multinazionali implica, quindi, l'amministrazione e il controllo di tali aree di incertezza al fine di prevenire la nascita di controversie con le autorità fiscali competenti dei Paesi in cui si svolge l'attività di business. La strategia per la gestione del rischio fiscale deve tenere conto della capacità dell'impresa di assumere determinati livelli di tale rischio in circostanze diverse. La massimizzazione delle opportunità di business deve essere bilanciata da una oculata gestione del rischio comunque relativo a queste ultime.

Una politica aziendale di gestione del rischio fiscale (c.d. “tax risk management”) deve perciò determinare:

- il valore da raggiungere nell'assunzione del rischio;
- la riduzione dei costi la quale consegue alla riduzione del rischio;
- le risorse necessarie per la gestione delle opportunità e dei rischi sottostanti.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale di Governance fiscale*, IPSOA, 2011, p. 669 ss.

<sup>11</sup> Nel Rapporto si rileva che, in considerazione della natura dell'attività svolta dall'impresa, “some risks will be related to the potential loss in value of assets attributed to the PE while some other risks will be created by activities and

- attribuire alla stabile organizzazione il c.d. “**free capital**” (i.e., “funding that does not give rise to a tax deductible return in the nature of interest”), al fine di assicurare un'imputazione di reddito alla stabile organizzazione nel rispetto del principio dell'*arm's length*. Il Rapporto precisa che il punto di partenza per l'attribuzione di capitale è rappresentato dalla considerazione secondo cui, nel rispetto del principio di libera concorrenza, la stabile organizzazione dovrebbe essere dotata di risorse adeguate a supportare le funzioni svolte, gli *assets* “it economically owns” e i rischi assunti;
- riconoscere eventuali **accordi/transazioni (“dealings”) tra la stabile organizzazione e l'impresa di cui è parte**, sulla base dei seguenti principi:
  - i “dealings” tra la stabile organizzazione e l'impresa dovrebbero essere remunerati sulla base dell'assunto secondo cui entrambe sono dotate della medesima capacità di credito (“creditworthiness”)<sup>12</sup>;
  - l'impresa non dovrebbe garantire il “creditworthiness” della stabile organizzazione e, specularmente, quest'ultima non dovrebbe garantire quello dell'impresa<sup>13</sup>.

### **Il secondo step**

Il secondo *step* prevede la **determinazione del prezzo at arm's length** – e in conformità con le *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE in materia di *transfer pricing* – dei “*recognised dealings*”<sup>14</sup>, mediante:

*not necessarily linked to the simple existence of the assets (e.g. liability risks)” (cfr. Parte I, par. 25 del Rapporto).*

<sup>12</sup> “Save in exceptional circumstances, all parts of the enterprise have the same creditworthiness. This means that dealings between a PE and the rest of the enterprise of which it is a part should be priced on the basis that both share the same creditworthiness (...)” (Parte I, par. 36 del Rapporto).

<sup>13</sup> “There is no scope for the rest of the enterprise to guarantee the PE's creditworthiness, or for the PE to guarantee the creditworthiness of the rest of the enterprise” (Parte I, par. 36 del Rapporto).

<sup>14</sup> L'utilizzo del termine “*dealing at arm's length*”, che rappresenta il presupposto per l'applicazione della disciplina del *transfer pricing*, può essere ricondotto agli inizi degli anni Trenta negli Stati Uniti ed è apparso ufficialmente per la prima volta nelle *US Treasury Regulations* emanate nel 1935. Tale concetto è stato inserito nelle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dalla Francia, dal Regno Unito e dagli Stati Uniti negli anni Venti e Trenta del XX secolo. A livello internazionale l'introduzione dell'*arm's length principle* è seguita all'analisi del problema della doppia imposizione internazionale, divenuto particolarmente critico al termine della I Guerra Mondiale, a

- la determinazione della **comparabilità** tra i suindicati “*dealings*” e le “*uncontrolled transactions*”;
- la selezione ed applicazione del **metodo** di determinazione del prezzo più appropriato, tenendo in considerazione le funzioni svolte, gli *assets* posseduti e i rischi attribuiti alla stabile organizzazione.

Coerentemente con quanto previsto nel Rapporto, il paragrafo 2 del nuovo 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** dall'impresa “*through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise*”.

Come precisato dal nuovo paragrafo 15 del Commentario all'art. 7, il paragrafo 2 dell'articolo fissa la regola principale per la determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione: il reddito della stabile organizzazione è quello che quest'ultima “*might be expected to make if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions*”<sup>15</sup>.

seguito di un incremento del livello di tassazione.

Tale problema fu particolarmente sentito dalla Camera di Commercio Internazionale e dalla Lega delle Nazioni, il cui *Economic & Financial Committee* diede vita ad un *Fiscal Committee* composto da economisti per tentare di risolvere le criticità connesse alla tassazione internazionale delle società e alla doppia imposizione.

Un primo *draft* di Modello di Convenzione del 1927 prevedeva che il diritto di tassare gli utili di un'impresa spettasse allo Stato in cui la società aveva costituito una stabile organizzazione (art. 5). L'allocazione degli utili doveva in primo luogo essere condotta avendo riguardo ai profitti effettivamente realizzati dalla stabile organizzazione (*separate accounting method*). Qualora ciò non fosse stato possibile, l'Amministrazione finanziaria poteva ricorrere all'applicazione di formule matematiche basate sull'ammontare del capitale investito, dei salari e del turnover (formula nota come *fractional apportionment*, divenuta nota nei nostri giorni come *formulary apportionment*). Nel corso del 1928 l'Assemblea Generale dei rappresentanti degli Stati membri della Lega delle Nazioni adottò la formulazione del Modello di convenzione del 1927, elaborando contemporaneamente tre differenti versioni del Modello di convenzione contro la doppia imposizione. L'applicazione del metodo previsto dall'art. 5 del primo *draft* di Modello di convenzione è stato oggetto di un'attenta analisi condotta in 35 Paesi. Sulla base delle risultanze di tale analisi, la Lega delle Nazioni nel 1933 presentò un nuovo *draft* di Modello di Convenzione in cui faceva per la prima volta comparire il principio dell'*arm's length*. Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., p. 35 ss.

<sup>15</sup> Analogamente, i parr. 20 ss. del Commentario al nuovo art. 7 del Modello OCSE prevedono che l'analisi è svolta in

#### 4. L'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione bancaria

La Parte II del Rapporto illustra le modalità di applicazione del c.d. “*functionally separate entity approach*” alle imprese che svolgono attività bancaria per il tramite di una stabile organizzazione.

Nello svolgimento della “*functional and factual analysis*” bisogna tenere in considerazione:

1. le **funzioni svolte**;
2. gli **assets utilizzati**;
3. i **rischi assunti**;
4. il “**capital and funding**”;

i quali, nel settore bancario, presentano alcune peculiarità.

##### Le funzioni svolte

Tra le funzioni svolte, il Rapporto individua:

- le funzioni relative alla creazione di un nuovo “*financial asset*” (*loan*): *sales/marketing, sales/trading, trading/treasury, sales/support*;
- le funzioni riguardanti la gestione di un “*financial asset*” esistente (*loan*): *loan support, monitoraggio dei rischi assunti, treasury, sales/trading*<sup>16</sup>;

due distinti steps. Il primo *step* è rappresentato da una “*functional and factual analysis*”; il secondo *step* prevede la determinazione del prezzo *at arm's length* e in conformità con le Linee Guida dell'OCSE in materia di *transfer pricing*, dei “*recognised dealings*”.

Per approfondimenti sull'art. 7 del Modello OCSE, nella versione 2008 e 2010, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., p. 358 ss.; P. Valente, *Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. La versione 2010*, op. cit.

<sup>16</sup> Una volta creato un “*financial asset (a loan)*”, l'impresa deve svolgere di norma le seguenti funzioni:

- a) *Loan support - e.g. administering the loan, collecting and paying interest and other amounts when due, monitoring repayments, checking value of any collateral given;*
- b) *Monitoring risks assumed as a result of entering into the loan - e.g. reviewing creditworthiness of the client, monitoring overall credit exposure of the client to the bank, monitoring interest rate and position risk, analysing the profitability of the loan and return on capital employed, reviewing efficiency of use of regulatory capital, etc.;*
- c) *Managing risks initially assumed and subsequently borne as a result of entering into the loan - e.g. deciding whether, and if so, to what extent various risks should continue to be borne by the bank, e.g. by transferring credit risk to a third party by means of credit derivatives or hedging interest rate risk by purchase of securities, reducing overall risk by pooling individual risks and identifying internal set-offs and actively managing the residual risks retained by the bank (...);*

- *key entrepreneurial risk-taking functions*, relative alla creazione e alla successiva gestione di un finanziamento. Secondo il Rapporto, le *key entrepreneurial risk-taking functions* implicano un'attività decisionale con riferimento all'accettazione e/o alla gestione dei rischi individuali e dei *portfolios of risks*<sup>17</sup>;
- funzioni di supporto o di *back-office*. Trattasi di funzioni generalmente definite anche di "*middle office*" e si distinguono dalle funzioni di "*front office*"<sup>18</sup>.

### **Gli assets utilizzati**

Con riferimento agli *assets* utilizzati, il Rapporto rileva come gli istituti bancari normalmente utilizzano "*physical assets*", quali locali e materiale informatico. Gli Stati membri dell'OCSE in genere concordano nell'utilizzare il "*place of use*" quale criterio per l'attribuzione della proprietà economica dei "*tangible assets*".

La "*functional and factual analysis*" dovrebbe inoltre tenere in considerazione l'**utilizzo di eventuali "intangibile assets"**.

*d) Treasury - e.g. managing the bank's overall funding position (funding deficits or investing surpluses in the market), including managing the interest rate risk and liquidity risk exposures of the bank, allocating the costs of funds raised by the bank as a whole to branches/business units, matching duration of borrowing with lending, and maximising efficiency of employment of regulatory capital and return on capital employed;*

*e) Sales/trading - e.g. refinancing the loan, deciding to sell or securitise the loan, marketing to potential buyers, pricing the loan, negotiating contractual terms of sale, completing sales formalities, etc., deciding whether to renew or extend the loan and, if so, on what terms" (cfr. Parte II, par. 8 del Rapporto). Cfr. P. Valente, Manuale del Transfer Pricing, op. cit., p. 1836 ss.*

<sup>17</sup> "For a bank, the creation of a financial asset and its subsequent management are likely to be the key entrepreneurial risk-taking functions and so (...) economic ownership of the financial asset (and the income and expense associated with holding that asset, lending it out, or selling it to third parties) is generally attributed to the location performing those functions" (cfr. Parte II, par. 9 del Rapporto).

<sup>18</sup> Il Rapporto precisa che le funzioni di "*back office*" normalmente attribuiscono "*less economic value to the business than the middle or front office functions and so deserve a lower reward. It should be borne in mind, however, that although the terms 'back', 'middle' and 'front office' are commonly used in describing the functions of a banking enterprise, there is nothing in the authorised OECD approach that requires attention to be given to such distinctions. The authorised OECD approach rather is concerned with identifying the key entrepreneurial risk-taking functions without regard to the label given to the function or activity, but based on a functional and factual analysis (...)*" (cfr. Parte II, par. 13 del Rapporto).

Nel settore bancario, un *intangible* molto diffuso è rappresentato dalla denominazione, dalla reputazione, dal marchio o logo dell'istituto bancario (c.d. "*marketing intangible*"). Altri rilevanti *intangibles* assumono la caratteristica di "*trade intangibles*" e sono rappresentati, ad esempio, dai sistemi per la massimizzazione di un uso efficiente di "*regulatory capital*" e per il monitoraggio delle varie tipologie di rischi.

### **I rischi assunti**

Nel settore in commento, la valutazione dei rischi assume primaria importanza. Nello svolgimento della "*functional and factual analysis*" vengono in considerazione soprattutto i seguenti **rischi**, assunti nella **concessione dei finanziamenti**:

- *credit risk*: rischio di inadempimento da parte del cliente, con riferimento al pagamento della somma capitale e degli interessi<sup>19</sup>;
- *market interest rate risk*: rischio di rilevante variazione del tasso di interesse applicato al momento della concessione del finanziamento<sup>20</sup>;
- *market foreign exchange risk*: rischio di rilevante variazione del tasso di cambio applicato al momento della concessione del finanziamento<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Il Rapporto definisce il *credit risk* quale "*risk that the customer will be unable to pay the interest or to repay the principal of the loan in accordance with its terms and conditions*" (cfr. Parte II, par. 18 del Rapporto).

<sup>20</sup> Precisa il Rapporto che il *market interest rate risk* può presentarsi sotto diversi aspetti, a seconda della natura del tasso di interesse applicato: "*the borrowing could be fixed but the lending floating or even if both the lending and borrowing are floating there could be a mismatch in timing. Interest rate risk can also arise due to the behavioural effects of market movements on the bank's customers. For example, a decline in interest rates may encourage customers to prepay fixed-rate loans*" (cfr. Parte II, par. 18 del Rapporto). Cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., p. 1845 ss.

<sup>21</sup> Il rischio di cambio deriva dalla possibilità che un cambiamento del rapporto di cambio tra due valute incida sul risultato economico di una operazione. Le imprese che operano sui mercati esteri e che, quindi, sono generalmente esposte a tale rischio devono gestirlo salvaguardando la redditività operativa dell'impresa, adottando misure non finanziarie per far fronte alla variazione dei tassi di riferimento. Gli strumenti più usati per la copertura dei rischi di cambio sono:

- Operazioni a termine (*Forward*);
- *Domestic Currency Swap*;
- Opzioni;
- Finanziamenti in valuta.

Le operazioni a termine consistono nella stipula di un contratto di compravendita con prezzo fissato al momento della stipula, il c.d. "prezzo a pronti" ed una ad esecu-

Altri rischi rilevanti sono rappresentati dal *country risk* e dal *legal risk*, mentre il Rapporto precisa che devono essere identificati tutti i rischi connessi all'attività bancaria, inclusi i c.d. *off-balance sheet risks*, i quali possono derivare da “*items that do not appear on the balance sheet*”.

### Il “*capital and funding*”

Il capitale riveste importanza fondamentale per gli istituti bancari in ragione dei rischi da questi assunti. Esso individua la capacità della banca di assorbire le **eventuali perdite connesse alla “materializzazione” dei rischi**.

L'ammontare minimo del capitale (c.d. *regulatory capital*) di cui le banche devono disporre dipende dai rischi che assumono. Gli istituti bancari, inoltre, necessitano di fondi per la creazione di *financial assets*, come i finanziamenti, i quali a loro volta generano reddito sotto forma di interessi o altra equivalente tipologia. Tali risorse possono derivare da diverse fonti:

- *equity capital*;
- *retained earnings*;
- *deposits from customers*;
- altre forme di *debt funding*, quali i finanziamenti onerosi, inclusi i *subordinated debt*.

Per tale ragione la “*functional and factual analysis*” non può prescindere dall'esame delle questioni relative all'adeguatezza e all'attribuzione

zione futura, ad un “prezzo a termine”. Lo *swap* è un'evoluzione delle operazioni a termine, che non prevede lo scambio effettivo della valuta alla data fissata ma solamente l'accredito o l'addebito del differenziale finanziario che si è prodotto durante l'operazione. Le opzioni sono il tipico strumento di copertura che consentono all'acquirente la possibilità, ma non l'obbligo, di esercitarle nel caso in cui lo ritenesse conveniente. In particolare, l'opzione conferisce il diritto di acquistare (opzione *call* o rialzista), o vendere (opzione *put* o ribassista) una quantità di valuta ad un prezzo e ad una data prestabiliti. Gli elementi essenziali sono quindi i seguenti:

- opzione di acquisto/*call* o di vendita/*put*;
- valuta da scambiare;
- data.

Il prezzo dell'opzione dipende da questi elementi, dai tassi di interesse e dalla volatilità delle valute. L'acquisto di opzioni *put* o ribassiste generalmente mirano a proteggere i ricavi in valuta da un possibile apprezzamento della propria moneta. Al contrario, nel caso di sostenimento di costi in valuta e ci si vuole proteggere da un aumento della valuta, si compra un'opzione *call* con l'obiettivo di fissare il prezzo di acquisto.

Nel caso in cui un'impresa abbia ricavi in valuta continui, la strategia più semplice consiste nell'indebitarsi in valuta a breve termine e ripagare il finanziamento con gli introiti. La soluzione tecnica da adottare potrebbe essere un conto corrente valutario. Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing, op. cit.*, p. 1845 ss.

del capitale.

Un importante fattore da prendere in considerazione nell'ambito di un'analisi di *transfer pricing* concernente gli istituti finanziari è la **capacità di credito** (“*creditworthiness*”) in quanto influisce sulla capacità di concedere finanziamenti, sul tasso di interesse praticato e sui margini di guadagno.

## 5. Reddito della stabile organizzazione bancaria e fondo di dotazione nella decisione della Commissione Tributaria Regionale di Milano, n. 62 del 12 giugno 2012

### 5.1. Premessa

La sentenza della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia (CTR) n. 62/2012 ha ad oggetto, principalmente, la struttura patrimoniale delle stabili organizzazioni bancarie, con precipuo riferimento al metodo da utilizzare per la **determinazione del fondo di dotazione**<sup>22</sup>.

La CTR, traendo le proprie conclusioni dal disposto dell'art. 7 della Convenzione contro le

<sup>22</sup> “L'Agenzia delle Entrate Dir. Prov. I Milano è appellante avverso la sentenza CTP Milano n. 117/01/2010 che aveva accolto i ricorsi riuniti della contribuente HSBC BANK PLC, società costituita secondo le leggi del Regno Unito ed ivi residente, contro avvisi di accertamento Irpeg-Irap anno 2003 e Ires-Irpeg anno 2004, conseguenti a PVC del 31.10.2008 (per il 2003) e del 7.11.2008 (per il 2004) e rettificativi del reddito dichiarato dalla stabile organizzazione in Italia (HSBC Milan Branch). In particolare, l'Ufficio aveva recuperato a tassazione interessi passivi per Euro 147.634 nel 2003 ed Euro 143.302 nel 2004 su finanziamenti ricevuti dalla casa madre, nonché perdite su crediti inesigibili per Euro 9.609.545 nel 2003 ed Euro 3.330.382 nel 2004, in quanto ritenuti indebitamente dedotti dalla Branch benché correlati a ricavi e ad attività riferibili alla casa madre. L'Ufficio argomentava che mentre sotto il profilo civilistico la stabile organizzazione (Branch) non è un'entità autonoma e distinta rispetto alla casa madre, sotto il profilo fiscale invece è considerata entità separata sia dall'ordinamento interno sia in ambito sovranazionale dal modello di convenzione OCSE contro le doppie imposizioni, segnatamente richiamando l'art. 7 co. 2 della Convenzione tra Italia e Regno Unito in base al quale le Branch, a cui si estende il principio di libera concorrenza, scontano il medesimo trattamento fiscale dei soggetti indipendenti e sono tenute a determinare il reddito di conseguenza. Sicché sono da imputare alla Branch italiana gli utili – e quindi anche gli oneri e le spese – che sarebbero stati conseguiti da un'impresa che svolga un'attività analoga in condizioni di libero mercato. L'Ufficio aveva perciò individuato gli utili e le perdite conseguibili da un potenziale concorrente della Branch sulla base delle norme e delle indicazioni operative dettate per gli istituti di credito operanti in Italia” (cfr. il primo capoverso della sentenza).

doppie imposizioni Italia-Regno Unito<sup>23</sup> (il quale si basa sull'art. 7 del Modello OCSE), statuisce che, sebbene la disciplina regolamentare delle filiali di banche con sede in un Paese dell'Unione europea non preveda un obbligo di dotazione minima in relazione agli interessi passivi deducibili in capo alla stabile organizzazione italiana di una banca estera, è comunque opportuno fare riferimento ai **livelli patrimoniali minimi** fissati dalla Banca d'Italia.

Sebbene, quindi, sul piano prettamente giuridico-regolamentare, le stabili organizzazioni non siano soggette all'obbligo di avere un fondo di dotazione, ai fini fiscali si dovrebbe procedere alla determinazione di un **fondo di dotazione**

**c.d. "figurativo"**, il cui importo dovrebbe essere conforme a quello previsto dalla Banca d'Italia per le società che esercitano attività bancaria in Italia (secondo il *Safe harbour Approach*, previsto dal "2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments" dell'OCSE). In un momento successivo, si procede all'imputazione di parte del *funding* proveniente dalla casa madre, al fondo di dotazione "figurativo", sul cui ammontare gli interessi passivi non dovrebbero essere deducibili.

## 5.2. Le argomentazioni della CTR

Secondo la CTR, occorre muovere dalla considerazione secondo cui, sotto il profilo giuridico,

"la stabile organizzazione non è un'entità autonoma e distinta rispetto alla casa madre della quale costituisce una mera diramazione amministrativa, ma dal punto di vista fiscale è considerata un'entità separata".

La stabile organizzazione è centro di imputazione di situazioni giuridiche dell'impresa non residente, sia per la definizione del presupposto dell'imposta, sia per gli obblighi strumentali all'applicazione del tributo<sup>24</sup>. Tale approccio è finalizzato a consentire allo Stato in cui la stabile organizzazione è localizzata di esercitare la potestà impositiva sul reddito prodotto nel proprio territorio.

Appare quindi evidente, secondo la CTR, l'interesse dello Stato in cui si trova la stabile organizzazione a "valutare il rapporto esistente tra l'indebitamento ed i mezzi propri ad essa attribuiti". **L'insufficienza dei mezzi propri rispetto alla struttura patrimoniale** ed alla **attività esercitata**, infatti, può determinare un **eccessivo indebitamento** della stabile organizzazione e, in definitiva, un **trasferimento di reddito** a beneficio dello Stato di residenza della casa madre.

L'art. 7 della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Regno Unito non ha, quale finalità, la determinazione di presupposti impositivi per la emersione di maggior imponibile. La questione della deducibilità degli interessi passivi

non va riferita al fatto se esista o meno una norma che imponga un determinato fondo di dotazione come previsto dalla Banca d'Italia, ma sulle modalità in cui devono essere trattati gli interessi passivi dedotti dalla stabile organizzazione quando "sia acclarato che, per mancanza di adeguato fondo di dotazione e per il conseguente elevato indebitamento, l'attività bancaria svolta in Italia è possibile solo grazie ai capitali erogati dalla casa madre".

Precisa la CTR che, come qualsiasi impresa indipendente, la stabile organizzazione di una impresa non residente deve avere un proprio fondo di dotazione che, ai fini fiscali, può essere anche "figurativo". In altre parole, qualora non risulti dal suo bilancio, il fondo di dotazione deve essere determinato ai soli fini fiscali per stabilire se gli eventuali interessi passivi dedotti sono determinati correttamente, così come avviene per le imprese indipendenti.

Con riferimento alla **metodologia** da adoperare per la determinazione del fondo di dotazione della stabile organizzazione, l'Agenzia delle Entrate ha affermato che

"la determinazione del fondo di dotazione della stabile organizzazione che possa ritenersi congruo dal punto di vista fiscale è questione di fatto che richiede un'analisi dettagliata delle singole fattispecie e che deve essere affrontata tenendo conto di principi condivisi in sede internazionale".

<sup>23</sup> Per approfondimenti sulla Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Italia e Regno Unito, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., p. 2073 ss.

<sup>24</sup> Secondo la CTR, il concetto di stabile organizzazione viene utilizzato per determinare il diritto di uno Stato contraente di assoggettare a tassazione gli utili di un'impresa avente sede nell'altro Stato contraente.

Con il termine “principi condivisi in sede internazionale” si fa riferimento proprio al “*2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*”, il quale provvede alla individuazione dei due *step* procedurali di cui il processo di determinazione dei prezzi di trasferimento consta: (i) ipotesi di **autonomia** e **indipendenza** della stabile organizzazione; (ii) determinazione della **corretta remunerazione delle operazioni** concluse con l’*head office*<sup>25</sup>.

Il Rapporto OCSE, relativamente alle metodologie da adoperare per la determinazione del fondo di dotazione, identifica i seguenti tre approcci:

- *Safe harbour Approach* (o *Regulatory Minimum Capital Approach* o *Quasi Thin Capitalization Approach*): prevede l’attribuzione alla stabile organizzazione dell’ammontare minimo di *equity* previsto a livello regolamentare per le imprese che svolgono attività bancaria nello Stato in cui opera la stabile organizzazione. Tale approccio è quello utilizzato nella decisione in commento;
- *Thin Capitalization Approach*: prevede l’attribuzione

alla stabile organizzazione dello stesso ammontare di *equity* normalmente rinvenibile in un soggetto indipendente, comparabile con il profilo di rischio della stabile organizzazione medesima;

- *Capital Allocation Approach*: prevede l’attribuzione alla stabile organizzazione di una quota proporzionale del capitale di rischio complessivo dell’impresa, sulla base delle funzioni svolte, dei rischi assunti e degli *asset* utilizzati dalla stabile organizzazione.

### 5.3. Le conclusioni della CTR

Nella fattispecie esaminata dalla CTR, la congruità del fondo di dotazione, dal punto di vista fiscale, può ritenersi rispettata con riferimento ai limiti previsti per le imprese esercenti attività bancaria, mentre “i calcoli dettagliatamente eseguiti negli avvisi di accertamento appaiono immuni da censure”.

Sul piano delle sanzioni, la CTR osserva che in tema di sanzioni amministrative per violazione di norme tributarie,

“l’incertezza normativa obiettiva, che costituisce causa di esenzione del contribuente dalla responsabilità amministrativa tributaria, postula una condizione di inevitabile incertezza sul contenuto, sull’oggetto e sui destinatari della stessa norma tributaria, ossia l’insicurezza ed equivocità del risultato conseguito attraverso la sua interpretazione. Ciò che tuttavia non equivale ad una controvertibilità delle interpretazioni, altrimenti dovendosi ritenere applicabili le sanzioni soltanto in caso di lite temeraria”.

Pertanto, nel riformare la sentenza impugnata, la CTR ha respinto i ricorsi originari proposti

<sup>25</sup> Cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., p. 1845 ss.

dal contribuente.

La mancanza di orientamenti giurisprudenziali consolidati sul tema di causa, infine, ha giustificato la compensazione delle spese processuali di entrambi i gradi di giudizio.





## APPROFONDIMENTO

# Stabile organizzazione e *jurisdiction to tax*: il dibattito a livello internazionale

di Piergiorgio Valente

Il dibattito internazionale si è incentrato, nel corso degli ultimi mesi, sull'analisi degli esistenti principi e disposizioni di fiscalità internazionale, al fine di verificare se essi possano essere adeguatamente applicati nell'attuale contesto economico ovvero necessitino di una rivisitazione.

Tale dibattito trae origine dalla difficoltà incontrata dai Governi europei nell'assoggettare ad imposizione i redditi prodotti nei loro territori dalle imprese multinazionali, ed in particolare dalle c.d. "imprese multinazionali digitali".

### 1. Premessa

Negli ultimi mesi, i principali Governi europei hanno affrontato il tema della **tassazione delle imprese multinazionali**, evidenziando come tali imprese strutturano il loro *business* anche al fine di ottimizzare il **carico fiscale consolidato**. Obiettivo dei diversi Governi europei e dei principali organismi sovranazionali (OCSE e Commissione europea su tutti) è l'adozione di misure coordinate volte a garantire che le imprese nazionali e multinazionali paghino "***the fair share of tax***" nei diversi Stati in cui operano e non adottino schemi di pianificazione fiscale aggressiva, consistenti nello sfruttamento delle distorsioni esistenti nei vari ordinamenti nazionali mediante la costruzione di **strutture artificiali se prive di sostanza economica**.

