



L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)

STABILE ORGANIZZAZIONE OCCULTA

PROFILI APPLICATIVI NELLE VERIFICHE

FISCALITÀ INTERNAZIONALE

diretta da
Piergiorgio Valente

P. Valente
L. Vinciguerra



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

STABILE ORGANIZZAZIONE OCULTA

PROFILI APPLICATIVI NELLE VERIFICHE

FISCALITÀ INTERNAZIONALE

diretta da
Piergiorgio Valente

**P. Valente
L. Vinciguerra**



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

QUESTO EBOOK È UN'ANTEPRIMA GRATUITA

Per ordinare la versione integrale utilizzare il link SHOPWKI.it
o rivolgersi all'agente di zona

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2013 Wolters Kluwer Italia S.r.l Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

ISBN: 9788821744747

Il presente file può essere usato esclusivamente per finalità di carattere personale. I diritti di commercializzazione, traduzione, di memorizzazione elettronica, di adattamento e di riproduzione totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

La presente pubblicazione è protetta da sistemi di DRM. La manomissione dei DRM è vietata per legge e penalmente sanzionata.

L'elaborazione dei testi è curata con scrupolosa attenzione, l'editore declina tuttavia ogni responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Piergiorgio Valente

Chairman del Comitato Fiscale della *Confédération Fiscale Européenne* (CFE); *Chairman* dell'*International Tax Committee* dell'*International Association of Financial Executives Institutes* (IAFEI); *Bureau Member* del *Taxation and Fiscal Policy Committee* del *Business and Industry Advisory Committee* (BIAC) presso l'OCSE; Rappresentante Confindustria presso il *Tax Policy Working Group* di BUSINESSEUROPE (Unione delle Confindustrie europee); *Chairman* del Comitato Tecnico Fiscale dell'Associazione Nazionale Direttori Amministrativi e Finanziari (ANDAF).

È docente titolare al Corso Superiore di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza e professore presso la Scuola Superiore del Ministero dell'Economia e delle Finanze, la Facoltà di Studi Politici e per l'Alta Formazione Europea Mediterranea "*Jean Monnet*" della *Seconda Università degli Studi di Napoli* e la *Link Campus University* in Roma.

Presta attività professionale in *Valente Associati GEB Partners*.

Luigi Vinciguerra

Colonnello della Guardia di Finanza.

Laureato in Giurisprudenza presso l'*Università degli Studi "La Sapienza"* di Roma, ha frequentato il Corso Superiore presso la *Scuola di Polizia Tributaria* del Corpo ed il Master universitario in "*Diritto tributario dell'impresa*" presso l'*Università commerciale "Luigi Bocconi"* di Milano.

Attualmente dirige l'Ufficio Operazioni del *Nucleo Polizia Tributaria* di Torino.

PREFAZIONE

Le imprese sono sempre più globalizzate e si trovano in tutto il mondo in una condizione di “*immanenza*”, per riprendere un tema caro alla Cassazione in materia di abuso del diritto, per il quale le sentenze dal 2005 al 2008 cercavano un fondamento scavando nelle norme giuridiche di almeno dieci Stati esteri. Sino a quando le “*sentenze di Natale*” di quest’ultimo anno sono giunte alla conclusione che la lotta all’elusione non ha bisogno di nessuna norma specifica, in quanto basta il principio costituzionale della capacità contributiva, cioè di un dovere di solidarietà che, peraltro, per un minimo di certezza del diritto, dovrebbe essere declinato in una disposizione che sia percepibile e applicabile da parte del normale cittadino.

La stabile organizzazione occulta nasce come un *ectoplasma* da ricercare all’interno di un soggetto giuridicamente distinto rispetto alla società non residente, che diventa centro di imputazione di determinate operazioni che tale soggetto non ha nemmeno *sognato* di attribuire al potere di imposizione dello Stato che individua questa sua ipotetica articolazione.

Ad onore della cronaca, il problema nasce proprio in Italia con il caso *Philip Morris*, che viene subito discusso in sede OCSE come “*the Italian case*”, termine che evoca il film con un titolo analogo (“*The Italian Job*”), in cui si narra di una importante rapina di lingotti d’oro. Lo Stato che riesce a dimostrare l’esistenza di una stabile organizzazione occulta si riempie di oro, senza dover fare una rapina (anche se sembrerà tale alla società estera).

Il caso *Philip Morris* è stato a dir poco singolare per l’IVA, essendosi concluso con la condanna della multinazionale per non essersi autofatturata una somma ricevuta dai Monopoli, che l’avevano qualificata come sconto anziché come corrispettivo di una prestazione. Ma l’applicazione dell’IVA nel settore delle sigarette non era stata minimamente alterata dal caso oggetto del giudizio, in quanto questo tributo viene interamente assolto dai Monopoli sul prezzo di vendita al pubblico, con un regime monofase. Pertanto tutto il tributo nelle fasi intermedie – per il principio di effettività – non ha alcuna rilevanza sul gettito, stante il diritto di piena compensazione lungo tutta la catena della produzione, importazione e distribuzione. Gli accertamenti divenuti definitivi in questo ambito costituiscono pertanto un ulteriore gettito per l’erario, la cui legittimità è sicuramente opinabile.

La diffusione delle stabili organizzazioni occulte è potenzialmente in crescita per i nuovi modelli con cui le multinazionali si presentano nei territori. Siamo passati dalle strutture giuridiche di diritto nazionale che facevano tutto nel Paese, dalla produzione alla distribuzione, per approdare alle specializzazioni proprie di ciascuno Stato, non necessariamente per conseguire un risparmio fiscale o nel costo della manodopera. Una tipica costruzione attuale è quella di conto commissione, in cui la società locale produce o vende in nome proprio, ma per conto delle società estere. In questi casi la verifica del *transfer pricing* riguarda solo la congruità del compenso per l’attività di intermediazione, cioè qualcosa di più semplice rispetto a tutti i rapporti che si sviluppano in tema di ricerca e sviluppo – da cui il pagamento di *royalties* – piuttosto che nell’ambito dell’acquisto o della vendita dell’*output* della produzione. Ma gli Stati che si

Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche

vedono smontare la totalità delle funzioni – e della conseguente tassazione – sono particolarmente attenti alla tassazione del potenziale avviamento in uscita.

Il Volume “*Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche*”, di Piergiorgio Valente e Luigi Vinciguerra, ha un eminente taglio operativo, incentrandosi sui profili applicativi delle verifiche, dell’attività cioè che tende a radiografare un soggetto giuridicamente distinto dalla società estera, che viene controllato per vedere se appare l’immagine dell’*ectoplasma*, cioè della stabile organizzazione occulta. Di notevole rilievo è l’articolazione che spazia sugli indizi positivi, piuttosto che su quelli negativi per individuare il soggetto “*nascondito*”, sino a concludere con una compiuta disamina sugli aspetti penali nel nostro ordinamento.

Raffaele Rizzardi

PRESENTAZIONE

Il concetto di “*stabile organizzazione occulta*” non trova origine nella legislazione tributaria vigente (nazionale, internazionale o comunitaria) né nella prassi amministrativa nazionale. Esso si è formato nel corso di verifiche fiscali in capo a società italiane appartenenti a gruppi multinazionali e che si caratterizzano come entità giuridiche formalmente indipendenti.

Nella prassi, la questione della “*stabile organizzazione occulta*” viene per lo più sollevata con riguardo ad una società italiana “*formalmente autonoma*”, sebbene legata a soggetti esteri da rapporti di controllo, ovvero con riguardo a rami d’azienda di questa. Nella valutazione sulla sussistenza o meno di una stabile organizzazione, trova in generale applicazione quanto previsto dal paragrafo 7 dell’art. 5 del Modello OCSE, secondo cui “*il fatto che una società residente in uno Stato contraente controlli una società residente dell’altro Stato contraente [ad esempio, l’Italia] o sia da questa controllata, ovvero svolga attività economica 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*”.

Alcune criticità possono manifestarsi, in primo luogo, con riferimento all’effettiva indipendenza del soggetto che svolge attività in Italia rispetto all’impresa non residente, e, in secondo luogo, con riguardo alla circostanza che il soggetto medesimo agisca o meno nell’ambito della propria “*ordinaria attività*”. In siffatte circostanze, la “*stabile organizzazione occulta*”, laddove ne sia supposta/accertata l’esistenza, si configura, in genere, quale *branch* riconducibile alla fattispecie dell’agente dipendente (“*stabile organizzazione personale*”). La nozione di “*stabile organizzazione occulta*” (*personale*) fa altresì riferimento all’ipotesi in cui un soggetto agisce “*formalmente*” in qualità di “*agente indipendente*”, il quale, tuttavia, di fatto, non soddisfa i requisiti dell’“*indipendenza giuridica ed economica*” (agente dipendente cd. “*di fatto*”).

Un ulteriore profilo attiene al carattere effettivamente “*preparatorio o ausiliario*” dell’attività svolta dall’impresa italiana rispetto a quella propria del soggetto estero. L’eventuale riqualificazione della prima quale stabile organizzazione in Italia del soggetto estero viene in tal caso effettuata ai sensi delle disposizioni che individuano le “*stabili organizzazioni materiali*” (cfr. in particolare, l’art. 5, par. 1 del Modello OCSE).

Al fine di stabilire se l’attività svolta dalla società italiana (o da un suo ramo d’azienda) o dall’Ufficio di rappresentanza a vantaggio del soggetto non residente possa portare alla sua qualificazione quale “*stabile organizzazione occulta*” (“*materiale*” o “*personale*”) di quest’ultimo, occorre ricostruire unitariamente attività stessa e le sue modalità di svolgimento, e affermarne (o escluderne) il carattere “*ausiliario e preparatorio*” o i requisiti che potrebbero portare alla conclusione in ordine alla sussistenza della “*stabile organizzazione personale*”, mediante un riferimento al programma del gruppo multinazionale, unitariamente considerato. Non meno importante è la circostanza della sussistenza, presso la società italiana, di una struttura/organizzazione di uomini e mezzi per lo svolgimento dell’attività in nome e per conto, e sotto le sue direttive. È evidente che la presenza di personale – il quale svolge attività in nome e per conto della casa madre estera, che a sua volta fornisce direttive dettagliate e non svolge, piuttosto, una mera

Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche

attività di direzione e coordinamento – può essere considerata indicativa della sussistenza, in Italia, di una “*stabile organizzazione personale (occulta)*”.

Il Volume “*Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche*” affronta le problematiche pratico-applicative più attuali in tema di stabile organizzazione occulta, avendo particolare riguardo per le questioni che presentano profili di criticità soprattutto nel corso di una verifica fiscale.

Il Volume – il secondo di quattro, previsti nel 2013, nell’ambito della *Collana Fiscalità Internazionale* diretta da Piergiorgio Valente – si compone di 9 capitoli. Il primo capitolo illustra il concetto di “*stabile organizzazione occulta*”, fornendo una *overview* delle fattispecie tipicamente rinvenibili nella prassi delle verifiche fiscali. Il secondo capitolo tratta in maniera approfondita la disciplina della stabile organizzazione nella disciplina convenzionale, basata sull’art. 5 del Modello OCSE. Il terzo capitolo contiene un commento ai più importanti casi giurisprudenziali i quali hanno definitivamente accertato la sussistenza della “*stabile organizzazione occulta*” in Italia di soggetto estero. Il quarto capitolo approfondisce le questioni relative alla configurazione quale “*stabile organizzazione occulta*” del distributore, mentre il quinto capitolo affronta la tematica del commercio elettronico. Il sesto capitolo si occupa delle problematiche di carattere evasivo/elusivo della stabile organizzazione, nel contesto dell’azione di contrasto da parte dell’Amministrazione finanziaria. Il settimo capitolo fornisce una descrizione delle questioni connesse all’attribuzione del reddito alla stabile organizzazione e del fenomeno dell’erosione della base imponibile per effetto di strutture di pianificazione fiscale aggressiva. L’ottavo capitolo affronta la tematica della determinazione del fondo di dotazione nella stabile organizzazione di emanazione bancaria, mentre il nono capitolo delinea, infine, i profili di responsabilità penale connessi all’individuazione di una “*stabile organizzazione occulta*”.

Il Volume “*Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche*” si rivolge non solo, e non tanto, a coloro che si accostano alla materia per finalità accademiche e didattiche, ma soprattutto a quanti – professionisti e *managers* d’azienda *in primis* – si trovano ad affrontare le problematiche, di carattere pratico-applicativo, relative alla “*stabile organizzazione occulta*”.

Esso è frutto di un articolato lavoro di ricerca, cui hanno collaborato Caterina A-lagna e Federico Vincenti, nel coordinamento e nella revisione dei testi; Filipa Correia, Daniela Belloli e Stefano Lavore nell’attività di ricerca e nella redazione dei casi di studio.

Un ringraziamento per il supporto tecnico a Ivo Caraccioli (nonché per la redazione del capitolo 9 del Volume), Pietro Schipani e Salvatore Mattia.

Infine, un ringraziamento speciale a Raffaele Rizzardi per aver curato la Prefazione.

Piergiorgio Valente

Luigi Vinciguerra

SOMMARIO

Capitolo I

IL CONCETTO DI “STABILE ORGANIZZAZIONE OCCULTA”

1.1	Introduzione.....	3
1.2	Il concetto di “ <i>stabile organizzazione occulta</i> ”.....	10
1.3	Qualificazione della stabile organizzazione e quantificazione del reddito: cenni.....	18
1.4	Stabile organizzazione, rischio fiscale e <i>tax risk management</i>	20
1.5	<i>Abstract</i>	23

Capitolo II

LA NOZIONE DI “STABILE ORGANIZZAZIONE”

2.1	Il concetto di stabile organizzazione: cenni introduttivi.....	29
2.2	La stabile organizzazione nella normativa convenzionale: cenni.....	30
2.3	La stabile organizzazione materiale.....	31
2.3.1	La sede di affari.....	31
2.3.2	La stabilità.....	33
2.3.3	La strumentalità fra la stabile organizzazione e l'attività dell'impresa non residente.....	35
2.3.4	L'idoneità produttiva.....	36
2.4	Le esemplificazioni cd. “positive”.....	38
2.4.1	La sede di direzione (cd. <i>place of management</i>).....	38
2.4.2	La succursale (<i>branch</i>).....	39
2.4.3	L'ufficio (<i>office</i>).....	40
2.5	Le esemplificazioni cd. “negative”.....	42
2.6	La stabile organizzazione personale.....	50
2.6.1	La fattispecie dell'agente dipendente.....	52
2.6.2	L'agente indipendente.....	58
2.7	Società controllate e stabile organizzazione.....	60
2.8	La cd. stabile organizzazione “leggera”.....	66
2.9	Le proposte di modifica al commentario del 19 ottobre 2012.....	68
2.10	<i>Abstract</i>	78
2.11	Riferimenti.....	81

Capitolo III

LA “STABILE ORGANIZZAZIONE OCCULTA” NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

3.1	Introduzione.....	87
3.2	La posizione della giurisprudenza italiana: il caso Philip Morris.....	87
3.2.1	I giudizi di primo e secondo grado in materia di IVA.....	90
3.2.2	I giudizi di primo e secondo grado in materia di imposte sui redditi..	92
3.2.3	Il caso <i>Philip Morris</i> : le sentenze della Corte di Cassazione.....	95
3.2.4	Le motivazioni della Corte di Cassazione.....	98

Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche

3.2.5	I principi elaborati dalla Corte di Cassazione	100
3.3	La stabile organizzazione italiana quale centro autonomo di imputazione della casa madre estera: la sentenza della Corte di Cassazione n. 16106/2011	105
3.4	Stabile organizzazione italiana di società sammarinese: la sentenza della Corte di Cassazione n. 20597/2011	107
3.5	Il caso “ <i>boston scientific bv</i> ”: la sentenza della Corte di Cassazione n. 3769/2012	110
3.6	La sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Como n. 66/04/12 del 20 giugno 2012	111
3.7	<i>Abstract</i>	114
3.8	Riferimenti	117
3.9	Appendice	120
3.9.1	Cass. 7 marzo 2002, n. 3367	120
3.9.2	Cass. 9 marzo 2012, n. 3769	134
3.9.3	C.T.P. Como 20 giugno 2012, n. 66/04/12	139

Capitolo IV

“STABILE ORGANIZZAZIONE OCCULTA” E DISTRIBUTORE

4.1	Il distributore quale stabile organizzazione personale	145
4.2	Il nesso di dipendenza tra distributore e <i>tradens</i>	146
4.3	Le caratteristiche dell’attività svolta dal distributore	147
4.4	Il potere del distributore di concludere contratti	148
4.5	Requisiti di indipendenza del distributore	151
4.6	Le diverse tipologie di distributore	154
4.7	Il contratto di distribuzione nei gruppi multinazionali	159
4.8	Conclusioni	162
4.9	<i>Abstract</i>	163
4.10	Riferimenti	166
4.11	Appendice	168

Capitolo V

“STABILE ORGANIZZAZIONE OCCULTA” E COMMERCIO ELETTRONICO

5.1	Introduzione	173
5.2	Reddito transnazionale e imposizione diretta in <i>internet</i>	174
5.3	Criticità connesse al commercio elettronico	176
5.3.1	Introduzione	176
5.3.2	Il <i>server</i>	179
5.3.3	<i>E-tailing</i>	184
5.4	Stabile organizzazione e <i>jurisdiction to tax</i> : il dibattito a livello internazionale	192
5.4.1	Il dibattito a livello sovranazionale: gli interventi dell’OCSE e del G-20	192
5.4.2	Gli interventi del governo britannico	194
5.4.3	Economia digitale: il rapporto del governo francese	198

5.4.4 La tassazione delle imprese multinazionali: gli interventi del Governo italiano	200
5.5 <i>Abstract</i>	209
5.6 Riferimenti	211

Capitolo VI

L'AZIONE DEL FISCO PER IL CONTRASTO DEI FENOMENI EVA- SIVI/ELUSIVI DELLE STABILI ORGANIZZAZIONI

6.1 Cenni introduttivi.....	217
6.2 La patologica attività esercitata dalle stabili organizzazioni cd. “ <i>occulte</i> ”: percorsi di emersione	219
6.3 Gli elementi info/investigativi preliminari.....	224
6.4 Gli strumenti per l’acquisizione delle prove	228
6.4.1 Attività ispettive domestiche	232
6.4.2 Richiesta di collaborazione internazionale	243
6.5 Avvio del procedimento amministrativo di emersione: la “ <i>formalizzazione</i> ” della presenza sul territorio nazionale di branch “ <i>occulte</i> ”	248
6.5.1 Attribuzione del codice fiscale, della partita IVA e le rituali comunicazioni alla Camera di Commercio	248
6.5.2 L’avvio della verifica fiscale cd. “ <i>a tavolino</i> ”	254
6.6 Profili sanzionatori di carattere amministrativo	273
6.6.1 Le stabili organizzazioni “ <i>occulte</i> ”	273
6.6.2 Le stabili organizzazioni dichiarate	278
6.7 Rilevanza penal/tributaria delle condotte: cenni e rinvio.....	280
6.7.1 Le stabili organizzazioni “ <i>occulte</i> ”	281
6.7.2 Le stabili organizzazioni dichiarate	281
6.7.3 I termini di decadenza amministrativa.....	283
6.8 <i>Abstract</i>	288
6.9 Riferimenti	290

Capitolo VII

“STABILE ORGANIZZAZIONE OCCULTA” ED EROSIONE DELLA BASE IMPONIBILE

7.1 Introduzione.....	295
7.2 La potestà impositiva degli Stati.....	297
7.2.1 L’attribuzione degli utili alla stabile organizzazione	299
7.2.2 L’attribuzione degli utili alla stabile organizzazione secondo il Modello OCSE.....	304
7.3 Il rischio di doppia non imposizione.....	309
7.4 Internazionalizzazione delle imprese e rischi di pianificazione fiscale aggressiva.....	313
7.5 Internazionalizzazione delle imprese: la necessità di gestire il rischio fiscale.	322
7.6 <i>Abstract</i>	325
7.7 Riferimenti	327

Capitolo VIII

LA DETERMINAZIONE DEL FONDO DI DOTAZIONE NELLA STABILE ORGANIZZAZIONE OCCULTA DI EMANAZIONE BANCARIA

8.1	Introduzione	333
8.2	L'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione.....	334
8.3	Il patrimonio di vigilanza: aspetti legali contabili e valutativi	337
8.3.1	Le istruzioni di vigilanza in vigore (circolare n. 263/2006	338
8.4	La determinazione del fondo di dotazione nelle stabili organizzazioni	340
8.4.1	Analisi di impatto delle metodologie adoperate dalle <i>branch</i> bancarie e dal verificatore fiscale	343
8.4.2	Descrizione delle fasi seguite nella determinazione del fondo di dotazione “ <i>effettivo</i> ” della <i>branch</i>	345
8.4.3	Descrizione delle fasi seguite nella determinazione del fondo di dotazione “ <i>figurativo</i> ” della <i>branch</i>	347
8.5	Approfondimenti: casi giurisprudenziali	365
8.6	Conclusioni	367
8.7	<i>Abstract</i>	368
8.8	Riferimenti	371

Capitolo IX

“STABILE ORGANIZZAZIONE OCCULTA” E PROFILI DI RESPONSABILITÀ PENALE

9.1	Ipotesi di reati tributari eventualmente configurabili: il caso <i>Philip Morris</i>	375
9.2	Analisi della sentenza: profili penali.....	378
9.3	Aspetti penali della “ <i>stabile organizzazione occulta</i> ”: l’omessa dichiarazione.....	382
9.4	Considerazioni in materia di iva	385
9.5	Ipotesi di reati societari eventualmente configurabili.....	386
9.6	La disciplina dei reati da stabile organizzazione “ <i>occulta</i> ” all’estero	387
9.7	<i>Abstract</i>	390
9.8	Riferimenti	393

Capitolo I
**IL CONCETTO DI “STABILE
ORGANIZZAZIONE OCCULTA”¹**

¹ A cura di Piergiorgio Valente con la collaborazione di Salvatore Mattia e Pietro Schipani.

I IL CONCETTO DI “STABILE ORGANIZZAZIONE OCCULTA”

Sommario: 1.1 Introduzione – 1.2 Il concetto di “*stabile organizzazione occulta*” – 1.3 Qualificazione della stabile organizzazione e quantificazione del reddito – 1.4 Stabile organizzazione, rischio fiscale e *tax risk management* – 1.5 *Abstract* – 1.6 Riferimenti

I.1 INTRODUZIONE

I processi di espansione oltre frontiera delle imprese multinazionali¹ sono stati influenzati da notevoli cambiamenti, nell'ultimo ventennio, in particolare con riferimento alla loro configurazione strutturale la quale si è adeguata alle mutate condizioni del mercato, divenendo più flessibile ed assumendo una dimensione più “*globale*” dal punto di vista dell'organizzazione della *value chain*².

¹ L'essenza di un'impresa “*multinazionale*” si coglie nell'unità dell'organismo economico, cui si contrappone una pluralità di organizzazioni giuridiche mediante le quali tale organismo esercita l'attività economica. In altri termini, a fronte di un unico organismo direzionale (o di assunzione delle decisioni), si collocano, per quanto concerne l'esercizio materiale dell'attività, diverse articolazioni operanti in più Paesi.

All'unità materiale della forma economica non corrisponde un'analogia unità sotto il profilo dell'organizzazione giuridica. Anzi, la “*multinazionalità*” delle imprese emerge dalla pluralità di società nazionali di diversi Paesi nei quali viene esercitata l'attività economica in vari momenti della vita dell'impresa unica; risulta, per certi versi, inappropriato utilizzare l'espressione “*impresa multinazionale*”, dato che le società presenti nei vari ordinamenti giuridici, attraverso le quali è strutturata l'attività dell'impresa multinazionale, sono (pur sempre) nazionali.

Il processo di globalizzazione comporta un radicale mutamento di questa prospettiva e, segnatamente, la trasformazione delle imprese multinazionali in imprese sovranazionali o transnazionali.

Queste ultime non sono vincolate alle politiche e alle legislazioni di uno Stato, ma *sfiggono* a queste regole, sottostando (in linea teorica) soltanto a quelle stabilite a livello internazionale, per la corretta gestione dell'economia mondiale, ed alla logica del profitto. Si tratta di grandi imprese senza Stato, che tendono a collocarsi in maniera da soddisfare la domanda variabile di distinti gruppi di *stakeholders*, facendo principalmente affidamento sugli investimenti diretti all'estero e sull'adattamento della produzione alle varie specificità nazionali.

² Lo studio della *value chain* consente di rappresentare il valore complessivo creato dall'impresa, mediante l'individuazione di due elementi principali:

- le attività che generano valore;
- il margine di profitto.

Il margine di profitto – nella visione di Porter – indica la differenza tra il valore totale creato dall'impresa per i clienti (valore d'uso) e i relativi costi sostenuti per svolgere le attività generatrici di valore. A loro volta, le attività che generano valore si possono suddividere in attività primarie e attività secondarie (o di supporto).

L'espressione “*value chain management*” si riferisce a una metodologia sistematica di gestione e coordinamento, utilizzata per rappresentare i processi che compongono la catena del valore dell'impresa, al fine di valutarne le fonti del vantaggio competitivo attuale e potenziale dell'impresa stessa.

Con l'espressione “*supply chain*” si indica “*una rete di organizzazioni collegate e interdipendenti che lavorano insieme cooperando nel controllo, nella gestione e nel miglioramento dei flussi di materiali e informazioni dai fornitori ai clienti finali*” (Aitken J., *Supply Chain Integration within the Context of a Supplier Association*, Cranfield, 1998). Per *Supply Chain Management* (SCM) si intende “*la gestione delle relazioni a monte e a valle con i fornitori e i clienti per distribuire un valore superiore nel mercato finale rispetto a un costo inferiore in relazione alla supply chain globale*” (Christopher M., *Supply Chain Management*, Pearson, trad. it., 2005). Il SCM, quale modalità di gestione sincronizzata di produzione, vendita e consegna dei beni, rappresenta la naturale evoluzione delle strutture organizzative tradizionali, basate in genere sul solo coordinamento della catena. Il processo di gestione proattiva e sincronizzata della *value chain* costituisce quindi la naturale evoluzione dei processi tradizionali di gestione della *supply chain*. Per approfondimenti cfr. Valente P., *Manuale del Transfer Pricing*, Ipsoa, 2012, p. 2022 ss..

A fronte di una sempre più evidente “*transnazionalizzazione*” delle attività di *business* delle imprese multinazionali, si registra il persistere del carattere “*nazionale*” del diritto, vale a dire delle norme e dei principi giuridici (fiscali) che tali fenomeni devono disciplinare³. Il risultato è una sempre più marcata divergenza tra un’economia “*transnazionale*” e una legislazione (fiscale) di emanazione “*statale*”.

L’attività svolta dalle imprese del gruppo multinazionale⁴ nell’ambito della catena del valore (sia essa di produzione, distribuzione, vendita, commercializzazione di prodotti, ecc.) così come le modalità di svolgimento della stessa (sulla base dei rapporti contrattuali esistenti tra la casa madre e l’entità estera) rilevano ai fini della determinazione ed allocazione del reddito in uno Stato piuttosto che nell’altro. L’internazionalizzazione pone quindi, tra le altre, la questione del ruolo che la casa madre riveste nei confronti della società estera, soggetta ad attività di indirizzo e coordinamento da parte del *management* della prima, per il raggiungimento di un obiettivo unitario⁵.

L’elemento strutturale predominante delle imprese multinazionali è rappresentato dalla linea di *business* con i prodotti e servizi generati attraverso la catena del valore, piuttosto che dall’entità giuridica in sé.

La dimensione globale del reddito dell’impresa multinazionale (in quanto espressione della direzione unitaria del gruppo) rende di particolare complessità la sua ridefi-

³ Il contemporaneo e legittimo esercizio della potestà impositiva di due Stati può comportare rischi di doppia imposizione. Le cause della doppia imposizione internazionale possono essere raggruppate secondo le seguenti voci:

- contrasto tra due ordinamenti che adottano un “*diverso criterio di collegamento*” (personale vs oggettivo);
- contrasto tra due ordinamenti che adottano un “*criterio di collegamento personale*” e che in base alla propria legislazione interna, considerano entrambi lo stesso soggetto come rientrante nella propria giurisdizione fiscale;
- contrasto tra due ordinamenti che adottano un “*criterio di collegamento oggettivo*” e che in base alla propria legislazione interna, considerano entrambi il reddito prodotto dal soggetto come prodotto nel proprio territorio.

Per ulteriori approfondimenti, cfr. Valente P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Ipsoa, 2012, p. 22 ss..

⁴ Due sono i principi cardine dell’impresa multinazionale “*globale*”: “*sovranazionalità*” e “*funzionalità*”. Nel momento in cui la portata dei fenomeni economici e sociali supera i ristretti ambiti dei singoli confini nazionali entra in gioco l’impresa “*sovranazionale*”, intesa come metamorfosi dell’impresa “*multinazionale*”; il “*trinomio*” *impresa-società-azienda*, che nell’impresa multinazionale “*classica*” era tradizionalmente collocato nello stesso ambito geografico, articolandosi, poi, ciascuna unità, nell’ambito di specifici confini nazionali, ora, nell’impresa “*sovranazionale*” può essere scisso e riaggregato in Stati differenti in funzione delle esigenze di flessibilità, elasticità e convenienza.

Per approfondimenti cfr. Valente P., *Manuale di Governance Fiscale*, Ipsoa, 2011, p. 50 ss..

⁵ “*Il membro di un gruppo multinazionale insediato in un paese può avere relazioni economiche estese con altri membri dello stesso gruppo, insediati in altri paesi. Questi legami possono avere incidenza sugli obblighi fiscali di ciascuna delle parti. Di conseguenza, le autorità fiscali possono avere bisogno di informazioni provenienti dall’estero per valutare questi legami e determinare l’imposta dovuta dal membro del gruppo multinazionale sul loro territorio. Anche in questo caso, le informazioni che devono essere fornite sono esclusivamente quelle indispensabili o richieste per legge al fine di determinare correttamente l’imposta dovuta dal membro del gruppo multinazionale alla luce dei suddetti legami economici. Le Imprese Multinazionali dovrebbero cooperare nel fornire tali informazioni?*” (Cap. XI - “*Fiscalità*” - paragrafo 103 dei “*Commenti alla fiscalità*” delle “*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*” del 2011 nella traduzione in lingua italiana effettuata dal Ministero dello Sviluppo Economico).

nizione su base territoriale, in ossequio ai principi del *transfer pricing*⁶, da parte delle singole autorità fiscali, con conseguenti (i) difficoltà di applicazione dei criteri di collegamento dello stesso con un determinato Paese, (ii) potenziali conflitti tra Amministrazioni nelle pretese impositive, (iii) rischi di doppia imposizione⁷.

Il tema assume maggior rilievo anche a causa della crescente importanza della cd. “*internet economy*” e delle cd. “*imprese multinazionali digitali*”, le cui componenti immateriali consentono di spostare più facilmente rischi, funzioni e *assets* (e, conseguentemente, profitti)⁸.

In tale contesto:

- si delineano le premesse, da un lato, per l’insorgere di nuove forme di conflitto

⁶ Un “banco di prova del comportamento responsabile delle imprese nel campo della fiscalità è quello dei prezzi di trasferimento. La spettacolare espansione del commercio mondiale e degli investimenti diretti transfrontalieri (e il ruolo di primo piano che vi svolgono le Imprese Multinazionali) ha comportato che i prezzi di trasferimento tendano, oggi, a essere un fattore determinante degli obblighi fiscali dei membri di un gruppo multinazionale, poiché hanno un’influenza sostanziale sulla ripartizione della base imponibile tra i paesi in cui l’impresa multinazionale opera. Il principio di libera concorrenza delle parti contemplato sia nella Convenzione OCSE sul modello fiscale sia nella Convenzione ONU contro la doppia imposizione tra paesi sviluppati e paesi in via di sviluppo, è la misura internazionale utilizzata per la ripartizione degli utili tra le imprese associate. L’applicazione del principio di libera concorrenza impedisce lo spostamento illecito di utili o perdite e minimizza il rischio di doppia imposizione. L’applicazione corretta di tale principio richiede che l’impresa multinazionale cooperi con le autorità fiscali e fornisca tutte le informazioni rilevanti o richieste per legge in merito alla scelta del metodo per la definizione dei prezzi di trasferimento applicati alle transazioni internazionali intraprese dalla stessa e dalla parte associata. Si riconosce che, spesso, è difficile per le multinazionali e per le amministrazioni fiscali decidere se i prezzi di trasferimento siano conformi al principio di libera concorrenza e che l’applicazione di tale principio non è una scienza esatta” (Cap. XI - “Fiscalità” - paragrafo 104 dei “Commenti alla fiscalità” delle “OECD Guidelines for Multinational Enterprises” del 2011 nella traduzione in lingua italiana effettuata dal Ministero dello Sviluppo Economico).

“Il Comitato per gli affari fiscali dell’OCSE lavora di continuo alla messa a punto di raccomandazioni volte a garantire la conformità di tali prezzi di trasferimento al principio di libera concorrenza. I suoi lavori hanno dato luogo alla pubblicazione, nel 1995, delle Direttive dell’OCSE applicabili in materia di prezzi di trasferimento destinate alle Imprese Multinazionali e alle amministrazioni fiscali che, a loro volta, sono oggetto della Raccomandazione del Consiglio dell’OCSE sulla determinazione dei prezzi di trasferimento tra imprese associate (i membri di un gruppo multinazionale rispondono normalmente alla definizione di imprese associate). Le Direttive sui prezzi di trasferimento e la Raccomandazione del Consiglio dell’OCSE sono aggiornate di continuo in aderenza ai cambiamenti dell’economia globale ed alle esperienze delle amministrazioni fiscali e dei contribuenti in merito ai prezzi di trasferimento. Il principio di libera concorrenza, applicato all’attribuzione di utili di organizzazioni stabili al fine della determinazione dei diritti d’imposta di uno stato ospitante in virtù di un trattato in materia fiscale, è stato oggetto di una Raccomandazione del Consiglio dell’OCSE adottata nel 2008 (Cap. XI - “Fiscalità” - paragrafo 105 dei “Commenti alla fiscalità” delle “OECD Guidelines for Multinational Enterprises” del 2011 nella traduzione in lingua italiana effettuata dal Ministero dello Sviluppo Economico).

“Le Direttive dell’OCSE sui prezzi di trasferimento concernono l’applicazione del principio di libera concorrenza nella determinazione dei prezzi di trasferimento delle imprese associate. Esse mirano ad aiutare le amministrazioni fiscali (tanto dei paesi aderenti all’OCSE quanto dei paesi non aderenti) e le Imprese Multinazionali, indicando soluzioni soddisfacenti per entrambi in caso di prezzi di trasferimento, così da ridurre le controversie tra le amministrazioni fiscali e tra queste e le Imprese Multinazionali ed evitare, in questo modo, costosi processi. Le Imprese Multinazionali sono invitate a conformarsi alle Direttive dell’OCSE in materia di prezzi di trasferimento, così come modificate e integrate⁷, affinché i loro prezzi di trasferimento rispettino il principio di libera concorrenza (Cap. XI - “Fiscalità” - paragrafo 106 dei “Commenti alla fiscalità” delle “OECD Guidelines for Multinational Enterprises” del 2011 nella traduzione in lingua italiana effettuata dal Ministero dello Sviluppo Economico).