### 2. Il dibattito a livello sovranazionale: gli interventi dell'OCSE e del G-20

In occasione del *meeting* del G-20, tenutosi a Mosca il 15-16 febbraio 2013, è stata data evidenza del problema della tassazione delle imprese multinazionali<sup>1</sup>. In particolare, i Ministri delle Finanze francese, inglese e tedesco hanno ribadito le problematiche derivanti dalla minimizzazione sistematica del carico fiscale da parte delle società multinazionali (in particolar modo, delle c.d. "imprese multinazionali digitali") operanti nei suddetti Paesi.

Dopo aver espresso il proprio apprezzamento per il lavoro dell'OCSE in materia, con particolare ri-

<sup>1</sup> "In the tax area, we welcome the OECD report on addressing base erosion and profit shifting and acknowledge that an important part of fiscal sustainability is securing our revenue bases. We are determined to develop measures to address base erosion and profit shifting, take necessary collective actions and look forward to the comprehensive action plan the OECD will present to us in July. We strongly encourage all jurisdictions to sign the Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance. We encourage the Global Forum on Transparency and Exchange of Information to continue to make rapid progress in assessing and monitoring on a continuous basis the implementation of the international standard on information exchange and look forward to the progress report by April 2013. We reiterate our commitment to extending the practice of automatic exchange of information, as appropriate, and commend the progress made recently in this area. We support the OECD analysis for multilateral implementation in that domain" (cfr. "Communiqué Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors Moscow, 15-16 February 2013", al seguente link: <http://www.g20.org/news/20130216/781212902.html>).

ferimento al Rapporto “**Addressing Base Erosion and Profit Shifting**” (di seguito, “*Rapporto BEPS*”)<sup>2</sup> pubblicato il 12 febbraio 2013, il G-20 ha manifestato la volontà di sviluppare misure dirette ad evitare l’erosione della base imponibile mediante lo spostamento di profitti in giurisdizioni con fiscalità di vantaggio.

Il Rapporto BEPS ha evidenziato come i principi accolti a livello internazionale, i quali derivano dalle *best practices* dei diversi ordinamenti, non sono stati in grado di seguire i significativi cambiamenti che hanno interessato, soprattutto negli ultimi anni, i differenti settori economici.

Le norme di fiscalità internazionale contenute negli ordinamenti nazionali sono principalmente espressione di un c.d. “*economic environment*” caratterizzato da uno **scarso livello di “integrazione economica transfrontaliera”**.

Il Rapporto BEPS identifica quattro principi-chiave della **tassazione delle attività transfrontaliere**:

- potestà impositiva;
- *transfer pricing*<sup>3</sup>;
- leva finanziaria (*leverage*);
- regole anti-elusione.

La **potestà impositiva** (“*right to tax*”) di uno Stato dipende da specifici fattori di collegamento con una determinata giurisdizione. Generalmente, i sistemi fiscali dei singoli Stati prevedono l’applicazione del:

- principio della “**tassazione su base mondiale**” (“*worldwide principle*”) nei confronti dei soggetti residenti, fondato sul criterio della residenza<sup>4</sup> del soggetto percettore dei redditi ovunque prodotti;

<sup>2</sup> Per ulteriori approfondimenti sul Rapporto BEPS, cfr. P. Valente, *Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE ‘Addressing Base Erosion and Profit Shifting’*, in “*il fisco*” n. 12/2013, fascicolo n. 1, pag. 1802; P. Valente, *L’erosione della base imponibile e il profit shifting*, in “*Il Quotidiano Ipsosa*”, 18 febbraio 2013; P. Valente-C. Alagna, *Attenzione dell’OCSE puntata sulla ‘pianificazione fiscale aggressiva’*, in “*Il Quotidiano del commercialista*”, [www.eutekne.info](http://www.eutekne.info), del 15 febbraio 2013.

<sup>3</sup> Per ulteriori approfondimenti in materia di *transfer pricing*, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, Ipsosa, 2013.

<sup>4</sup> Per approfondimenti in tema di residenza, cfr. P. Valente, *Esterovestizione e Residenza*, Milano, Ipsosa, 2013; P. Valente, *La residenza fiscale delle persone giuridiche nella prassi di alcuni Paesi UE ed extra-UE*, in “*il fisco*” n. 15/2013, fascicolo n. 1, pag. 2252; P. Valente-C. Alagna, *C’è esterovestizione solo se l’operazione realizzata è ‘meramente artificiosa’*, in “*Il Quotidiano del commercialista*”, [www.eutekne.info](http://www.eutekne.info), del 8 febbraio 2013; P. Valente, “*Il centro dell’interesse economico prevalente’ come criterio*

- principio della “**tassazione su base territoriale**” o “principio della fonte” (“*principle of source*”), nei confronti dei soggetti non residenti, basato sul criterio della localizzazione dei redditi.

In presenza di un elemento transnazionale di reddito, il contemporaneo e legittimo esercizio, da parte di due Stati diversi, del c.d. *right to tax* può comportare una sovrapposizione delle “sfere di potestà impositiva”, con conseguente doppia imposizione del contribuente<sup>5</sup>.

### **3. Stabile organizzazione e commercio elettronico: cenni**

Per quanto concerne il reddito prodotto dalle imprese non residenti, il criterio di collegamento con il territorio italiano è rappresentato dalla presenza di una **stabile organizzazione** in Italia.

Il concetto di “stabile organizzazione” è definito dall’art. 5 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni (di seguito, “Modello OCSE”)<sup>6</sup>, il quale:

- da un lato, individua la c.d. “stabile organizzazione materiale”;
- dall’altro, delinea i tratti caratterizzanti la “stabile organizzazione personale” (*agent clause*)<sup>7</sup>.

L’individuazione dei requisiti necessari per identificare nel territorio di uno Stato una stabile organizzazione di un soggetto non residente (e dei principi fiscali necessari per attribuire i profitti a tale stabile organizzazione) rappresenta uno dei temi di maggior criticità e interesse a livello internazionale.

Il Rapporto BEPS ha evidenziato come il processo di verifica delle condizioni di sussistenza della stabile organizzazione trova oggettive difficoltà nell’ambito del **commercio elettronico**.

*di determinazione ‘privilegiato’ della residenza fiscale*”, in “*il fisco*” n. 4/2013, fascicolo n. 1, pag. 537.

<sup>5</sup> Il Rapporto BEPS ha evidenziato come un’ulteriore criticità sia rappresentata dalla c.d. “doppia non-imposizione” – i cui casi più rilevanti riguardano i c.d. “*mismatches between countries*” in relazione ai c.d. “*hybrid entities and hybrid financial instruments*” – la quale può altresì derivare dall’applicazione delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni.

<sup>6</sup> Per ulteriori approfondimenti sul Modello OCSE, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, Ipsosa, 2012.

<sup>7</sup> Per ulteriori approfondimenti in materia di stabile organizzazione, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, pagg. 243 ss.

In particolare, può risultare **difficile** (riuscire a) **individuare una “sede di affari”**, in quanto l'attività d'impresa viene esercitata attraverso la rete e può rivelarsi complesso tracciare un collegamento tra la transazione conclusa *on line* e una specifica localizzazione geografica.

Difatti, una delle caratteristiche del commercio elettronico è quella di consentire lo svolgimento di operazioni prescindendo da elementi materiali che, nelle forme del commercio tradizionale, collegano una transazione a un determinato territorio.

Tale aspetto, emerso sin dalle prime analisi delle ricadute fiscali del commercio in *Internet*, ha rappresentato l'elemento potenzialmente in grado di rendere inapplicabili i tradizionali criteri di tassazione previsti dalla fiscalità internazionale: gli sviluppi introdotti dall'economia digitale comportano, pertanto, una necessaria rivisitazione dei principi contenuti nei trattati internazionali contro le doppie imposizioni, al fine di renderli coerenti con l'attuale contesto economico.

In particolare, il forte sviluppo della tecnologia *Internet* e la diffusione dei volumi d'affari realizzati tramite il commercio elettronico hanno evidenziato come l'attuale concetto di “stabile organizzazione”, inteso come presenza materiale dell'impresa nel Paese di riferimento e/o come svolgimento del *business* tramite il c.d. “agente dipendente”, risulta non adeguato ed applicabile nel caso delle c.d. “imprese multinazionali digitali”.

La problematica della **tassazione delle imprese multinazionali c.d. “digitali”** ha avuto notevole rilevanza mediatica: tali imprese riescono, per effetto della loro componente intangibile, a sfuggire alla tassazione e localizzare i redditi in giurisdizioni caratterizzate da una fiscalità di vantaggio.

In particolare, il dibattito internazionale è incentrato sulla liceità dei comportamenti posti in essere dalle imprese multinazionali che consistono nello sfruttare le distorsioni esistenti nei diversi ordinamenti al fine di ottimizzare il carico fiscale: si tratta quindi di delineare entro quali confini la pianificazione fiscale può essere considerata legittima e quando, al contrario, “sfocia” nella c.d. “pianificazione fiscale aggressiva”<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Per approfondimenti in materia di *aggressive tax planning* e *tax governance*, cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, Ipsoa, 2011; P. Valente, *La Commissione Ue avanza proposte sulla pianificazione fiscale aggressiva*, in “Il Quotidiano del commercialista”, [www.eutekne.info](http://www.eutekne.info), del 8 dicembre 2012; P. Valente, *Contrasto alla pianifica-*

Come indicato nel Rapporto BEPS, i più importanti Governi europei hanno sollecitato un intervento coordinato degli Stati per rafforzare la lotta all'evasione fiscale internazionale e “rivisitare” i principi fiscali contenuti nelle disposizioni convenzionali.

#### 4. Economia digitale: gli interventi del Governo britannico

L'Amministrazione finanziaria britannica (HMRC) ha incrementato il livello di attenzione verso le operazioni poste in essere dalle imprese multinazionali: un recente lavoro dell'HMRC ha dimostrato come tali imprese “*do not pay their fair share of corporation tax on profits they make from their business with UK customers*”<sup>9</sup>.

*zione fiscale aggressiva*, in “Il Quotidiano Ipsoa”, 8 ottobre 2012; P. Valente, *Linee Guida OCSE sulle multinazionali: 'tax compliance' e rispetto dello spirito della legge*, in “Corriere Tributario” n. 41/2011; P. Valente, *'Tax governance' e gestione del 'compliance risk'*, in “Corriere Tributario” n. 35/2011; P. Valente, *Aggressive tax planning: esame del Rapporto OCSE sulle iniziative di tax governance*, in “il fisco” n. 18/2011, fascicolo n. 1, pag. 2850; P. Valente, *Tax governance: la gestione del rischio fiscale nelle imprese*, in “Amministrazione & Finanza” n. 2/2011.

<sup>9</sup> “(...) HMRC acknowledged that it has to maintain broad confidence and credibility in its administration of the tax system to maintain the very high levels of compliance that there is in the UK. However, we felt that this was undermined by the Department's use of selective prosecutions; a practice which it could not clearly justify to the Committee. (...) Multinational companies appear to be using transfer pricing, payment of royalties for intellectual property or franchise payments to other group companies to artificially reduce their profits in the UK or to remove them to lower tax jurisdictions. We were not convinced that HMRC has the determination to robustly challenge the practices of these companies.

7. To explore these issues, the Committee held a hearing with representatives from three multinational companies (Amazon, Google and Starbucks) and we are grateful to those companies for providing evidence to us. While their circumstances and business models are different they all have a significant commercial presence in the UK and we wished to gain an understanding as to why it appears that they do not pay their fair share of corporation tax in the UK.

(...)

12. All three companies accepted that profits should be taxed in the countries where the economic activity, that drives those profits, takes place and that, alongside their duty to their shareholders, they had obligations to the society, from which they derive their profits, which included paying tax. However, we were not convinced that their actions, in using the letter of tax laws both nationally and internationally to immorally minimise their tax obligations, are defensible. They all accepted that the perceived ethical behaviour of corporations could affect consumer behaviour. Being more transparent about their business

Il Governo britannico ha deciso di focalizzare l'attenzione sulle imprese multinazionali che generano entrate significative nel Regno Unito, ma sono soggetti nel territorio ad una limitata tassazione: secondo quanto affermato dal Governo britannico, le imprese multinazionali sembrano organizzare le loro strutture aziendali, i trasferimenti infragruppo e il pagamento di *royalties* al fine di "spostare" i profitti in "**low tax jurisdictions**".

In particolare, si ritiene necessario:

- monitorare in maniera più efficiente i c.d. "**tax borders**", introducendo misure domestiche necessarie a garantire "*a fair contribution to the tax base from multinational corporations*";
- guidare gli sforzi internazionali, in particolare all'interno dell'Unione europea, per riformare le modalità di tassazione delle imprese multinazionali e introdurre misure atte ad evitare il trasferimento dei profitti all'estero al fine di sottrarsi al pagamento delle imposte;
- pubblicare *benchmarks* di riferimento per determinate categorie di servizi quali i pagamenti di **canoni** e i **diritti di proprietà intellettuale**;
- sviluppare **standard di comunicazione** che obblighino le imprese multinazionali a rendere pubbliche le loro *tax practices*.

Nel mese di marzo 2013, George Osborne, *Chancellor of the Exchequer*, ha presentato la Legge finanziaria 2013 (c.d. "*Red book*"), nella quale vengono illustrate le misure del Governo britannico di contrasto all'elusione e all'evasione fiscale internazionale. In particolare:

- introduzione della prima **General Anti-Abus Rule** la quale rappresenterà "un importante deterrente per gli schemi di elusione e rafforzerà gli strumenti a disposizione della HMRC per contrastarli";
- studio da parte del Governo di proposte volte a contrastare i promotori di schemi di elusione fiscale;
- l'Amministrazione finanziaria britannica condurrà una consultazione riguardo l'iniziativa di "identificazione e pubblicazione" dei nomi-

*practices, including paying their fair share of taxes, was becoming an increasingly important issue to their customers*".

Cfr. HMRC, *Tax Avoidance by multinational companies*, consultabile al seguente link: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpubacc/716/7160-5.htm>. fr. inoltre HMRC, *Taxing the profits of multinational businesses*, consultabile al seguente link: <http://www.hmrc.gov.uk/about/briefings/profits-multinationals.pdf>.

nativi ("*naming and shaming*") di coloro che prendono parte ai suddetti schemi elusivi<sup>10</sup>.

Infine, nella Legge finanziaria 2013, si ribadisce che, oltre alle riforme necessarie per incrementare la competitività del sistema fiscale, il Governo è determinato ad adottare misure volte a garantire che le imprese nazionali e multinazionali paghino "*the fair share of tax*"<sup>11</sup> e non adottino schemi di pianificazione fiscale aggressiva.

## 5. Economia digitale: il Rapporto del Governo francese

Il 18 gennaio 2013, il Governo francese ha pubblicato il Rapporto "*Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*"<sup>12</sup> (di seguito, il "Rapporto francese") avente il fine di individuare le principali caratteristiche delle c.d. "imprese multinazionali digitali" e proporre modalità di tassazione efficienti delle stesse.

Il Rapporto francese evidenzia come l'economia digitale presenta **caratteristiche** e obbedisce a logiche **radicalmente diverse da quelle proprie delle imprese multinazionali** ("classi-

<sup>10</sup> Nel mese di febbraio 2013, l'HMRC ha pubblicato, per la prima volta, le informazioni relative ad inadempimenti fiscali "intenzionali", in una lista che sarà aggiornata trimestralmente.

<sup>11</sup> Secondo la Legge finanziaria 2013, "*1.212 Alongside reforms to increase the competitiveness of the tax system, the Government is determined to take steps to ensure that domestic and multinational companies pay their fair share of tax and do not engage in aggressive tax planning. The Government has been at the forefront of the calls for collective action to strengthen international tax standards. 1.213 At the G20 meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors in Moscow in February 2013, the OECD presented a report on 'Addressing Base Erosion and Profit Shifting' which underlined the importance of international cooperation in tackling these issues. The OECD has identified three main clusters of work: a review of ways to counter base erosion, looking at how to determine tax jurisdiction in particular in relation to the development of the digital economy, and an examination of how the transfer pricing rules allocate profits between different countries. The UK will use its involvement in these groups to work towards reform of the international tax standards. These issues will be examined by the OECD, which will present a comprehensive action plan to the G20 in July 2013*".

<sup>12</sup> Il Governo francese ha affidato a Pierre Collin, Consigliere di Stato, e a Nicolas Colin, Ispettore delle Finanze, il compito di elaborare delle *guidelines* per riformare il sistema tributario francese, con particolare attenzione alla tassazione delle imprese multinazionali.

Il Rapporto è consultabile al seguente link: [http://www.redressement-productif.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique\\_2013.pdf#page=17](http://www.redressement-productif.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique_2013.pdf#page=17).

che”). In particolare:

- l'economia digitale è costruita su un modello basato sul reinvestimento dei profitti piuttosto che sulla distribuzione dei dividendi;
- l'economia digitale è in continua e rapida evoluzione; risulta pertanto difficile identificare punti di stabilità, in quanto le tecnologie o i modelli di *business* non possono essere considerati permanenti;
- l'economia digitale “disaccoppia” sistematicamente il luogo di stabilimento dal luogo di consumo; non vi è quindi allineamento tra i Paesi in cui hanno effettivamente luogo attività ed investimenti e i Paesi in cui i profitti vengono dichiarati<sup>13</sup>;
- l'economia digitale si basa sull'utilizzo dei dati immessi dagli utenti dei servizi resi dalle società operanti in tale settore: tali dati, inclusi i dati personali, sono la linfa dell'economia digitale. Essi consentono alle imprese che li raccolgono di migliorare le *performance* delle applicazioni, personalizzare il servizio reso, consigliare gli acquisti per i loro clienti, sostenere gli sforzi di innovazione (dando vita ad altre applicazioni), prendere decisioni strategiche;
- la raccolta dei dati rivela il fenomeno del “*travail gratuit*”: i dati vengono raccolti senza alcun corrispettivo monetario; gli utenti, destinatari di un servizio diventano quasi-dipendenti dell'impresa multinazionale digitale contribuendo a confondere la linea tra **produzione e consumo**;
- le imprese multinazionali operanti nel settore dell'economia digitale si caratterizzano per il basso livello di tassazione degli utili; per tali imprese è più semplice minimizzare il carico impositivo sfruttando la “concorrenza fiscale” esistente tra gli Stati, attraverso il fenomeno del c.d. “*profit shifting*”;
- a differenza delle imprese multinazionali “classiche”, dove operazioni di pianificazione e ottimizzazione fiscale potrebbero richiedere una sostanziale riorganizzazione del gruppo, le imprese dell'economia digitale sono costituite e organizzate al fine di disciplinare (e comprimere) l'imponibile complessivo del gruppo

<sup>13</sup> Conseguentemente, è sempre più difficile individuare il valore creato da tale economia ed applicare le attuali norme e principi tributari che risultano essere inadeguate.

sulla base delle *tax rules* esistenti nei vari ordinamenti nazionali;

- le imprese multinazionali digitali possono operare in ogni Paese senza la necessità di creare un collegamento territoriale con lo Stato, in quanto riescono a condurre l'attività di *business* **senza la costituzione di una società controllata o una stabile organizzazione**<sup>14</sup>.

Inoltre, il Rapporto francese rileva come l'economia digitale stia pervadendo vari settori; al riguardo, sottolinea la necessità di individuare nuove regole e principi fiscali che evitino l'erosione della base imponibile dei diversi Stati mediante la delocalizzazione all'estero dei profitti.

Principalmente, il Rapporto francese suggerisce un intervento, operando:

- sulla ridefinizione, su scala internazionale, del concetto di “**stabile organizzazione**”;
- sull'introduzione del concetto di “**lavoro gratuito**” degli utenti che, fornendo i loro dati, contribuiscono a realizzare la principale fonte di guadagno delle imprese multinazionali digitali.

## 6. La tassazione delle imprese multinazionali: gli interventi del Governo italiano

Con riferimento alle azioni intraprese dal Governo italiano, in data 28 novembre 2012<sup>15</sup>, il Sottosegretario Vieri Ceriani ha risposto in merito ad un'interrogazione parlamentare relativa agli accertamenti tributari effettuati nei confronti della multinazionale Google, sottolineando la difficoltà per l'Agenzia delle Entrate di agire nei confronti delle società multinazionali digitali che sfruttano “ingegnerie finanziarie offerte da evidenti lacune nella normativa nazionale e internazionale, riescono a non pagare le tasse nel nostro Paese”.

In particolare, il Sottosegretario ha evidenziato come

<sup>14</sup> Il Rapporto francese evidenzia come la definizione di “stabile organizzazione” contenuta nel Modello OCSE non è adatta per le imprese multinazionali operanti nel settore dell'economia digitale.

<sup>15</sup> N. 5-08526, in banca dati “*fisconline*”.

“(s)u delega della locale Procura della Repubblica (...) il nucleo di polizia tributaria della Guardia di Finanza di Milano ha proceduto ad escutere a sommarie informazioni alcuni dipendenti della società Google Italy S.r.l., allo scopo di acquisire elementi di dettaglio circa l’organizzazione amministrativa, finanziaria e commerciale dell’azienda. L’iniziativa era finalizzata a verificare la corretta interpretazione ed applicazione della normativa fiscale, con particolare riguardo ai rapporti scaturenti dal contratto di ‘Marketing and Services Agreement’ posto in essere tra le società di diritto estero Google Inc. e, successivamente, Google Ireland Ltd. e la Google Italy S.r.l. Nel mese di maggio 2007 il predetto Nucleo ha quindi avviato una verifica fiscale nei confronti della Google Italy S.r.l., in un secondo momento estesa anche alle citate consociate estere. L’attività ispettiva era volta principalmente a riscontrare l’esistenza dei requisiti normativi previsti per la configurabilità in capo alla citata società italiana di una stabile organizzazione in Italia delle suddette società estere”.

Secondo quanto appurato dai verificatori, è possibile affermare:

- “l’esistenza in Italia di uno specifico luogo, costituito da un’**installazione materiale**, attraverso la quale Google Ireland Ltd e Google Inc. hanno svolto in maniera strumentale e non ausiliaria la propria attività;
- che la **disponibilità** di tale luogo è stata inequivocabilmente **continuativa** e tale da integrare il requisito della fissità dell’attività sul territorio nazionale;
- che l’organizzazione dei mezzi, di concerto con le **risorse umane impiegate sul territorio italiano**, è stata idonea, prodromica e

finalizzata alla produzione dell’intero reddito sviluppato in Italia, attraverso la stipula dei contratti con i clienti italiani;

- che l’assoggettamento ad imposizione in Italia dei ricavi maturati sul territorio nazionale è stato in realtà eluso sulla base dei contenuti del (...) contratto di servizi generali, artatamente posto in essere con la sola finalità di simulare l’esercizio da parte di Google Italy S.r.l. di una mera attività ausiliaria e preparatoria, che non ha tuttavia trovato alcun riscontro negli elementi di fatto acquisiti”.

In conclusione,

“(...) alla luce delle citate risultanze, il Reparto operante ha pertanto ritenuto che la Google Italy S.r.l. fosse da considerare la stabile organizzazione della Google Inc. e della Google Ireland Ltd. (per i relativi periodi oggetto di verifica), in aderenza a quanto previsto dall’articolo 162 T.U.I.R. e dall’articolo 5 – paragrafo 5 – del Modello di convenzione OCSE, ripreso dalle specifiche convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate tra l’Italia ed i due Paesi di residenza delle società sopra menzionate (USA e Irlanda)”.

Un ulteriore intervento normativo in materia di tassazione delle imprese multinazionali mediante l’individuazione di una stabile organizzazione nel territorio italiano è rappresentato dall’art. 38 del D.L. n. 179/2012 (di seguito, “D.L. Sviluppo”) il quale ha fornito la definizione di “**base operativa**” per le **compagnie aeree** che operano nel settore del traffico-passeggeri, mediante il sistema delle basi operative.

Tale disposizione ha l’obiettivo di prevenire le controversie, già sorte in passato con le compagnie aeree che adottano il suddetto modello di *business*, assimilando la base operativa dotata di infrastrutture e personale di servizio ad una stabile organizzazione e, di conseguenza, obbligando tali compagnie alla *compliance* alla normati-

va tributaria e previdenziale nazionale.

Con riferimento alle imposte sui redditi, l’accertamento della presenza in Italia di una stabile organizzazione di una compagnia aerea estera dovrebbe seguire i criteri previsti dall’art. 162 del Tuir; in assenza di una stabile organizzazione nessuna imposta dovrebbe essere dovuta in Italia.

Inoltre, è opportuno sottolineare che, ai fini dell’imposizione diretta, l’art. 8 del Modello OCSE riguarda i redditi derivanti da attività esercitata per mezzo di navi o aeromobili nel traffico internazionale.

La definizione del concetto di “traffico internazionale” è contenuta nell’art. 3, paragrafo 1), lett. d), del Modello OCSE, il quale prevede che

tale espressione concerne qualunque trasporto (per mare o aria) effettuato da un'impresa che ha la sede di direzione effettiva in uno Stato contraente, tranne il caso in cui il trasporto per nave o aeroplano è effettuato unicamente tra località dell'altro Stato contraente.

Il paragrafo 1 del suddetto art. 8 prevede, come criterio generale, che i profitti derivanti da un'attività di trasporto internazionale, qualunque sia il mezzo di trasporto utilizzato, sono imponibili nello Stato del luogo dell'effettiva direzione dell'impresa<sup>16</sup>.

Al punto 2 del paragrafo 1 del Commentario all'art. 8 del Modello OCSE si afferma che gli Stati, in alternativa, hanno la facoltà di prevedere che tali redditi siano imponibili nello Stato di residenza dell'impresa.

Il successivo punto 3 del paragrafo 1 del Commentario prevede che gli Stati possano optare per l'adozione di un **criterio "misto"** (principio del luogo di **effettiva direzione e** principio di **residenza**), in virtù del quale lo Stato ove è posta la sede di effettiva direzione avrebbe il diritto ad assoggettare ad imposta detti redditi, ma allo Stato di residenza (se diverso dal primo) si applicherebbe il disposto di cui all'art. 23 (relativo all'eliminazione delle doppie imposizioni) del Modello OCSE<sup>17</sup>.

L'art. 38, comma 1, del D.L. Sviluppo ha introdotto una norma mediante la quale viene fornita la **definizione di "base operativa" per le compagnie aeree**.

In particolare, la suddetta disposizione prevede che:

“(a)i fini del diritto aeronautico, l'espressione 'base' identifica un insieme di locali ed infrastrutture a partire dalle quali un'impresa esercita in modo stabile, abituale e continuativo un'attività di trasporto aereo, avvalendosi di lavoratori subordinati che hanno in tale base il loro centro di attività professionale, nel senso che vi lavorano, vi prendono servizio e vi ritornano dopo lo svolgimento della propria attività. Un vettore aereo titolare di una licenza di esercizio rilasciata da uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia è considerato stabilito sul territorio nazionale quando esercita in modo stabile o continuativo o abituale un'attività di trasporto aereo a partire da una base quale definita al periodo precedente (...)”.

Tale norma può avere implicazioni principalmente per i **vettori aerei c.d. "low cost"**, i quali operano attraverso il **sistema delle basi operative**.