⁷ Emergono, come conseguenza, su scala planetaria forme di evolucionismo competitivo che riguardano, da un lato, le imprese e, dall’altro, le autorità fiscali.

⁸ Per approfondimenti cfr. il capitolo 5 del presente Volume.

internazionale⁹, da comporre mediante modelli di cooperazione; dall'altro, per il superamento dei limiti posti dal carattere bilaterale delle relazioni interstatali (fondato sui trattati bilaterali contro le doppie imposizioni), attraverso la diffusione di accordi multilaterali;

- si inseriscono gli studi dell'OCSE in tema di “*base erosion and profit shifting*” (BEPS). Come evidenziato dal Rapporto “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*” (di seguito anche “*Rapporto BEPS*”) pubblicato dall'OCSE il 12 febbraio 2013¹⁰, il contemporaneo e legittimo esercizio della potestà impositiva di due Stati sul medesimo componente reddituale comporta problematiche di doppia imposizione¹¹, a cui le disposizioni convenzionali applicabili tendono a porre rimedio¹². Secondo quanto emerge dal Rapporto BEPS, le imprese multinazionali tendono a strutturarsi (ponendo in essere i cd. “*schemi di pianificazione fiscale aggressiva*”) in modo da ottimizzare il carico fiscale complessivo¹³, (i) riducendo l'imposizione sul reddito, (ii) sfruttando le distorsioni esistenti nei vari ordinamenti nazionali (al fine di beneficiare del cd. “*fenomeno della doppia non imposizione*”) ed (iii) evitando situazioni in cui andrebbero incontro ad eventuali rischi di doppia imposizione¹⁴.

⁹ Nell'esercizio della sovranità, ciascuno Stato rivendica la potestà impositiva con riferimento ad un *frammento* dell'economia globale: il Paese ove risiede la casa madre/*top holding* dei gruppi multinazionali mira a “*nazionalizzare*” tutti i flussi transnazionali, riconducendoli entro gli schemi di fattispecie tipiche.

¹⁰ Il Rapporto dell'OCSE “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*” ha evidenziato la preoccupazione dei Paesi membri OCSE, in relazione al fenomeno dell'erosione della base imponibile mediante il *profit shifting*. Gli Stati competono al fine di attrarre gli investimenti delle imprese multinazionali le quali implementano le loro strategie tentando di ottimizzare il carico impositivo. Il Rapporto BEPS precisa che “*(i) in practice any structure aimed at BEPS will need to incorporate a number of co-ordinated strategies, which often can be broken down into four elements: (i) minimisation of taxation in a foreign operating or source country (which is often a medium to high tax jurisdiction) either by shifting gross profits via trading structures or reducing net profit by maximizing deductions at the level of the payer, (ii) low or no withholding tax at source, (iii) low or no taxation at the level of the recipient (which can be achieved via low-tax jurisdictions, preferential regimes or hybrid mismatch arrangements) with entitlement to substantial non-routine profits often built up via intragroup arrangements, as well as (iv) no current taxation of the low-taxed profits (achieved via the first three steps) at the level of the ultimate parent. Further, effective cash repatriation strategies may be an issue where, for instance, dividends need to be funded and of course, permanent foreign reinvestment of low-taxed cash will be relevant to allow booking of a particular tax rate for EPS purposes*”.

¹¹ Il Rapporto BEPS è solo uno dei Rapporti dell'OCSE in tema di pianificazione fiscale aggressiva. In tale ambito, rilevano anche:

- il Rapporto “*Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure*”, pubblicato dall'OCSE nel mese di febbraio 2011;
- il Rapporto “*Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*”, pubblicato dall'OCSE nel mese di agosto 2011;
- il Rapporto “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*” del 5 marzo 2012;
- il Rapporto “*Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*” del 13 marzo 2013.

¹² Per approfondimenti cfr. il capitolo 7 del presente Volume.

¹³ La visione fiscale strategica di impresa si fonda su presupposti globali, elaborati su una concezione dinamica del tempo, mentre la politica fiscale nei gruppi di imprese è concepita secondo una visione sovranazionale, diretta a soddisfare interessi ulteriori rispetto a quelli delle singole entità giuridico-economiche che compongono il gruppo. La pianificazione fiscale strategica si colloca al di sopra della pianificazione della fiscalità-Paese, la cui minimizzazione non è decisa solo a livello locale, ma indipendentemente e al di fuori dei singoli Stati in cui opera. Per ulteriori approfondimenti, cfr. Valente P., *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., p. 16 ss..

¹⁴ Nell'ambito dell'elaborazione di strategie d'impresa assume particolare rilevanza l'ottimizzazione dell'onere che deriva dall'obbligo d'imposta. Le strategie di pianificazione fiscale mirano a ridurre l'onere tributario e, allo

(segue)

Il Rapporto BEPS mostra inoltre come i citati “*schemi di pianificazione fiscale aggressiva*” risultino, in molti casi, formalmente non in contrasto con alcuna disposizione legislativa, bensì contrari ad un indefinito “*spirit of the law*”¹⁵. Ciononostante, in ragione delle conseguenze che comportano in termini di erosione della base imponibile degli Stati, essi richiedono un’azione di contrasto coordinata a livello della comunità internazionale¹⁶;

- rappresenta uno dei temi di maggior criticità (e interesse) a livello internazionale l’individuazione dei requisiti necessari per identificare nel territorio di uno Stato¹⁷ una stabile organizzazione¹⁸ di un soggetto non residente (e dei principi fiscali necessari per attribuire i profitti a tale stabile organizzazione).

stesso tempo, in un’ottica più generale, ad incrementare la flessibilità della struttura di gruppo, al fine di renderla capace di adeguarsi repentinamente ai mutamenti legislativi e di minimizzare l’impatto, su tale struttura, delle restrizioni normative di qualsiasi genere. Diviene, dunque, comprensibile l’esigenza di gestire la variabile fiscale in maniera tale da allineare le scelte operate in sede di pianificazione fiscale internazionale alle strategie aziendali perseguite. Inoltre, la strategia fiscale è di grande attualità, essendo significativamente influenzata dalla concorrenza fra Stati in campo tributario, nella misura in cui questi introducano disposizioni che conducono ad un maggior risparmio fiscale. A questo riguardo, occorre rilevare che la strenua difesa della potestà impositiva operata dagli Stati negli ultimi cinquant’anni ha condotto a forti disparità fra i vari sistemi. Numerosi Paesi hanno strutturato il proprio ordinamento tributario in maniera privilegiata per gli investitori stranieri, non applicando imposte sul reddito, ovvero prevedendo aliquote molto basse e/o modalità particolari d’imposizione.

Tra le espressioni coniate per rappresentare il fenomeno della competizione fiscale e della ricerca di competitività, due in particolare si distinguono per forza espressiva: “*bidding for firms*” e “*fisco à la carte*”. Entrambe presuppongono l’indipendenza della sfera economica dallo spazio giuridico nazionale e connotano la (conseguente) presa d’atto, rispettivamente da parte degli Stati e dei contribuenti, della crescente attitudine della variabile fiscale a condizionare comportamenti e azioni in ambito transnazionale. Cfr. Valente P., “E il fisco taglia le aliquote”, in *IlSole24Ore* del 8 settembre 2003, p. 10; Valente P., *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., p. 47 ss..

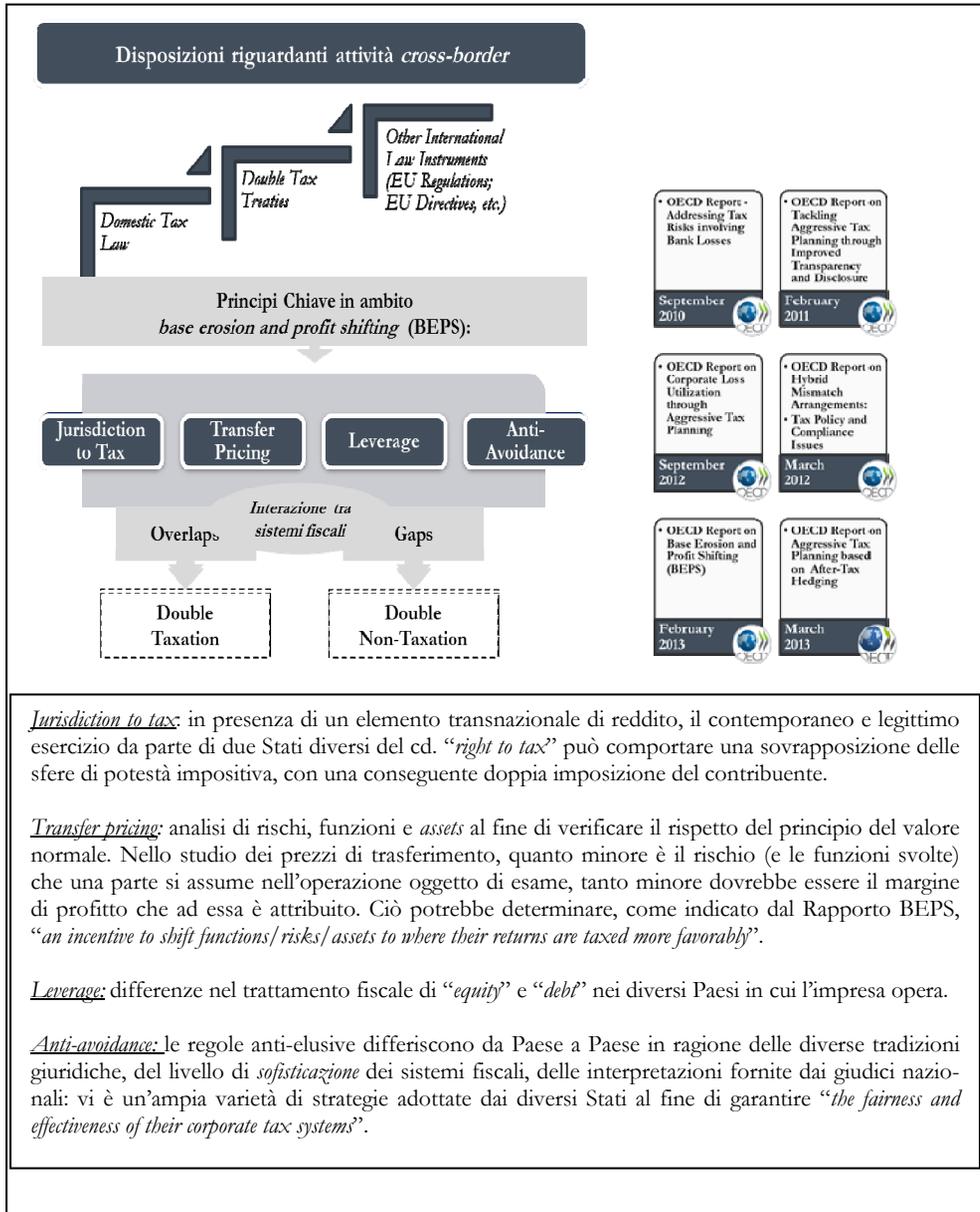
¹⁵ Il paragrafo 100 delle “*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*” del 2011 (nella traduzione in lingua italiana effettuata dal Ministero dello Sviluppo Economico) definisce il concetto di “*spirit of law*”:

“*Un comportamento responsabile nel campo fiscale implica che le imprese rispettino sia la lettera sia lo spirito delle leggi e dei regolamenti fiscali di tutti i paesi nei quali esercitano le proprie attività, cooperino con le autorità e mettano a loro disposizione le informazioni necessarie o richieste per legge. Un’impresa si comporta in conformità con lo spirito delle leggi e dei regolamenti fiscali se adotta misure ragionevoli per determinare quale sia l’intenzione del legislatore e interpreta le norme fiscali in coerenza con tale intenzione, alla luce del dato testuale e della giurisprudenza contemporanea rilevante. Le transazioni non dovrebbero essere strutturate in modo da determinare dei risultati fiscali incompatibili con le conseguenze economiche delle transazioni stesse, salvo che esista una normativa specifica destinata a produrre tale risultato. In tal caso, l’impresa dovrebbe ragionevolmente ritenere che la transazione sia strutturata in modo da generare per l’impresa stessa oneri fiscali non contrari alle intenzioni del legislatore*”. Per ulteriori approfondimenti sul tema, cfr. Valente P., *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., p. 69 ss.; Valente P., “Linee Guida OCSE sulle multinazionali: «tax compliance» e rispetto dello spirito della legge”, in *Corriere Tributario*, n. 41/2011. Inoltre, gli adempimenti fiscali implicano “*che si cooperi con le autorità fiscali, mettendo a loro disposizione le informazioni necessarie per assicurare un’applicazione efficace ed equa delle leggi fiscali. Tale cooperazione comporterebbe che si risponda in maniera tempestiva e completa alle richieste di informazioni avanzate dalle autorità competenti in virtù di trattati fiscali o di accordi per lo scambio di informazioni. Tuttavia, tale onere informativo non è senza limiti. In particolare, le Linee Guida definiscono un legame tra le informazioni che dovrebbero essere fornite e la loro pertinenza con le norme fiscali applicabili. Si risponde così all’esigenza di contemperare i vincoli imposti alle attività dell’impresa dalle norme fiscali applicabili e all’esigenza delle autorità fiscali di disporre di informazioni complete, tempestive ed esatte onde applicare le norme fiscali di propria competenza*” (Cap. XI - “*Fiscalità*” - paragrafo 101 dei “*Comments alla fiscalità*” delle “*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*” del 2011 nella traduzione in lingua italiana effettuata dal Ministero dello Sviluppo Economico).

¹⁶ Per approfondimenti cfr. il capitolo 7 del presente Volume.

¹⁷ Per gli Stati, la dimensione globale dei mercati è fonte di erosione della sovranità nazionale e del sostanziale inasprimento della concorrenza fiscale: tali fenomeni richiedono la definizione di regole concorrenziali e di ben precisi limiti alla conduzione delle politiche economiche. Così Valente P., *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., p. 27 ss.

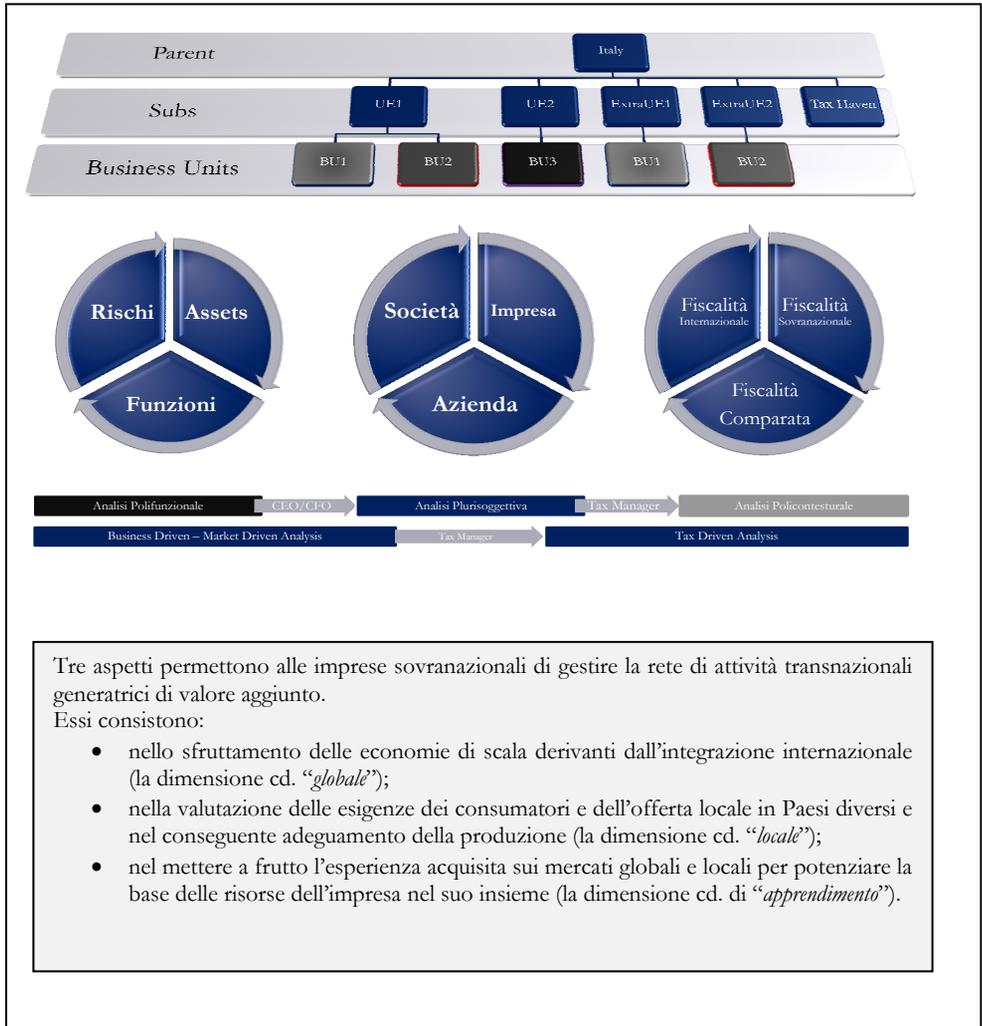
Tavola 1 - Rapporto BEPS – Principi-chiave



¹⁸ In generale, in tema di stabile organizzazione, cfr. Valente P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., p. 244 ss..

I Il concetto di “stabile organizzazione occulta”

Tavola 2 - Multinazionalità: strategie aziendali, societarie e fiscali



I.2 IL CONCETTO DI “STABILE ORGANIZZAZIONE OCCULTA”

Il concetto di “*stabile organizzazione occulta*” non trova origine nella legislazione tributaria vigente (nazionale¹⁹, internazionale o comunitaria) né nella prassi amministrativa nazionale. Esso si è formato nel corso di verifiche fiscali in capo a società italiane appartenenti a gruppi multinazionali e che si caratterizzano come entità giuridiche formalmente indipendenti.