<sup>16</sup> A titolo semplificativo, il reddito conseguito dalla stabile organizzazione italiana di una compagnia aerea estera, residente in Germania che vende in Italia un servizio di trasporto passeggeri per la tratta Italia-Germania, oppure Italia-Francia, sarà assoggettato a tassazione esclusivamente in Germania; sarà assoggettato a tassazione in Italia esclusivamente il reddito conseguito dalla stabile organizzazione italiana per la vendita di un biglietto relativo ad una tratta interna al territorio nazionale (ad esempio, il reddito derivante dalla vendita di un biglietto aereo Milano-Roma). Per approfondimenti sull'art. 8 del Modello OCSE cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 433 ss.

<sup>17</sup> Alcune convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia (come ad esempio quella con gli Stati Uniti) prevedono, all'art. 8, che “gli utili di un'impresa di uno Stato contraente derivanti dall'esercizio, in traffico internazionale, di navi o di aeromobili sono imponibili soltanto in detto Stato”. La citata Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Stati Uniti, al punto 6 del Protocollo Aggiuntivo, prevede che “(a)i fini dell'art. 8 (Navigazione marittima ed Aerea) della Convenzione e nonostante ogni altra disposizione della Convenzione, gli utili che un cittadino degli Stati Uniti non residente dell'Italia o una società statunitense ritraggono dall'esercizio di navi iscritte o di aeromobili registrati in base alla legislazione statunitense, sono esenti da imposte in Italia”.

La differenza tra i c.d. “vettori tradizionali” e le compagnie aeree *low cost* consiste nel fatto che:

- i vettori tradizionali fanno convergere il loro traffico su grandi *hub* continentali e fanno terminare gli ultimi voli della sera in una molteplicità di aeroporti dai quali essi ripartono il giorno seguente;
- i vettori *low cost* organizzano il loro traffico a partire da più basi operative dalle quali si originano e terminano tutti i voli della giornata; ogni base dispone di un determinato numero di aerei, di personale, di servizi di terra, ma è previsto che alla fine della giornata sia gli aerei sia il personale ritornino alla base operativa di partenza.

L'introduzione di tale norma, pertanto, **assimilerebbe la base operativa** dotata di infrastrutture e personale **a una stabile organizzazione**, obbligando le compagnie aeree operanti nel territorio nazionale mediante basi operative ad assolvere gli obblighi tributari in Italia<sup>18</sup>.

Per approfondimenti sulla Convenzione Italia-Stati Uniti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 1107 ss.

<sup>18</sup> Particolari problematiche potrebbero essere sollevate dal disposto dell'ultimo periodo dell'art. 38, comma 1, del

Con riferimento alle c.d. “**basi di servizio**”, l’Inps ha emanato, in data 19 settembre 2012, la circolare n. 115, il cui capitolo 1 dispone “Norme particolari per il personale dipendente da imprese operanti nel settore dell’aviazione civile”.

Al fine di facilitare l’applicazione delle norme comunitarie in materia di legislazione relativa al personale degli equipaggi di condotta e di cabina, dipendente da imprese operanti nel settore dell’aviazione civile, il legislatore comunitario ha modificato alcune disposizioni del Regolamento (CE) n. 883/2004.

In particolare, il Regolamento (UE) n. 465/2012 ha previsto che la definizione comunitaria di “base di servizio” costituisce il criterio per la determinazione della normativa applicabile al personale degli equipaggi di condotta e di cabina.

L’allegato III del Regolamento (CEE) n. 3922/91 definisce la “base di servizio” come “**il luogo**, designato dall’operatore per ogni membro d’equipaggio, dal quale il membro d’equipaggio solitamente **inizia e dove conclude un periodo di servizio** o una serie di periodi di servizio e nel quale, in condizioni normali, l’operatore non è responsabile della fornitura dell’alloggio al membro d’equipaggio interessato”.

Inoltre, il Regolamento (UE) n. 465/2012 ha modificato l’art. 11 del Regolamento (CE) n. 883/2004 aggiungendo un nuovo paragrafo con il quale è stabilito che “un’attività svolta dagli equipaggi di condotta e di cabina addetti a servizi di trasporto aereo passeggeri o merci è considerata un’attività svolta nello Stato membro in cui è situata la base di servizio, quale definita all’allegato III del Regolamento (CEE) n. 3922/91”.

Al fine di definire la legislazione applicabile, l’art. 14, comma 5-*bis*, del Regolamento (CE) n. 987/2009, così come modificato dal Regolamento (UE) n. 465/2012, dispone che “(...) gli equipaggi di condotta e di cabina generalmente addetti a servizi di trasporto aereo passeggeri o merci che esercitano un’attività subordinata in due o più Stati membri sono soggetti alla legislazione dello Stato membro in cui è situata la base di servizio (...)”.

L’obiettivo sembra essere, pertanto, quello di prevenire ed eliminare eventuali controversie con vettori aerei che operano mediante il sistema delle basi operative (tra i casi più noti, Rya-

nair), individuando in queste ultime il collegamento territoriale con lo Stato italiano.

Infine, è opportuno rammentare che l’Agenzia delle Entrate, in data 31 maggio 2012, ha pubblicato la circolare n. 18/E, con la quale vengono esplicitati gli **indirizzi operativi per il periodo di imposta 2012**, rimasti sostanzialmente immutati rispetto a quelli indicati con la circolare n. 13/E del 2009<sup>19</sup>.

In particolare, l’attività dell’Amministrazione finanziaria è orientata:

- al rafforzamento dell’azione di contrasto ai fenomeni aventi connotazione fraudolenta;
- al c.d. “tutoraggio”<sup>20</sup> delle grandi imprese da parte delle Direzioni regionali, previsto dall’art. 27, ai commi da 9 a 15, del D.L. n. 185/2008, da esplicarsi mediante:
  - un’accurata attività di analisi dei rischi, correlati al settore produttivo di ciascuna impresa e a un livello di rischio personalizzato, volto a differenziare l’azione di controllo;
  - il controllo sistematico e preventivo, finalizzato ad assicurare un elevato grado di correttezza dei comportamenti fiscali di ta-

<sup>19</sup> Entrambe in banca dati “fisconline”.

<sup>20</sup> L’art. 27, commi 9-15, del D.L. n. 185/2008 ha ridefinito le modalità di controllo delle imprese di più rilevanti dimensioni:

- individuando come tali, le imprese con un volume di affari o ammontare di ricavi non inferiori a 300 milioni di euro (importo previsto solo per il periodo di imposta 2009 e gradualmente ridotto a 100 milioni di euro entro il 31 dicembre 2011);
- prevedendo il controllo sostanziale dei suddetti soggetti entro l’anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione dei redditi, sulla base di criteri selettivi fondati sull’analisi del rischio;
- modificando le modalità di presentazione delle istanze di interpello dei suddetti soggetti.

L’Amministrazione finanziaria ha previsto che, per la tipologia di contribuenti in argomento, i controlli sono classificabili in attività istruttorie, accertamenti e tutoraggio.

Con riferimento alle attività istruttorie, la circolare n. 13/E del 2009 individua alcuni specifici criteri, che assumono particolare valenza ai fini della selezione dei Grandi contribuenti da sottoporre a controllo:

- soggetti che hanno redatto il bilancio secondo i principi contabili internazionali Ias/Ifirs;
- presenza di rapporti con soggetti non residenti;
- presenza di operazioni straordinarie;
- presenza di elementi reddituali di particolare interesse (ad esempio, ingenti oneri straordinari/finanziari, elevati costi per servizi) o di anomalie (variazioni o oscillazioni) ravvisabili nel fatturato di breve/medio periodo;
- presenza di crediti Iva di notevole importo rispetto all’attività svolta.

Al fine di rafforzare l’attività accertativa, a decorrere dal 1° gennaio 2009, l’accertamento dei soggetti Grandi contribuenti è di competenza delle Direzioni regionali.

D.L. Sviluppo il quale prevede che “in deroga all’articolo 3 della legge 27 luglio 2000, n. 212, il presente comma si applica a decorrere dal periodo di imposta in corso al 31 dicembre 2012”. Si rammenta che l’art. 3 della L. n. 212/2000 (Statuto del contribuente) stabilisce la non retroattività delle disposizioni tributarie.

le *target* di contribuenti;

- al presidio di tutti i grandi contribuenti da parte delle Direzioni regionali.

Come indicato nella circ. dell'Agenzia delle Entrate n. 13/E del 2009, l'azione di controllo da parte dell'Amministrazione finanziaria nei confronti dei contribuenti si distingue in base:

- alle dimensioni del contribuente;
- allo strumento di azione utilizzato;
- alla tipologia di violazione commessa.

Nell'ambito del tutoraggio viene confermata la necessità di monitorare costantemente alcuni fenomeni legati ad importanti fattori di rischio, oggetto di analisi anche da parte dell'OCSE, tra i quali, in particolare:

- gli schemi di pianificazione fiscale internazionale;
- le politiche di utilizzo strumentale delle perdite fiscali;
- le forme di arbitraggio basate sullo sfruttamento di strumenti finanziari complessi;
- le politiche di prezzi di trasferimento non in linea con il principio del valore normale.

## 7. Gli interventi del Governo spagnolo: cenni

Con riferimento alle misure di contrasto all'evasione ed elusione fiscale introdotte dal Governo spagnolo, è opportuno evidenziare che, in data 15 marzo 2013, l'Amministrazione finanziaria spagnola ha pubblicato una risoluzione che isti-

tuisce il nuovo Ufficio di fiscalità internazionale (*"Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional"*), al fine di rafforzare gli strumenti per contrastare l'**evasione fiscale internazionale**<sup>21</sup>, in linea con i principi e i piani di azione indicati dagli organismi sovranazionali (OCSE e Commissione europea) nel corso degli ultimi mesi.

Il nuovo Ufficio di fiscalità internazionale si occuperà, a livello centrale, della pianificazione, della promozione e del coordinamento di tutte le attività di ispezione relative a tematiche di fiscalità internazionale.

<sup>21</sup> *"La prevención y lucha contra el fraude fiscal, objetivos siempre esenciales de la Administración tributaria, adquieren una especial trascendencia en un escenario de crisis económica y de austeridad presupuestaria.*

*La lucha contra el fraude y la evasión fiscal, además de la adopción de medidas de carácter normativo, exige que la Administración tributaria esté dotada de los instrumentos orgánicos necesarios para dicha finalidad.*

*La globalización y creciente internacionalización económica han conducido a un mayor protagonismo de la faceta transnacional de la fiscalidad. En este contexto internacional, la prevención y lucha contra el fraude fiscal, está siendo objeto de especial atención por parte de las Administraciones Tributarias de nuestro entorno. Así se pone de manifiesto en diversos organismos internacionales de los que España es parte, actuando para incrementar los estándares internacionales de cooperación, tal y como sucede en el Foro Global de Transparencia en Intercambio de Información, o para evitar la erosión de bases imponibles y deslocalización de beneficios, en una reciente iniciativa de la OCDE (...)"*

La risoluzione è entrata in vigore il 1 aprile 2013 ed è consultabile al seguente link: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/03/15/pdfs/BOE-A-2013-2811.pdf>.



## Permanent Establishment and Jurisdiction to Tax: Debates in Italy

by Piergiorgio Valente

Reprinted from *Tax Notes Int'l*, September 9, 2013, p. 1003

# PRACTITIONERS' CORNER

## Permanent Establishment and Jurisdiction to Tax: Debates in Italy

by Piergiorgio Valente

Piergiorgio Valente is managing partner with Valente Associati GEB Partners in Milan.

In the last few months, major European governments have struggled with the issue of the taxation of multinational enterprises. Governments, along with the OECD and the European Commission, are attempting to adopt coordinated measures that ensure that MNEs pay their fair share of tax.

The G-20 meeting held February 15-16, 2013, in Moscow focused on the taxation of multinationals. In particular, the French, English, and German ministers of finance reiterated the difficulties deriving from the systematic minimization of the tax burden by multinationals.

Having voiced their appreciation for the OECD for its "Addressing Base Erosion and Profit Shifting" report (BEPS report), the G-20 stated its willingness to develop measures that will avoid taxable base erosion through profit shifting.

Regarding income produced by nonresident enterprises, the linking criterion with a state's territory is represented by the presence of a permanent establishment.

In Italy, the PE concept is defined in article 162 of the Italian Income Tax Code (Testo Unico delle Imposte Dirette, or TUIR) (in line with article 5 of the OECD model treaty), which provides a definition of a PE and outlines the main characteristics of an agency PE.

The identification of the necessary requirements to establish the existence of a PE of a nonresident entity (and of the required tax principles to attribute the profits to the PE) represents one of the most crucial topics of interest at an international level.

The BEPS report brought to the fore how the identification process to ascertain the existence of a PE encounters difficulties within the area of e-commerce. In particular, there might be some hindrances in identifying a "place of business" since the entrepreneurial activity is carried out through the network, and actually tracking a connection between an online transaction and a specific geographical location may be rather difficult.

Indeed, one of the main features of e-commerce is to allow the possibility to carry out transactions forgoing all material elements that, within the context of traditional commerce, link a particular transaction to a given territory. This feature could potentially void the traditional taxation criteria foreseen under international taxation: The developments introduced by the digital economy involve a rethinking of principles laid down in income tax treaties in order to align them with the current economic reality.

In particular, the considerable development of Internet-related technology and the escalating volume of business turnover achieved through e-commerce have highlighted how the PE concept, construed as a tangible presence of an enterprise in a country of reference or the carrying out of a business through a dependent agent, is neither adequate nor applicable for digital MNEs.

The international debate concerns the lawfulness of behaviors adopted by multinationals in exploiting existing distortions in the various regimes in order to optimize their tax burden. Where is the line between lawful tax planning and aggressive tax planning?

The BEPS report notes that some European governments have been soliciting a coordinated action plan to strengthen the fight against international tax evasion and to reinterpret taxation principles provided by treaty provisions.

In the U.K., HM Revenue & Customs have increased their attention toward transactions entered into by MNEs. One of HMRC's recent works showed how such enterprises don't pay their "fair share of corporation tax on profits they make from their business with U.K. customers."

The U.K. government resolved to focus on MNEs that produce sizable revenues in the United Kingdom but that are subject to limited taxation in the territory. The government stated that MNEs seem to organize their business structures, intercompany transfers, and payment of royalties to shift profits to low-tax jurisdictions overseas.

On January 18, 2013, the French government published "Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique" (the French report) to identify key features of digital MNEs and to propose efficient taxation procedures.

The French report highlights how the digital economy presents features and follows rationales that are drastically different from those underlying traditional MNEs.

As a primary concern, the French report suggests that steps should be adopted to intervene:

- on the redefinition, based on an international scale, of the PE concept; and
- on the introduction of users' "free work" concept which, by providing their data, contribute to the realization of the main source of earnings of digital MNEs.

### Italy's Action Plan

Regarding tax assessments performed on Google, on November 28, 2012, Italy's undersecretary of state, Vieri Ceriani, underlined the difficulties encountered by the tax authorities to act against digital multinational corporations that, through the exploitation of "financial engineering consented by obvious loopholes in national and international regulations, succeed in dodging taxes in our country."

In particular, Ceriani pointed out how:

[U]pon delegation by the Local General Attorney's Office of the Italian Republic . . . the Tax Police Force of the Revenue Guard of Milan examined some employees regarding summary information of the company, Google Italy S.r.l., for the purpose of obtaining some further details pertaining to the administrative, financial, and commercial organization of the company. The aim of the initiative was to verify the proper interpretation and application of tax rules, with special reference to relations arising from the "Marketing

and Services Agreement" entered into by and between companies incorporated under foreign laws such as Google Inc. and, subsequently, Google Ireland Ltd. as well as Google Italy S.r.l.

In May 2007, the Police Force activated a tax assessment against Google Italy S.r.l., which was subsequently extended to the above foreign subsidiaries. The inspection was primarily meant to ascertain the existence of regulatory requirements established for the existence — at the above Italian company's level — of a permanent establishment in Italy of the aforementioned foreign companies.

The auditors found the following:

- the existence in Italy of a specific place, consisting of a material establishment, through which Google Ireland Ltd. and Google Inc. carried out their own activity in an instrumental and not an ancillary manner;
- that the availability of that place was undeniably continuous, to constitute the permanence of that activity on national territory;
- that the organization consisting of means, in conjunction with the people employed in Italian territory, was suitable and created for the production of the whole income developed in Italy, through the stipulation of contracts with Italian clients; and
- that liability to Italian taxation of revenues accrued in national territory was actually avoided through the contents of the general services agreement, which was entered into with the sole purpose of simulating the exercise by Google Italy S.r.l. of a mere ancillary and preparatory activity, which did not find any evidence of factual elements acquired.

The auditors concluded by stating:

[I]n light of the mentioned findings, the operating department deemed, therefore, that Google Italy S.r.l. was to be considered a permanent establishment of Google Inc. and of Google Ireland Ltd. (for the relevant tax periods subject to assessment), in compliance with provision of article 162 of the TUIR and of article 5(5) of the OECD model tax treaty, under the income tax treaties entered into between Italy and the U.S. and Ireland.

A further regulatory intervention on the taxation of MNEs through the identification of a PE is article 38 of Decree-Law No. 179/2012, which provides the definition for "operating base" for airlines that operate in the passenger traffic sector through an operating base system.

The purpose of article 38 is to prevent controversies by assimilating operating bases that are equipped with infrastructure and service personnel to a PE, and consequently, compelling those companies to comply with tax and national social security laws.

For income tax purposes, ascertainment in Italy of the presence of a foreign airline's PE should follow the criteria set forth in article 162 of the TUIR; when no PE has been identified, no tax should be due in Italy.

Further, for direct tax purposes, article 8 of the OECD model treaty pertains to income derived from activities carried out by watercraft and aircraft within the context of international traffic zones.

Article 3(1)(d) of the OECD model treaty defines "international traffic" as any kind of transport (whether by sea or air) carried out by an enterprise that has its effective place of management in a contracting state, except when transport by ship or plane strictly occurs between or among locations of the other contracting state.

Article 8(1) of the OECD model treaty generally provides that profits deriving from an international transportation activity, regardless of the means of transportation used, are liable to taxation in the state where the enterprise's effective place of management is located.

Therefore, for example, the income realized by an Italian PE of a foreign airline, which resided in Germany and that sells in Italy a passenger transportation service for the Germany-Italy or France-Italy lines, will be solely liable to taxation in Germany; only the income realized by the Italian PE for the sale of tickets for internal flights (that is, flights within Italy) will be subject to taxation in Italy.

Article (8)(1)(2) of the commentary to the OECD model tax treaty confirms that as an alternative, states are allowed the option to establish that those incomes be taxable in the enterprise's state of residence.

Article (8)(1)(3) of the commentary sets forth that states may choose for the adoption of a "mixed" criterion (effective place of management principle and residence principle), by virtue of which the state in which the place of effective management is located would have the right to tax the incomes; however, as far as the state of residence is concerned, article 23 of the OECD model treaty (regarding the elimination of double taxation) would apply.

However, some treaties entered into by Italy (for example, the Italy-U.S. treaty) set forth, under article 8, that:

the profits of an enterprise of a contracting State deriving from the activity carried out by ships and aircrafts, within international traffic, are solely taxable in the said State.

Ultimately, note that the Italy-U.S. treaty, at point 6 of the supplementary protocol, provides that:

[F]or the purposes of Art. 8 (maritime and air navigation) of the Convention and notwithstanding any other Treaty provision, the profits of a U.S. citizen not residing in Italy or of a U.S. company, arising from activities carried out by ships or aircrafts registered in accordance with U.S. laws, are exempt from taxation in Italy.

Article 38(1) of Decree-Law No. 179/2012 introduced a rule on which basis the definition of operating base for airlines is provided. Article 38(1) states that:

[F]or the purposes of aeronautics law, the expression "base" identifies a combination of premises and infrastructures from which an enterprise carries out a permanent, habitual and continuous air transportation activity, by availing itself of subordinated workers (i.e., employees) whose core professional activity is carried out in such base, in the sense that they work on such premises, take up service therein, and return thereto upon having carried out their activity. An air carrier with a license to carry out its activity issued by a Member State of the EU other than Italy is deemed to be established on national territory when it permanently, continuously, or habitually carries out air transportation activities from a base such as defined under the foregoing paragraph.

The rule may mainly have implications for low-cost air carriers, which operate through the operating base system.

The difference between traditional carriers and low-cost airlines is that:

- traditional carriers have their traffic converge on large continental hubs and close their last night flights in various airports from which they take off again on the following day; and
- low-cost carriers organize their traffic starting from several operating bases from which all of the day's flights originate and close. Each base avails itself of a given number of airplanes, personnel, and ground service, but it is established that at the end of the day, both aircrafts and personnel return to the original operating base.

The introduction of article 38 of Decree-Law No. 179/2012, therefore, likens an operating base — equipped with the relevant infrastructure and personnel — to a PE, obliging airlines operating in national territory by means of operating bases to comply with tax requirements in Italy.

These regulatory steps manifest the intention of the Italian government to enhance its action against international tax evasion and avoidance, in line with the guidelines provided by the OECD and the European Commission.

Italian tax authorities restated their intention to monitor phenomena linked to important risk factors, including:

- (aggressive) international tax planning schemes;
- policies for the instrumental use of tax losses;
- arbitrage forms based on the exploitation of complex financial instruments; and
- transfer pricing policies that do not comply with the arm's-length principle. ◆

## Modello OCSE: gli agenti dipendenti della stabile organizzazione personale

di Piergiorgio Valente (\*)

### L'adempimento

La stabile organizzazione rappresenta il criterio - pressoché universalmente accolto - per l'imposizione di un'attività economica svolta da un soggetto in un Paese diverso da quello di residenza della casa-madre.

Riveste, quindi, notevole importanza 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 Stato. Tale entità, allorché si configuri quale agente che non gode di uno *status* indipendente ed abitualmente esercita il potere di concludere contratti in nome della casa-madre, costituisce "stabile organizzazione personale" ("agente dipendente") di quest'ultima.

### La stabile organizzazione personale

L'*agent clause* ("stabile organizzazione personale") è contenuta nei paragrafi 5 e 6 dell'art. 5 del Modello OCSE, i quali distinguono tra agenti dipendenti e agenti indipendenti.

Il T.U.I.R. recepisce la distinzione tra "stabile organizzazione materiale" e "stabile organizzazione personale" delineata nell'art. 5 del Modello OCSE e prevede (nei commi 6 e 7 dell'art. 162) l'*agent clause*, disciplinando altresì il ruolo degli agenti dipendenti e degli agenti indipendenti<sup>1</sup>.

### Gli agenti dipendenti: disciplina interna e convenzionale

Ai sensi del paragrafo 5 dell'art. 5 del Modello OCSE:

*"(..) quando una persona - diversa da un agente che goda di uno status indipendente (...) - agisce per conto di un'impresa, ha ed abitualmente esercita in uno Stato (...) il potere di concludere contratti in nome dell'impresa, si può considerare che tale impresa abbia una «stabile organizzazione» in detto Stato (...)"*

Analogamente, ai sensi del comma 6 dell'art. 162 del T.U.I.R.:

*"(..) costituisce una stabile organizzazione dell'impresa (...) 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".*

La presenza di un **agente dipendente** costituisce **stabile organizzazione se**:

- 1) l'agente opera per conto dell'impresa estera. L'agente può essere una persona fisica ovvero una persona giuridica;
- 2) l'agente dispone di poteri che gli permettono di concludere, nello Stato estero, contratti in nome dell'impresa e di cui ne faccia abitualmente uso. Il potere di concludere contratti deve riguardare l'**attività propria dell'impresa**<sup>2</sup>; è irrilevante, infatti, che l'agente abbia il potere di assumere

(\*) Centro Studi Internazionali GEB Partners

#### Note:

- 1 Per approfondimenti sulla stabile organizzazione nella normativa interna e convenzionale cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", Milano, IPSOA, VI ediz. 2012; Valente P., "Manuale di Governance Fiscale", Milano, IPSOA, 2011, p. 877 ss.. Per approfondimenti sulla stabile organizzazione nel Modello OCSE e, in particolare, sulle modifiche all'art. 5 apportate dalla versione 2008, cfr. Valente P., *Modifiche agli artt. 1-5 del modello e al Commentario*, in *Il fisco*, n. 32/2008, p. 5782 ss.
- 2 Cfr. il paragrafo 33 del Commentario OCSE. Per approfondimenti, cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", op. cit..

# Convenzioni contro le doppie imposizioni

dipendenti per l'impresa al fine di garantirsi un supporto nello svolgimento dell'attività, ovvero che sia autorizzato a stipulare, in nome dell'impresa, contratti riguardanti esclusivamente operazioni interne. Inoltre, il potere di concludere contratti deve essere esercitato **in modo continuativo** nell'altro Stato; quest'ultima circostanza deve essere valutata sulla base delle condizioni fattuali e della realtà commerciale propria dell'impresa. L'agente, il quale dispone del potere di negoziare gli elementi e i dettagli di un contratto in modo vincolante per l'impresa, può ritenersi di aver esercitato siffatto potere "in tale Stato", anche nel caso in cui il contratto sia firmato da un'altra persona nello Stato in cui l'impresa è situata<sup>3</sup>. L'autorità di concludere contratti deve essere inerente all'attività commerciale propria dell'impresa. La medesima autorità esercitata per l'acquisto di materiale o di beni per l'impresa o per l'assunzione di dipendenti non rientra nell'ambito della nozione di "stabile organizzazione personale" ("agente dipendente");

- 3) l'agente svolge **attività diverse** da quelle rientranti tra le ipotesi di esclusione di cui al paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE, vale a dire, differenti da quelle che hanno **carattere preparatorio o ausiliario**.

Rispetto alla previsione dell'art. 5 del Modello OCSE, il disposto del comma 6 dell'art. 162 del T.U.I.R. prevede che costituisce stabile organizzazione personale ("agente dipendente") il soggetto che nel territorio dello Stato conclude, in nome dell'impresa, contratti diversi da quelli di acquisto di beni<sup>4</sup>.

L'utilizzo in Italia di mandatari con rappresentanza ex art. 1704 c.c. o di agenti con poteri di rappresentanza ex art. 1745 c.c. dovrebbe integrare, in virtù del **potere di rappresentanza** ad essi conferito, la presenza di una stabile organizzazione in Italia del soggetto non residente.

Risulta inoltre importante notare che la norma nazionale non effettua **nessuna espressa esclusione** con riferimento alle eventuali attività preparatorie ed ausiliarie dagli stessi agenti svolte, mentre il Modello OCSE prevede esplicitamente che tali attività possano escludere la sussistenza di una stabile organizzazione: "unless the activities of such person are limi-

ted 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".