Il primario fondamento del concetto è rinvenibile nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, nel caso Philip Morris²⁰, sia ai fini delle imposte sul reddito che ai fini IVA.

La nozione di “*stabile organizzazione occulta*” fa riferimento ad una sede fissa di affari in cui un’impresa estera esercita, in tutto o in parte, la sua attività, in forma consapevole o inconsapevole – attraverso una organizzazione di uomini e mezzi ovvero per il tramite di un soggetto il quale agisce in qualità di agente dipendente/indipendente – senza tuttavia dichiarare, all’autorità fiscale del Paese in cui è localizzata, i relativi proventi dalla stessa generati e ad essa direttamente imputabili.

Alla nozione di “*stabile organizzazione occulta*” (di tipo “*materiale*” ovvero “*personale*”) si riferiscono una pluralità di fattispecie, celate, occultate o dissimulate, comunque non dichiarate, rinvenibili in base ad un procedimento logico-deduttivo basato su indicatori riscontrabili ed elementi rilevati nel corso di una verifica fiscale da parte dell’autorità competente²¹.

Nella prassi, è frequente che la questione della “*stabile organizzazione occulta*” venga sollevata con riguardo ad una società italiana “*formalmente autonoma*”, sebbene legata a soggetti esteri da rapporti di controllo, ovvero con riguardo a rami d’azienda di questa. Meno frequentemente, la questione viene in considerazione nel caso (opposto) di enti privi di personalità giuridica, che si qualificano come mere promanazioni sul territorio nazionale del soggetto estero, a seguito dell’attività dagli stessi condotta.

Alcune criticità possono manifestarsi, innanzitutto, con riferimento all’effettiva indipendenza del soggetto che svolge attività in Italia rispetto all’impresa non residente, e, in secondo luogo, con riguardo alla circostanza che il soggetto medesimo agisca o meno nell’ambito della propria “*ordinaria attività*”. In siffatte circostanze, la “*stabile organizzazione occulta*”, laddove ne sia supposta/accertata l’esistenza, si configura, in genere, quale *branch* riconducibile alla fattispecie dell’agente dipendente (“*stabile organizzazione personale*”)²².

¹⁹ Cfr., in particolare, l’art. 162 del TUIR.

²⁰ La Corte di Cassazione, in particolare, ha concentrato l’attenzione sulla situazione di alcune società italiane, appartenenti a gruppi multinazionali. Al riguardo, la Suprema Corte ha evidenziato la possibilità che le medesime società assumano il ruolo di “*stabile organizzazione plurima*” di società estere appartenenti allo stesso gruppo e “*perseguenti una strategia unitaria*”. Per approfondimenti sulla giurisprudenza italiana in materia di stabile organizzazione occulta ed in particolare sul caso Philip Morris, cfr. il capitolo 3 del presente Volume. Cfr. inoltre, Valente P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., p. 267 ss..

²¹ Sulla “*stabile organizzazione occulta*”, anche “*plurima*” di cui al caso Philip Morris, cfr. il capitolo 3 del presente Volume, nonché Valente P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., p. 267 ss..

²² Per approfondimenti sulla “*stabile organizzazione personale*” cfr. il capitolo 2 del presente Volume.

La nozione di “*stabile organizzazione occulta*” fa altresì riferimento all’ipotesi in cui un soggetto agisce “*formalmente*” in qualità di “*agente indipendente*”, il quale, tuttavia, di fatto, non soddisfa i requisiti dell’“*indipendenza giuridica ed economica*” (agente dipendente cd. “*di fatto*”).

Ulteriori criticità possono insorgere con riferimento al carattere effettivamente “*preparatorio o ausiliario*” dell’attività svolta dall’impresa italiana rispetto a quella propria del soggetto estero. L’eventuale riqualificazione della prima quale stabile organizzazione in Italia del soggetto estero viene, in tal caso, effettuata ai sensi delle disposizioni che individuano le “*stabili organizzazioni materiali*” (cfr. in particolare, l’art. 5, par. 1 del Modello OCSE)²³.

Nella pratica si ha spesso riguardo, indifferentemente, all’uno o all’altro dei suindicati criteri, eventualmente anche in concorso tra loro.

Nella valutazione in ordine alla sussistenza o meno di una stabile organizzazione, è necessario, innanzitutto, tenere conto del fatto che, come rilevato dal paragrafo 7 dell’art. 5 del Modello OCSE, “*il fatto che una società residente in uno Stato contraente controlli una società residente dell’altro Stato contraente [ad esempio, l’Italia] o sia da questa controllata, ovvero svolga attività economica 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*”.

In sintesi, e in linea di principio, una società italiana, la quale è controllata da una società estera (ad esempio, una *holding*), non è (e non può essere ritenuta) di per se stessa una stabile organizzazione (anche occulta) di quest’ultima entità giuridica.

Fermo restando il suindicato principio, il quale trova espresso fondamento giuridico nel paragrafo 7 dell’art. 5 del Modello OCSE, si rileva che in genere – e in concreto – possono configurarsi le seguenti cinque principali fattispecie:

- 1) una società italiana è legata da rapporti di controllo ad una società estera (cd. “*holding*”): la società italiana può qualificarsi come “*stabile organizzazione occulta*” (i.e., “*stabile organizzazione materiale*”) della *holding* estera, ai fini delle imposte sul reddito. La riqualificazione quale “*stabile organizzazione occulta (materiale)*” può derivare, principalmente, dalla considerazione secondo la quale il *business* effettuato dalla società italiana (i.e., la sede fissa di affari) – la quale, ai sensi del paragrafo 7 dell’art. 5 del Modello OCSE, non realizza di per se stessa una stabile organizzazione – può consistere, in ragione dell’*ordinary business* e delle modalità di svolgimento dello stesso, in attività d’impresa per conto della casa madre;
- 2) una società italiana è legata da rapporti di controllo ad una società estera (cd. “*holding*”): la società italiana – la quale, ai sensi del paragrafo 7 dell’art. 5 del Modello OCSE, non costituisce di per se stessa stabile organizzazione – può qualificarsi, in ragione dell’attività svolta e delle modalità di svolgimento della stessa, come “*agente dipendente*” (ai sensi dell’art. 5, par. 5 del Modello OCSE) della *holding* estera. In tal caso, è “*stabile organizzazione occulta*” in Italia della so-

²³ Per approfondimenti sulla “*stabile organizzazione materiale*” cfr. il capitolo 2 del presente Volume.

- cietà estera (*holding*), ai fini delle imposte sul reddito, la “*stabile organizzazione personale*”;
- 3) una società italiana è legata da rapporti di controllo ad una società estera (cd. “*holding*”): uno dei rami d’azienda della società italiana, in ragione dell’attività svolta e delle modalità di svolgimento della stessa (da parte del ramo d’azienda), può qualificarsi come “*stabile organizzazione occulta*” (“*materiale*” o “*personale*”) della *holding* estera, ai fini delle imposte sul reddito;
 - 4) una società estera possiede in Italia un Ufficio di rappresentanza: quest’ultimo, in ragione dell’attività svolta e delle modalità di svolgimento della stessa, può qualificarsi come “*stabile organizzazione occulta*” della società estera, ai fini delle imposte sul reddito;
 - 5) una società estera non possiede in Italia né una partecipazione in una società residente – la quale, ai sensi del paragrafo 7 dell’art. 5 del Modello OCSE, non costituisce di per se stessa stabile organizzazione – né un Ufficio di rappresentanza, ma svolge comunque “*in incognito*” (e per lo più consapevolmente) attività d’impresa attraverso uomini e mezzi che, collettivamente considerati, configurano “*stabile organizzazione occulta*”.

Con l’obiettivo di determinare se l’attività eventualmente svolta dalla società italiana (o da un suo ramo d’azienda) o dall’Ufficio di rappresentanza a vantaggio del soggetto non residente possa portare alla sua qualificazione quale “*stabile organizzazione occulta*” (“*materiale*” o “*personale*”) di quest’ultimo, occorre ricostruire unitariamente tale attività e le sue modalità di svolgimento, e affermarne (o escluderne) il carattere “*ausiliario e preparatorio*” o i requisiti che potrebbero portare alla conclusione in ordine alla sussistenza della “*stabile organizzazione personale*”, mediante un riferimento al programma del gruppo multinazionale, unitariamente considerato.

Rileva altresì il fatto che la società estera disponga, presso la società italiana, di una struttura/organizzazione di uomini e mezzi per lo svolgimento dell’attività in nome e per conto, e sotto le sue direttive. È evidente che la presenza di personale – il quale svolge attività in nome e per conto della casa madre estera, che a sua volta fornisce direttive dettagliate e non svolge, piuttosto, una mera attività di direzione e coordinamento²⁴ – può essere considerata indicativa della sussistenza, in Italia, di una “*stabile organizzazione personale (occulta)*”.

Tra i criteri che consentono di individuare una “*stabile organizzazione occulta*” con riferimento alle principali cinque suindicate fattispecie (i.e., nell’ambito di una società che, benché sia legata ad altre del medesimo gruppo, risulta “*formalmente*” indipendente), si citano:

- la carenza di un’autentica separazione (*inconsapevole* o *consapevole*) – sotto il profilo dei soggetti cui è demandata la gestione dell’attività e lo svolgimento delle funzioni – fra la società italiana e l’impresa estera;

²⁴ Per approfondimenti sull’attività di direzione e coordinamento cfr. Valente P., *Esterovestizione e Residenza*, Ipsoa, 2013, p. 45 ss..

- la sussistenza di un rapporto di sostanziale (per quanto non formale) subordinazione (*inconsapevole* o *consapevole*) del personale dirigente della società italiana ai vertici del soggetto estero;
- la circostanza che il soggetto italiano svolga attività (*volontariamente* o *involontariamente*) a favore di una o più società estere del gruppo, in assenza di corrispettivo;
- la sussistenza di specifici accordi, aventi ad oggetto la preventiva determinazione della regolamentazione economica delle transazioni concluse tra la società residente italiana e il soggetto non residente;
- la partecipazione del soggetto italiano ad una o più delle fasi necessarie alla stipula di contratti in nome e per conto dell'impresa estera, eventualmente anche in assenza, in capo al primo, del potere di negoziare i termini del contratto;
- la circostanza per cui le entità coinvolte si avvalgono (*consapevolmente* o *inconsapevolmente*), ad esempio, dei medesimi strumenti informativi²⁵.

La sussistenza di uno o più dei criteri sopra illustrati si può desumere, in concreto, dall'analisi dei contratti stipulati dalla controllata italiana, al di fuori dei limiti della sua “ordinaria attività” e, in generale, dalle dichiarazioni, scritte o verbali a contenuto confessorio (corrispondenza, anche informatica, fra soggetti di entrambe le società, accordi anche informali conclusi tra le stesse, consulenze di vario genere rese da professionisti), rinvenute o rilasciate durante la verifica da parte delle autorità ispettive.

Non meno rilevante è la circostanza per cui la scelta effettuata dal soggetto estero di non disporre di una stabile organizzazione in Italia (“*stabile organizzazione non dichiarata*”) abbia complessivamente comportato o meno un vantaggio dal punto di vista fiscale in quanto, ad esempio, la società estera è residente in una giurisdizione fiscale caratterizzata da una minore imposizione fiscale, o, comunque, si trova a sopportare un onere inferiore a quello cui i relativi redditi sarebbero sottoposti in Italia. Di prassi tale criterio può contribuire ad orientare il convincimento in materia da parte degli organi preposti all'accertamento.

²⁵ Sul punto cfr. più nel dettaglio il caso Philip Morris, di cui al capitolo 3 del presente Volume.

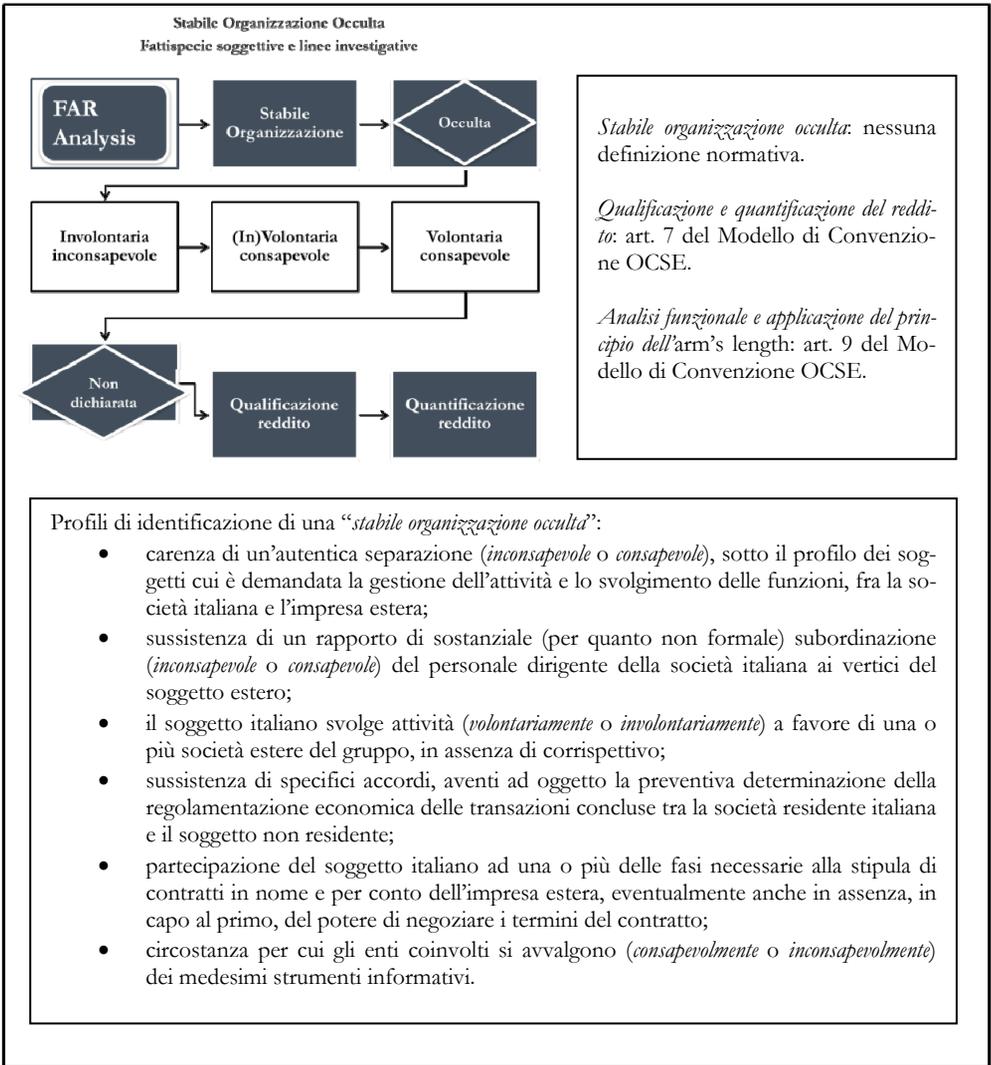
Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche

Tavola 3 - Stabile organizzazione occulta: ipotesi di configurazione

“Stabile organizzazione occulta” Ipotesi di configurazione	
<ul style="list-style-type: none">una società italiana è legata da rapporti di controllo ad una società estera (cd. “holding”): la società italiana può qualificarsi come “<i>stabile organizzazione occulta</i>” (“<i>stabile organizzazione materiale</i>”) della <i>holding</i> estera, ai fini delle imposte sul reddito.	Società italiana controllata da <i>holding</i> estera
<ul style="list-style-type: none">una società italiana è legata da rapporti di controllo ad una società estera (cd. “holding”): la società italiana può qualificarsi, in ragione dell’attività svolta e delle modalità di svolgimento della stessa, come “<i>agente dipendente</i>” (ai sensi dell’art. 5 del Modello OCSE) della <i>holding</i> estera: la “<i>stabile organizzazione personale</i>” in Italia della società estera (<i>holding</i>) si configura quale “<i>stabile organizzazione occulta</i>”, ai fini delle imposte sul reddito.	Società italiana controllata da <i>holding</i> estera (“ <i>agente dipendente</i> ”)
<ul style="list-style-type: none">una società italiana è legata da rapporti di controllo ad una società estera (cd. “holding”): uno dei rami d’azienda della società italiana, in ragione dell’attività svolta e delle modalità di svolgimento della stessa (da parte del ramo d’azienda), può qualificarsi come “<i>stabile organizzazione occulta</i>” della <i>holding</i> estera, ai fini delle imposte sul reddito.	Ramo d’azienda di società italiana controllata da <i>holding</i> estera
<ul style="list-style-type: none">una società estera possiede in Italia un Ufficio di rappresentanza: quest’ultimo, in ragione dell’attività svolta e delle modalità di svolgimento della stessa, può qualificarsi come “<i>stabile organizzazione occulta</i>” della società estera, ai fini delle imposte sul reddito.	Ufficio di rappresentanza di società estera
<ul style="list-style-type: none">una società estera non ha una partecipazione in una società residente né un Ufficio di rappresentanza: nell’ipotesi di esercizio di attività d’impresa “<i>in incognito</i>” attraverso una organizzazione di uomini e mezzi, può configurarsi una “<i>stabile organizzazione occulta</i>” della società estera, ai fini delle imposte sul reddito.	Assenza di partecipazione e di Ufficio di rappresentanza di società estere

I Il concetto di “stabile organizzazione occulta”

Tavola 4 - Stabile organizzazione occulta – Fattispecie soggettive e linee investigative



Una volta identificata in Italia la “*stabile organizzazione occulta*” del soggetto estero, ai fini della qualificazione e della quantificazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione – in conformità con quanto previsto dalle disposizioni convenzionali applicabili (in particolare, l’art. 7 del Modello OCSE) e dalla normativa interna – si procede alla individuazione del reddito sottratto a tassazione per il tramite della determinazione del valore normale del margine di profitto conseguito da soggetti, terzi indipendenti, che operano in situazioni analoghe o simili e, quindi, attraverso il riconoscimento di una “*percentuale*” di costi ritenuta, per effetto della normativa in materia di *transfer pricing*²⁶, congrua.

Ai fini della corretta quantificazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione (e, pertanto, da assoggettare a tassazione), si fa riferimento al principio internazionale dell’*arm’s length*²⁷ e, dal punto di vista metodologico, alle disposizioni di cui all’art. 7 del Modello OCSE²⁸.

²⁶ Per ulteriori approfondimenti in materia di prezzi di trasferimento, cfr. Valente P., *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit..

²⁷ Con riferimento al principio dell’*arm’s length*, l’art. 9 del Modello di Convenzione OCSE dispone che:

“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 all’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 ulteriori approfondimenti, cfr. Valente P., *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., p. 1523 ss.; Valente P., Della Rovere A., Schipani P., *Analisi di comparabilità nel transfer pricing: metodologie applicative*, Ipsoa, 2013, p. 10 ss..

²⁸ Per approfondimenti sull’attribuzione del reddito alla stabile organizzazione cfr. il capitolo 7 del presente Volume.

Tavola 5 - *Arm's length principle* e quantificazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione

L'OCSE riconosce all'*arm's length principle* il ruolo di *standard* internazionale.

Gli utili delle società appartenenti ad un gruppo multinazionale sono determinati secondo la legislazione dello Stato di residenza: questa considerazione implica che “*per gli Stati non è in effetti indifferente il modo con cui si determinano e vengono ripartiti tra le consociate i redditi di pertinenza del gruppo multinazionale, giacché ciascuno Stato ha appunto l'interesse a che le basi imponibili non vengano depauperate da operazioni intragruppo opportunamente congegnate (...)*”.

La diversità nei criteri per la determinazione degli utili può comportare l'emersione di operazioni volte a spostare materia imponibile verso Paesi a fiscalità privilegiata. A ciò si aggiunge anche la difficoltà di determinare il corretto prezzo di trasferimento di beni (soprattutto immateriali) e il fatto “*che le imprese associate possono avviare transazioni che le imprese indipendenti non sarebbero in grado di realizzare. Tali transazioni non vengono necessariamente poste in essere per motivi di elusione fiscale ma possono aver luogo poiché, nel corso delle transazioni, i membri di una multinazionale affrontano delle circostanze commerciali differenti rispetto a quelle che avrebbero affrontato le imprese indipendenti (...)*”²⁹.

Il fenomeno delle operazioni *intercompany* poste in essere con l'unico obiettivo di trasferire utili in Stati con aliquote più favorevoli all'interno dell'OCSE è supportato da un'evidenza empirica che dimostra come l'incremento di un solo punto percentuale dell'aliquota comporta (per effetto della “*fuga*” di materia imponibile) una riduzione del 3 per cento delle entrate erariali³⁰.

L'applicazione del *formula apportionment* rispetto all'*arm's length principle* si fonda sul principio secondo il quale le transazioni tra le diverse società del gruppo sono così integrate da non poter essere valutate su base separata e, conseguentemente, appare non agevole individuare con precisione il contributo apportato da ciascuna entità all'utile di gruppo.

Se, da un lato, l'adozione di una formula predeterminata comporterebbe il venir meno di operazioni volte a spostare gli utili, dall'altro, sorgerebbero inevitabili problemi legati alla doppia imposizione e controversie tra gli Stati in ordine alla rilevanza dei fattori da includere nella formula al fine di massimizzare le entrate.

A tutto ciò si deve aggiungere che “*le formule predeterminate sono arbitrarie e non tengono in considerazione le condizioni di mercato, le particolari situazioni delle imprese individuali e la specifica ripartizione delle risorse operate dal management, attuando in tal modo una distribuzione degli utili che può non avere alcuna valida relazione con le circostanze specifiche in cui si è svolta la transazione (...)*”³¹.

²⁹ OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi 2010, Capitolo I, §1.10.

³⁰ Si rimanda a questo proposito a Bartelsman E.J., Beetsma R.M.W.J., *Why pay more? Corporate tax avoidance through transfer pricing in OECD countries*, Working paper n. 324, August 2000, consultabile al sito <http://www.cesifo.de>.

³¹ OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.*, Capitolo I, § 3.67.

I.3 QUALIFICAZIONE DELLA STABILE ORGANIZZAZIONE E QUANTIFICAZIONE DEL REDDITO: CENNI

Una volta qualificata la stabile organizzazione sul territorio nazionale è necessario procedere alla quantificazione del reddito da attribuirle, nel rispetto del principio dell'*arm's length*³², e alla conseguente imposizione³³.

Il "2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments" (di seguito, "Rapporto OCSE sulle stabili organizzazioni") contiene le linee guida interpretative dell'art. 7 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni (e relativo Commentario) e non influisce sui criteri di individuazione della stabile organizzazione dettati dall'art. 5 del medesimo 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.

L'approccio seguito dall'OCSE ai fini della determinazione del reddito della stabile organizzazione è quello del cd. "*functional separate entity approach*"³⁴, il quale tratta la stabile organizzazione come un'entità separata e attribuisce ad essa i redditi sulla base delle funzioni svolte, dei rischi assunti e degli *assets* (analisi funzionale) utilizzati nell'espletamento delle rispettive attività³⁵.

³² "(...) the present authorized OECD approach is that a permanent establishment should be treated as a functionally separate entity - a legally distinct and separate enterprise - and its profits determined by arm's-length pricing with other parts of the same legal enterprise, based on the assets used, risks assumed, and activities of the permanent establishment" (cfr. Taylor W. B., Davies V. L., McCart J., "Policy Forum: A Subsidiary as a Permanent Establishment of Its Parent", in *Canadian Tax Journal/Revue Fiscale Canadienne*, 2007, Vol. 55, No. 2, p. 333 – 345).

³³ "There is considerable variation in the domestic laws of the Member countries regarding the taxation of PEs. Currently, there is also not a consensus amongst the Member countries as to the correct interpretation of Article 7. Indeed, the divergent interpretations as regards the meaning and application of Article 7 in some situations are reflected in the Commentary on the OECD Model Tax Convention («Model Commentary»). As pointed out by the business community, the lack of a common interpretation of Article 7 can lead to double taxation. The lack of consensus may also lead to less than single taxation. The development of global trading of financial products and electronic commerce has helped to focus attention on the current unsatisfactory situation. The Working Party No. 6 has given the Steering Group on the OECD Transfer Pricing Guidelines (the Steering Group) the initial task of making the situation more satisfactory for taxpayers and for tax administrations" (cfr. "OECD, Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment", 2010).

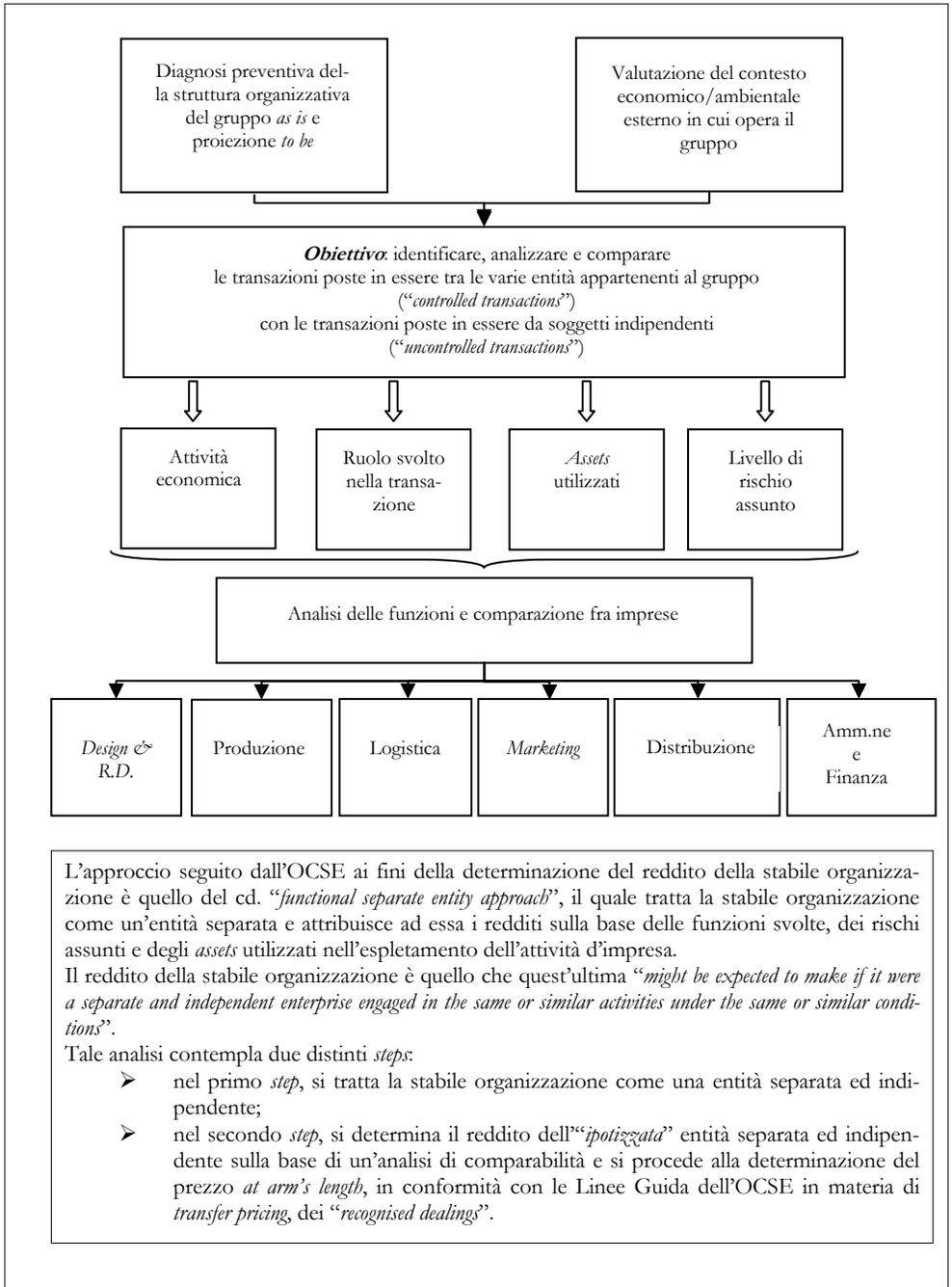
³⁴ Per ulteriori approfondimenti sul tema, cfr. il capitolo 7 del presente Volume.

³⁵ "This approach has its origins in the independent enterprise and separate accounting approach adopted by the League of Nations in 1932/33 and can be considered the statement of the arm's length principle in the context of PEs. Paragraph 11 of the Commentary on Article 7 indicates that this language corresponds to the arm's length principle discussed in the Commentary on Article 9. The Guidelines issued in 1995, contain a detailed analysis of how to apply the arm's length principle under Article 9 in the context of an MNE group. This guidance is more recent than the latest changes made to the Model Commentary concerning the application of the arm's length principle under Article 7".

Per ulteriori approfondimenti sull'analisi funzionale, cfr. Valente P., *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., p. 2745 ss.; Valente P., "L'analisi di funzioni, rischi e assets", in *Il fisco*, n. 25/2012. Per approfondimenti sul cd. "*functional separate entity approach*", cfr. il capitolo 7 del presente Volume.

I Il concetto di “stabile organizzazione occulta”

Tavola 6 - Analisi funzionale nella stabile organizzazione



I.4 STABILE ORGANIZZAZIONE, RISCHIO FISCALE E TAX RISK MANAGEMENT

La possibilità di emersione, in sede di verifica fiscale, di una “*stabile organizzazione occulta*” rappresenta un rischio (fiscale³⁶) che richiede un’adeguata considerazione in sede di definizione della strategia di un gruppo multinazionale.

La gestione del rischio fiscale richiede amministrazione e controllo delle aree di incertezza al fine di prevenire controversie con le autorità competenti dei Paesi in cui si svolge l’attività di *business*³⁷.

Una politica aziendale di gestione del rischio fiscale (cd. “*tax risk management*”³⁸) deve determinare il valore da raggiungere con l’assunzione del rischio e le risorse necessarie per la gestione delle opportunità e dei rischi sottostanti.

“Le imprese dovrebbero considerare il governo degli aspetti fiscali e la conformità alle norme relative come elementi importanti dei loro meccanismi di controllo e sistemi di gestione del rischio in senso lato. In particolare, i consigli di amministrazione dovrebbero adottare strategie per la gestione del rischio fiscale che permettano di assicurare che i rischi finanziari, legali e di reputazione associati alla fiscalità, siano del tutto identificati e valutati”³⁹.

In tal modo, il rischio fiscale dovrebbe essere gestito “*formalmente*” e “*informalmente*”. Il *tax risk management* “*formale*” richiede l’adozione di *policies*, protocolli e strumenti per l’accertamento del rischio, soggetti a controllo da parte dell’*audit* interno mediante l’uso di metodi collaudati. Il *tax risk management* “*informale*” rappresenta un’attività *routinaria* per molti gruppi di imprese. Il rischio fiscale è gestito “*informalmente*” quando la variabile fiscale è considerata on a *day-to-day basis*⁴⁰.

Il punto centrale di ciò che può definirsi “*good tax risk management*” è rappresentato dalle scelte decisionali di alto livello sulla “*posizione fiscale complessiva*” dell’impresa⁴¹.

³⁶ Il rischio fiscale (*tax risk*), nelle sue differenti manifestazioni, può impedire la piena realizzazione della strategia d’impresa. La strategia per la gestione del rischio fiscale deve tenere conto della capacità dell’impresa di assumere determinati livelli di rischio in circostanze diverse, preservando l’obiettivo della massimizzazione delle opportunità di *business*.

³⁷ Le imprese multinazionali si trovano, da un lato, a gestire la variabile fiscale al fine di risultare *compliant* con le diverse legislazioni nazionali in cui operano; dall’altro, pianificano il *business* tentando di ottimizzare il carico fiscale complessivo.

³⁸ Per ulteriori approfondimenti sul tema, cfr. Valente P., *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., p. 657 ss.

³⁹ Cap. XI (“*Fiscalità*”), paragrafo 2 delle “*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*” del 2011 (nella traduzione in lingua italiana effettuata dal Ministero dello Sviluppo Economico).

⁴⁰ In genere, il rischio fiscale non è preso in considerazione nelle decisioni di *business* quotidiane; la gestione del rischio fiscale è spesso attribuita al (e viene svolta nel) Paese in cui ha sede la casa-madre.

⁴¹ In tal senso è fondamentale il rispetto di “*forma*” e “*spirito*” della legge. “*Conformarsi allo spirito della legge significa capire e seguire le intenzioni del legislatore. Ciò non vuol dire che un’impresa debba pagare un importo superiore a quello previsto dalla legge. Tale conformità comporta, in particolare, la comunicazione tempestiva alle autorità competenti delle informazioni prescritte dalla legge o necessarie al fine di una corretta determinazione delle imposte da calcolare sulle attività dell’impresa e l’adeguamento delle pratiche sui prezzi di trasferimento al principio di libera concorrenza delle parti*” (Cap. XI - “*Fiscalità*” - paragrafo 1 delle “*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*” del 2011 nella traduzione in lingua italiana effettuata dal Ministero dello Sviluppo Economico).

I consolidati principi in materia di *corporate governance* prevedono che l'essenza del ruolo del consiglio di amministrazione è la *leadership* della società, nel contesto di un *framework* di controlli effettivi e prudenti. Il consiglio di amministrazione, di norma coinvolto nella verifica e gestione dei rischi finanziari, è sempre più consapevole dell'importanza che, per la società, assume la considerazione del rischio fiscale⁴². Esso è responsabile della gestione del rischio fiscale e di essa deve rendere conto a tutti gli *stakeholders*⁴³.

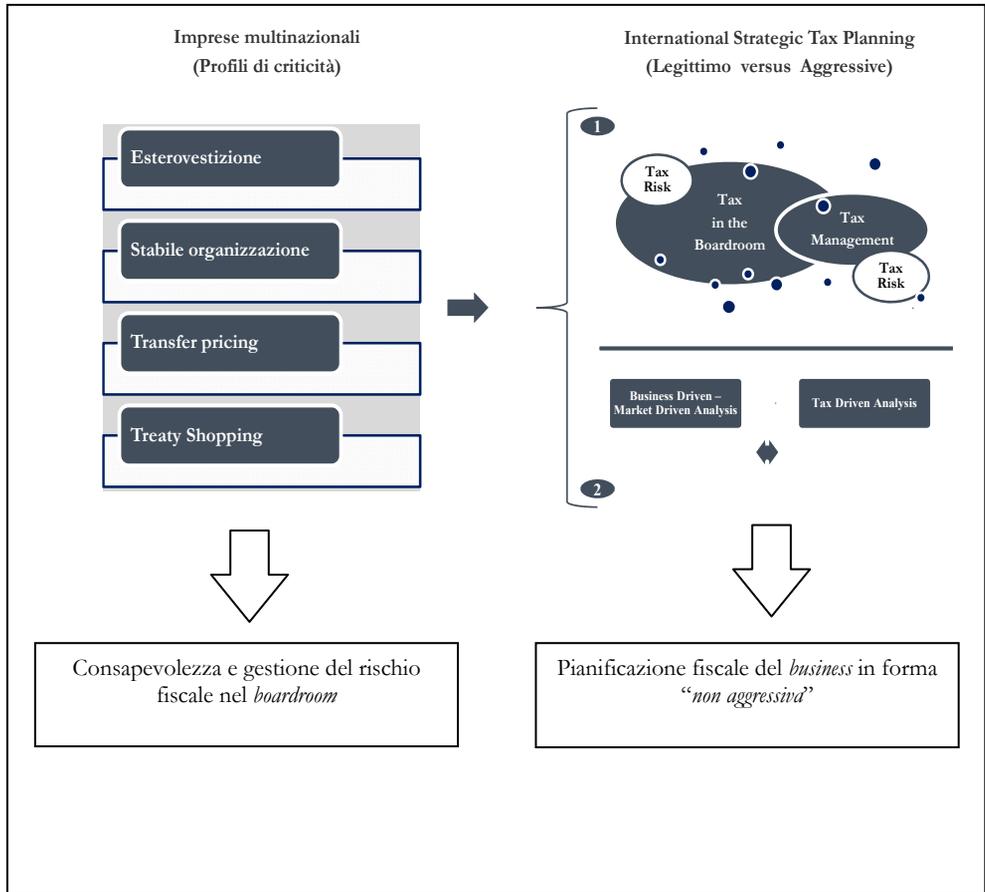
A prescindere dalla strategia fiscale adottata, il *tax risk* può essere adeguatamente gestito solo se vengono adottate ed implementate *tax policies* idonee, dirette ad individuare la strategia fiscale cd. “*di alto livello*” e i principi e le linee guida operative. Esse inoltre dovrebbero essere formalmente approvate dal consiglio di amministrazione, dopo che lo stesso si è interrogato sugli obblighi tributari della società (espliciti ed impliciti) e sull'adeguatezza delle modalità selezionate per il loro adempimento.