Sul punto, si può ritenere che qualora le attività preparatorie ed ausiliarie non diano vita a quell'esercizio di attività richiesta dal comma 1 dell'art. 162 del T.U.I.R. (in virtù del quale "(l)'espressione stabile organizzazione designa una sede fissa d'affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato") le stesse non rilevano neppure per la normativa domestica. Alla luce del paragrafo 5 dell'art. 5 del Modello OCSE, gli elementi che devono essere valutati ai fini della configurabilità di una stabile organizzazione personale ("agente dipendente") possono essere così sintetizzati:

- **titolarità ed esercizio abituale di poteri di rappresentanza**: la sussistenza dei poteri di rappresentanza deve essere valutata non solo sul piano formale, ma anche sul piano sostanziale. Si può ritenere che un soggetto che sia autorizzato a negoziare tutti gli elementi di un contratto in modo vincolante per l'impresa estera abbia il potere di concluderlo anche qualora il contratto sia formalmente sottoscritto da un altro soggetto dello Stato di residenza dell'impresa estera<sup>5</sup>;

## Note:

- 3 Con l'espressione "in modo vincolante" si intende la sostanziale, e non formale, capacità dell'agente di negoziare con il cliente tutte le parti del contratto senza lasciare all'impresa estera alcun ruolo attivo di rilievo e la capacità di sottrarsi agli accordi presi. Risulta, quindi, irrilevante la circostanza che, da un mero punto di vista formale, il contratto venga negoziato dall'agente e poi sia ufficialmente firmato presso gli uffici dell'impresa. È buona prassi verificare se, lungo un congruo periodo temporale, l'impresa estera abbia sempre pedissequamente accettato tutte le proposte formulate dall'agente o se, talvolta, siano state rifiutate o modificate. Nel primo caso sarà più facile argomentare circa la capacità dell'agente di vincolare l'impresa estera, mentre nella seconda ipotesi sarà plausibile dimostrare che l'agente opera nell'ambito del proprio mandato e non vincola il preponente.
- 4 Per approfondimenti, cfr. Valente P., *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., p. 877 ss.
- 5 Il paragrafo 32.1 del Commentario OCSE chiarisce sul punto che l'assenza di un coinvolgimento da parte del preponente nelle transazioni può essere indicativa della concessione all'agente dell'autorità di concludere contratti. Ad esempio, si può ritenere che l'agente disponga dell'autorità di concludere contratti qualora richieda e riceva gli ordini e li invii direttamente ad un magazzino dal quale i beni sono consegnati, ovvero laddove l'impresa estera approvi abitualmente le transazioni.

– **il potere di concludere contratti deve essere esercitato in modo ripetuto ed abituale.**

Per valutare il requisito dell'*habitual exercise test*, l'ampiezza e la frequenza con cui l'agente esercita il proprio potere deve essere analizzata in relazione alla natura dei contratti e all'attività del preponente. Si rileva altresì che il potere di concludere contratti deve attenersi all'attività propria dell'impresa estera non rilevando, invece, il potere di concludere contratti relativi ad operazioni interne (ad es., l'assunzione di dipendenti).

**Gli agenti dipendenti: la figura del distributore**

Il distributore si obbliga contrattualmente, nei confronti di un altro soggetto, a rivendere, su un dato territorio, i prodotti forniti da quest'ultimo. Il **contratto di distribuzione** normalmente disciplina il prezzo di acquisto dei prodotti, l'esclusiva a favore del distributore, i quantitativi minimi, l'obbligo di redigere previsioni periodiche di vendita (cd. "*forecast*"), l'obbligo di *reporting*, ecc.<sup>6</sup>In determinate circostanze, il distributore può configurarsi quale stabile organizzazione personale ("agente dipendente"), in un dato Stato, di un soggetto (cd. "*tradens*") residente in un altro Paese<sup>7</sup>.

Al fine di individuare se il distributore costituisce "agente dipendente" del *tradens* è, in primo luogo, necessario verificarne lo *status* alla luce di:

- livello di dettaglio del controllo esercitato da parte del *tradens*;
- imputazione del rischio imprenditoriale;
- ampiezza dell'attività svolta dal distributore;
- obbligo del distributore di fornire informazioni al *tradens*;
- carattere pluri o mono-mandatario del distributore.

Con riferimento ai primi due fattori, il Commentario OCSE precisa che l'indipendenza di un soggetto nei confronti dell'impresa che esso rappresenta è in funzione dell'estensione degli obblighi dallo stesso assunti nei confronti dell'impresa.

Il criterio dell'**ampiezza dell'attività esercitata** è specificamente trattato al paragrafo 38.4 del Commentario OCSE all'art. 5 del Modello OCSE, dove si precisa che eventuali limiti alle attività svolte dall'agente si riflettono sull'estensione dei relativi poteri. Tuttavia, tali limiti non sono decisivi ai fini del-

la individuazione dello *status* di dipendente, bensì vanno valutati in relazione alla misura della libertà dell'agente di svolgere la sua attività per conto del committente, nei limiti dei poteri conferitigli contrattualmente.

La previsione, a livello contrattuale, dell'obbligo del distributore di fornire al *tradens* informazioni per questo rilevanti in merito all'attività svolta, potrebbe non essere sufficiente per stabilire lo *status* di dipendente del distributore medesimo, a meno che le informazioni non siano fornite nel contesto della **richiesta di approvazione** in merito alle **modalità di conduzione dell'attività**<sup>8</sup>.

Altro fattore determinante per la verifica dello *status* di "agente dipendente" del distributore è la sua configurazione quale soggetto pluri o mono-mandatario. In linea generale, si rileva che lo *status* dipendente sussiste se le attività del distributore sono esercitate **integralmente** (o pressoché integralmente) per conto di un unico *tradens* (distributore cd. "mono-mandatario")<sup>9</sup>.

In conclusione, lo *status* di indipendenza del distributore è fattore essenziale affinché lo stesso non si configuri quale stabile organizzazione personale ("agente dipendente") del *tradens*. Tale *status* è di norma escluso - e, pertanto, il distributore è da considerarsi quale "agente dipendente" - in presenza di circostanze quali:

- 1) un controllo invasivo esercitato da parte del *tradens*;

**Note:**

6 Per approfondimenti in merito al contenuto del contratto di distribuzione cfr. Valente P., *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, IPSOA, 2009, p. 1313 ss..

7 La questione riguarda, in particolare, il cd. "*limited function/risk distributor*" (cfr. Prescott-Haar L., Nannestad A., *Dealing with the Sales Offices - Transfer Pricing Tools*, Institute of Chartered Accountants of New Zealand 2003 Tax Conference).

8 Se le informazioni, al contrario, hanno come scopo quello di assicurare la regolare esecuzione del contratto di distribuzione e il mantenimento di buone relazioni tra distributore e *tradens* non si configura alcun nesso di dipendenza. Cfr. il paragrafo 38.5 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE.

9 Il paragrafo 38.6 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE precisa che, tuttavia, ciò non è di per sé determinante. Infatti, tutte le circostanze devono essere prese in considerazione, al fine di stabilire se l'attività viene esercitata autonomamente, sopportandone i rischi e ricevendo una remunerazione proporzionata al livello di esperienza e competenza. Per approfondimenti, cfr. Valente P., "*Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*", op. cit..

# Convenzioni contro le doppie imposizioni

- 2) l'assenza di rischio imprenditoriale a carico del distributore;
- 3) un incisivo obbligo di informativa a favore del *tradens*;
- 4) il carattere mono-mandatario del distributore<sup>10</sup>.

## Gli agenti indipendenti

Secondo il paragrafo 6 dell'art. 5 del Modello OCSE:

*"non si considera che un'impresa abbia una stabile organizzazione in uno Stato contraente per il solo fatto che essa 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, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività".*

Il comma 7 dell'art. 162 del TUIR prevede, con una disposizione del tutto simile, 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 commissario generale o di ogni altro intermediario che goda di uno status indipendente a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività".*

Pertanto, non si può ritenere che un'impresa abbia una stabile organizzazione in uno Stato diverso da quello in cui è localizzata, quando esercita, in tale ultimo Stato, la propria attività mediante un mediatore, un commissionario generale o ogni altro intermediario, dotati di uno *status* indipendente. Ciò vale, tuttavia, purché i medesimi soggetti agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.

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

- l'indipendenza giuridica ed economica<sup>11</sup>;
- la natura e l'estensione degli obblighi cui deve sottostare l'agente, nonché le istruzioni impartite e il controllo esercitato dall'impresa<sup>12</sup>;
- 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, ma potrebbe non ri-

spettare il requisito dello svolgimento di un'attività ordinaria<sup>13</sup>.

## La stabile organizzazione materiale: cenni

L'art. 5, paragrafo 1, del Modello OCSE, definisce stabile organizzazione 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. L'art. 162 del T.U.I.R. prevede una disposizione del tutto analoga:

*"1. (...) l'espressione stabile organizzazione designa una sede fissa d'affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato (...)".*

La definizione include anche l'articolazione 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).

## Note:

<sup>10</sup> Sulla figura del distributore quale "agente dipendente" cfr. Valente P., *Modello OCSE: il distributore quale stabile organizzazione personale*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, n. 2/2012, pag. 39.

<sup>11</sup> 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). Per approfondimenti, cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", *op. cit.*

<sup>12</sup> 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). Per approfondimenti, cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", *op. cit.*

<sup>13</sup> Cfr. il Commentario OCSE all'art. 5, paragrafo 38. Per approfondimenti, cfr. Valente P., "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", *op. cit.*

# Convenzioni contro le doppie imposizioni

Ai fini dell'identificazione di una stabile organizzazione materiale, è necessario che i seguenti criteri siano soddisfatti:

- sede di affari;
- fissità della struttura;
- diritto all'uso della sede di affari;
- svolgimento dell'attività economica;
- il criterio temporale.

Il criterio della “sede di affari” prevede la verifica della presenza di una sede intesa in senso fisico, utile e strumentale allo svolgimento dell'attività economica. Essa richiede la sussistenza (a qualsiasi titolo) di locali, immobili o macchinari, impianti e attrezzature varie per lo svolgimento dell'attività d'impresa<sup>14</sup>.

Una sede di affari è configurabile anche nel caso in cui non vi siano locali a disposizione per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale, ma l'impresa disponga solamente di un **certo spazio**<sup>15</sup>. Tale requisito è soddisfatto qualora la sede sia a disposizione dell'impresa estera (“*power of disposition test*” o “*right of use test*”), mentre non rileva il titolo in base al quale l'impresa ne abbia la disponibilità.

La caratteristica della fissità della sede di affari va considerata con riferimento sia all'elemento temporale sia all'elemento spaziale<sup>16</sup>.

Dal punto di vista temporale, è necessaria la sussistenza di un **elemento soggettivo** (la volontà di costituire una sede permanente, indipendentemente dall'effettiva durata della stessa) oppure di un elemento oggettivo (l'effettiva permanenza)<sup>17</sup>.

Con riguardo al requisito della fissità dal **punto di vista spaziale**, si deve ritenere che sussista un'unica sede di affari allorquando, alla luce dell'attività svolta dall'impresa, sia identificabile un determinato spazio che possa considerarsi “unico”, sia sotto il profilo geografico che da un punto di vista economico/funzionale, malgrado l'attività di affari venga svolta in più luoghi<sup>18</sup>.

L'esercizio dell'attività imprenditoriale richiede il contestuale soddisfacimento dei seguenti requisiti:

- la qualificazione dell'attività svolta dalla sede di affari come attività economica;
- la natura dell'attività svolta per il tramite della sede di affari deve potersi qualificare come **essenziale e significativa** rispetto all'attività commerciale<sup>19</sup> svolta dall'impresa nel suo insieme;

- il collegamento diretto dell'attività svolta nello Stato con la sede di affari (la stessa deve essere svolta per il tramite della sede di affari)<sup>20</sup>.

Infine, 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 della sede di affari sono **economicamente “distanti”** (i.e., hanno carattere meramente preparatorio o ausiliario) dalla fase in cui si formano i profitti dell'impresa<sup>21</sup>. Tale lista non deve essere considerata esaustiva.

## Note:

14 Cfr. il paragrafo 2 del Commentario OCSE al paragrafo 1 dell'art. 5.

15 Il Commentario OCSE all'art. 5 precisa che una sede di affari può essere rappresentata da uno spazio in un mercato ovvero da aree impiegate dall'impresa in via permanente in un deposito doganale o, ancora, nella sede di un'altra impresa.

16 Cfr. Valente P., “*Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*”, op. cit..

17 Qualora la sede di affari sia costituita per uno scopo non qualificabile come temporaneo, la stessa può essere considerata stabile organizzazione, anche se, di fatto, è esistita per un limitato periodo di tempo, a causa della particolare natura dell'attività o di particolari vicende del contribuente (es. la morte dello stesso) o dell'attività (es. fallimento o cattiva gestione dell'impresa). Se una sede di affari, sorta allo scopo di svolgere un'attività di carattere temporaneo, viene mantenuta per un periodo tale da non poter essere considerato transitorio, la stessa diverrà sede fissa e, conseguentemente, stabile organizzazione *ab origine*.

18 Il paragrafo 4.1 del Commentario OCSE all'art. 5 prevede che il semplice fatto che un'impresa abbia un determinato spazio a propria disposizione e lo utilizzi per le sue attività d'impresa è sufficiente per l'individuazione di una sede di affari. Non risulta, perciò, indispensabile alcun titolo giuridico formale per l'utilizzazione di tale spazio. Cfr. Valente P., “*Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*”, op. cit..

19 Il paragrafo 24 del Commentario OCSE all'art. 5 prevede che il criterio per l'individuazione delle attività a carattere preparatorio o ausiliario consiste nell'analizzare se le attività svolte dalla sede fissa di affari costituiscono, per se stesse, parte essenziale e significativa dell'attività dell'impresa considerata unitariamente.

20 All'espressione “per mezzo della quale” deve attribuirsi un significato molto ampio al fine di consentirne l'applicazione a ogni situazione in cui le attività d'impresa sono esercitate in un determinato luogo a disposizione dell'impresa a tal fine. Cfr. Valente P., “*Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*”, op. cit..

21 Il paragrafo 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. Valente P., “*Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*”, op. cit..





## La stabile organizzazione nelle disposizioni interne e convenzionali e nella sentenza della Corte di Cassazione n. 20597/2011

di Piergiorgio Valente

Secondo la Corte di Cassazione nella sentenza n. 20597/2011, l'organizzazione produttiva, in Italia, di una società estera articolata in molteplici sedi formalmente distinte, ma economicamente integrate in una struttura unitaria - strumentale al raggiungimento dello scopo commerciale della casa-madre non residente - non preclude la contestazione della sussistenza di una stabile organizzazione.

### 1. Premessa

Il concetto di "stabile organizzazione" è pressoché universalmente accolto quale presupposto per l'imposizione di un'attività economica svolta da un soggetto in un Paese diverso da quello di residenza della casa-madre. L'importanza attribuita 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 **oggetto non residente** nel territorio dello Stato.

Si delineano di seguito:

- la disciplina interna italiana e convenzionale della stabile organizzazione;
- le considerazioni della Suprema Corte in tema di stabile organizzazione italiana di società sammarinese.

### 2. La stabile organizzazione nel Tuir e nel Modello OCSE

L'art. 162 del Tuir definisce stabile organizzazione 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 proposta riflette la nozione convenzionale di "stabile organizzazione" ed include anche l'articolazione esemplificativa delle *positive e negative lists*.

La definizione domestica di "stabile organizzazione" ha un impatto pratico limitato, trovando applicazione soltanto nei confronti dei **oggetti residenti in Stati** con i quali l'Italia **non ha ancora stipulato una convenzione contro le doppie imposizioni**, nonché nei confronti dei soggetti residenti in Italia (ovviamente nel caso in cui risulti più favorevole rispetto all'eventuale disposizione convenzionale).

Essa non dovrebbe 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 contribuente.

La nozione in commento comprende, in particolare, una sede di direzione<sup>1</sup>, una succursale<sup>2</sup>, un

<sup>1</sup> Il paragrafo 2 dell'art. 5 del Modello OCSE riporta l'espressione "*place of management*". La menzione separata dei due termini (sede di direzione e ufficio) era già contenuta nel Modello OCSE 1963 ed è altresì riportata nel Modello ONU 1980 e nel Modello USA 1981.

ufficio<sup>3</sup>, un'officina, un laboratorio<sup>4</sup>, una miniera, una cava o un altro luogo di estrazione di risorse naturali<sup>5</sup>, un cantiere di costruzione o di montaggio, la cui durata oltrepassi i tre mesi. L'analisi focalizzata sulla presenza di una stabile organizzazione in un dato Paese deve tendere a verificare:

- in primo luogo, la presenza di una stabile organizzazione materiale, per effetto del soddisfacimento dei requisiti previsti dalla c.d. "**basic rule**";
- in secondo luogo ed in assenza di una stabile organizzazione materiale, la presenza di una stabile organizzazione rappresentata da un cantiere, c.d. "**construction clause**";
- in terzo luogo e in assenza di una stabile organizzazione materiale e di un cantiere, la presenza di una stabile organizzazione personale, c.d. "**agent clause**".

### 2.1. La stabile organizzazione materiale

Ai fini dell'identificazione di una stabile organizzazione materiale, è necessario che i seguenti criteri siano soddisfatti:

- sede di affari;
- fissità della struttura;
- diritto all'uso della sede di affari;
- svolgimento dell'attività economica;

<sup>2</sup> L'art. 5, paragrafo 2, lettera b), del Modello OCSE riporta il termine "branch".

<sup>3</sup> Il paragrafo 2 dell'art. 5 del Modello OCSE menziona separatamente i termini ufficio, sede di direzione e succursale, in quanto, in alcune legislazioni, un ufficio non è di per sé considerato come una succursale. Nell'ordinamento italiano si può ritenere, invece, che un ufficio rientri nel significato comunemente attribuibile alla succursale.

<sup>4</sup> Per laboratorio si intende un locale attrezzato per svolgere attività sperimentali, tecniche o produttive o per eseguire ricerche scientifiche; talvolta può essere annesso ad un negozio di vendita.

<sup>5</sup> Si segnala che, in sede OCSE, non è stato possibile pervenire ad una comune definizione per la qualificazione del reddito derivante dall'attività esplorativa, nonché per l'attribuzione del diritto a tassare tale reddito, sicché gli Stati contraenti possono accordarsi per inserire specifiche disposizioni nelle convenzioni bilaterali. Per quanto riguarda l'Italia, nessuna delle convenzioni stipulate dal nostro Paese prevede disposizioni specifiche sul punto. In assenza di disposizioni particolari previste dai trattati, ma in presenza di un reddito derivante da tali attività, la verifica dell'esistenza o meno di una stabile organizzazione deve essere effettuata sulla base delle regole generali previste dal paragrafo 1 dell'art. 5 del Modello OCSE ("sede fissa d'affari in cui l'impresa esercita in tutto in parte la sua attività"), come suggerito dal paragrafo 15 del Commentario OCSE. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2008, pagg. 231 e seguenti.

- il criterio temporale<sup>6</sup>.

### La "sede di affari"

Il criterio della sede di affari prevede la verifica della presenza di una sede di affari, intesa in senso fisico, utile e strumentale allo svolgimento dell'attività economica. Essa sussiste in presenza (a qualsiasi titolo) di locali, immobili o macchinari, impianti e attrezzature varie per lo svolgimento dell'attività d'impresa<sup>7</sup>. Una sede di affari è configurabile anche nel caso in cui non vi siano locali a disposizione per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale, ma l'impresa disponga solamente di un certo spazio<sup>8</sup>.

Tale requisito è soddisfatto qualora la sede sia a **disposizione dell'impresa estera** ("*power of disposition test*" o "*right of use test*"), mentre non rileva il titolo in base al quale l'impresa ne abbia la disponibilità. Conseguentemente, una stabile organizzazione può configurarsi anche qualora la sede di affari non sia di proprietà dell'impresa, né sia dalla stessa detenuta in base a un contratto di locazione (principio della "prevalenza della sostanza sulla forma")<sup>9</sup>.

Con riferimento al *power of disposition test*, si sottolinea che il diritto ad utilizzare una determinata sede non richiede la sussistenza di alcun titolo legale formale: è sufficiente la mera circostanza fattuale della disposizione, da parte di un'impresa, di **un certo spazio nel quale svolgere la propria attività**<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Per approfondimenti sulla stabile organizzazione nella normativa interna e convenzionale cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, IPSOA, 2011, pagg. 877 e seguenti. Per approfondimenti sulla stabile organizzazione nel Modello OCSE e, in particolare, sulle modifiche all'art. 5 apportate dalla versione 2008, cfr. P. Valente, *Modifiche agli artt. 1-5 del modello e al Commentario*, in "*il fisco*" n. 32/2008, pagg. 5782 e seguenti.

<sup>7</sup> Cfr. il paragrafo 2 del Commentario al paragrafo 1 dell'art. 5 del Modello OCSE.

<sup>8</sup> Il Commentario OCSE precisa che una sede di affari può essere rappresentata da uno spazio in un mercato ovvero da aree impiegate dall'impresa in via permanente in un deposito doganale o, ancora, nella sede di un'altra impresa.

<sup>9</sup> Cfr. il Commentario OCSE, *sub. art. 5*, paragrafo 4.

<sup>10</sup> Il paragrafo 4.1 del Commentario OCSE chiarisce che il semplice fatto che un'impresa abbia un determinato spazio a propria disposizione e lo utilizzi per le sue attività d'impresa è sufficiente per l'individuazione di una sede di affari. Non risulta, perciò, indispensabile alcun titolo giuridico formale per l'utilizzazione di tale spazio. In via esemplificativa, una stabile organizzazione potrebbe configurarsi qualora un'impresa occupi abusivamente un determinato luogo per lo svolgimento della sua attività industriale o commerciale. Cfr. sul punto, P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, pag. 229.

**La “fissità” della sede di affari**

La caratteristica della fissità della sede di affari va considerata con riferimento sia all'elemento temporale sia all'elemento spaziale<sup>11</sup>.

Con riferimento al requisito della fissità dal punto di vista **temporale**, è necessaria la sussistenza di un elemento soggettivo (la **volontà di costituire una sede permanente**, indipendentemente dall'effettiva durata della stessa) oppure di un elemento oggettivo (l'**effettiva permanenza**). Nel caso in cui l'impresa di uno Stato contraente operi nell'altro Stato, ma non in un posto determinato, la durata dell'attività non rileva; ciò non implica, tuttavia, che l'attrezzatura, che costituisce la sede di affari, debba risultare fissa al suolo sul quale poggia, essendo sufficiente la permanenza della stessa in un determinato luogo. Infatti, proprio sul concetto di permanenza in un determinato luogo si fonda la considerazione della natura non temporanea di una sede di affari<sup>12</sup>.

Una stabile organizzazione si configura anche quando una sede di affari esiste solo per un **periodo di tempo limitato**, purché la natura dell'attività sia tale che il suo stesso compimento richieda un limitato periodo di tempo. Tale regola non si applica nei casi in cui:

- l'attività abbia natura ricorrente; in tale ipotesi, la fissità della sede di affari deve essere valutata considerando la frequenza (anche nel corso di più anni) con cui la sede viene utilizzata<sup>13</sup>;
- l'attività sia svolta esclusivamente in un Paese; in tal caso la connessione con il territorio rileva nonostante il compimento dell'attività richieda, per sua natura, soltanto un breve periodo di tempo<sup>14</sup>;

<sup>11</sup> Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 230 e seguenti.

<sup>12</sup> Qualora la sede di affari sia costituita per uno scopo non qualificabile come temporaneo, la stessa può essere considerata stabile organizzazione, anche se, di fatto, è esistita per un limitato periodo di tempo, a causa della particolare natura dell'attività o di particolari vicende del contribuente (ad esempio, la morte dello stesso) o dell'attività (ad esempio, fallimento o cattiva gestione dell'impresa). Se una sede di affari, sorta allo scopo di svolgere un'attività di carattere temporaneo, viene mantenuta per un periodo tale da non poter essere considerato transitorio, la stessa diverrà sede fissa e, conseguentemente, stabile organizzazione *ab origine*.

<sup>13</sup> Cfr. il Commentario OCSE, *sub art. 5*, paragrafo 6. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 233 e seguenti.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

- una sede di affari sia utilizzata per brevi periodi di tempo e per lo svolgimento di attività similari da parte dello stesso soggetto o da parti correlate, al fine di evitare che la sede non ecceda il carattere puramente temporaneo relativamente a ciascuna attività<sup>15</sup>.

Con riguardo al requisito della fissità dal punto di vista **spaziale**, si deve ritenere che sussista un'unica sede di affari allorquando, alla luce dell'attività svolta dall'impresa, sia identificabile un determinato spazio che possa considerarsi **unico**, sia sotto il profilo geografico che da un punto di vista economico/funzionale, malgrado l'attività di affari venga svolta in più luoghi.

**Il diritto all'uso della sede di affari**

Presuppone la proprietà, l'affitto o altro diritto ad utilizzare la sede di affari. È sufficiente che l'impresa abbia a disposizione uno spazio che utilizza per lo svolgimento della propria attività economica, indipendentemente dal fatto che lo occupi legalmente o illegalmente<sup>16</sup>.

La locazione dei beni aziendali può costituire stabile organizzazione solo in presenza di determinate circostanze, quali la presenza del locatore nello Stato del locatario con una sede fissa di affari e la capacità del primo di influenzare costantemente il secondo sulle modalità di utilizzo dei suddetti beni, comportando di conseguenza una limitazione al diritto di utilizzo da parte di quest'ultimo<sup>17</sup>.

**Lo svolgimento dell'attività economica**

L'esercizio dell'attività imprenditoriale richiede il contestuale soddisfacimento dei seguenti requisiti:

- la qualificazione dell'attività svolta dalla sede di affari come attività economica, secondo quanto previsto dall'ordinamento dello Stato ospitante;
- la qualificazione di attività economica ai sensi del trattato bilaterale applicabile;

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Il paragrafo 4.1 del Commentario all'art. 5 prevede che il semplice fatto che un'impresa abbia un determinato spazio a propria disposizione e lo utilizzi per le sue attività d'impresa è sufficiente per l'individuazione di una sede di affari. Non risulta, perciò, indispensabile alcun titolo giuridico formale per l'utilizzazione di tale spazio. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 231 e seguenti.

<sup>17</sup> Negli accordi di *franchising*, per esempio, dove l'affiliante obbliga l'affiliato ad adottare la propria identità commerciale e ad accettare l'attività di formazione e di assistenza, l'affiliante esercita un'influenza significativa sull'affiliato.

- la natura dell'attività svolta per il tramite della sede di affari deve potersi qualificare come essenziale e significativa rispetto all'attività commerciale<sup>18</sup> svolta dall'impresa nel suo insieme;
- il collegamento diretto dell'attività svolta nello Stato con la sede di affari (la stessa deve essere svolta per il tramite della sede di affari)<sup>19</sup>.

Rientrano nelle attività essenziali e significative la gestione, lo sfruttamento delle risorse naturali, la produzione e le vendite<sup>20</sup>.

### Il criterio temporale

Il criterio temporale è strettamente legato alla permanenza dello svolgimento di un'attività economica rilevante per il tramite di una sede di affari. Si fa riferimento alla durata del diritto di utilizzo della sede di affari in un **arco di tempo esteso**, senza richiedere che lo stesso sia ininterrotto<sup>21</sup>.

Il criterio temporale può essere soddisfatto *a priori* per scelta specifica e volontaria dell'impresa estera che desidera costituire una stabile organizzazione, a prescindere dal successivo verificarsi del requisito previsto dal trattato bilaterale. In ogni caso, la stabile organizzazione permane per effetto della specifica volontà espressa dall'impresa estera. Nella maggior parte dei casi, invece, non vi è alcuna volontà da parte dell'impresa estera di costituire una stabile organizzazione nello Stato e il soddisfacimento del criterio temporale viene individuato sulla base di si-

tuazioni oggettive dipendenti dai vari accadimenti verificatisi durante lo svolgimento dell'attività economica svolta nello Stato residente<sup>22</sup>.