⁴² “Gli impegni delle imprese in materia di cooperazione, trasparenza e adempimenti fiscali dovrebbero riflettersi in sistemi, strutture e politiche per la gestione del rischio. Nel caso delle imprese legalmente costituite in forma di società, i consigli di amministrazione sono in grado di controllare il rischio fiscale in vari modi. Ad esempio, essi dovrebbero sviluppare proattivamente opportuni principi di politica fiscale, nonché istituire sistemi interni di controllo fiscale in modo che le azioni degli amministratori siano coerenti con il punto di vista del consiglio di amministrazione in merito. Il consiglio di amministrazione dovrebbe essere informato di tutti i potenziali rischi fiscali importanti e dovrebbero essere attribuite le responsabilità per l'esercizio delle funzioni di controllo fiscale interno e di rendicontazione al consiglio stesso. Una strategia globale di gestione del rischio, che comprenda gli aspetti fiscali, permette all'impresa non solo di esercitare la propria cittadinanza d'impresa ma anche di gestire il rischio in modo efficace, contribuendo ad evitare all'impresa gravi rischi finanziari, legali e di reputazione” (Cap. XI - “Fiscalità” - paragrafo 102 dei “Commenti alla fiscalità” delle “OECD Guidelines for Multinational Enterprises” del 2011 nella traduzione in lingua italiana effettuata dal Ministero dello Sviluppo Economico).

⁴³ Una volta individuata la “*posizione fiscale complessiva*” dell'impresa, il consiglio di amministrazione è tenuto a decidere la cd. “*strategia fiscale*” (“*strategy for tax*”). Una strategia fiscale improntata alla *tax compliance* può indurre il consiglio di amministrazione a sottolineare il “*contributo della società nei confronti dei Paesi in cui opera*”, accrescendo in tal modo la reputazione della medesima società quale “*corporate citizen*” socialmente responsabile (*corporate social responsibility*). Qualora, invece, la “*posizione fiscale complessiva*” sia più vicina al cd. “*dovere nei confronti degli azionisti*”, la variabile fiscale non è altro che un costo da gestire in maniera responsabile. In tale ipotesi, la scelta riguarda il livello di “*aggressività*” del consiglio di amministrazione e, conseguentemente, il livello di rischio accettabile.

Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche

Tavola 7 - Rischi fiscali dell'internazionalizzazione



I.5 ABSTRACT

The concept of “*hidden permanent establishment*” applies to situations when a permanent establishment is not easily identifiable, especially if, under a purely formal perspective, a permanent establishment should be excluded. Such is the case, for example, for Italian companies that are independent legal entities, as per the provision under Art. 5, Paragraph 7 of the OECD Model.

In practice, the “*hidden permanent establishment*” issue is often raised in connection with an Italian company that is “*formally autonomous*” even though it is linked to foreign entities by control relations, or in connection with one or more of its units. The issue is less frequently raised in the (opposite) case of entities that do not have legal personality and that qualify as mere extensions of the foreign entity on domestic territory.

Some critical issues concern the actual independence of the entity that carries out activities in Italy from the non-resident entity. Other issues regard whether the entity’s activities under examination are carried out as part of the “*ordinary activity*” of that company. Under those circumstances, the “*hidden permanent establishment*”, whenever its existence has been declared/ascertained, qualifies as an “*agent permanent establishment*”.

Whenever the existence of an organization of personnel and means is ascertained, the qualification of the Italian company as permanent establishment in Italy of the foreign entity is carried out in accordance with the provisions describing the so-called “*physical permanent establishments*” (see, in particular, Art. 5, par. 1 of the OECD Model).

In practice any of the above criteria, or any combination thereof, can be applied.

To determine whether the activity carried out by the Italian company (or one or more of its units), or by its Representative Office, for the benefit of the non-resident entity, may lead to its qualification as a “*hidden permanent establishment*”, it is necessary to reconstruct such activity and how it is carried out, with reference to the multinational Group’s programme considered as a whole.

It is also important to know if the foreign company has, at the Italian company premises, a structure/organization of personnel and means for carrying out such activity in its name, on its behalf and under its instructions (“*agent permanent establishment*”).

Once a “*hidden permanent establishment*” of the foreign entity in Italy is identified, for the purposes of the qualification and quantification of the income attributable to the permanent establishment – as per applicable treaty provisions (in particular, Art. 7 of the OECD Model) and domestic regulations– the income that was not previously taxed is calculated by determining the arm’s length value of the profit margins earned by third parties operating under similar conditions and, then, by allocating a “*percentage*” of costs deemed appropriate in accordance with transfer pricing regulations.

Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche

Table 8 - Hidden permanent establishment: configuration hypotheses

“Hidden Permanent Establishment” Configuration hypotheses	
<ul style="list-style-type: none"> an Italian company is linked by control relations to a foreign company (so-called “holding”): the Italian company can be deemed a “hidden permanent establishment” (“physical permanent establishment”) of the foreign holding for the purposes of income tax. 	Italian company controlled by a foreign holding
<ul style="list-style-type: none"> an Italian company is linked by control relations to a foreign company (so-called “holding”): the Italian company can be deemed, because of the activity it carries out and the ways how it does so, a “dependent agent” (pursuant to Art. 5 of the OECD Model) of the foreign holding; the “agent permanent establishment” in Italy of the foreign company (holding) qualifies as “hidden permanent establishment” for the purposes of income tax. 	Italian company controlled by a foreign holding (“dependent agent”)
<ul style="list-style-type: none"> an Italian company is linked by control relations to a foreign company (so-called “holding”): one of the units of the Italian company, because of the activity that the unit carries out and the ways how it does so, can be deemed a “hidden permanent establishment” of the foreign holding for the purposes of income tax. 	Unit of Italian company controlled by a foreign holding
<ul style="list-style-type: none"> a foreign company owns a Representative Office in Italy: because of the activity that it carries out and the ways how it does so, the Office can be deemed a “hidden permanent establishment” of the foreign holding for the purposes of income tax. 	Representative Office of foreign company
<ul style="list-style-type: none"> a foreign company does not hold a participation in a resident company, nor it owns a Representative Office in Italy: if a business activity is carried through an organization of personnel and means, a “hidden permanent establishment” of the foreign holding is deemed to exist, for the purposes of income tax. 	No existence of a Representative Office and of a participation

I.6 RIFERIMENTI

LEGISLAZIONE	
<ul style="list-style-type: none"> • D.P.R. n. 917/1986. 	

BIBLIOGRAFIA	
<ul style="list-style-type: none"> • ATO, <i>Review of Tax Arrangements Applying to Permanent Establishments Discussion Paper</i>, ottobre 2012. • Avery Jones J.F., Ward D.A., “Agent as permanent Establishments under the OECD Model Tax Convention”, in <i>European Taxation</i>, maggio 1993. • Avi-Yonah R.S., <i>International Tax as International Law. An Analysis of the International Tax Regime</i>, Cambridge University Press, September 2007. • Bennett M., Dunahoo C., “The Attribution of Profits to a Permanent Establishment: Issues and Recommendations”, in <i>Intertax</i>, 2005, Vol. 33, p. 51 - 67. • Bennett M., Russo R., “OECD Project on attribution of profits to permanent establishments: An update”, in <i>International Transfer Pricing Journal</i>, 2007, p. 279. • Brodzka A., Garufi S., “The Era of Exchange of Information and Fiscal Transparency: the Use of Soft Law Instruments and the Enhancement of Good Governance in Tax Matters”, in <i>European Taxation</i>, Vol. 52, No. 8, 2012. • Cockfield A. J., “Jurisdiction to Tax: A Law and Technology Perspective”, in <i>38 Ga. L. Rev.</i> 85, 2003-2004. • Cockfield A. J., <i>Examining Policy Options for the Taxation of Outbound Direct Investment</i>, Research Report Prepared for the Advisory Panel on Canada’s System of International Taxation, September 2008. • Davidson J.L., “Permanent establishments”, in <i>Tax Planning international</i>, 1979, p. 145 ss.. • Goradia S., <i>Business Connection and Permanent Establishment</i>, September 19-21, 2003. • Hoffart B., “Permanent Establishment in the Digital Age: Improving and Stimulating Debate Through an Access to Markets Proxy Approach”, in <i>Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property</i>, Vol. 6, Issue 1, 2007. 	<ul style="list-style-type: none"> • Huston J., Williams R.L., <i>Permanent establishments: a planning primer</i>, Kluwer Law International, 1993. • International Fiscal Association, LII Congresso Annuale, “The development in different countries of the concept of a permanent establishment”, in <i>Cabiers</i>, Vol. 52, 1967. • International Fiscal Association, LVIII Congresso Annuale, “The taxation of enterprise with permanent establishment abroad”, in <i>Cabiers</i>, Vol. 58a, 1973. • Kobetsky M., <i>International Taxation of Permanent Establishments: Principles and Policy</i>, Cambridge University Press, 2011. • Landau T. M., Doornbosch H., del Castillo N., “How to Minimize the Global PE Risk”, in <i>13 Int’l Tax Rev.</i> 50, 2002. • Le Gall J. P., “Can a Subsidiary Be a Permanent Establishment of Its Foreign Parent - Commentary on Article 5, Par. 7 of the OECD Model Tax Convention”, in <i>60 Tax L. Rev.</i> 179, 2006-2007. • Le Gall J. P., “The David R. Tillinghast Lecture. Can a Subsidiary Be a Permanent Establishment of its Foreign Parent? Commentary on Article 5, par. 7 of the OECD Model Tax Convention”, in <i>60 Tax L. Rev.</i> 179, Spring 2007. • OECD, <i>2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments</i>, 22 luglio 2010. • OECD, <i>Addressing Base Erosion and Profit Shifting</i>, 12 febbraio 2013. • OECD, <i>Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention</i>, 12 October 2011 to 10 February 2012. • OECD, <i>Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni</i>, luglio 2010. • OECD, <i>OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment)</i>, 19 ottobre 2012.

<ul style="list-style-type: none"> • OECD, <i>Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations</i>, 2010. • PricewaterhouseCoopers, <i>Transfer pricing perspectives. Re: solutions moving towards certainty</i>, 2009. • Rawal R., <i>Taxation of Permanent Establishments: An International Perspective</i>, Kluwer Law International, 2006. • Reimer E., Urban N., Schmid S., <i>Permanent establishments: a domestic taxation</i>, 2011. • Russo R., <i>The Attribution of Profits to Permanent Establishments: The Taxation of intra-company dealings</i>, IBFD, 2006. • Schön W., “International Tax Coordination for a Second-Best World (Part II)”, in <i>World Tax Journal</i>, February 2010. • Shaheen S., “OECD Report on Base Erosion and Profit Shifting mark new discussion of tax reform”, in <i>International Tax Review</i>, 12 febbraio 2013. • Taylor W. B., Davies V. L., McCart J., “Policy Forum: A Subsidiary as a Permanent Establishment of Its Parent”, in <i>Canadian Tax Journal/Revue Fiscale Canadienne</i>, 2007, Vol. 55, No. 2, p. 333-345. • Ting A., <i>The Taxation of Corporate Groups under Consolidation. An International Comparison</i>, Cambridge University Press, 2012. • Valente P., “Attribuzione del reddito alla stabile organizzazione Il Rapporto OCSE del 2010”, in <i>Il fisco</i>, n. 43/2010. • Valente P., “Cooperazione internazionale e principi comunitari in tema di lotta a frode fiscale, evasione e tax planning aggressivo”, in <i>Il fisco</i>, n. 47/2012. • Valente P., <i>Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni</i>, Ipsoa, 2012. • Valente P., <i>Esterovestizione e residenza</i>, Ipsoa, 2013. • Valente P., “Italian Taxation of Hidden Permanent Establishments”, in <i>Tax Notes International</i>, agosto 2012. • Valente P., “L’erosione della base imponibile e il profit shifting”, in <i>Il Quotidiano Ipsoa</i>, 18 febbraio 2013. 	<ul style="list-style-type: none"> • Valente P., “Linee Guida OCSE sulle multinazionali: «tax compliance» e rispetto dello spirito della legge”, in <i>Corriere Tributario</i>, n. 41/2011. • Valente P., <i>Manuale del Transfer Pricing</i>, Ipsoa, 2012. • Valente P., <i>Manuale di Governance Fiscale</i>, Ipsoa, 2011. • Valente P., “Tax governance e gestione del «compliance risk»”, in <i>Corriere Tributario</i>, n. 35/2011. • Valente P., “Tax planning aggressivo Il Rapporto OCSE «Addressing Base Erosion and Profit Shifting»”, in <i>Il fisco</i>, n. 12/2013. • Valente P., Alagna C., “Attenzione dell’OCSE puntata sulla «pianificazione fiscale aggressiva»”, in <i>Editoriale Eutekne</i>, 15 febbraio 2013. • Valente P., Alagna C., “Doppia non imposizione, i risultati della consultazione della Commissione UE”, in <i>Il Quotidiano Ipsoa</i>, 16 luglio 2012. • Valente P., Della Rovere A., Schipani P., <i>Analisi di comparabilità nel transfer pricing: metodologie applicative</i>, Ipsoa, 2013. • Valente P., Vincenti F., “Italy’s Measures Against Tax Evasion And Aggressive Tax Planning”, in <i>Tax Notes International</i>, 18 marzo 2013. • Van Raad K., <i>Non discrimination in international tax law</i>, Deventer, 1986, p. 125. • Vann R., “Tax Treaties: The Secret Agent’s Secrets, The University of Sydney”, in <i>Legal Studies Research Paper</i>, No. 06/05. • Wheeler J., “The attribution of income to a person for tax treaty purposes”, in <i>Bulletin for International Taxation</i>, 2005, p. 477-488. • Wilkie J. S., Wilson D., Rohrer W. D., Staab M. T., “International Taxation”, in <i>41 Int’l Law</i>. 581, 2007.
--	---

Capitolo II
**LA NOZIONE DI “STABILE
ORGANIZZAZIONE”¹**

¹ A cura di Luigi Vinciguerra. Tavole e *abstract* predisposti da Caterina Alagna e Filipa Correia.

II LA NOZIONE DI “STABILE ORGANIZZAZIONE”

Sommario: 2.1 Il concetto di stabile organizzazione: cenni introduttivi – 2.2 La stabile organizzazione nella normativa convenzionale: cenni – 2.3 La stabile organizzazione materiale – 2.3.1 La sede di affari – 2.3.2 La stabilità – 2.3.3 La strumentalità fra la stabile organizzazione e l'attività dell'impresa non residente – 2.3.4 L'idoneità produttiva – 2.4 Le esemplificazioni cd. “positive” – 2.4.1 La sede di direzione (cd. *place of management*) – 2.4.2 La succursale (*branch*) – 2.4.3 L'ufficio (*office*) – 2.5 Le esemplificazioni cd. “negative” – 2.6 La stabile organizzazione personale – 2.6.1 La fattispecie dell'agente dipendente – 2.6.2 L'agente indipendente – 2.7 Società controllate e stabile organizzazione – 2.8 La cd. stabile organizzazione “leggera” – 2.9 Le proposte di modifica al Commentario del 19 ottobre 2012 – 2.10 *Abstract* – 2.11 Riferimenti

2.1 IL CONCETTO DI STABILE ORGANIZZAZIONE: CENNI INTRODUTTIVI

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 canone di collegamento concerne, in particolare, il reddito prodotto dalle imprese non residenti in altro territorio.

La nozione di stabile organizzazione ha assunto una rilevanza centrale per il diritto tributario internazionale quale criterio di collegamento (una sorta di compromesso tra Stato della fonte e Stato della residenza per una reciproca ripartizione dei redditi d'impresa transnazionali) idoneo ad individuare il ragionevole livello di presenza assunto da un'impresa residente all'estero in un determinato Stato; ciò al fine di attribuire a quest'ultimo la legittima potestà impositiva sul reddito prodotto sul proprio territorio¹.

Da queste preliminari osservazioni si comprende perché la stabile organizzazione tuttora rappresenta una fattispecie in grado di concentrare l'attenzione degli operatori del settore (dottrina, giurisprudenza, Amministrazioni finanziarie) per taluni profili, precipuamente connessi alla sua concreta individuazione ed alla sua pretesa soggettività, al ruolo di localizzazione di (taluni) redditi e/o qualificazione del reddito (d'impresa) prodotto dal soggetto estero al quale essa fa capo, il cui precipitato operativo si manifesta in termini di determinazione dei redditi ad essa imputabili². Da sif-

¹ Per ulteriori approfondimenti in materia, cfr. Valente P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Ipsoa, 2012.

² Si fa riferimento alla questione meglio nota come “forza di attrazione” della stabile organizzazione, ovvero sia la semplice esistenza entro il territorio dello Stato di una unità qualificabile come stabile organizzazione determini che tutti, o parte, dei redditi ivi prodotti dal soggetto non residente, sia per il tramite della stabile organizzazione che indipendentemente da essa, possano considerarsi “localizzati” entro il territorio stesso ed ivi sottoposti all'ordinario regime impositivo parimenti contemplato per il reddito d'impresa conseguito da soggetti imprenditori residenti. In tale ambito, è possibile discernere due impostazioni di fondo: la cosiddetta forza di attrazione “piena” e quella “limitata”. Nella forza di attrazione “piena” viene valorizzato il fattore unificante della commercialità e della qualificazione del reddito d'impresa, pertanto tutti i redditi localizzati nel territorio sono

fatte potenziali criticità ermeneutiche è derivata, altresì, la necessità di adottare una regola condivisa riguardante l'istituto in esame in quanto, generalmente, la configurazione di una stabile organizzazione implica l'obbligo di dover ottemperare a tutte le norme in materia di imposte dirette ed indirette vigenti nello Stato della fonte, tra cui anche gli obblighi di natura contabile³ e quale sostituto d'imposta.

Da un punto di vista di carattere generale, non può sottacersi che i parametri adottati e, soprattutto, la definizione e l'interpretazione del concetto di stabile organizzazione hanno sinora contribuito al mantenimento dell'equilibrio nei flussi afferenti al prelievo d'imposta verso i singoli ordinamenti. La convalida dell'attuale definizione o l'adozione di una diversa qualificazione della stabile organizzazione possono, però, cagionare assai rilevanti modifiche alla stabilità e, soprattutto, all'entità delle movimentazioni, con conseguente rischio di violazione del principio di neutralità fiscale, cui si tenta di ispirare la soluzione dei problemi di fiscalità internazionale⁴.

2.2 LA STABILE ORGANIZZAZIONE NELLA NORMATIVA CONVENZIONALE: CENNI

Nella definizione di stabile organizzazione, l'art. 5 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni contempla una distinzione dicotomica; difatti:

ricondotti alla stabile organizzazione ivi presente e (sempre) qualificati reddito d'impresa. In altre parole, la presenza della stabile organizzazione "*condizionerebbe*" tutte le altre tipologie di redditi qualificandoli come reddito d'impresa. La forza di attrazione "*limitata*" distingue, invece, i redditi che derivino effettivamente o direttamente dall'esercizio delle attività considerate produttive di reddito d'impresa, e quei redditi che invece non presentano tali caratteristiche. Mentre per i primi si applicano le norme positive relative alla determinazione del reddito d'impresa, per quanto concerne i secondi, mancando una effettiva connessione con l'unità produttiva nel territorio dello Stato, essi rimangono soggetti al cd. "*trattamento isolato*". Pertanto, vengono imputati alla stabile organizzazione solo i redditi effettivamente connessi con la medesima, mentre gli altri redditi conservano la loro autonoma qualificazione. Per i fautori della forza di attrazione "*limitata*", la stabile organizzazione riqualifica quei redditi connessi all'esercizio di attività produttive di reddito esercitate dalla medesima in reddito d'impresa e lo localizza in Italia. Nel nostro ordinamento tributario, l'art. 152, comma 1, del TUIR norma il cd. principio di attrazione al reddito d'impresa, esteso alle società ed enti commerciali esteri analogamente a quello che accade per le entità collettive residenti. Pertanto, i proventi che per la loro qualificazione legislativa originaria apparterebbero ad altre categorie reddituali, confluiscono per tali soggetti, in ogni caso, nel reddito d'impresa "*sulla base di apposito conto economico relativo alla gestione delle stabili organizzazioni*". Il comma 2 dell'art. 152 del TUIR precisa che, in mancanza di stabile organizzazione, i redditi (a questo punto "*diversi*" dal reddito d'impresa, quali quelli fondiari, di capitale, diversi, ecc.) conseguiti dalla società estera vanno "*qualificati*" e "*determinati*" autonomamente, in armonia con la rispettiva categoria di appartenenza. Pertanto, eventuali redditi conseguiti al di fuori della stabile organizzazione non verrebbero attratti nella determinazione del reddito d'impresa. La dottrina, pur concordando circa l'esistenza della forza di attrazione nel nostro ordinamento, esprime posizioni disarmoniche sia nell'individuazione della relativa base giuridica che nella sussistenza della sua operatività "*piena*" o "*limitata*".

³ Il vigente Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni disegnato in sede OCSE contempla, all'art. 7, paragrafo 2, il principio direttivo sul quale si fonda l'attribuzione degli utili ad una stabile organizzazione.

⁴ In particolare, eventuali disarmonie ermeneutiche riguardanti la qualificazione di una entità quale la stabile organizzazione possono determinare conflitti tra Paesi fornitori di tecnologie (esportatori) e Paesi acquirenti le stesse (importatori). Difatti, i Paesi esportatori, avendo (generalmente) ispirato l'ordinamento al principio di tassazione del reddito mondiale, ove non si dovesse riconoscere la qualificazione di stabile organizzazione alla presenza delle imprese negli ambiti dei Paesi importatori, sarebbero i soli legittimati a prelevare il tributo sul reddito conseguente le transazioni.

- da un lato, individua la cd. “*stabile organizzazione materiale*”, disciplinata dai primi quattro paragrafi, che rappresenta il criterio generale;
- dall’altro, delinea i tratti caratterizzanti la stabile organizzazione “*personale*” (*agent clause*), di cui ai paragrafi 5 e 6⁵.

Il Commentario all’art. 5 del Modello OCSE stabilisce che le previsioni del citato art. 5, paragrafo 5, sono alternative⁶ rispetto alle disposizioni contenute nei primi quattro paragrafi della medesima disposizione; pertanto, vanno prese in esame solo qualora non possa essere configurata una stabile organizzazione “*materiale*”.

2.3 LA STABILE ORGANIZZAZIONE MATERIALE

L’art. 5, paragrafo 1 del Modello OCSE contempla il paradigma generale della stabile organizzazione secondo il quale tale fattispecie si sostanzia in “*una sede fissa di affari in cui l’impresa esercita in tutto o in parte la sua attività*”.

La lettura della cennata definizione evidenzia che per configurare una stabile organizzazione “*materiale*” necessita acclarare la (contestuale) sussistenza di almeno quattro elementi:

- 1) l’esistenza di una sede di affari;
- 2) il carattere di permanenza (o stabilità - “*fixed*”) dell’installazione;
- 3) la sua connessione con l’esercizio normale dell’impresa;
- 4) la sua idoneità produttiva.

2.3.1 La sede di affari

Con riguardo alla sede d’affari (*place of business*), merita preliminarmente segnalare che si tratta di una nozione la quale investe l’aspetto puramente tecnico della stabile organizzazione. Deve trattarsi di “*uno spazio circoscritto in cui viene esercitata l’attività dell’impresa*”, nozione che va interpretata estensivamente potendo ricomprendere, nella maggior parte dei casi, locali, immobili o macchinari, impianti e attrezzature varie utilizzati per lo svolgimento dell’attività d’impresa o, anche solo della disponibilità, in modo permanente, da parte dell’impresa di un determinato spazio.

La definizione generale specifica che nell’ambito della sede fissa deve essere esercitata in tutto o in parte l’attività d’impresa. Il termine “*affari*” ha anch’esso un significato piuttosto ampio, nel quale vanno ricompresi non solo gli sforzi, il tempo, il lavoro necessari per ottenere il profitto, ma anche, ad esempio, il numero delle transazioni ricomprese nell’imponibile lordo dell’attività di affari della società.

Ai fini dell’integrazione di tale requisito occorre che la sede sia a disposizione⁷ dell’impresa estera (*power of disposition* o *right of use test*), divenendo, pertanto, irrilevante⁸

⁵ Essa rappresenta una estensione del concetto stesso di stabile organizzazione e della conseguente tassazione alla fonte.

⁶ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 35, pp. 93-94.

⁷ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 1, punto 4.1, p. 81.

⁸ “(...) a permanent establishment could exist where an enterprise illegally occupied a certain location where it carried on its business” (Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 1, punto 4.1, p. 81).

il titolo in base al quale l'impresa abbia tale disponibilità. Siffatta formulazione, che tende ad attribuire “*prevalenza alla sostanza sulla forma*”, implica che si possa configurare una stabile organizzazione anche qualora la sede d'affari non sia di proprietà dell'impresa, né da essa detenuta in base a un contratto di locazione⁹. Risulta parimenti ultroneo che detta sede sia a disposizione di una sola impresa. Per quanto attiene al *power of disposition test*, le modifiche introdotte a seguito del quinto emendamento al Modello OCSE ed al relativo Commentario (realizzate nel 2003) precisano ulteriormente le ipotesi in cui possa configurarsi una sede d'affari.

In particolare, si chiarisce che non è necessario alcun titolo legale formale che attribuisca il diritto ad utilizzare una determinata sede: la mera circostanza fattuale per cui un'impresa dispone di un certo spazio attraverso cui svolge la propria attività dovrebbe essere sufficiente per ritenere che essa disponga di una sede d'affari. Pertanto, ciò che assume decisivo rilievo è l'effettiva disponibilità dell'installazione. In tale contesto, giova segnalare la criticità afferente alla presunta rilevanza dell'elemento personale nell'identificazione della stabile organizzazione.

In argomento, il Commentario¹⁰ suggerisce che potrebbe identificarsi una stabile organizzazione qualora l'attività d'impresa sia prioritariamente svolta mediante macchinari automatici, mentre il ruolo svolto dall'uomo si sostanzia nella mera installazione, messa in funzione, controllo e manutenzione degli stessi. Per converso, non risulterà integrata la presenza di una stabile organizzazione qualora l'impresa si limiti ad installare dei macchinari per poi localarli a terzi¹¹.

Il Commentario fornisce, inoltre, una serie di casi esemplificativi (concernenti ipotesi nelle quali i rappresentanti di un'impresa sono presenti nei locali di un'altra impresa) in cui può configurarsi l'esistenza di una stabile organizzazione, postulando che la mera presenza di un'impresa in un determinato luogo non implica, necessariamente, che quest'ultima abbia il potere di disporre¹²:

- un venditore, il quale regolarmente faccia visita al proprio cliente per ricevere gli ordini e incontrare il direttore degli acquisti non implica che la struttura del cliente sia a disposizione del fornitore e, pertanto, non ne costituisce una sede d'affari¹³;
- un lavoratore dipendente di una società cui è consentito di utilizzare, per un lungo periodo di tempo, un ufficio nella sede di un'altra società (ad esempio, una società controllata di recente acquisita) al fine di garantire che essa rispetti gli obblighi assunti sulla base dei contratti stipulati con la prima società, integra i presupposti in base ai quali l'ufficio della controllata costituisca una sede

⁹ Il Commentario, nella parte dedicata all'art. 5, par. 4, attribuisce a tale circostanza una certa evidenza: “*A place of business may also exist where no premises are available or required for carrying on the business of the enterprise and it simply has a certain amount of space at its disposal. It is immaterial whether the premises, facilities or installations are owned or rented by or are otherwise at the disposal of the enterprise*”.

¹⁰ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 10, p. 90.

¹¹ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 10, p. 85.

¹² Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 4.2, p. 81.

¹³ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 4.2, p. 81.

d'affari per la controllante (e, dunque, una stabile organizzazione, alla duplice condizione che *i*) detto ufficio resti a disposizione del dipendente per un periodo sufficientemente lungo – in guisa da integrare l'ulteriore requisito della permanenza – e *ii*) che l'attività ivi svolta dal dipendente non abbia carattere meramente ausiliario o preparatorio¹⁴);

- un *dock* sito presso il magazzino di un cliente quotidianamente utilizzato, per numerosi anni, da una società di trasporti su gomma al fine di consegnare la merce acquistata dal cliente non rappresenta una sede a disposizione della società di trasporti¹⁵;
- la presenza di un imbianchino nell'edificio/ufficio del suo cliente principale tre giorni alla settimana per due anni configura una sua stabile organizzazione a condizione che ivi l'imbianchino svolga le più rilevanti funzioni proprie della sua attività (*id est*, tinteggiare)¹⁶;
- l'espressione¹⁷ “*sede d'affari attraverso cui (...)*” deve essere intesa in senso ampio, tale da includere tutti i casi in cui attività d'impresa siano svolte in un determinato luogo che è, a quello scopo, a disposizione dell'impresa. Deve così ritenersi, ad esempio, che un'impresa impegnata nella pavimentazione di una strada stia svolgendo la propria attività *attraverso* il luogo presso cui sta operando (*id est*, la strada);

2.3.2 La stabilità

Il requisito della *fissità* riferito alla “*struttura*” va apprezzato sia con riferimento alla localizzazione della medesima che all'ambito temporale entro il quale la stessa permane stabilmente.

Per quanto attiene al primo profilo (*localizzazione*), il Commentario suggerisce che il requisito della “*stabilità*” deve essere interpretato, innanzitutto, nel senso che deve sussistere un *link* tra la sede d'affari e un determinato luogo geografico. Non assume pregnanza, a tal fine, la circostanza che la sede d'affari sia effettivamente ancorata al terreno, rilevando, al contrario, che la medesima insista sopra un luogo determinato.

Nel caso in cui l'attività sia oggetto di movimentazione nell'ambito di un dato territorio, si configurerà, generalmente, una singola sede d'affari laddove, alla luce della natura dell'attività svolta, detto territorio possa considerarsi avere una unitaria rilevanza dal punto di vista “*geografico*” ed “*economico*”¹⁸. A titolo esemplificativo, l'attività di estrazione svolta da una impresa nel contesto del medesimo sito minerario darà luogo ad una unica sede di affari, sebbene l'attività sia svolta in diverse parti tutte, però, ricomprese nell'ambito del sito stesso¹⁹.

¹⁴ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 4.3, p. 81.

¹⁵ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 4.4, pp. 81-82.

¹⁶ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 4.5, p. 82.

¹⁷ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 4.6, p. 82.

¹⁸ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 5.1, p. 82.

¹⁹ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 5.2, p. 82.

Parimenti:

- un centro uffici direzionale, in cui una società di consulenza affitta diverse stanze/ufficio, può essere considerato un'unica sede di affari di detta società di consulenza poiché, in tal caso, l'edificio costituisce, sotto il profilo geografico, un *unicum*;
- una strada, un mercato esterno o una fiera, costituiscono un'unica sede d'affari anche qualora, nell'ambito degli stessi, un commerciante localizzi il proprio *stand* in parti diverse.

Al contrario²⁰, qualora non vi sia “*unitarietà*” dal punto di vista “*economico*”, la circostanza che un'impresa operi nel medesimo sito darà comunque luogo a più sedi di affari. A tal proposito, il Commentario, a mero titolo esemplificativo, segnala l'ipotesi nella quale un imbianchino sia chiamato a dipingere più parti di un grande edificio nell'ambito di una serie di contratti stipulati con diversi clienti non correlati; in siffatta circostanza, l'edificio non potrà essere considerato, per l'imbianchino, come una singola sede d'affari, atteso che non vi è un unico progetto per la tinteggiatura dell'intero edificio.

A conclusioni diverse si sarebbe giunti qualora l'imbianchino avesse svolto la medesima opera in forza di un unico contratto con un singolo cliente.

Ad ogni modo, il carattere unitario dell'attività svolta non sarà comunque sufficiente, *ex se*, a dare luogo ad un'unica sede di affari, qualora non sussista, contestualmente, una unitarietà dal punto di vista “*geografico*”. Ad esempio, se un consulente svolge la propria attività presso diverse sedi secondarie, tutte appartenenti alla medesima impresa, ma localizzate in distinti luoghi, si configureranno diverse sedi di affari sebbene l'attività dal medesimo esperita (ad esempio, formazione del personale dell'impresa) rientri nell'alveo di una medesima iniziativa²¹.

Per quanto attiene il profilo temporale, il Commentario²² richiede che la sede di affari, affinché si configuri come stabile organizzazione, si connoti necessariamente per un certo grado di permanenza, ovvero sia non assuma una mera natura temporanea. Invero, il Commentario puntualizza che potrebbe ritenersi integrata una stabile organizzazione anche dopo un breve lasso di tempo, qualora le caratteristiche dell'attività²³ siano tali che la medesima possa essere espletata in un ristretto ambito temporale²⁴. Sempre con riguardo alla variabile temporale, il Commentario²⁵ specifica che una eventuale temporanea interruzione dell'attività non cagiona il venire meno

²⁰ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 5.3, p. 82.

²¹ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 5.4, p. 83.

²² Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 6, p. 83.

²³ La dottrina maggioritaria, (cfr. *ex multis*, Vogel K., *On Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, 1997, p. 288) individua delle fattispecie prive del carattere della continuità temporale, quali le attività stagionali ovvero la gestione di esercizi su mezzi di trasporto pubblico.

²⁴ Anche se le prassi amministrative degli Stati non sono omogenee con riferimento alla condizione temporale, l'esperienza ha dimostrato che viene solitamente richiesto un periodo di almeno sei mesi affinché risulti integrato il requisito nell'accezione che in questa sede rileva. Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 6, p. 83.

²⁵ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 6.1, p. 83.

della stabile organizzazione. Analogamente, permane la qualifica di stabile organizzazione in capo ad una sede di affari nel caso in cui:

- in conseguenza di eventi imprevisi (ad esempio, il fallimento ovvero la morte dell'imprenditore), la sede cessi prematuramente di esistere dopo un breve periodo di tempo dalla costituzione²⁶;
- una sede, originariamente predisposta per essere utilizzata limitatamente ad un breve periodo di tempo, assuma concretamente, invece, un significativo livello di permanenza; in siffatta circostanza, la sussistenza della stabile organizzazione assumerà rilievo²⁷ con efficacia retroattiva²⁸.