Il Modello OCSE individua, al paragrafo 3 dell'art. 5, un **limite temporale standard di dodici mesi**. Ai fini del calcolo, si prende in considerazione come termine iniziale il giorno a partire dal quale la sede di affari è a disposizione dell'impresa estera per lo svolgimento della propria attività economica, sia essa ausiliaria e preparatoria o significativa e rilevante, senza tener conto del tempo necessario per l'insediamento della sede fissa di affari.

Quale termine finale, si considera il giorno in cui l'entità estera:

- non svolge più l'attività economica<sup>23</sup> per la quale la stabile organizzazione è stata costituita;
- affitta la sede di affari a terzi<sup>24</sup>;
- perde il diritto di utilizzare la sede di affari per i propri scopi economici.

### 2.2. I casi di esclusione

Le attività indicate nella c.d. *"negative list"* di cui al comma 4 dell'art. 162 del Tuir non costituiscono stabile organizzazione neppure in presenza di una sede fissa di affari di cui al comma 2, in quanto i servizi svolti per il tramite della sede di affari sono economicamente "distanti" (*i.e.*, hanno **carattere meramente preparatorio o ausiliario**) dalla fase in cui si formano i profitti dell'impresa<sup>25</sup>. Tale lista non deve essere considerata esaustiva.

<sup>18</sup> Il paragrafo 24 del Commentario all'art. 5 prevede che potrebbe risultare difficile distinguere le attività dal carattere preparatorio o ausiliario dalle attività che non hanno tale carattere. Il criterio decisivo consiste nell'analizzare se le attività svolte dalla sede fissa di affari costituiscono, per se stesse, parte essenziale e significativa dell'attività dell'impresa considerata unitariamente. La valutazione deve essere effettuata caso per caso.

<sup>19</sup> All'espressione "per mezzo della quale" deve attribuirsi un significato molto ampio al fine di consentirne l'applicazione a ogni situazione in cui le attività d'impresa sono esercitate in un determinato luogo a disposizione dell'impresa a tal fine. Così, in via esemplificativa, un'impresa che svolge attività di pavimentazione di una strada sarà considerata come esercente la sua attività "per mezzo" del luogo in cui l'attività è svolta. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, pagg. 235 e seguenti.

<sup>20</sup> Includere la sollecitazione e la negoziazione delle vendite.

<sup>21</sup> Il Commentario al paragrafo 6.3 prevede specificamente che interruzioni periodiche o stagionali di attività economiche svolte in uno Stato da parte di un soggetto residente in un altro Stato soddisfano il requisito temporale quando complessivamente viene superato il limite temporale individuato nel trattato bilaterale concluso tra due Stati.

<sup>22</sup> Il paragrafo 6.3 del Commentario all'art. 5 prevede che nel caso in cui una sede di affari che originariamente avrebbe dovuto essere utilizzata per un breve periodo di tempo e che quindi non avrebbe costituito una stabile organizzazione sia in realtà stata mantenuta per un periodo tale da non poter essere più considerata temporanea, diviene una sede fissa di affari e quindi una stabile organizzazione.

<sup>23</sup> Il paragrafo 11 del Commentario all'art. 5 precisa che la stabile organizzazione cessa di esistere con la alienazione della sede fissa di affari o con la cessazione di tutte le attività esercitate per il suo tramite, vale a dire quando tutte le operazioni connesse alle attività esercitate in precedenza dalla stabile organizzazione siano terminate.

<sup>24</sup> Se la sede fissa di affari viene concessa in locazione ad altra impresa, generalmente è strumentale esclusivamente alle attività di detta impresa e non a quelle del locatore; di regola, la stabile organizzazione del locatore cesserà di esistere ad eccezione del caso in cui essa continui ad esercitare attività commerciali o industriali proprie per il tramite della sede fissa di affari (paragrafo 11 del Commentario all'art. 5).

<sup>25</sup> Il paragrafo 23 del Commentario all'art. 5 prevede che sebbene tale sede di affari può effettivamente contribuire

Al fine di stabilire il carattere meramente preparatorio o ausiliario dell'attività, è necessario valutare se l'attività costituisce **parte essenziale o significativa** dell'attività dell'impresa nel suo complesso<sup>26</sup>. Si tratta di una valutazione che tiene conto sia di un aspetto qualitativo, attinente alla natura dell'attività svolta, sia di un elemento di carattere quantitativo, relativo all'importanza dell'attività rispetto a quella dell'impresa nel suo complesso.

Il Modello OCSE esclude che la combinazione di attività preparatorie ed ausiliarie possa costituire, di per sé, stabile organizzazione<sup>27</sup>.

### 2.3. La stabile organizzazione personale

L'art. 162 del Tuir recepisce la distinzione tra stabile organizzazione **“materiale”** e **“personale”**, prevedendo (nei commi 6 e 7 dell'art. 162) l'*agent clause* e disciplinando, ai fini della configurabilità o meno di una sede fissa di affari, il ruolo degli agenti dipendenti ed indipendenti.

L'*agent clause* è contenuta nei paragrafi 5 e 6 dell'art. 5 del Modello OCSE, i quali distinguono, in particolare, tra agenti dipendenti e agenti indipendenti<sup>28</sup>.

#### Agenti “dipendenti”

La presenza di un agente dipendente costituisce stabile organizzazione se:

- l'agente **opera per conto** dell'impresa estera. L'agente può essere una persona fisica ovvero una persona giuridica;
- l'agente dispone di **poteri** che gli permettono di **concludere**, nello Stato estero, **contratti in nome dell'impresa** e di cui ne faccia abitualmente uso. Il potere di concludere con-

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*, op. cit., pagg. 235 e seguenti.

<sup>26</sup> Cfr. il paragrafo 24 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE.

<sup>27</sup> A tal riguardo va evidenziato come nessuna delle convenzioni stipulate dall'Italia riproduca la lettera f) del paragrafo 4 del Modello OCSE, la quale esclude, a determinate condizioni, la configurazione di una stabile organizzazione nell'ipotesi di esercizio combinato delle attività elencate nella *negative list*.

<sup>28</sup> Il paragrafo 32 del Commentario OCSE precisa che le persone le cui attività possono costituire stabile organizzazione dell'impresa sono i c.d. “agenti dipendenti” e cioè persone, lavoratori dipendenti o non, diverse dagli agenti indipendenti previsti al paragrafo 6 dell'art. 5.

tratti deve riguardare l'attività propria dell'impresa<sup>29</sup>; è irrilevante, infatti, che l'agente abbia il potere di assumere dipendenti per l'impresa al fine di garantirsi un supporto nello svolgimento dell'attività, ovvero che sia autorizzato a stipulare, in nome dell'impresa, contratti riguardanti esclusivamente operazioni interne. Inoltre, il potere di concludere contratti deve essere esercitato in modo continuativo nell'altro Stato; quest'ultima circostanza deve essere valutata sulla base delle condizioni fattuali e della realtà commerciale propria dell'impresa. L'agente, il quale dispone del potere di negoziare gli elementi e i dettagli di un contratto in modo vincolante per l'impresa, può ritenersi di aver esercitato siffatto potere “in tale Stato”, anche nel caso in cui il contratto sia firmato da un'altra persona nello Stato in cui l'impresa è situata<sup>30</sup>. L'autorità di concludere contratti deve essere **inerente** all'attività commerciale propria dell'impresa. La medesima autorità esercitata per l'acquisto di materiale o di beni per l'impresa o per l'assunzione di dipendenti non rientra nell'ambito della nozione di “stabile organizzazione personale”;

- l'agente svolge **attività diverse** da quelle rientranti tra le ipotesi di esclusione di cui al comma 4 dell'art. 162 del Tuir.

Rispetto alla previsione dell'art. 5 del Modello OCSE, il disposto del comma 6 dell'art. 162 del Tuir **esclude** i contratti conclusi dall'agente per l'**acquisto di beni**. Sarebbe pertanto che l'utilizzo in Italia di mandatari con rappresentanza *ex art.* 1704 del codice civile o di agenti con poteri di rappresentanza *ex art.* 1745 del codice civile integri, in virtù del potere di rappresentanza ad essi conferito, la presenza di una

<sup>29</sup> Cfr. il paragrafo 33 del Commentario OCSE. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 238 e seguenti.

<sup>30</sup> Con l'espressione “in modo vincolante”, si intende la sostanziale, e non formale, capacità dell'agente di negoziare con il cliente tutte le parti del contratto senza lasciare all'impresa estera alcun ruolo attivo di rilievo e la capacità di sottrarsi agli accordi presi. Risulta, quindi, irrilevante la circostanza che, da un mero punto di vista formale, il contratto venga negoziato dall'agente e poi sia ufficialmente firmato presso gli uffici esteri dell'impresa. È buona prassi verificare se, lungo un congruo periodo temporale, l'impresa estera ha sempre pedissequamente accettato tutte le proposte formulate dall'agente o se, talvolta, siano state rifiutate o modificate. Nel primo caso sarà più facile argomentare circa la capacità dell'agente di vincolare l'impresa estera, mentre nella seconda ipotesi sarà plausibile dimostrare che l'agente opera nell'ambito del proprio mandato e non vincola il preponente.

stabile organizzazione del soggetto non residente.

### Agenti “indipendenti”

Ai sensi del comma 7 dell'art. 162 del Tuir, non si può ritenere che un'impresa di uno Stato abbia una stabile organizzazione nell'altro Stato, quando esercita in tale Stato la propria attività mediante un mediatore, un commissionario generale o ogni altro intermediario con *status* indipendente, a condizione che tali persone agiscano nell'ambito della **loro ordinaria attività**. In relazione allo *status* di indipendenza, il Commentario al Modello OCSE individua alcuni criteri di riferimento:

- l'indipendenza **giuridica ed economica**<sup>31</sup>;
- la natura e l'estensione degli obblighi cui deve sottostare l'agente, nonché le istruzioni impartite e il **controllo** esercitato dall'impresa<sup>32</sup>;
- il **rischio imprenditoriale**, il quale deve incombere sull'agente e non sull'impresa. La condizione dello *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, ma potrebbe non rispettare il requisito dell'esercizio di un'attività ordinaria<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> 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).

<sup>32</sup> 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 allo specifico 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, *sub* art. 5, paragrafo 38.3).

<sup>33</sup> Cfr. il Commentario OCSE, *sub* art. 5, paragrafo 38. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, pagg. 239 e seguenti.

Un elemento che assume rilievo ai fini della valutazione dell'indipendenza dell'agente è il **numero di preponenti** che l'agente rappresenta. La circostanza che l'agente svolga la propria attività interamente o per lo più a favore di un unico preponente durante tutto il periodo in cui esercita la propria attività o per un significativo periodo di tempo potrebbe costituire un indizio di dipendenza economica. Tale elemento non è, tuttavia, di per sé determinante. Nel valutare l'indipendenza di un soggetto, devono, infatti, 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 prestati per svolgere l'attività.

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<sup>34</sup>.

Affinché un agente si qualifichi come indipendente, deve operare nell'ambito della **propria ordinaria attività**.

Anche questa condizione è considerata necessaria, ma non sufficiente. Infatti, qualora non sia soddisfatta, si avrà, nello Stato di esercizio dell'attività, una stabile organizzazione dell'impresa preponente, a meno che la suddetta attività non possa essere fatta rientrare tra quelle indicate nel comma 4 dell'art. 162 (o del paragrafo 4, dell'art. 5 del Modello OCSE)<sup>35</sup>.

Secondo quanto previsto dal paragrafo 5 dell'art. 5, gli elementi che devono essere valutati ai fini della configurabilità di una stabile organizzazione personale sono i seguenti:

- **titolarità ed esercizio abituale dei poteri di rappresentanza**. La sussistenza dei poteri di rappresentanza deve essere valutata non so-

<sup>34</sup> Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, pagg. 234 e seguenti.

<sup>35</sup> Il paragrafo 37 del Commentario all'art. 5 precisa che un intermediario è ritenuto agire al di fuori della propria attività ordinaria, qualora eserciti in via abituale un'attività che attiene economicamente alla sfera dell'impresa, invece che alla propria. A titolo esemplificativo si menziona il caso del commissionario che non si limita a vendere beni dell'impresa ma che agisce, in qualità di agente dell'impresa stessa, nella stipula di contratti in via abituale. Tale fattispecie realizza, per il Commentario, un caso di stabile organizzazione.

lo sul piano formale, ma anche sul piano sostanziale. Un soggetto che è autorizzato a negoziare tutti gli elementi di un contratto in modo vincolante per l'impresa estera, ha il potere di concludere i contratti anche qualora questi siano formalmente conclusi da un altro soggetto dello Stato di residenza dell'impresa estera<sup>36</sup>;

- **il potere di concludere contratti deve essere esercitato in modo abituale.** Al fine di valutare la sussistenza di tale requisito, l'ampiezza e la frequenza con cui l'agente esercita il proprio potere deve essere analizzata in relazione alla natura dei contratti e all'atti-

vità del preponente. Si rileva che il potere di concludere contratti deve attenersi all'attività propria dell'impresa estera non rilevando, invece, il potere di concludere contratti relativi ad operazioni interne (ad esempio, l'assunzione di dipendenti).

#### **Raccomandatari e mediatori marittimi**

Il comma 8 dell'art. 162 del Tuir prevede una figura speciale di "agente indipendente": il "raccomandatario marittimo" o "mediatore marittimo".

Recita la norma:

"(n)onostante 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 L. 4 aprile 1977, n. 135 o di un mediatore marittimo di cui alla L. 12 marzo 1968, n. 478 che abbia i poteri per la gestione commerciale o operativa delle navi dell'impresa, anche in via continuativa".

Malgrado le affinità riscontrabili tra gli agenti indipendenti e i raccomandatari e mediatori marittimi, il regime del comma 8 rappresenta una **deroga** all'utilizzo di agenti indipendenti: non costituisce, infatti, stabile organizzazione l'esercizio dell'attività da parte dell'impresa per mezzo di un raccomandatario marittimo o di un mediatore marittimo che abbia "i poteri per la ge-

stione commerciale o operativa delle navi dell'impresa, anche in via continuativa".

#### **Imprese consociate**

Il comma 9 dell'art. 162 del Tuir riproduce una clausola presente in tutti i trattati del *network* convenzionale italiano:

"(i)l 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 qualsiasi di dette imprese una stabile organizzazione dell'altra".

In altri termini, l'appartenenza di imprese non residenti (con o senza stabile organizzazione in Italia) a gruppi d'impresе sulla base dell'esistenza di rapporti di consociazione (controllo o collegamento) non deve indurre a presumere che una qualsiasi delle imprese considerate costituisca stabile organizzazione delle altre.

**I rapporti di controllo** nell'ambito di un gruppo non alterano, pertanto, i criteri che devono

essere applicati al fine di verificare l'esistenza o meno di una stabile organizzazione. Ad esempio, come rilevato dal Commentario OCSE<sup>37</sup>, potrà sussistere una stabile organizzazione qualora la consociata non possa essere considerata "agente indipendente" ed eserciti abitualmente il potere di concludere contratti in nome della casa-madre.

Sul punto, si segnalano le sentenze della Corte di Cassazione sul c.d. "caso *Philip Morris*" (Cass. 7 marzo 2002, n. 3367 e 3368, 25 maggio 2002, n. 7682 e 25 luglio 2002, n. 10925)<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Il paragrafo 32.1 del Commentario all'art. 5 chiarisce che l'assenza di un coinvolgimento da parte del preponente nelle transazioni può essere indicativa della concessione all'agente dell'autorità di concludere contratti. Ad esempio, si può ritenere che l'agente disponga dell'autorità di concludere contratti qualora richieda e riceva gli ordini e li invii direttamente ad un magazzino dal quale i beni sono consegnati, ovvero laddove l'impresa estera approvi abitualmente le transazioni. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 239 e seguenti.

<sup>37</sup> Paragrafo 40 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE.

<sup>38</sup> Tutte in banca dati "fisconline". Per approfondimenti si rimanda a P. Valente-G. Valente, *Stabile organizzazione: profili di criticità per i gruppi multinazionali derivanti dalla lettura delle sentenze della Cassazione sul caso Philip Morris*, in "Rassegna di fiscalità internazionale" n. 5/2002, pagg. 437 e seguenti; P. Valente, *Convenzioni in-*

In particolare, la Suprema Corte fornisce indicazioni operative in merito all'individuazione delle caratteristiche essenziali delle stabili organizzazioni c.d. "occulte" e delle stabili organizzazioni c.d. "plurime" di società non residenti facenti parte di gruppi multinazionali. Nel caso di specie, la Cassazione precisa che la qualificazione di stabile organizzazione sussiste qualora:

- un'impresa abbia legami "talmente penetranti" con la casa-madre da far diventare le società controllate, pur dotate di uno *status* di soggetti autonomi, "vere e proprie strutture di gestione dell'impresa esercitata da altre società";
- i rapporti di dipendenza o di compartecipazione siano tali da poter essere assimilati a quelli che intercorrono con un agente dipendente.

### 3. La stabile organizzazione secondo la sentenza della Corte di Cassazione n. 20597/2011

Nella sent. n. 20597, pronunciata in data 7 ottobre 2011<sup>39</sup> nei confronti di una società con sede legale in San Marino, la Suprema Corte di Cassazione statuisce il principio secondo cui **l'accertamento dei requisiti** di sussistenza di una stabile organizzazione deve essere condotto non solo sul piano formale, ma anche e soprattutto **sul piano sostanziale**.

#### 3.1. I fatti di causa

Nel caso esaminato nella sent. n. 20597/2011 – pronunciata tra il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Agenzia delle Entrate e una società con sede legale a San Marino – quest'ultima si avvale di molteplici società italiane per mettere a disposizione i propri servizi di formazione sul territorio italiano.

In particolare, gli studenti universitari che intendono avvalersi di un sistema di insegnamento breve ed efficace per la preparazione degli esami, possono recarsi in una delle sedi italiane della società di San Marino per sottoscrivere un contratto di servizi *standard* in cui non si rinvie alcun obbligo a carico delle società italiane, che si limitano invece ad impartire l'attività di insegnamento. Le società italiane non hanno altra funzione se non quella di recapito per la so-

*ternazionali contro le doppie imposizioni, op. cit.,* pagg. 246 e seguenti.

<sup>39</sup> In "il fisco" n. 41/2011, fascicolo n. 1, pag. 6689.

cietà con sede a San Marino, vale a dire, di ufficio attraverso il quale gli studenti sottoscrivono il contratto e ricevono il materiale didattico. Esse rappresentano la promanazione della società sammarinese. Gli studenti, inoltre, non si recano a San Marino per ottenere il servizio di formazione. È la società sammarinese che, per mezzo di personale italiano ed unità locali situate in diverse città italiane, svolge attività di formazione. Parte contraente rispetto a ciascuno studente è la società sammarinese alla quale sono intestati i pagamenti.

L'Ufficio delle Entrate di Rimini contesta alla società sammarinese di aver costituito in Italia una stabile organizzazione articolata in n. 20 società e ditte individuali che commercializzano sul territorio italiano i prodotti formativi, accertando, in tal modo, ricavi non dichiarati ai fini Iva per gli anni 1994 e 1995, nonché redditi non dichiarati ai fini Irpeg e Ilor per l'anno 1994. La Commissione tributaria provinciale e la Commissione tributaria regionale respingono l'impugnazione della società sammarinese che presenta ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione.

Dinanzi alla Suprema Corte, la società ricorrente si difende ritenendo che la fattispecie di stabile organizzazione non può considerarsi sussistere, in quanto, con tale espressione, si designa una "sede fissa di affari" per mezzo della quale l'impresa non residente esercita l'attività sul territorio dello Stato. Nel caso della società sammarinese, invece, le imprese che operano in Italia sono molteplici, dotate ciascuna di stabile organizzazione autonoma e gli introiti sono costituiti dai proventi delle provvigioni fatturate alla casa-madre<sup>40</sup>. Inoltre, non c'è stabile organizzazione quando la casa-madre esercita l'attività di impresa attraverso un intermediario indipendente che agisca nell'ambito della propria attività.

Secondo la ricorrente, nel caso di specie non sarebbe stata accertata l'esistenza di "una sede d'affari indipendente" della società sammarinese, dal momento che le entità che operano in Italia sono "non una ma molteplici, dotate ciascuna di propria organizzazione autonoma ed operanti come agenti indipendenti i cui introiti non erano costituiti dai proventi dell'attività di assistenza didattica prestata (...), ma solo dalle provvigioni su vendite fatturate (...)".

<sup>40</sup> Per approfondimenti in tema di attribuzione del reddito alla stabile organizzazione cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale, op. cit.,* pagg. 896 e seguenti; P. Valente, *Attribuzione del reddito alla stabile organizzazione Il Rapporto OCSE del 2010*, in "il fisco" n. 43/2010, fascicolo n. 1, pag. 7000.

### 3.2. La pronuncia

In via preliminare, si rileva che ai sensi dell'art. 162 del Tuir, l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia implica:

- l'individuazione di una sede fissa di affari, in senso tecnico (locali, materiali, attrezzature, eccetera);
- l'esercizio dell'attività da parte dell'impresa per mezzo di tale sede fissa di affari<sup>41</sup>.

Con particolare riferimento al caso in cui la società estera agisca in Italia attraverso **agenti mediatori**, elementi significativi ai fini dell'esistenza di una stabile organizzazione possono essere desunti:

- dalla **mancanza di effettivi controlli** sull'operato dell'agente e **di istruzioni** dettagliate da parte dell'impresa estera;
- dalla rilevanza specifica delle **qualità tecniche e professionali dell'agente**, che hanno

indotto il preponente ad avvalersi delle sue prestazioni;

- dal **numero complessivo di preponenti** rappresentati dall'agente.

A parere della Corte di Cassazione, l'organizzazione produttiva, in Italia, di una società estera articolata in molteplici sedi formalmente distinte, ma economicamente integrate in una struttura unitaria, strumentale al raggiungimento dello scopo commerciale in Italia della casa-madre non residente, non preclude la contestazione della sussistenza di una stabile organizzazione.

La Suprema Corte respinge le argomentazioni della ricorrente, rilevando che l'accertamento dei requisiti di sussistenza di una stabile organizzazione deve essere condotto non solo sul piano formale, ma anche e soprattutto sul piano sostanziale, come già ribadito in numerose pronunce<sup>42</sup>. In particolare, si ribadisce che:

“L'accertamento dei requisiti del centro di attività stabile, o stabile organizzazione, ivi compresi quello di dipendenza e quello di partecipazione alla conclusione di contratti – o alle sole trattative – in nome della società estera (...) deve essere condotto non solo sul piano formale ma anche – e soprattutto – su quello sostanziale e che tale concetto di stabile organizzazione non è incompatibile con la personalità giuridica di cui la stessa sia eventualmente fornita, poiché l'autonoma soggettività giuridica non assume rilievo quanto all'imputazione dei rapporti fiscali”.

Inoltre, secondo la Suprema Corte “va escluso che la struttura organizzativa debba essere di per sé produttiva di reddito, ovvero dotata di autonomia gestionale o contabile”.

Pertanto, nonostante l'articolazione formale dell'organizzazione in Italia della società estera, nella sostanza le diverse sedi costituiscono una **struttura economica unitaria, strumentale al raggiungimento dello scopo commerciale** in Italia **della casa-madre non residente** (sammarinese). L'indipendenza delle società italiane rispetto alla casa-madre non sussiste, dato che le società italiane altro non sono che organismi attraverso i quali la società estera mette a disposizione i propri servizi di insegnamento in Italia.

<sup>41</sup> La convenzione contro le doppie imposizioni Italia-San Marino è stata sottoscritta nel marzo 2002. Essa non è ancora entrata in vigore. Nel giugno 2009, è stato parafato, dalle rispettive delegazioni, il Protocollo di modifica alla convenzione. Le argomentazioni di cui alla sentenza della Corte di Cassazione n. 20597/2001 fanno pertanto riferimento alla nozione di stabile organizzazione prevista dalla legislazione italiana domestica.

Per approfondimenti sull'ordinamento sammarinese cfr. P. Valente-L. Beccari-C. Alagna, *Scambio di informazioni*

Infine, i giudici di legittimità rilevano che gli elementi oggettivi che inducono ad individuare nelle entità italiane la stabile organizzazione della società sammarinese attengono alle concrete modalità operative delle prime, quali **articolarzioni di un'unica struttura organizzativa** intesa alla realizzazione dello scopo commerciale della società sammarinese.

I “legami di natura soggettiva” (“idonei a corroborare un convincimento già sufficientemente motivato col richiamo delle caratteristiche oggettive della organizzazione”) sono individuabili

*in materia fiscale La nuova normativa di San Marino, in “il fisco” n. 32/2011, fascicolo n. 1, pag. 5187; P. Valente-L. Beccari-S. Mattia, La Proposta di Riforma Fiscale di San Marino. I principi direttivi e programmatici di natura tecnica, in “il fisco” n. 28/2011, fascicolo n. 1, pag. 4499; P. Valente-L. Beccari-S. Mattia, La Proposta di Riforma Fiscale di San Marino. L'analisi dei dati relativi ai contribuenti, in “il fisco” n. 27/2011, fascicolo n. 1, pag. 4340; P. Valente-L. Beccari-S. Mattia, La Proposta di Riforma Fiscale di San Marino L'evoluzione del binomio “trasparenza-competitività”, in “il fisco” n. 25/2011, fascicolo n. 1, pag. 3994.*

<sup>42</sup> Cfr., in particolare, le sentenze n. 10925 del 25 luglio 2002 e n. 6799 del 6 aprile 2004, entrambe in banca dati “fisconline”.

nei rapporti tra l'intestatario del marchio registrato del sistema didattico e il suo commercialista. La corrispondenza tra i due soggetti evidenzia chiaramente come fosse interesse dell'intestatario del suindicato marchio realizzare una struttura per la commercializzazione del servizio

di assistenza didattica che, grazie alle licenze cedute alla società sammarinese, avrebbe consentito di evitare l'assoggettamento a Iva dei corrispettivi pagati dagli studenti alla società medesima e la tassazione in Italia dei redditi ad essi relativi.

Una recente decisione della Corte di Cassazione

## La stabile organizzazione italiana è centro autonomo di imputazione della casa madre estera

Nella recentissima sentenza della Corte di Cassazione 22 luglio 2011, n. 16106, la Suprema Corte ha statuito che la stabile organizzazione di società non residente è autonomo centro di imputazione dei rapporti tributari riferibili alla casa madre.

di Piergiorgio Valente, Salvatore Mattia - Valente Associati GEB Partners

### Il fatto

La vicenda oggetto della sentenza della Corte di Cassazione n. 16106/2011 origina dalla ripresa a tassazione di somme versate da una società italiana a titolo di royalties ad alcune società (residenti in Germania ed Austria), tutte controllate dalla stessa holding tedesca.

Ciò perché - in forza dell'art. 12, paragrafi 5 e 4, delle Convenzioni contro le doppie imposizioni vigenti tra Italia e Germania, e tra Italia e Austria, ratificate con le leggi n. 459/1992 e n. 762/1984 (che deroga alla regola dell'imponibilità dei "canoni" nello Stato di residenza del concedente "nel caso in cui il beneficiario effettivo dei canoni, residente in uno Stato contraente, eserciti nell'altro Stato contraente dal quale provengono i canoni (...) attività industriale o commerciale per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata", disponendo che, "in tal caso, i canoni sono imponibili in detto altro Stato contraente secondo la propria legislazione interna") - quegli importi, confluendo nel reddito d'impresa di società estera dotata di stabile organizzazione in Italia, piuttosto che costi deducibili da imponibile, configuravano attività assoggettata ad imposta nello Stato.

Secondo i Giudici di legittimità, va riconosciuta in capo alla società italiana una soggettività passiva rispetto alla pretesa impositiva dell'Amministrazione italiana, a nulla rilevando le (contrarie) istanze di parte che ritenevano, invece, che siffatta pretesa dovesse essere rivolta direttamente alla casa madre estera (i.e., alla holding tedesca).

### Le argomentazioni della Suprema Corte

La Corte di Cassazione, nel dettaglio, così argomenta:

- la costante giurisprudenza di legittimità in materia di IVA (cfr. Cass. n. 3889/2008; Cass. n. 6799/2004), che riconosce alla stabile organizzazione la natura di centro di imputazione dei rapporti tributari riferibili al soggetto non residente, e come tale abilitato alla richiesta di rimborso dell'imposta assolta in Italia, sarebbe applicabile, in via estensiva, anche alle imposte sui redditi, benché la nozione di stabile organizzazione non sia identica sovrapponibile nei comparti delle imposte dirette e delle imposte indirette. E ciò in ragione di precisi riscontri nel sistema normativo proprio delle imposte dirette, *ratione temporis* applicabili;
- le disposizioni tributarie sulle imposte dirette, infatti: a) stabiliscono la soggezione all'imposta (IRPEG, nel caso analizzato dalla Corte) delle società e degli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato (cfr. art. 87, comma 1, lettera d, TUIR, nel testo anteriore al 1° gennaio 2004, applicabile *ratione temporis* al caso di specie); b) limitano il reddito imponibile di detti enti a quello prodotto nel territorio dello Stato (cfr. art. 112, commi 1 e 2, TUIR); c) precisano che, per detti enti, si considerano prodotti nel territorio dello Stato i redditi di impresa derivanti da attività esercitate tramite stabili organizzazioni quivi stabilite (cfr. art. 20, comma 1, lettera e, TUIR);
- sanciscono la separazione contabile della stabile organizzazione (cfr. articoli 112, comma 1, TUIR e 14, comma 4, D.P.R. n. 600/1973), "così identificandone la consistenza quale entità rilevante a fini tributari interni per la determinazione del reddito d'impresa prodotto in Italia da soggetto non residente";
- la nozione di stabile organizzazione non è incompatibile con la personalità giuridica di cui la stessa sia eventualmente fornita. Non è, pertanto, possibile, in presenza di determinate condizioni, dubitare dell'attribuibilità ad una società del ruolo (palese o occulto) di stabile organizzazione "materiale" di un soggetto non residente;

- "l'autonoma piena soggettività giuridica non interferisce, invero, con l'imputazione, quale massa separata, dei rapporti fiscali riferibili a soggetto non residente, restando i due profili evidentemente autonomi e distinti", benché in capo alla medesima entità (cfr. Cass. n. 9166/2011 - si veda "[Il modello OCSE individua la stabile organizzazione](#)", il Quotidiano IPSOA del 27 aprile 2011; Cass. n. 3889/2008; Cass. n. 17206/2006; Cass. n. 5799/2004; Cass. n. 7682/2002);
- ove la persona giuridica residente sia nel contempo stabile organizzazione di soggetto non residente, nulla osta a che l'Amministrazione finanziaria indirizzi la propria pretesa impositiva e la propria azione accertatrice nei suoi diretti confronti, quanto ai redditi da essa prodotti con la propria autonoma attività e, nei confronti della "stabile organizzazione", per i redditi costituiti in "massa separata" prodotti nel territorio dello Stato e riferibili al soggetto non residente;
- le disposizioni in materia di accertamento delle imposte sui redditi (cfr. articoli 1, comma 1, e 4, D.P.R. n. 600/1973) obbligano la stabile organizzazione a nominare un rappresentante per i rapporti tributari con l'Amministrazione finanziaria, oltre a presentare dichiarazione per i redditi prodotti nel territorio dello Stato. Le suindicate norme, quindi, qualificano la stessa stabile organizzazione quale soggetto che, indipendentemente dalla forma giuridica, assume legittimazione passiva nei rapporti con l'Erario.

## Conclusioni

Dalle motivazioni giuridiche innanzi esposte deriva che, secondo la Corte di Cassazione, è pienamente legittimo l'accertamento condotto nei confronti della società italiana che sia considerata anche stabile organizzazione della controllante non residente, mediante la rettifica del reddito d'impresa evidenziato nella dichiarazione della prima e limitatamente ai redditi riferibili a tale stabile organizzazione, in quanto la società italiana rappresenta la capogruppo estera nei rapporti con l'Amministrazione finanziaria italiana.

*Copyright © - Riproduzione riservata*

Requisiti da valutare anche sul piano sostanziale

## Stabile organizzazione anche in presenza di più sedi

L'accertamento dei requisiti di sussistenza di una stabile organizzazione deve essere condotto non solo sul piano formale, ma anche e soprattutto sul piano sostanziale. Tale è il principio stabilito dalla Suprema Corte di Cassazione nella sentenza n. 20597, pronunciata in data 7 ottobre 2011 nei confronti di una società con sede legale in San Marino.

*di Piergiorgio Valente, Caterina Alagna - Valente Associati GEB Partners*

### I fatti di causa

Nel caso esaminato nella sentenza n. 20597/2011 della Corte di Cassazione - tra il Ministero dell'Economia e delle finanze e l'Agenzia delle Entrate e una società con sede legale a San Marino - quest'ultima si avvale di molteplici società italiane per mettere a disposizione i propri servizi di formazione sul territorio italiano.

In particolare, gli studenti universitari che intendono avvalersi di un sistema di insegnamento breve ed efficace per la preparazione degli esami, possono recarsi in una delle sedi italiane della società di San Marino per sottoscrivere un contratto di servizi standard in cui non si rinviene alcun obbligo a carico delle società italiane, che si limitano invece ad impartire l'attività di insegnamento. Le società italiane non hanno altra funzione se non quella di recapito per la società con sede a San Marino, vale a dire, di ufficio attraverso il quale gli studenti sottoscrivono il contratto e ricevono il materiale didattico. Esse rappresentano la promanazione della società sammarinese. Gli studenti, inoltre, non si recano a San Marino per ottenere il servizio di formazione. È la società sammarinese che, per mezzo di personale italiano ed unità locali situate in diverse città italiane, svolge attività di formazione. Parte contraente rispetto a ciascuno studente è la società sammarinese alla quale sono intestati i pagamenti.

L'Ufficio delle Entrate di Rimini contesta alla società sammarinese di aver costituito in Italia una stabile organizzazione articolata in 20 società e ditte individuali che commercializzano sul territorio italiano i prodotti formativi, accertando, in tal modo, ricavi non dichiarati ai fini IVA per gli anni 1994 e 1995, nonché redditi non dichiarati ai fini IRPEG e ILOR per l'anno 1994. La Commissione tributaria provinciale e la Commissione tributaria regionale respingono l'impugnazione della società sammarinese che presenta ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione.

Dinanzi alla Suprema Corte, la società ricorrente si difende ritenendo che la fattispecie di stabile organizzazione non può considerarsi sussistere, in quanto, con tale espressione, si designa una "sede fissa di affari" per mezzo della quale l'impresa non residente esercita l'attività sul territorio dello Stato. Nel caso della società sammarinese, invece, le imprese che operano in Italia sono molteplici, dotate ciascuna di stabile organizzazione autonoma e gli introiti sono costituiti dai proventi delle provvigioni fatturate alla casa-madre. Inoltre, non c'è stabile organizzazione quando la casa-madre esercita l'attività di impresa attraverso un intermediario indipendente che agisca nell'ambito della propria attività.

Secondo la ricorrente, nel caso di specie non sarebbe stata accertata l'esistenza di "una sede d'affari indipendente" della società sammarinese, dal momento che le entità che operano in Italia sono "non una ma molteplici, dotate ciascuna di propria organizzazione autonoma ed operanti come agenti indipendenti i cui introiti non erano costituiti dai proventi dell'attività di assistenza didattica prestata (...), ma solo dalle provvigioni su vendite fatturate (...)".

### La pronuncia della Suprema Corte di Cassazione

In via preliminare, si rileva che ai sensi dell'art. 162 TUIR, l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia implica:

- l'individuazione di una sede fissa di affari, in senso tecnico (locali, materiali, attrezzature, etc.);
- l'esercizio dell'attività da parte dell'impresa per mezzo di tale sede fissa di affari.

Con particolare riferimento al caso in cui la società estera agisca in Italia attraverso agenti mediatori, elementi significativi ai fini dell'esistenza di una stabile organizzazione possono essere desunti:

- dalla mancanza di effettivi controlli sull'operato dell'agente e di istruzioni dettagliate da parte dell'impresa estera;
- dalla rilevanza specifica delle qualità tecniche e professionali dell'agente, che hanno indotto il preponente ad avvalersi delle sue prestazioni;
- dal numero complessivo di preponenti rappresentati dall'agente.

A parere della Corte di Cassazione, l'organizzazione produttiva, in Italia, di una società estera articolata in molteplici sedi formalmente distinte, ma economicamente integrate in una struttura unitaria, strumentale al raggiungimento dello scopo commerciale in Italia della casa-madre non residente, non preclude la contestazione della sussistenza di una stabile organizzazione.

La Suprema Corte respinge le argomentazioni della ricorrente, rilevando che l'**accertamento dei requisiti di sussistenza di una stabile organizzazione** deve essere condotto non solo **sul piano formale**, ma anche e soprattutto **sul piano sostanziale**, come già ribadito in numerose pronunce (cfr., in particolare, le sentenze n. 10925/2002 e n. 6799/2004).

In particolare, si ribadisce che "l'accertamento dei requisiti del centro di attività stabile, o stabile organizzazione, ivi compresi quello di dipendenza e quello di partecipazione alla conclusione di contratti - o alle sole trattative - in nome della società estera [...] deve essere condotto non solo sul piano formale ma anche - e soprattutto - su quello sostanziale e che tale **concetto di stabile organizzazione non è incompatibile con la personalità giuridica** di cui la stessa sia eventualmente fornita, poiché l'autonoma soggettività giuridica non assume rilievo quanto all'imputazione dei rapporti fiscali".

Inoltre, secondo la Suprema Corte "va escluso che la struttura organizzativa debba essere di per sé produttiva di reddito, ovvero dotata di autonomia gestionale o contabile".

Pertanto, nonostante l'articolazione formale dell'organizzazione in Italia della società estera, nella sostanza le diverse sedi costituiscono una **struttura economica unitaria, strumentale al raggiungimento dello scopo commerciale in Italia della casa-madre non residente** (sammarinese). L'indipendenza delle società italiane rispetto alla casa-madre non sussiste, dato che le società italiane altro non sono che organismi attraverso i quali la società estera mette a disposizione i propri servizi di insegnamento in Italia.

Infine, i giudici di legittimità rilevano che gli elementi oggettivi che inducono ad individuare nelle entità italiane la stabile organizzazione della società sammarinese attengono alle concrete modalità operative delle prime, quali articolazioni di un'unica struttura organizzativa intesa alla realizzazione dello scopo commerciale della società sammarinese.

I "**legami di natura soggettiva**" ("idonei a corroborare un convincimento già sufficientemente motivato col richiamo delle caratteristiche oggettive della organizzazione") sono individuabili nei rapporti tra l'intestatario del marchio registrato del sistema didattico e il suo commercialista. La corrispondenza tra i due soggetti evidenzia chiaramente come fosse interesse dell'intestatario del suindicato marchio realizzare una struttura per la commercializzazione del servizio di assistenza didattica che, grazie alle licenze cedute alla società sammarinese, avrebbe consentito di evitare l'assoggettamento ad IVA dei corrispettivi pagati dagli studenti alla società medesima e la tassazione in Italia dei redditi ad essi relativi.

*Copyright © - Riproduzione riservata*

[Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza 07/10/2011, n. 20597](#)



## APPROFONDIMENTO

# Stabile organizzazione e *jurisdiction to tax*: il dibattito a livello internazionale

di Piergiorgio Valente

Il dibattito internazionale si è incentrato, nel corso degli ultimi mesi, sull'analisi degli esistenti principi e disposizioni di fiscalità internazionale, al fine di verificare se essi possano essere adeguatamente applicati nell'attuale contesto economico ovvero necessitino di una rivisitazione.

Tale dibattito trae origine dalla difficoltà incontrata dai Governi europei nell'assoggettare ad imposizione i redditi prodotti nei loro territori dalle imprese multinazionali, ed in particolare dalle c.d. "imprese multinazionali digitali".

### 1. Premessa

Negli ultimi mesi, i principali Governi europei hanno affrontato il tema della **tassazione delle imprese multinazionali**, evidenziando come tali imprese strutturano il loro *business* anche al fine di ottimizzare il **carico fiscale consolidato**.

Obiettivo dei diversi Governi europei e dei principali organismi sovranazionali (OCSE e Commissione europea su tutti) è l'adozione di misure coordinate volte a garantire che le imprese nazionali e multinazionali paghino "***the fair share of tax***" nei diversi Stati in cui operano e non adottino schemi di pianificazione fiscale aggressiva, consistenti nello sfruttamento delle distorsioni esistenti nei vari ordinamenti nazionali mediante la costruzione di **strutture artificiali se prive di sostanza economica**.

### 2. Il dibattito a livello sovranazionale: gli interventi dell'OCSE e del G-20

In occasione del *meeting* del G-20, tenutosi a Mosca il 15-16 febbraio 2013, è stata data evidenza del problema della tassazione delle imprese multinazionali<sup>1</sup>. In particolare, i Ministri delle Finanze francese, inglese e tedesco hanno ribadito le problematiche derivanti dalla minimizzazione sistematica del carico fiscale da parte delle società multinazionali (in particolar modo, delle c.d. "imprese multinazionali digitali") operanti nei suddetti Paesi.

Dopo aver espresso il proprio apprezzamento per il lavoro dell'OCSE in materia, con particolare ri-

<sup>1</sup> "In the tax area, we welcome the OECD report on addressing base erosion and profit shifting and acknowledge that an important part of fiscal sustainability is securing our revenue bases. We are determined to develop measures to address base erosion and profit shifting, take necessary collective actions and look forward to the comprehensive action plan the OECD will present to us in July. We strongly encourage all jurisdictions to sign the Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance. We encourage the Global Forum on Transparency and Exchange of Information to continue to make rapid progress in assessing and monitoring on a continuous basis the implementation of the international standard on information exchange and look forward to the progress report by April 2013. We reiterate our commitment to extending the practice of automatic exchange of information, as appropriate, and commend the progress made recently in this area. We support the OECD analysis for multilateral implementation in that domain" (cfr. "Communiqué Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors Moscow, 15-16 February 2013", al seguente link: <http://www.g20.org/news/20130216/781212902.html>).

ferimento al Rapporto “**Addressing Base Erosion and Profit Shifting**” (di seguito, “*Rapporto BEPS*”)<sup>2</sup> pubblicato il 12 febbraio 2013, il G-20 ha manifestato la volontà di sviluppare misure dirette ad evitare l’erosione della base imponibile mediante lo spostamento di profitti in giurisdizioni con fiscalità di vantaggio.

Il Rapporto BEPS ha evidenziato come i principi accolti a livello internazionale, i quali derivano dalle *best practices* dei diversi ordinamenti, non sono stati in grado di seguire i significativi cambiamenti che hanno interessato, soprattutto negli ultimi anni, i differenti settori economici.

Le norme di fiscalità internazionale contenute negli ordinamenti nazionali sono principalmente espressione di un c.d. “*economic environment*” caratterizzato da uno **scarso livello di “integrazione economica transfrontaliera”**.

Il Rapporto BEPS identifica quattro principi-chiave della **tassazione delle attività transfrontaliere**:

- potestà impositiva;
- *transfer pricing*<sup>3</sup>;
- leva finanziaria (*leverage*);
- regole anti-elusione.

La **potestà impositiva** (“*right to tax*”) di uno Stato dipende da specifici fattori di collegamento con una determinata giurisdizione. Generalmente, i sistemi fiscali dei singoli Stati prevedono l’applicazione del:

- principio della “**tassazione su base mondiale**” (“*worldwide principle*”) nei confronti dei soggetti residenti, fondato sul criterio della residenza<sup>4</sup> del soggetto percettore dei redditi ovunque prodotti;

<sup>2</sup> Per ulteriori approfondimenti sul Rapporto BEPS, cfr. P. Valente, *Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE ‘Addressing Base Erosion and Profit Shifting’*, in “*il fisco*” n. 12/2013, fascicolo n. 1, pag. 1802; P. Valente, *L’erosione della base imponibile e il profit shifting*, in “*Il Quotidiano Ipoa*”, 18 febbraio 2013; P. Valente-C. Alagna, *Attenzione dell’OCSE puntata sulla ‘pianificazione fiscale aggressiva’*, in “*Il Quotidiano del commercialista*”, [www.eutekne.info](http://www.eutekne.info), del 15 febbraio 2013.

<sup>3</sup> Per ulteriori approfondimenti in materia di *transfer pricing*, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, Ipoa, 2013.

<sup>4</sup> Per approfondimenti in tema di residenza, cfr. P. Valente, *Esterovestizione e Residenza*, Milano, Ipoa, 2013; P. Valente, *La residenza fiscale delle persone giuridiche nella prassi di alcuni Paesi UE ed extra-UE*, in “*il fisco*” n. 15/2013, fascicolo n. 1, pag. 2252; P. Valente-C. Alagna, *C’è esterovestizione solo se l’operazione realizzata è ‘meramente artificiosa’*, in “*Il Quotidiano del commercialista*”, [www.eutekne.info](http://www.eutekne.info), del 8 febbraio 2013; P. Valente, “*Il centro dell’interesse economico prevalente’ come criterio*

- principio della “**tassazione su base territoriale**” o “principio della fonte” (“*principle of source*”), nei confronti dei soggetti non residenti, basato sul criterio della localizzazione dei redditi.

In presenza di un elemento transnazionale di reddito, il contemporaneo e legittimo esercizio, da parte di due Stati diversi, del c.d. *right to tax* può comportare una sovrapposizione delle “sfere di potestà impositiva”, con conseguente doppia imposizione del contribuente<sup>5</sup>.

### **3. Stabile organizzazione e commercio elettronico: cenni**

Per quanto concerne il reddito prodotto dalle imprese non residenti, il criterio di collegamento con il territorio italiano è rappresentato dalla presenza di una **stabile organizzazione** in Italia.

Il concetto di “stabile organizzazione” è definito dall’art. 5 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni (di seguito, “Modello OCSE”)<sup>6</sup>, il quale:

- da un lato, individua la c.d. “stabile organizzazione materiale”;
- dall’altro, delinea i tratti caratterizzanti la “stabile organizzazione personale” (*agent clause*)<sup>7</sup>.

L’individuazione dei requisiti necessari per identificare nel territorio di uno Stato una stabile organizzazione di un soggetto non residente (e dei principi fiscali necessari per attribuire i profitti a tale stabile organizzazione) rappresenta uno dei temi di maggior criticità e interesse a livello internazionale.

Il Rapporto BEPS ha evidenziato come il processo di verifica delle condizioni di sussistenza della stabile organizzazione trova oggettive difficoltà nell’ambito del **commercio elettronico**.

*di determinazione ‘privilegiato’ della residenza fiscale*”, in “*il fisco*” n. 4/2013, fascicolo n. 1, pag. 537.

<sup>5</sup> Il Rapporto BEPS ha evidenziato come un’ulteriore criticità sia rappresentata dalla c.d. “doppia non-imposizione” – i cui casi più rilevanti riguardano i c.d. “*mismatches between countries*” in relazione ai c.d. “*hybrid entities and hybrid financial instruments*” – la quale può altresì derivare dall’applicazione delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni.

<sup>6</sup> Per ulteriori approfondimenti sul Modello OCSE, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, Ipoa, 2012.

<sup>7</sup> Per ulteriori approfondimenti in materia di stabile organizzazione, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, pagg. 243 ss.

In particolare, può risultare **difficile** (riuscire a) **individuare una “sede di affari”**, in quanto l'attività d'impresa viene esercitata attraverso la rete e può rivelarsi complesso tracciare un collegamento tra la transazione conclusa *on line* e una specifica localizzazione geografica.

Difatti, una delle caratteristiche del commercio elettronico è quella di consentire lo svolgimento di operazioni prescindendo da elementi materiali che, nelle forme del commercio tradizionale, collegano una transazione a un determinato territorio.

Tale aspetto, emerso sin dalle prime analisi delle ricadute fiscali del commercio in *Internet*, ha rappresentato l'elemento potenzialmente in grado di rendere inapplicabili i tradizionali criteri di tassazione previsti dalla fiscalità internazionale: gli sviluppi introdotti dall'economia digitale comportano, pertanto, una necessaria rivisitazione dei principi contenuti nei trattati internazionali contro le doppie imposizioni, al fine di renderli coerenti con l'attuale contesto economico.

In particolare, il forte sviluppo della tecnologia *Internet* e la diffusione dei volumi d'affari realizzati tramite il commercio elettronico hanno evidenziato come l'attuale concetto di “stabile organizzazione”, inteso come presenza materiale dell'impresa nel Paese di riferimento e/o come svolgimento del *business* tramite il c.d. “agente dipendente”, risulta non adeguato ed applicabile nel caso delle c.d. “imprese multinazionali digitali”.

La problematica della **tassazione delle imprese multinazionali c.d. “digitali”** ha avuto notevole rilevanza mediatica: tali imprese riescono, per effetto della loro componente intangibile, a sfuggire alla tassazione e localizzare i redditi in giurisdizioni caratterizzate da una fiscalità di vantaggio.

In particolare, il dibattito internazionale è incentrato sulla liceità dei comportamenti posti in essere dalle imprese multinazionali che consistono nello sfruttare le distorsioni esistenti nei diversi ordinamenti al fine di ottimizzare il carico fiscale: si tratta quindi di delineare entro quali confini la pianificazione fiscale può essere considerata legittima e quando, al contrario, “sfocia” nella c.d. “pianificazione fiscale aggressiva”<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Per approfondimenti in materia di *aggressive tax planning* e *tax governance*, cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, Ipsoa, 2011; P. Valente, *La Commissione Ue avanza proposte sulla pianificazione fiscale aggressiva*, in “Il Quotidiano del commercialista”, [www.eutekne.info](http://www.eutekne.info), del 8 dicembre 2012; P. Valente, *Contrasto alla pianifica-*

Come indicato nel Rapporto BEPS, i più importanti Governi europei hanno sollecitato un intervento coordinato degli Stati per rafforzare la lotta all'evasione fiscale internazionale e “rivisitare” i principi fiscali contenuti nelle disposizioni convenzionali.

#### 4. Economia digitale: gli interventi del Governo britannico

L'Amministrazione finanziaria britannica (HMRC) ha incrementato il livello di attenzione verso le operazioni poste in essere dalle imprese multinazionali: un recente lavoro dell'HMRC ha dimostrato come tali imprese “*do not pay their fair share of corporation tax on profits they make from their business with UK customers*”<sup>9</sup>.

*zione fiscale aggressiva*, in “Il Quotidiano Ipsoa”, 8 ottobre 2012; P. Valente, *Linee Guida OCSE sulle multinazionali: 'tax compliance' e rispetto dello spirito della legge*, in “Corriere Tributario” n. 41/2011; P. Valente, *'Tax governance' e gestione del 'compliance risk'*, in “Corriere Tributario” n. 35/2011; P. Valente, *Aggressive tax planning: esame del Rapporto OCSE sulle iniziative di tax governance*, in “il fisco” n. 18/2011, fascicolo n. 1, pag. 2850; P. Valente, *Tax governance: la gestione del rischio fiscale nelle imprese*, in “Amministrazione & Finanza” n. 2/2011.

<sup>9</sup> “(...) HMRC acknowledged that it has to maintain broad confidence and credibility in its administration of the tax system to maintain the very high levels of compliance that there is in the UK. However, we felt that this was undermined by the Department's use of selective prosecutions; a practice which it could not clearly justify to the Committee. (...) Multinational companies appear to be using transfer pricing, payment of royalties for intellectual property or franchise payments to other group companies to artificially reduce their profits in the UK or to remove them to lower tax jurisdictions. We were not convinced that HMRC has the determination to robustly challenge the practices of these companies.

7. To explore these issues, the Committee held a hearing with representatives from three multinational companies (Amazon, Google and Starbucks) and we are grateful to those companies for providing evidence to us. While their circumstances and business models are different they all have a significant commercial presence in the UK and we wished to gain an understanding as to why it appears that they do not pay their fair share of corporation tax in the UK.

(...)

12. All three companies accepted that profits should be taxed in the countries where the economic activity, that drives those profits, takes place and that, alongside their duty to their shareholders, they had obligations to the society, from which they derive their profits, which included paying tax. However, we were not convinced that their actions, in using the letter of tax laws both nationally and internationally to immorally minimise their tax obligations, are defensible. They all accepted that the perceived ethical behaviour of corporations could affect consumer behaviour. Being more transparent about their business

Il Governo britannico ha deciso di focalizzare l'attenzione sulle imprese multinazionali che generano entrate significative nel Regno Unito, ma sono soggetti nel territorio ad una limitata tassazione: secondo quanto affermato dal Governo britannico, le imprese multinazionali sembrano organizzare le loro strutture aziendali, i trasferimenti infragruppo e il pagamento di *royalties* al fine di "spostare" i profitti in "**low tax jurisdictions**".

In particolare, si ritiene necessario:

- monitorare in maniera più efficiente i c.d. "**tax borders**", introducendo misure domestiche necessarie a garantire "*a fair contribution to the tax base from multinational corporations*";
- guidare gli sforzi internazionali, in particolare all'interno dell'Unione europea, per riformare le modalità di tassazione delle imprese multinazionali e introdurre misure atte ad evitare il trasferimento dei profitti all'estero al fine di sottrarsi al pagamento delle imposte;
- pubblicare *benchmarks* di riferimento per determinate categorie di servizi quali i pagamenti di **canoni** e i **diritti di proprietà intellettuale**;
- sviluppare **standard di comunicazione** che obblighino le imprese multinazionali a rendere pubbliche le loro *tax practices*.

Nel mese di marzo 2013, George Osborne, *Chancellor of the Exchequer*, ha presentato la Legge finanziaria 2013 (c.d. "*Red book*"), nella quale vengono illustrate le misure del Governo britannico di contrasto all'elusione e all'evasione fiscale internazionale. In particolare:

- introduzione della prima **General Anti-Abus Rule** la quale rappresenterà "un importante deterrente per gli schemi di elusione e rafforzerà gli strumenti a disposizione della HMRC per contrastarli";
- studio da parte del Governo di proposte volte a contrastare i promotori di schemi di elusione fiscale;
- l'Amministrazione finanziaria britannica condurrà una consultazione riguardo l'iniziativa di "identificazione e pubblicazione" dei nomi-

*practices, including paying their fair share of taxes, was becoming an increasingly important issue to their customers*".

Cfr. HMRC, *Tax Avoidance by multinational companies*, consultabile al seguente link: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpubacc/716/7160-5.htm>. fr. inoltre HMRC, *Taxing the profits of multinational businesses*, consultabile al seguente link: <http://www.hmrc.gov.uk/about/briefings/profits-multinationals.pdf>.

nativi ("*naming and shaming*") di coloro che prendono parte ai suddetti schemi elusivi<sup>10</sup>.