2.3.3 La strumentalità fra la stabile organizzazione e l'attività dell'impresa non residente

Affinché una sede d'affari possa essere qualificata come stabile organizzazione necessita di un ulteriore requisito: si tratta del cd. rapporto di connessione (*business connection test*) che deve sussistere tra la medesima e l'attività dell'impresa estera; deve, pertanto, esistere un collegamento tra il requisito “oggettivo” dell'esistenza della sede e quello “fattuale” dell'esercizio di attività. Difatti, il paragrafo 1 dell'art. 5 del Modello OCSE richiede, affinché una sede fissa possa divenire “*stabile organizzazione*”, che l'impresa estera svolga per il suo tramite, in tutto o in parte, la propria attività²⁹.

Sullo specifico punto, merita segnalare che nel testo del Modello OCSE del 1963 si era scelto di utilizzare l'avverbio “*in*” per evidenziare la necessità di una connessione tra sede fissa d'affari e attività dell'impresa non residente. Con la versione del Modello OCSE approvata nel 1977, si sostituì l'avverbio “*in*” con “*through which*”, da interpretarsi estensivamente³⁰, in guisa da ricomprendere “*(...) any situation where business activities are carried on at a particular location that is at the disposal of the enterprise for that purpose*”³¹.

²⁶ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 6.3, p. 84.

²⁷ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 6.3, p. 84.

²⁸ A questo punto il Commentario propone una elencazione delle diverse tipologie di attività che possono essere svolte attraverso una sede di affari. In particolare, una sede di affari potrebbe integrare i requisiti della stabile organizzazione qualora, mediante la medesima, siano concesse in affitto, oppure in *leasing*, infrastrutture, apparecchiature industriali, commerciali o scientifiche, edifici, brevetti o altri beni immateriali, ovvero se attraverso la stessa venga messo a disposizione del capitale. Per converso, a difformi approdi si perviene qualora le predette attività vengano svolte dall'impresa non residente senza avvalersi di una sede fissa nell'altro Stato contraente: in siffatta ipotesi, i summenzionati beni non potranno, *ex se*, assurgere ad elemento qualificatorio di una stabile organizzazione. Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 8, p. 84.

²⁹ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 7, p. 84.

³⁰ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 4.6, p. 82.

³¹ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 4.6, p. 82. In tal senso, vedi anche OCSE, *Issues Arising From Article 5 (Permanent Establishment) of the Model Tax Convention*, 7 novembre 2002, punto 31.

2.3.4 L'idoneità produttiva

Per quanto concerne il peculiare aspetto della “*idoneità produttiva*” della sede di affari, si registrano, tra gli studiosi, divergenti opinioni circa la sua presunta rilevanza ai fini della configurabilità di una stabile organizzazione. Una parte della dottrina pare positivamente orientata circa la necessità di individuare anche siffatta qualità valorizzando, in via argomentativa, due piani di riflessione sostanzialmente autonomi, ancorché convergenti quanto ai risultati.

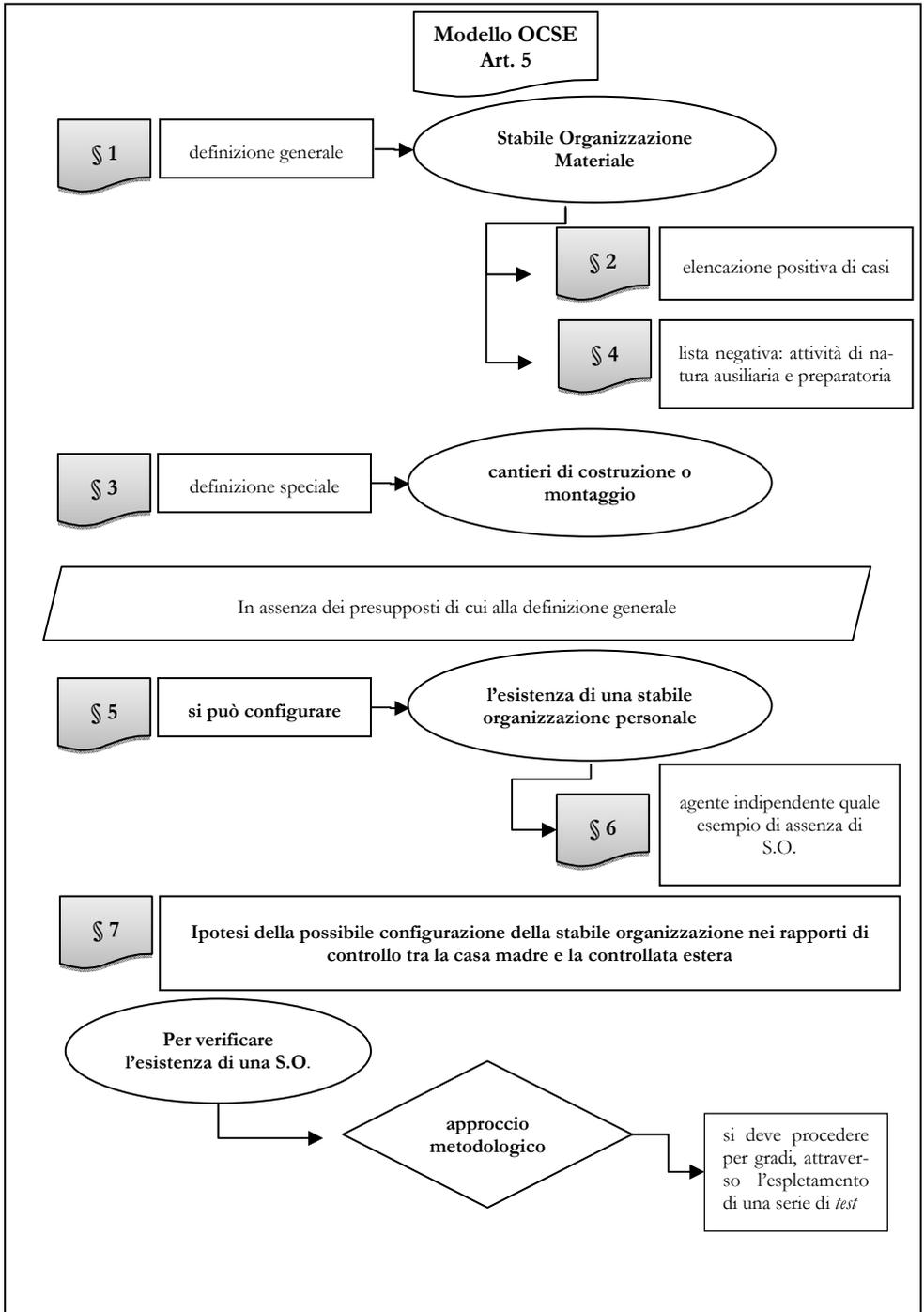
La prima prospettiva ermeneutica desume, *a contrariis*, dalle ipotesi di esemplificazioni negative (nelle quali la sede fissa non possiede il requisito della produttività) la giustificazione del tratto comune delle installazioni fisse d'affari, ovvero sia lo stabile svolgimento di un'attività dell'impresa unitaria.

La seconda linea di ragionamento sviluppata da tale dottrina trae linfa da un elemento di maggior pregio, che riposa nei contenuti dell'art. 7, paragrafo 2 del Modello OCSE.

In particolare, tale previsione stabilisce che sono attribuibili alla stabile organizzazione gli utili che si ritiene sarebbero stati da essa conseguiti se fosse stata un'impresa indipendente, operante nelle stesse o simili condizioni e in piena indipendenza dall'impresa di cui essa rappresenta una stabile organizzazione. Orbene, argomentando da tale prospettiva si ritiene che la concreta applicazione di un siffatto criterio di ripartizione esige la necessità di identificare una stabile organizzazione in una struttura idonea alla produzione di un reddito autonomamente apprezzabile.

II La nozione di “stabile organizzazione”

Tavola 1 - Stabile organizzazione (S.O.): definizione



2.4 LE ESEMPLIFICAZIONI CD. “POSITIVE”

Il paragrafo 2 dell’art. 5 del Modello OCSE si premura di fornire un supporto casistico (non esaustivo)³² indicando talune ipotesi specifiche qualificabili, *prima facie*, come stabile organizzazione. Si tratta³³, in particolare, di:

- una sede di direzione;
- una succursale;
- un ufficio;
- un’officina;
- un laboratorio;
- una miniera o giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali.

Come fatto cenno in precedenza, nel Modello del 1977, l’OCSE ha mutato il proprio originario orientamento di ritenere come stabili organizzazioni le opzioni incluse nelle esemplificazioni di cui al paragrafo 2. In sostanza, l’elencazione non deve essere più interpretata nel senso che le ipotesi in essa contemplate costituiscano, *ex se*, una presunzione assoluta di stabile organizzazione sotto forma di tipizzazione legale; tale lista rappresenta, invece, una mera esemplificazione di installazioni d’affari che per qualificarsi come stabile organizzazione devono comunque soddisfare i criteri previsti dalla *basic rule* del paragrafo 1³⁴.

Pertanto, la mancanza degli elementi indicati dalla regola base, *ex art. 5*, paragrafo 1, non consente di ravvisare la presenza di una stabile organizzazione, anche nelle fattispecie espressamente elencate al paragrafo 2. In merito, il nostro Paese, in sede di redazione del Modello 1977, ha formulato una “Osservazione” al Commentario³⁵ non condividendo l’interpretazione “evolutive” concernente le esemplificazioni “positive”³⁶.

2.4.1 La sede di direzione (cd. *place of management*)

Essa rappresenta il luogo in cui sono assunte le decisioni significative in relazione a tutta o ad una parte dell’attività dell’impresa. Il Commentario³⁷ precisa che si parla di direzione e non di ufficio “*di direzione*” in quanto i due luoghi potrebbero differire,

³² Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 12, p. 86.

³³ Essendo una elencazione non tassativa, che non esaurisce tutte le potenziali fattispecie di sede di affari, la lista di cui al paragrafo 2 non può essere reclamata per “*sottrarsi al potere impositivo dello Stato della fonte, sul presupposto che le fattispecie ivi previste costituiscono un numerus clausus insuscettibile di essere allargato ad ipotesi ulteriori*”.

³⁴ Si tratta del risultato derivante dalla scelta di emendare l’espressione “*shall include*” contenuta nell’art. 5, paragrafo 2, del Modello OCSE del 1963 con “*includes*”, contemplata nell’analogo documento licenziato nel 1977.

³⁵ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5 – Observations on the Commentary*, par. 43, p. 110.

³⁶ Per l’Italia, le opzioni di cui al paragrafo 2 possono essere considerate come costituenti, “*a priori*”, una stabile organizzazione. L’Italia è rimasta fedele all’originaria impostazione del 1963, in forza della quale gli esempi del secondo paragrafo “*possono essere considerati come costituenti a priori stabili organizzazioni*”. Tale orientamento è stato ribadito nella C.M. 30 aprile 1977, n. 7/1496 e nella nota ministeriale datata 1° febbraio 1983, n. 9/2398.

³⁷ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 13, p. 86.

laddove tale funzione “*direttiva*” fosse altrove demandata. È necessario, pertanto, operare una distinzione tra la sede di direzione ed il luogo dove si sviluppa l’attività dell’impresa. L’attività esercitata può anche connotarsi come supervisione o coordinamento; tuttavia, le operazioni svolte dai centri di controllo e coordinamento devono potersi qualificare come “*essenziali*” per il gruppo nel suo insieme. Qualora, invece, si tratti, ad esempio, di una attività volta esclusivamente alla raccolta di informazioni per l’impresa, la medesima non potrà che definirsi meramente ausiliaria. Possono altresì costituire delle stabili organizzazioni anche i singoli uffici regionali ai quali la sede centrale ha delegato le proprie funzioni, conservando la supervisione generale. Si tratta di una fattispecie esplicitamente menzionata nel Commentario OCSE³⁸ quale ipotesi per la quale l’attività esperita non è qualificabile come preparatoria, ovvero ausiliaria, poiché la funzione di *management*, sebbene contenuta nell’alveo di una ben definita area d’affari dell’impresa, riveste nell’economia della complessiva attività svolta dall’entità stessa un significativo ruolo. In ogni caso, deve trattarsi di luoghi in cui le decisioni siano “*effettivamente*” assunte. A tal proposito, giova precisare che la sede d’affari non deve essere confusa con la “*sede di direzione effettiva*”, prescelta dall’art. 4, paragrafo 3, del Modello OCSE per la risoluzione dei conflitti di “*doppia residenza*” avuto riguardo alle persone giuridiche: difatti, la “*sede di direzione effettiva*”³⁹ rappresenta il luogo in cui vengono assunte tutte le più importanti decisioni per lo svolgimento dell’attività d’impresa. In ogni caso, la “*sede di direzione*” deve connotarsi come quel luogo nel quale vengono svolte significative attività di gestione societaria. Non assume, pertanto, peculiare rilievo, ai fini che qui interessano, l’adempimento di meri compiti amministrativi.

2.4.2 La succursale (*branch*)

Con riguardo alla nozione di *branch*, merita preliminarmente evidenziare che il concetto di “*succursale*” ha spesso generato significative criticità ermeneutiche, specie allorquando viene utilizzata in alternativa a quella di filiale⁴⁰, così da ricondurla nella categoria civilistica di sede secondaria⁴¹. Sul punto, il Commentario al Modello OCSE non fornisce alcun ausilio nella concreta identificazione dell’entità “*branch*”: occorre, pertanto, fare rimando ai suggerimenti avanzati in merito dagli studiosi⁴².

Si tratta, in sostanza, di un ramo dell’impresa, privo di autonomia giuridica rispetto alla entità madre, ma, nel contempo, accreditato, sotto il profilo economico e com-

³⁸ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 24, pp. 89-90.

³⁹ Per ulteriori approfondimenti in materia di residenza, sede di direzione effettiva ed esteroinvestizione, cfr. Valente P., *Esteroinvestizione e residenza*, Ipsoa, 2013.

⁴⁰ Il nostro Paese ha tradotto, nelle Convenzioni bilaterali finora stipulate, il termine *branch* con succursale.

⁴¹ Cfr. Valente P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., p. 243 ss..

⁴² La più accreditata dottrina internazionalistica di matrice tributaria definisce *branch* “*(...) a legally dependent segment of an enterprise. It has, from an economic and commercial point of view, a certain degree of independence in carrying on the business of the enterprise and its activities are not confined to work of a preparatory or auxiliary character*”. Cfr. Vogel K., *On Double Taxation Conventions*, op. cit., p. 297.

merciale, di un certo grado di indipendenza nella gestione dei propri affari; esso dispone di “(...) *an organization of its own and keep separate books and records*”⁴³.

Come in precedenza segnalato, la relativa nozione deve essere intesa in guisa distinta dal concetto di “*filiale*” (*subsidiary*), il cui significato è sostanzialmente diverso da quello di succursale (nel caso di *subsidiary* occorre fare riferimento a termini come “*controllata*”, “*consociata*”, “*affiliata*”, “*sussidiaria*” o “*figlia*”). La conferma di tale assunto si rinviene nel Commentario⁴⁴ all’art. 5 del Modello OCSE, laddove si evidenzia che la *subsidiary* forma oggetto di una diversa disciplina e viene esplicitato che “*for the purpose of taxation, such a subsidiary company constitutes an independent legal entity*”.

2.4.3 L’ufficio (*office*)

Nella nozione di ufficio può rientrare un categoria estremamente vasta di fattispecie⁴⁵, in ragione delle variegate funzioni che il medesimo può assumere nell’ambito dell’organizzazione aziendale; pertanto, in talune circostanze possono ricadere nel suo alveo tanto la “*sede di direzione*” che la “*succursale*”⁴⁶, atteso che l’ufficio è costituito da qualsiasi unità organizzativa che si occupi dell’amministrazione dell’attività dell’impresa nel territorio estero⁴⁷.

Come per la nozione di *branch*, anche con riguardo al concetto di *office* l’OCSE non esplicita elementi chiarificatori; pertanto, anche in tale circostanza necessita trarre giovamento dai contributi elaborati dalla dottrina.

Più in particolare, sullo specifico profilo si ritiene che “(t)he term «*office*» denotes a facility that is used for handling the administrative side of the business and that requires neither any degree of independence nor any particular internal organization”⁴⁸. Pertanto, ciò che assume pregnanza è l’attività svolta tramite l’ufficio, che deve qualificarsi come attività d’impresa.

Difatti, nel caso in cui tale attività si connoti, ad esempio, per avere mere finalità di esposizione e/o consegna, ovvero di acquisto di merci o di raccolta di informazioni e pubblicità, oppure analoghe attività con carattere ausiliario o preparatorio, tale sito non dovrebbe essere considerato stabile organizzazione, in armonia con i contenuti delineati dal paragrafo 4 dell’art. 5 del Modello OCSE.

Parimenti escluso dalle fattispecie tipizzate di stabile organizzazione risulterà l’ufficio istituito per soli fini di progettazione e supervisione nell’ambito di un cantiere, qualora quest’ultimo non configuri una *permanent establishment* causa carenza del requisito temporale.

⁴³ Cfr. Vogel K., *On Double Taxation Conventions*, op. cit., p. 297.

⁴⁴ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 40 - 41, p. 96.

⁴⁵ In tal senso, *ex multis*, Cerrato M., “La definizione di stabile organizzazione nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni”, in *Materiali di diritto tributario internazionale*, Ipsoa, 2002, p. 93 ss..

⁴⁶ Cfr. OCSE, *Model Tax Convention on income and on capital, Commentary on article 5*, par. 23-24, p. 89.

⁴⁷ Così Garbarino C., *Manuale di tassazione internazionale*, Ipsoa, 2005, p. 276.

⁴⁸ Cfr. Vogel K., *On Double Taxation Conventions*, op. cit., p. 297.



L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)