Infine, nella Legge finanziaria 2013, si ribadisce che, oltre alle riforme necessarie per incrementare la competitività del sistema fiscale, il Governo è determinato ad adottare misure volte a garantire che le imprese nazionali e multinazionali paghino "*the fair share of tax*"<sup>11</sup> e non adottino schemi di pianificazione fiscale aggressiva.

## 5. Economia digitale: il Rapporto del Governo francese

Il 18 gennaio 2013, il Governo francese ha pubblicato il Rapporto "*Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*"<sup>12</sup> (di seguito, il "Rapporto francese") avente il fine di individuare le principali caratteristiche delle c.d. "imprese multinazionali digitali" e proporre modalità di tassazione efficienti delle stesse.

Il Rapporto francese evidenzia come l'economia digitale presenta **caratteristiche** e obbedisce a logiche **radicalmente diverse da quelle proprie delle imprese multinazionali** ("classi-

<sup>10</sup> Nel mese di febbraio 2013, l'HMRC ha pubblicato, per la prima volta, le informazioni relative ad inadempienti fiscali "intenzionali", in una lista che sarà aggiornata trimestralmente.

<sup>11</sup> Secondo la Legge finanziaria 2013, "*1.212 Alongside reforms to increase the competitiveness of the tax system, the Government is determined to take steps to ensure that domestic and multinational companies pay their fair share of tax and do not engage in aggressive tax planning. The Government has been at the forefront of the calls for collective action to strengthen international tax standards. 1.213 At the G20 meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors in Moscow in February 2013, the OECD presented a report on 'Addressing Base Erosion and Profit Shifting' which underlined the importance of international cooperation in tackling these issues. The OECD has identified three main clusters of work: a review of ways to counter base erosion, looking at how to determine tax jurisdiction in particular in relation to the development of the digital economy, and an examination of how the transfer pricing rules allocate profits between different countries. The UK will use its involvement in these groups to work towards reform of the international tax standards. These issues will be examined by the OECD, which will present a comprehensive action plan to the G20 in July 2013*".

<sup>12</sup> Il Governo francese ha affidato a Pierre Collin, Consigliere di Stato, e a Nicolas Colin, Ispettore delle Finanze, il compito di elaborare delle *guidelines* per riformare il sistema tributario francese, con particolare attenzione alla tassazione delle imprese multinazionali.

Il Rapporto è consultabile al seguente link: [http://www.redressement-productif.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique\\_2013.pdf#page=17](http://www.redressement-productif.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique_2013.pdf#page=17).

che”). In particolare:

- l'economia digitale è costruita su un modello basato sul reinvestimento dei profitti piuttosto che sulla distribuzione dei dividendi;
- l'economia digitale è in continua e rapida evoluzione; risulta pertanto difficile identificare punti di stabilità, in quanto le tecnologie o i modelli di *business* non possono essere considerati permanenti;
- l'economia digitale “disaccoppia” sistematicamente il luogo di stabilimento dal luogo di consumo; non vi è quindi allineamento tra i Paesi in cui hanno effettivamente luogo attività ed investimenti e i Paesi in cui i profitti vengono dichiarati<sup>13</sup>;
- l'economia digitale si basa sull'utilizzo dei dati immessi dagli utenti dei servizi resi dalle società operanti in tale settore: tali dati, inclusi i dati personali, sono la linfa dell'economia digitale. Essi consentono alle imprese che li raccolgono di migliorare le *performance* delle applicazioni, personalizzare il servizio reso, consigliare gli acquisti per i loro clienti, sostenere gli sforzi di innovazione (dando vita ad altre applicazioni), prendere decisioni strategiche;
- la raccolta dei dati rivela il fenomeno del “*travail gratuit*”: i dati vengono raccolti senza alcun corrispettivo monetario; gli utenti, destinatari di un servizio diventano quasi-dipendenti dell'impresa multinazionale digitale contribuendo a confondere la linea tra **produzione e consumo**;
- le imprese multinazionali operanti nel settore dell'economia digitale si caratterizzano per il basso livello di tassazione degli utili; per tali imprese è più semplice minimizzare il carico impositivo sfruttando la “concorrenza fiscale” esistente tra gli Stati, attraverso il fenomeno del c.d. “*profit shifting*”;
- a differenza delle imprese multinazionali “classiche”, dove operazioni di pianificazione e ottimizzazione fiscale potrebbero richiedere una sostanziale riorganizzazione del gruppo, le imprese dell'economia digitale sono costituite e organizzate al fine di disciplinare (e comprimere) l'imponibile complessivo del gruppo

<sup>13</sup> Conseguentemente, è sempre più difficile individuare il valore creato da tale economia ed applicare le attuali norme e principi tributari che risultano essere inadeguate.

sulla base delle *tax rules* esistenti nei vari ordinamenti nazionali;

- le imprese multinazionali digitali possono operare in ogni Paese senza la necessità di creare un collegamento territoriale con lo Stato, in quanto riescono a condurre l'attività di *business* **senza la costituzione di una società controllata o una stabile organizzazione**<sup>14</sup>.

Inoltre, il Rapporto francese rileva come l'economia digitale stia pervadendo vari settori; al riguardo, sottolinea la necessità di individuare nuove regole e principi fiscali che evitino l'erosione della base imponibile dei diversi Stati mediante la delocalizzazione all'estero dei profitti.

Principalmente, il Rapporto francese suggerisce un intervento, operando:

- sulla ridefinizione, su scala internazionale, del concetto di “**stabile organizzazione**”;
- sull'introduzione del concetto di “**lavoro gratuito**” degli utenti che, fornendo i loro dati, contribuiscono a realizzare la principale fonte di guadagno delle imprese multinazionali digitali.

## 6. La tassazione delle imprese multinazionali: gli interventi del Governo italiano

Con riferimento alle azioni intraprese dal Governo italiano, in data 28 novembre 2012<sup>15</sup>, il Sottosegretario Vieri Ceriani ha risposto in merito ad un'interrogazione parlamentare relativa agli accertamenti tributari effettuati nei confronti della multinazionale Google, sottolineando la difficoltà per l'Agenzia delle Entrate di agire nei confronti delle società multinazionali digitali che sfruttano “ingegnerie finanziarie offerte da evidenti lacune nella normativa nazionale e internazionale, riescono a non pagare le tasse nel nostro Paese”.

In particolare, il Sottosegretario ha evidenziato come

<sup>14</sup> Il Rapporto francese evidenzia come la definizione di “stabile organizzazione” contenuta nel Modello OCSE non è adatta per le imprese multinazionali operanti nel settore dell'economia digitale.

<sup>15</sup> N. 5-08526, in banca dati “*fisconline*”.

“(s)u delega della locale Procura della Repubblica (...) il nucleo di polizia tributaria della Guardia di Finanza di Milano ha proceduto ad escutere a sommarie informazioni alcuni dipendenti della società Google Italy S.r.l., allo scopo di acquisire elementi di dettaglio circa l’organizzazione amministrativa, finanziaria e commerciale dell’azienda. L’iniziativa era finalizzata a verificare la corretta interpretazione ed applicazione della normativa fiscale, con particolare riguardo ai rapporti scaturenti dal contratto di ‘Marketing and Services Agreement’ posto in essere tra le società di diritto estero Google Inc. e, successivamente, Google Ireland Ltd. e la Google Italy S.r.l. Nel mese di maggio 2007 il predetto Nucleo ha quindi avviato una verifica fiscale nei confronti della Google Italy S.r.l., in un secondo momento estesa anche alle citate consociate estere. L’attività ispettiva era volta principalmente a riscontrare l’esistenza dei requisiti normativi previsti per la configurabilità in capo alla citata società italiana di una stabile organizzazione in Italia delle suddette società estere”.

Secondo quanto appurato dai verificatori, è possibile affermare:

- “l’esistenza in Italia di uno specifico luogo, costituito da un’**installazione materiale**, attraverso la quale Google Ireland Ltd e Google Inc. hanno svolto in maniera strumentale e non ausiliaria la propria attività;
- che la **disponibilità** di tale luogo è stata inequivocabilmente **continuativa** e tale da integrare il requisito della fissità dell’attività sul territorio nazionale;
- che l’organizzazione dei mezzi, di concerto con le **risorse umane impiegate sul territorio italiano**, è stata idonea, prodromica e

finalizzata alla produzione dell’intero reddito sviluppato in Italia, attraverso la stipula dei contratti con i clienti italiani;

- che l’assoggettamento ad imposizione in Italia dei ricavi maturati sul territorio nazionale è stato in realtà eluso sulla base dei contenuti del (...) contratto di servizi generali, artatamente posto in essere con la sola finalità di simulare l’esercizio da parte di Google Italy S.r.l. di una mera attività ausiliaria e preparatoria, che non ha tuttavia trovato alcun riscontro negli elementi di fatto acquisiti”.

In conclusione,

“(...) alla luce delle citate risultanze, il Reparto operante ha pertanto ritenuto che la Google Italy S.r.l. fosse da considerare la stabile organizzazione della Google Inc. e della Google Ireland Ltd. (per i relativi periodi oggetto di verifica), in aderenza a quanto previsto dall’articolo 162 T.U.I.R. e dall’articolo 5 – paragrafo 5 – del Modello di convenzione OCSE, ripreso dalle specifiche convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate tra l’Italia ed i due Paesi di residenza delle società sopra menzionate (USA e Irlanda)”.

Un ulteriore intervento normativo in materia di tassazione delle imprese multinazionali mediante l’individuazione di una stabile organizzazione nel territorio italiano è rappresentato dall’art. 38 del D.L. n. 179/2012 (di seguito, “D.L. Sviluppo”) il quale ha fornito la definizione di “**base operativa**” per le **compagnie aeree** che operano nel settore del traffico-passeggeri, mediante il sistema delle basi operative.

Tale disposizione ha l’obiettivo di prevenire le controversie, già sorte in passato con le compagnie aeree che adottano il suddetto modello di *business*, assimilando la base operativa dotata di infrastrutture e personale di servizio ad una stabile organizzazione e, di conseguenza, obbligando tali compagnie alla *compliance* alla normati-

va tributaria e previdenziale nazionale.

Con riferimento alle imposte sui redditi, l’accertamento della presenza in Italia di una stabile organizzazione di una compagnia aerea estera dovrebbe seguire i criteri previsti dall’art. 162 del Tuir; in assenza di una stabile organizzazione nessuna imposta dovrebbe essere dovuta in Italia.

Inoltre, è opportuno sottolineare che, ai fini dell’imposizione diretta, l’art. 8 del Modello OCSE riguarda i redditi derivanti da attività esercitata per mezzo di navi o aeromobili nel traffico internazionale.

La definizione del concetto di “traffico internazionale” è contenuta nell’art. 3, paragrafo 1), lett. d), del Modello OCSE, il quale prevede che

tale espressione concerne qualunque trasporto (per mare o aria) effettuato da un'impresa che ha la sede di direzione effettiva in uno Stato contraente, tranne il caso in cui il trasporto per nave o aeroplano è effettuato unicamente tra località dell'altro Stato contraente.

Il paragrafo 1 del suddetto art. 8 prevede, come criterio generale, che i profitti derivanti da un'attività di trasporto internazionale, qualunque sia il mezzo di trasporto utilizzato, sono imponibili nello Stato del luogo dell'effettiva direzione dell'impresa<sup>16</sup>.

Al punto 2 del paragrafo 1 del Commentario all'art. 8 del Modello OCSE si afferma che gli Stati, in alternativa, hanno la facoltà di prevedere che tali redditi siano imponibili nello Stato di residenza dell'impresa.

Il successivo punto 3 del paragrafo 1 del Commentario prevede che gli Stati possano optare per l'adozione di un **criterio "misto"** (principio del luogo di **effettiva direzione e** principio di **residenza**), in virtù del quale lo Stato ove è posta la sede di effettiva direzione avrebbe il diritto ad assoggettare ad imposta detti redditi, ma allo Stato di residenza (se diverso dal primo) si applicherebbe il disposto di cui all'art. 23 (relativo all'eliminazione delle doppie imposizioni) del Modello OCSE<sup>17</sup>.

L'art. 38, comma 1, del D.L. Sviluppo ha introdotto una norma mediante la quale viene fornita la **definizione di "base operativa" per le compagnie aeree**.

In particolare, la suddetta disposizione prevede che:

“(a)i fini del diritto aeronautico, l'espressione 'base' identifica un insieme di locali ed infrastrutture a partire dalle quali un'impresa esercita in modo stabile, abituale e continuativo un'attività di trasporto aereo, avvalendosi di lavoratori subordinati che hanno in tale base il loro centro di attività professionale, nel senso che vi lavorano, vi prendono servizio e vi ritornano dopo lo svolgimento della propria attività. Un vettore aereo titolare di una licenza di esercizio rilasciata da uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia è considerato stabilito sul territorio nazionale quando esercita in modo stabile o continuativo o abituale un'attività di trasporto aereo a partire da una base quale definita al periodo precedente (...)”.

Tale norma può avere implicazioni principalmente per i **vettori aerei c.d. "low cost"**, i quali operano attraverso il **sistema delle basi operative**.

<sup>16</sup> A titolo semplificativo, il reddito conseguito dalla stabile organizzazione italiana di una compagnia aerea estera, residente in Germania che vende in Italia un servizio di trasporto passeggeri per la tratta Italia-Germania, oppure Italia-Francia, sarà assoggettato a tassazione esclusivamente in Germania; sarà assoggettato a tassazione in Italia esclusivamente il reddito conseguito dalla stabile organizzazione italiana per la vendita di un biglietto relativo ad una tratta interna al territorio nazionale (ad esempio, il reddito derivante dalla vendita di un biglietto aereo Milano-Roma). Per approfondimenti sull'art. 8 del Modello OCSE cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 433 ss.

<sup>17</sup> Alcune convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia (come ad esempio quella con gli Stati Uniti) prevedono, all'art. 8, che “gli utili di un'impresa di uno Stato contraente derivanti dall'esercizio, in traffico internazionale, di navi o di aeromobili sono imponibili soltanto in detto Stato”. La citata Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Stati Uniti, al punto 6 del Protocollo Aggiuntivo, prevede che “(a)i fini dell'art. 8 (Navigazione marittima ed Aerea) della Convenzione e nonostante ogni altra disposizione della Convenzione, gli utili che un cittadino degli Stati Uniti non residente dell'Italia o una società statunitense ritraggono dall'esercizio di navi iscritte o di aeromobili registrati in base alla legislazione statunitense, sono esenti da imposte in Italia”.

La differenza tra i c.d. “vettori tradizionali” e le compagnie aeree *low cost* consiste nel fatto che:

- i vettori tradizionali fanno convergere il loro traffico su grandi *hub* continentali e fanno terminare gli ultimi voli della sera in una molteplicità di aeroporti dai quali essi ripartono il giorno seguente;
- i vettori *low cost* organizzano il loro traffico a partire da più basi operative dalle quali si originano e terminano tutti i voli della giornata; ogni base dispone di un determinato numero di aerei, di personale, di servizi di terra, ma è previsto che alla fine della giornata sia gli aerei sia il personale ritornino alla base operativa di partenza.

L'introduzione di tale norma, pertanto, **assimilerebbe la base operativa** dotata di infrastrutture e personale **a una stabile organizzazione**, obbligando le compagnie aeree operanti nel territorio nazionale mediante basi operative ad assolvere gli obblighi tributari in Italia<sup>18</sup>.

Per approfondimenti sulla Convenzione Italia-Stati Uniti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 1107 ss.

<sup>18</sup> Particolari problematiche potrebbero essere sollevate dal disposto dell'ultimo periodo dell'art. 38, comma 1, del

Con riferimento alle c.d. “**basi di servizio**”, l’Inps ha emanato, in data 19 settembre 2012, la circolare n. 115, il cui capitolo 1 dispone “Norme particolari per il personale dipendente da imprese operanti nel settore dell’aviazione civile”.

Al fine di facilitare l’applicazione delle norme comunitarie in materia di legislazione relativa al personale degli equipaggi di condotta e di cabina, dipendente da imprese operanti nel settore dell’aviazione civile, il legislatore comunitario ha modificato alcune disposizioni del Regolamento (CE) n. 883/2004.

In particolare, il Regolamento (UE) n. 465/2012 ha previsto che la definizione comunitaria di “base di servizio” costituisce il criterio per la determinazione della normativa applicabile al personale degli equipaggi di condotta e di cabina.

L’allegato III del Regolamento (CEE) n. 3922/91 definisce la “base di servizio” come “**il luogo**, designato dall’operatore per ogni membro d’equipaggio, dal quale il membro d’equipaggio solitamente **inizia e dove conclude un periodo di servizio** o una serie di periodi di servizio e nel quale, in condizioni normali, l’operatore non è responsabile della fornitura dell’alloggio al membro d’equipaggio interessato”.

Inoltre, il Regolamento (UE) n. 465/2012 ha modificato l’art. 11 del Regolamento (CE) n. 883/2004 aggiungendo un nuovo paragrafo con il quale è stabilito che “un’attività svolta dagli equipaggi di condotta e di cabina addetti a servizi di trasporto aereo passeggeri o merci è considerata un’attività svolta nello Stato membro in cui è situata la base di servizio, quale definita all’allegato III del Regolamento (CEE) n. 3922/91”.

Al fine di definire la legislazione applicabile, l’art. 14, comma 5-*bis*, del Regolamento (CE) n. 987/2009, così come modificato dal Regolamento (UE) n. 465/2012, dispone che “(...) gli equipaggi di condotta e di cabina generalmente addetti a servizi di trasporto aereo passeggeri o merci che esercitano un’attività subordinata in due o più Stati membri sono soggetti alla legislazione dello Stato membro in cui è situata la base di servizio (...)”.

L’obiettivo sembra essere, pertanto, quello di prevenire ed eliminare eventuali controversie con vettori aerei che operano mediante il sistema delle basi operative (tra i casi più noti, Rya-

nair), individuando in queste ultime il collegamento territoriale con lo Stato italiano.

Infine, è opportuno rammentare che l’Agenzia delle Entrate, in data 31 maggio 2012, ha pubblicato la circolare n. 18/E, con la quale vengono esplicitati gli **indirizzi operativi per il periodo di imposta 2012**, rimasti sostanzialmente immutati rispetto a quelli indicati con la circolare n. 13/E del 2009<sup>19</sup>.

In particolare, l’attività dell’Amministrazione finanziaria è orientata:

- al rafforzamento dell’azione di contrasto ai fenomeni aventi connotazione fraudolenta;
- al c.d. “tutoraggio”<sup>20</sup> delle grandi imprese da parte delle Direzioni regionali, previsto dall’art. 27, ai commi da 9 a 15, del D.L. n. 185/2008, da esplicarsi mediante:
  - un’accurata attività di analisi dei rischi, correlati al settore produttivo di ciascuna impresa e a un livello di rischio personalizzato, volto a differenziare l’azione di controllo;
  - il controllo sistematico e preventivo, finalizzato ad assicurare un elevato grado di correttezza dei comportamenti fiscali di ta-

<sup>19</sup> Entrambe in banca dati “fisconline”.

<sup>20</sup> L’art. 27, commi 9-15, del D.L. n. 185/2008 ha ridefinito le modalità di controllo delle imprese di più rilevanti dimensioni:

- individuando come tali, le imprese con un volume di affari o ammontare di ricavi non inferiori a 300 milioni di euro (importo previsto solo per il periodo di imposta 2009 e gradualmente ridotto a 100 milioni di euro entro il 31 dicembre 2011);
- prevedendo il controllo sostanziale dei suddetti soggetti entro l’anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione dei redditi, sulla base di criteri selettivi fondati sull’analisi del rischio;
- modificando le modalità di presentazione delle istanze di interpello dei suddetti soggetti.

L’Amministrazione finanziaria ha previsto che, per la tipologia di contribuenti in argomento, i controlli sono classificabili in attività istruttorie, accertamenti e tutoraggio.

Con riferimento alle attività istruttorie, la circolare n. 13/E del 2009 individua alcuni specifici criteri, che assumono particolare valenza ai fini della selezione dei Grandi contribuenti da sottoporre a controllo:

- soggetti che hanno redatto il bilancio secondo i principi contabili internazionali Ias/Ifirs;
- presenza di rapporti con soggetti non residenti;
- presenza di operazioni straordinarie;
- presenza di elementi reddituali di particolare interesse (ad esempio, ingenti oneri straordinari/finanziari, elevati costi per servizi) o di anomalie (variazioni o oscillazioni) ravvisabili nel fatturato di breve/medio periodo;
- presenza di crediti Iva di notevole importo rispetto all’attività svolta.

Al fine di rafforzare l’attività accertativa, a decorrere dal 1° gennaio 2009, l’accertamento dei soggetti Grandi contribuenti è di competenza delle Direzioni regionali.

D.L. Sviluppo il quale prevede che “in deroga all’articolo 3 della legge 27 luglio 2000, n. 212, il presente comma si applica a decorrere dal periodo di imposta in corso al 31 dicembre 2012”. Si rammenta che l’art. 3 della L. n. 212/2000 (Statuto del contribuente) stabilisce la non retroattività delle disposizioni tributarie.

le *target* di contribuenti;

- al presidio di tutti i grandi contribuenti da parte delle Direzioni regionali.

Come indicato nella circ. dell'Agenzia delle Entrate n. 13/E del 2009, l'azione di controllo da parte dell'Amministrazione finanziaria nei confronti dei contribuenti si distingue in base:

- alle dimensioni del contribuente;
- allo strumento di azione utilizzato;
- alla tipologia di violazione commessa.

Nell'ambito del tutoraggio viene confermata la necessità di monitorare costantemente alcuni fenomeni legati ad importanti fattori di rischio, oggetto di analisi anche da parte dell'OCSE, tra i quali, in particolare:

- gli schemi di pianificazione fiscale internazionale;
- le politiche di utilizzo strumentale delle perdite fiscali;
- le forme di arbitraggio basate sullo sfruttamento di strumenti finanziari complessi;
- le politiche di prezzi di trasferimento non in linea con il principio del valore normale.

## 7. Gli interventi del Governo spagnolo: cenni

Con riferimento alle misure di contrasto all'evasione ed elusione fiscale introdotte dal Governo spagnolo, è opportuno evidenziare che, in data 15 marzo 2013, l'Amministrazione finanziaria spagnola ha pubblicato una risoluzione che isti-

tuisce il nuovo Ufficio di fiscalità internazionale (*"Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional"*), al fine di rafforzare gli strumenti per contrastare l'**evasione fiscale internazionale**<sup>21</sup>, in linea con i principi e i piani di azione indicati dagli organismi sovranazionali (OCSE e Commissione europea) nel corso degli ultimi mesi.

Il nuovo Ufficio di fiscalità internazionale si occuperà, a livello centrale, della pianificazione, della promozione e del coordinamento di tutte le attività di ispezione relative a tematiche di fiscalità internazionale.

<sup>21</sup> *"La prevención y lucha contra el fraude fiscal, objetivos siempre esenciales de la Administración tributaria, adquieren una especial trascendencia en un escenario de crisis económica y de austeridad presupuestaria.*

*La lucha contra el fraude y la evasión fiscal, además de la adopción de medidas de carácter normativo, exige que la Administración tributaria esté dotada de los instrumentos orgánicos necesarios para dicha finalidad.*

*La globalización y creciente internacionalización económica han conducido a un mayor protagonismo de la faceta transnacional de la fiscalidad. En este contexto internacional, la prevención y lucha contra el fraude fiscal, está siendo objeto de especial atención por parte de las Administraciones Tributarias de nuestro entorno. Así se pone de manifiesto en diversos organismos internacionales de los que España es parte, actuando para incrementar los estándares internacionales de cooperación, tal y como sucede en el Foro Global de Transparencia en Intercambio de Información, o para evitar la erosión de bases imponibles y deslocalización de beneficios, en una reciente iniciativa de la OCDE (...)"*

La risoluzione è entrata in vigore il 1 aprile 2013 ed è consultabile al seguente link: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/03/15/pdfs/BOE-A-2013-2811.pdf>.



## RIEPILOGO RIUNIONI A.N.T.I. 2014 - 2004

Data	Relatori	Tema
07/05/2014	<p style="text-align: center;"><b>Dott. Piergiorgio Valente</b>                      Centro Studi internazionali GEB Partners,                      Chairman Fiscal Committee CFE                      Socio A.N.T.I. Lombardia</p> <p style="text-align: center;"><b>Dott.ssa Lucia Starola</b>                      Dottore Commercialista in Torino                      Socio A.N.T.I. Piemonte - Valle d'Aosta</p>	LA STABILE ORGANIZZAZIONE (artt. 162-164 TUIR): frequenti contestazioni e possibili difese
13/03/2014	<p style="text-align: center;"><b>Dott. Giovanni Zingarini</b>                      Dottore Commercialista in Alessandria                      Socio A.N.T.I.</p>	LA TASSAZIONE DEGLI IMMOBILI
30/01/2014	<p style="text-align: center;"><b>Maurizio Leo</b>                      Professore ordinario presso la Scuola Superiore                      dell'Economia e delle Finanze del Ministero                      dell'Economia e delle Finanze -                      Avvocato Cassazionista</p> <p style="text-align: center;"><b>Antonio Papa</b>                      già Dirigente Amministrazione Finanziaria</p>	L'ABUSO DEL DIRITTO E LE NORME ANTIELUSIVE LO STATO DEI LAVORI PARLAMENTARI SULLE RIFORME FISCALI
24/10/2013	<p style="text-align: center;"><b>Prof. Gaetano Ragucci</b>                      Professore associato di diritto tributario                      nell'Università di Milano                      Avvocato e Presidente                      Sezione A.N.T.I. di Como</p>	L'incidenza sul carico fiscale della scelta del modello associativo nell'esercizio delle professioni intellettuali: LA NUOVA SOCIETA' TRA PROFESSIONISTI
26/09/2013	<p style="text-align: center;"><b>Dott.ssa Laura Zaccaria</b>                      Responsabile direzione Norme e Tributi ABI -                      Roma                      Socio A.N.T.I.</p> <p style="text-align: center;"><b>Dott. Adriano Ippolito</b>                      Dottore commercialista in Torino                      Socio A.N.T.I.</p>	LA TASSAZIONE DEGLI STRUMENTI FINANZIARI
18/07/2013	<p style="text-align: center;"><b>Dott. Fabio Ghiselli</b>                      Responsabile Servizio fiscale                      Italmobiliare s.p.a.                      Segretario Gruppo di studio per la fiscalità                      aziendale Enrico Gustarelli -                      Università Bocconi Milano</p> <p style="text-align: center;"><i>"Pianificazione fiscale e valutazione della                      congruità del prezzo contrattuale (parti correlate                      e non) - CEO e CFO: coordinamento delle                      funzioni"</i></p> <p style="text-align: center;"><b>Avv. Paolo Pacitto</b>                      Studio Tributario e Societario,                      Deloitte, Torino</p> <p style="text-align: center;"><i>"Valide ragioni economiche e contestazioni                      dell'A.F.                      Operazioni interne ed internazionali"</i></p>	LEGITTIMO RISPARMIO DI IMPOSTA E PERIZIE VALUTATIVE

18/04/2013	<p><b>Dott.ssa Emanuela Fusa</b> Dottore Commercialista e Revisore Contabile, Milano, Vicepresidente del "Gruppo di studio Enrico Gustarelli per la fiscalità aziendale - Università Bocconi" <b>Prof.</b></p> <p><b>Valter Cantino</b> Dottore Commercialista in Torino Ordinario di Economia Aziendale nell'Università di Torino</p>	LA CRISI DELLE IMPRESE E LA FUNZIONE DEI PROFESSIONISTI
14/03/2013	<p><b>Dott. Gianluca Odetto</b> <b>Dott. Marco Peirolo</b> Eutekne</p>	LE NOVITA' DEL REDDITO D'IMPRESA PER I BILANCI 2012 E LE NOVITA' IVA PER IL 2013
24/01/2013	<p><b>Avv. Giuseppe Camosci</b> Foro di Milano - Componente Gruppo di studio Enrico Gustarelli per la fiscalità d'impresa Università Bocconi <i>"Statuto del contribuente - Operazioni straordinarie - Antieconomicità - Conferimenti ed imposta di registro"</i></p> <p><b>Avv. Mauro Gherner</b> Foro di Torino Presidente "Camera Tributaria" di Torino Socio A.N.T.I. <i>"Soci e liquidatori di società di persone cancellate - Impugnazione dell'atto presupposto - Emendabilità D.R. oltre anno"</i></p>	QUESTIONI CONTROVERSE DEL CONTENZIOSO TRIBUTARIO
06/12/2012	<p><b>Prof. Avv. Giuseppe Di Chio</b> Associato di diritto commerciale nell'Università di Torino</p> <p><b>Dott. Alfredo Robella</b> Dottore Commercialista in Torino</p>	PROBLEMI ATTUALI DI DIRITTO FALLIMENTARE
22/11/2012	<p><b>Avv. Savino Figurati</b> Responsabile Ufficio Legale Unione Industriale di Torino</p> <p><b>Avv. Giuseppe Zanalda</b> Studio Legale Zanalda Torino e Milano</p> <p><b>Dott. Massimo Boidi</b> Dottore Commercialista in Torino Socio A.N.T.I.</p>	IL DECRETO 231/2001 E LA SUA APPLICAZIONE IN AZIENDA MODELLI ORGANIZZATIVI - ORGANISMO DI VIGILANZA - RESPONSABILITA' - SANZIONI
27/09/2012	<p><b>Prof. Avv. Enrico Marelo</b> Straordinario di Diritto Tributario nell'Università di Torino - Socio ANTI</p> <p><b>Dott.ssa Emanuela Fusa</b> Dottore Commercialista in Milano, Componente "Gruppo di Studio della fiscalità aziendale - Università Bocconi"</p> <p><b>Prof. Avv. Giuseppe Zizzo</b> Ordinario di Diritto Tributario nell'Università "Carlo Cattaneo" di Castellanza Avvocato in Milano</p>	OPERAZIONI SOCIETARIE STRAORDINARIE - DELEGA FISCALE CONTESTAZIONE DELL'ELUSIONE - DIFESA DEL CONTRIBUENTE

12/07/2012	<p><b>Dott.ssa Lucia Starola</b> Presidente Commissione "Antiriciclaggio" CNDCEC</p> <p>Dottore commercialista in Torino</p> <p><b>Prof. Avv. Ivo Caraccioli</b> Responsabile scientifico sezione ANTI Piemonte-Valle d'Aosta Presidente del "Centro di Diritto Penale Tributario"</p>	NORMATIVA ANTIRICICLAGGIO: NOVITA' PER INTERMEDIARI E PROFESSIONISTI
31/05/2012	<p><b>Dott. Gianluca Odetto</b> <b>Dott. Salvatore Sanna</b> Eutekne</p>	LE NOVITA' DELLE DICHIARAZIONI UNICO 2012
25/05/2012	<p><b>Avv. Andrea di Francia</b> Giudice Tributario</p> <p><b>Dott. Roberto Lunelli</b> Vice Presidente Nazionale A.N.T.I.</p> <p><b>Dott.ssa Katia Maranelli</b> Agenzia delle Entrate di Trento</p> <p><b>Avv. Mario Martelli</b> Presidente A.N.T.I. Emilia Romagna</p> <p><b>Dott. Maurizio Matteuzzi</b> Università di Trento</p> <p><b>Prof. Massimo Montanari</b> Università di Parma</p> <p><b>Rag. Adriano Pellegrini</b> O.D.C.E.C. di Trento</p> <p><b>Prof. Alessandra Magliaro</b> Università di Trento</p>	ASSEMBLEA NAZIONALE ORDINARIA CONVEGNO NAZIONALE Università di Trento e O.D.C.E.C. <i>"RECLAMO E MEDIAZIONE"</i>
12/04/2012	<p><b>Raffaele Rizzardi</b> Dottore Commercialista in Bergamo Docente Università di Pavia Rappresentante ANTI presso C.F.E. Bruxelles</p>	LA POLITICA FISCALE ITALIANA NEL QUADRO EUROPEO NELL'ATTUALE MOMENTO STORICO
22/03/2012	<p><b>Dott. Salvatore Sanna</b> Dottore Commercialista - Eutekne</p> <p><b>Dott. Gianluca Odetto</b> Dottore Commercialista - Eutekne</p> <p><b>Avv. Michele Bianco</b> Foro di Torino - Socio A.N.T.I.</p>	· IMPOSTE PATRIMONIALI - IMPOSTE DI BOLLO SU VALORI SCUDATI - NUOVO REGIME DELLE PERDITE FISCALI <i>ACE - NOVITA' DEL DECRETO SEMPLIFICAZIONI RISCOSSIONE</i>
23/02/2012	<p><b>Prof. Avv. Dott. Piero Locatelli</b> Dottore Commercialista in Torino Socio A.N.T.I.</p> <p><b>Prof. Avv. Oreste Cagnasso</b> Ordinario di Diritto Commerciale Università di Torino</p>	LE NOVITA' SUI COLLEGI SINDACALI
19/01/2012	<p><b>Prof. Avv. Enrico Marelo</b> Professore Associato di Diritto Tributario nell' Università di Torino Socio A.N.T.I.</p> <p><b>Avv. Mario Garavoglia</b> Vicepresidente Sezione A.N.T.I. Piemonte Valle d'Aosta</p>	"RECLAMO E MEDIAZIONE" e MODIFICHE IN MATERIA DI CONCILIAZIONE

<p>11/11/2011</p>	<p><b>Prof. Mario Boidi</b> Presidente Nazionale A.N.T.I.</p> <p><b>Dott. Ernesto Ramojno</b> Presidente Sezione A.N.T.I. Piemonte Valle d'Aosta</p> <p><b>Prof. Avv. Gianni Marongiu</b> Professore Emerito di Diritto Tributario nell'Università di Genova Presidente Sezione A.N.T.I. Liguria</p> <p><b>Prof. Avv. Franco Gallo</b> Giudice della Corte Costituzionale</p> <p><b>Prof. Avv. Augusto Fantozzi</b>  Rettore dell'Università telematica "Giustino Fortunato" di Benevento</p> <p><b>Prof. Avv. Gaspare Falsitta</b> Professore Emerito di Diritto Tributario nell'Università di Pavia</p> <p><b>Prof. Avv. Massimo Basilavecchia</b> Professore Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Teramo</p> <p><b>Dott. Antonio Criscione</b> Giornalista "Il Sole 24 Ore"</p> <p><b>Avv. Claudio Berliri</b> Vicepresidente Nazionale A.N.T.I.</p> <p><b>Avv. Arturo Betunio</b> Direttore della Direzione Centrale Normativa Agenzia delle Entrate</p> <p><b>Dott. Roberto D'Imperio</b> Consigliere Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili</p> <p><b>Dott. Bruno Ferroni</b> Direttore Affari Fiscali e Societari - Ferrero Spa</p> <p><b>On.le Maurizio Leo</b> Componente V Commissione Bilancio, Tesoro, e Programmazione della Camera dei Deputati</p> <p><b>Dott. Roberto Lunelli</b> Vicenpresidente Nazionale A N T I</p> <p><b>Prof. Avv. Andrea Manzitti</b> Responsabile del Progetto Fisco di Confindustria</p> <p><b>On.le Ivano Strizzolo</b> Componente della VI Commissione Finanze della Camera dei Deputati</p> <p><b>Avv. Ivan Vacca</b> Condirettore Generale ASSONIME</p>	<p>XXXI CONGRESSO NAZIONALE LA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO TRIBUTARIO</p>
<p>06/10/2011</p>	<p><b>Dott. Gianluca Odetto</b> <b>Dott.ssa Elena Spagnol</b> Gruppo Eutekne</p>	<p>LE NOVITA' FISCALI DELLA MANOVRA CORRETTIVA</p>
<p>23/06/2011</p>	<p><b>Prof. Avv. Enrico Marelo</b> Professore Associato di Diritto Tributario nell' Università di Torino - Socio Anti</p> <p><b>Avv. Mario Garavoglia</b> Vicepresidente A N T I Piemonte - Valle d'Aosta</p>	<p>L'AVVISO DI ACCERTAMENTO COME TITOLO ESECUTIVO</p>

24/03/2011	<b>Prof. Dott. Carlo Oneto</b> Dottore Commercialista in Salerno Docente master c/o Università Suor Orsola Benincasa Napoli Pubblicista	EVOLUZIONI DELLE TEMATICHE RELATIVE AL REDDITO D'IMPRESA
24/02/2011	<b>Dott. Alessandro Cotto</b> <b>Dott. Gianluca Odetto</b> Eutekne Gruppo	LE OPERAZIONI STRAORDINARIE: PROFILI ELUSIVI
27/01/2011	<b>Dott. Massimo Boidi</b> <b>Dott. Roberto Frascinnelli</b> Soci Anti	NUOVE NORME DI COMPORTAMENTO DEL COLLEGIO SINDACALE: I FLUSSI INFORMATIVI TRA ORGANO DI CONTROLLO E: ORGANO GESTORIO SOGGETTO INCARICATO DELLA REVISIONE LEGALE ORGANISMO DI VIGILANZA EX D.LGS 231/01
02/12/2010	<b>Dott. Piergiorgio Valente</b> Dottore Commercialista - Valente Associati Studio Legale Tributario GEB PARTNERS Milano Socio Anti	NOVITA' NELLA MATERIA DEL TRANSFER PRICING
04/11/2010	<b>Prof. Avv. Enrico Marelo</b> Professore Associato di Diritto Tributario Università di Torino Socio Anti	VECCHIO E NUOVO REDDITOMETRO: QUALE TUTELA PER IL CONTRIBUENTE?
30/09/2010	<b>Dott. Giovanni Zingarini</b> Dottore Commercialista in Alessandria Socio Anti	LA MANOVRA CORRETTIVA 2010 ED ALTRE NOVITA'
10/06/2010	<b>Dott. Luca Fornero</b> <b>Dott. Gianluca Odetto</b> Dottori Commercialisti in Torino e componenti Eutekne	LE NOVITA' DEL MODELLO UNICO 2010
11/05/2010	<b>Sen.Prof. Avv. Marcello Gallo</b> <b>Avv. Cesare Zaccone</b> <b>Prof. Avv. Enrico Marelo</b> <b>Prof. Avv. Ivo Caraccioli</b>	IL SEGRETO PROFESSIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI - TUTELA E LIMITI
11/03/2010	<b>Prof. Valter Cantino</b> <b>Dott. Luciano De Angelis</b>	LA NUOVA REVISIONE LEGALE DEI CONTI Effetti sui Collegi Sindacali e sulle Società Il D.Lgs di recepimento della Direttiva 2006/43/CE
11/02/2010	<b>Dott. Gianluca Odetto</b> <b>Dott. Marco Peirola</b>	FINANZIARIA 2010 E NOVITA' IVA Riapertura dello scudo fiscale e della rivalutazione di terreni e partecipazioni Nuovi principi di territorialità IVA Nuove regole per le compensazioni dei crediti

12/11/2009	<p><b>Dott. Franco Dante</b> Dott. Commercialista in Torino e Roma Vice Presidente - Sezione Anti Piemonte - Valle d'Aosta</p>	LO SCUDO FISCALE TER, CASI PARTICOLARI, DUBBI RISOLTI DALLA CIRCOLARE 43 E DUBBI ANCORA DA RISOLVERE
	<p><b>Dott. Lucia Starola</b> Dott. Commercialista in Torino, Socio stessa Sezione Anti</p>	OBBLIGHI DERIVANTI DALLA NORMATIVA ANTIRICICLAGGIO
	<p><b>Prof. Avv. Ivo Caraccioli -</b> Responsabile scientifico stessa Sezione Anti <b>Avv. Michele Peracino -</b> Foro di Torino, socio stessa Sezione Anti</p>	COPERTURA PENALE E PROBLEMI PROCESSUALI
29/10/2009	<p><b>Avv. Michele Bianco</b> <b>Avv. Mario Garavoglia</b> Soci Anti Sezione Piemonte - Valle d' Aosta</p>	CRITICITA' NEL RUOLO DEL DIFENSORE AVANTI LE COMMISSIONI TRIBUTARIE. PROSPETTIVE DI RIFORMA
28/05/2009	<p><b>Dott. Alessandro Cotto</b> <b>Dott. Gianluca Odetto</b> Gruppo Eutekne</p>	UNICO 2009: NOVITA' PER PERSONE FISICHE E SOCIETA'
23/04/2009	<p><b>Tenente Colonnello Massimiliano Giua</b> Capo ufficio operazioni - Comando Regionale Piemonte - Guardia di Finanza</p>	PROFILI FISCALI DELLE SPONSORIZZAZIONI E ATTIVITA' DI VERIFICA
	<p><b>Dott. Franco Dante</b> Dottore Commercialista "Dante &amp; Associati" Torino - Roma</p>	L' EFFETTIVITA' DEL TRASFERIMENTO DI RESIDENZA ALL' ESTERO E I PARADISI FISCALI IN VIA DI ESTINZIONE
26/03/2009	<p><b>Dott. Giovanni Zingarini -</b> Dottore Commercialista in Alessandria</p>	LA RIVALUTAZIONE DEGLI IMMOBILI E ALTRE NOVITA' FISCALI E DI BILANCIO 2009
26/02/2009	<p><b>Dott. Bruno Ferroni -</b> Direttore affari fiscali e societari di Ferrero Spa</p>	TRATTAMENTO FISCALE DELLE SPESE PROMOZIONALI DI RAPPRESENTANZA
29/01/2009	<p><b>Avv. Ciro DeVincenzo -</b> Notaio in Milano - Vice Presidente Nazionale A.N.T.I</p>	TRASFERIMENTI GENERAZIONALI DELL' IMPRESA: STRUMENTI VECCHI E NUOVI

11/12/2008	<p><b>Avv. Michele Bianco</b> Presidente della Camera degli Avvocati tributaristi di Torino</p> <p><b>Dott. Aldo Milanese</b> Presidente Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Ivrea , Pinerolo e Torino</p> <p><b>Dott. Ernesto Ramojno</b> Presidente Sezione ANTI Valle d' Aosta</p> <p><b>Prof. Avv. Andrea Parlato</b> Professore emerito di Diritto finanziario all' Univertità di Palermo</p> <p><b>Prof. Avv. Ivo Caraccioli</b> già ordinario di diritto penale all' università di Torino, Presidente del centro di Diritto Penale Tributario</p> <p><b>Avv. Mauro Gherner</b> Segretario della Camera degli Avvocati tributaristi di Torino</p> <p><b>Avv. Mauro Garavoglia</b> Consigliere della camera degli avvocati tributaristi di Torino</p> <p><b>Dott. Roberto d' Amico</b> Dottore Commercialista Consigliere Fondazione Piero Piccatti ODC E C. di Torino</p> <p><b>Dott. Riccardo Ferracino</b> Responsabile U.O. legale e contenzioso di Equitalia Nomos Spa</p>	LA RISCOSSIONE COATTIVA DEI TRIBUTI DOPO L' ATTIVAZIONE DI EQUITALIA SPA
27/11/2008	<p><b>Prof. Valter Cantino</b> <b>Avvocato Bruno Cova</b> <b>Dott. Mauro Di Gennaro</b></p>	RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DELLE PERSONE GIURIDICHE E DELLE SOCIETA' - Decreto Legislativo 8/6/2001 n.231, G.U. 19/06/2001
30/10/2008	<p><b>Prof. Flavio Dezzani</b> Ordinario di Ragioneria Università di Torino, Presidente Comitato Tecnico Scientifico Organismo Italiano di Contabilità</p>	I PRINCIPI CONTABILI E INTERNAZIONALI IAS/IFRS
17/07/2008	<p><b>Dott. Marcello Maddalena</b> Procuratore della Repubblica di Torino e Presidente di Sezione della Commissione Regionale del Piemonte</p> <p><b>Avv. Mario Garavoglia</b> Segretario del Centro di Diritto Penale Tributario e Vice Presidente della Camera Tributaria di Torino, Socio della sezione ANTI Piemonte Valle d' Aosta</p>	COMMISSIONI TRIBUTARIE: GIUSTO PROCESSO ?
16/05/2008	<p><b>Prof. Avv. Gianfranco Gaffuri</b> <b>Prof. Avv. Lina Salvini</b> <b>Prof. Avv. Pasquale Russo</b> <b>Prof. Avv. Dott. Marco Versiglione</b></p>	LA TRASPARENZA FISCALE
17/04/2008	<p><b>Dott. Alessandro Cotto</b> <b>Dott. Gianluca Odetto</b> Dottori Commercialisti in Torino - EUTEKNE</p>	UNICO 2008: NOVITA' PER LE PERSONE FISICHE E LE SOCIETA'

27/03/2008	<p><b>Dott. Massimo Boidi</b> Dottore Commercialista in Torino</p> <p><b>Dott. Francesco Pene Vidari</b> Notaio in Torino</p> <p><b>Dott. Igor Valas</b> Avvocato in Torino</p>	SUCCESSIONI DONAZIONI E TRUST
21/02/2008	<p><b>Dott. Giovanni Zingarini</b> Dottore Commercialista in Alessandria</p>	LA TASSAZIONE DEGLI IMMOBILI E LE MODIFICHE DELLA FINANZIARIA 2008
24/01/2008	<p><b>Dott. Gianluca Odetto</b> Dottore Commercialista in Torino - EUTEKNE</p>	LE NOVITA' FISCALI DELLA DEGGE FINANZIARIA 2008
22/11/2007	<p><b>Dott. Piergiorgio Valente</b> Dottore Commercialista - Valente Associati - Studio Legale Tributario GEB PARTNERS - Milano</p>	PROFILI FISCALI DELLA ESTERO VESTIZIONE E DELLA RESIDENZA: TRASFERIMENTI FITTIZI DI RESIDENZA E DISPONIBILITA' DI BENI ALL' ESTERO
04/10/2007	<p><b>Magg. Massimiliano Giua</b> Capo operazioni - Comando Regionale Piemonte - Guardia di Finanza</p> <p><b>Prof. Avv. Vito Branca</b> Presidente sezione ANTI Sicilia orientale, Avvocato e Docente Univerità di Catania</p>	INDAGINI BANCARI E ACCERTAMENTI FISCALI: NOVITA' LEGISLATIVE E PRASSI OPERATIVE
03/04/2007	<p><b>Dott. Mario Barbuto</b> Presidente del Tribunale di Torino</p> <p><b>Dott. Massimo Boidi</b> Dottore Commercialista in Torino</p> <p><b>Dott. Stefano Scovazzo</b> Magistrato presso il Tribunale di Torino - sezione fallimentare</p>	IL CONTROLLO LEGALE DEI CONTI A TRE ANNI DALLA RIFORMA - FUNZIONI E RESPONSABILITA' DI SINDACI E REVISORI
15/03/2007	<p><b>Prof. Francesco Rossi Ragazzi</b> Docente di Tecnica Professionale e Tributaria all' Università di Pescara, Dottore Commercialista in Roma, Presidente sezione ANTI del Lazio</p>	IL NUOVO REGIME FISCALE DELLE PERDITE NEL REDDITO DI IMPRESA E DI LAVORO AUTONOMO
15/02/2007	<p><b>Dott. Raffaele Rizzardi</b> Dottore Commercialista in Milano - Pubblicista del "Sole 24 ore"</p>	IVA: NOVITA' NORMATIVE , ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI NAZIONALI E COMUNITARI, FRODI
25/01/2007	<p><b>Avv. Claudio Berliri</b> Avvocato in Roma</p> <p>Segretario Generale dell' ANTI - Componente la Commissione ministeriale per gli Studi di Settore</p>	GLI STUDI DI SETTORE ED I PROFESSIONISTI
16/11/2006	<p><b>Dott. Roberto Lunelli</b> Presidente sezione ANTI Friuli Venezia Giulia - Dottore Coomercialista in Udine</p>	RISPARMIO D' IMPOSTA, ELUSIONE (ABUSO DEL DIRITTO ED EVASIONE NEL DIRITTO TRIBUTARIO)
05/10/2006	<p><b>Dott. Giovanni ZINGARINI</b> Socio ANTI - Dottore Commercialista in Alessandria</p>	LA NUOVA FISCALITA' DEGLI IMMOBILI, NOVITA' PER I PROFESSIONISTI ED ALTRE PROBLEMATICHE OPERATIVE RELATIVE ALLA MANOVRA BIS
15/06/2006	<p><b>Dott. Gianluca ODETTO</b> e <b>Dott. Gianpaolo Valente</b> del guppo di studio EUTEKNE</p>	LE NOVITA' DI UNICO 2006

20/04/2006	<b>Prof. Antonio Lovisolo</b> Prof. Associato di diritto tributario Facoltà di Giurisprudenza Università di Genova - Avvocato	QUESTIONI INTERPRETATIVE SULL' AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE E SULLE MODALITA' DI DETERMINAZIONE DELLA BASE IMPONIBILE DEL REGIME DI CONSOLIDAMENTO
16/03/2006	<b>Prof. Remo Dominici</b> Docente di Diritto Finanziario presso la Facoltà di Giurisprudenza dell' Università di Genova	ATTUALITA' E PROSPETTIVE DEGLI ACCERTAMENTI FONDATI SUGLI STUDI DI SETTORE
19/01/2006	<b>Dott.ri Alessandro Cotto e Giampaolo Valente</b> - Gruppo di studio EUTEKNE Torino	LEGGE FINANZIARIA 2006 E DECRETO COLLEGATO: NORME FISCALI
27/11/2005	<b>Dott. Ernesto Ramojno</b> Presidente ANTI Piemonte Valle d' Aosta <b>Dott. Stefano Rigon</b> Presidente NILSEN <b>Dott. Mario Barbuto</b> Presidente del tribunale di Torino <b>Prof. Avv. Paolo Montalenti</b> Ordinario di diritto commerciale Università di Torino <b>Prof. Avv. Giuseppe di Chio</b> Ordinario di diritto commerciale Università di Torino <b>Dott. Lucia Starola</b> Ragioniere Dottore Commercialista in Torino Consigliere Nazionale Ragionieri <b>Dott. Vincenzo Salafia</b> Presidente Aggiunto Onorario della Corte di Cassazione <b>Avv. Marco di Toro</b> Avvocato in Torino	LA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO E LE NUOVE FORME DI CONTROLLO
10/11/2005	<b>Dott. Franco Dante</b> Commercialista Dante & Associati , Torino - Roma <b>Avv. Marco Misiti</b> Avvocato Studio Legale Visentini & Alpeggiani Milano - Roma	LE "NUOVE" HOLDING DI FAMIGLIA SPUNTI PER LA RIVISITAZIONE DELLE HOLDING DI FAMIGLIA DOPO LA RIFORMA SOCIETARIA E FISCALE
22/09/2005	<b>On.le Prof. Gianni Marongiu</b>	NOVITA' TRIBUTARIA E RAPPORTI TRA FISCO E CONTRIBUENTE NELL' ATTUALE MOMENTO STORICO
24/05/2005	<b>Dott. PierGiorgio Valente</b> Fiscal Affair WG Unice e <b>Dott. Giovanni Rolle</b> Dottore Commercialista in Torino	FISCALITA' INTERNAZIONALE E COMUNITARIA. EVOLUZIONI IN ATTO E PROFILI APPLICATIVI PER LE IMPRESE ITALIANE
22/03/2005	<b>Prof. Avv. Paolo Montalenti</b> Ordinario di Diritto Commerciale all' Università di Torino	LE NOVITA' IN TEMA DI BILANCIO E PRINCIPI IAS
21/02/2005	<b>Dott. Giovanni ZINGARINI</b> Socio ANTI - Dottore Commercialista in Alessandria	LA PIANIFICAZIONE FISCALE CONCORDATA E ALTRE NOVITA' FISCALI DELLA FINANZIARIA DEL 2005

24/11/2004	<p align="center"><b>Dott. Antonio PAPA</b></p>	IRES
24/05/2004	<p align="center"> <b>Dott. Alessandro ALESSI</b>          Presidente ANTI Sez. Lombardia  <b>Dott. Massimo ORSI</b>          Direttore Agenzia delle Entrate          Regione Lombardia  <b>Prof. Avv. Francesco TESAURO</b>          Professore ordinario di Diritto Tributario          Università di Milano-Bicocca  <b>Prof. Avv. Alberto JORIO</b>          Ordinario di Diritto Commerciale      Università          di Torino  <b>Prof. Avv. Paolo Felice CENSONI</b>          Straordinario di Diritto Commerciale          Università di Urbino  <b>Dott. Angelo GASBARRO</b>          Capo Ufficio Gestione Tributi          Agenzia delle Entrate Regionale Emilia Romagna   <b>Dott.ssa Daniela SALA</b>          Ufficio Fiscale delle Imprese          Agenzia delle Entrate Regionale          Lombardia  <b>Dott. Salvatore D'AMORA</b>          Dottore Commercialista in Milano  <b>Prof. Antonio VIOTTO</b>          Associato di Diritto Tributario Università di          Venezia  <b>Dott. Bartolomeo QUATRARO</b>          Presidente Sezione Fallimentare Tribunale di          Milano       </p>	<p align="center">         CONGRESSO NAZIONALE          Sezione Lombardia  <i>GLI ASPETTI FISCALI DEL FALLIMENTO</i> </p>
26/03/2004	<p align="center"> <b>Dott. Antonio PAPA</b>  <b>Dott. Edmundo MONDA</b> </p>	<p align="center">         INCONTRO CON L'AMMINISTRAZIONE          FINANZIARIA. SCAMBIO DI OPINIONI          TRA ADDETTI AI LAVORI E          PROPOSIZIONI COLLABORATIVE DEI          PROFESSIONISTI       </p>
20/02/2004	<p align="center"> <b>Dott.ssa Lucia STAROLA</b>  <b>Dott. Ambrogio VIRGILIO</b>  <b>Prof. Avv. Stefano AMBROSINI</b>  <b>Prof. Avv. Ivo CARACCIOLI</b> </p>	<p align="center">         NUOVI PROFILI DI RESPONSABILITA'          PER I COMPONENTI DEGLI ORGANI DI          CONTROLLO       </p>

***SEZIONE PIEMONTE e VALLE D'AOSTA***

**CONSIGLIO DIRETTIVO**

***Presidente***

Ernesto RAMOJNO

***Vice Presidenti***

Franco DANTE  
Mario GARAVOGLIA  
Claudio SARACCO

***Segretario***

Giuseppe ROSSI

***Consiglieri***

Nadia BISCOLA  
Flavio DEZZANI  
Cesare FERRERO  
Sergio GAY  
Piero GOLA  
Enrico MARELLO  
Antonio Maria MAROCCO  
Giuseppe PIAGGIO  
Alfio RAPISARDA  
Maria Teresa RUSSO  
Marco SAVIO  
Luca TARDITI  
Giuseppe Cesare TRISOGLIO  
Giovanni ZINGARINI

***Responsabile Scientifico***

Ivo CARACCIOLI