

LUISS



Cattedra

RELATORE

CORRELATORE

CANDIDATO

Anno Accademico

INDICE ANALITICO.

INTRODUZIONE	3
CAPITOLO 1: CONCETTI INTRODUTTIVI.....	5
1.1 La residenza fiscale delle persone fisiche.....	7
1.2 La residenza fiscale delle persone giuridiche e degli enti	12
1.3 La doppia imposizione internazionale	18
1.4 Il Modello OCSE	22
CAPITOLO 2: EVOLUZIONE STORICO NORMATIVA DELLA STABILE ORGANIZZAZIONE.....	24
2.1 Evoluzione normativa nel contesto internazionale	27
2.1.1 Le novità del Modello OCSE del 1977	27
2.1.2 L’aggiornamento a seguito del Progetto BEPS.....	30
2.2 Evoluzione normativa nel contesto nazionale	32
2.2.1 La normativa in vigore dal 01/01/2004	32
2.2.2 La normativa in vigore dal 01/01/2018 (La legge di bilancio 2018)	35
2.2.3 La normativa in vigore dal 01/01/2023 (La legge di bilancio 2023)	40
CAPITOLO 3: LE TIPOLOGIE DI STABILE ORGANIZZAZIONE.....	43
3.1 Le sub-specie di stabile organizzazione e la loro relazione gerarchica	43
3.2 La stabile organizzazione materiale.....	44
3.2.1 Analisi dei quattro requisiti della stabile organizzazione materiale	44
3.2.2 Le casistiche di stabile organizzazione materiale compresi nella “ <i>positive list</i> ”	47
3.2.3 Il caso particolare del Cantiere.....	48

3.2.4 Casi in cui non si configura la Stabile Organizzazione Materiale – “ <i>negative list</i> ”	51
3.2.5 La c.d. <i>anti-fragmentation rule</i>	53
3.3 La Stabile Organizzazione Personale	55
3.3.1 I casi esclusione di stabile organizzazione personale.....	58
3.4 I rapporti di controllo.....	60
3.5 La stabile organizzazione virtuale	61
3.6 L’accordo internazionale per la tassazione delle “super- multinazionali”	62
3.7 L’influenza dell’emergenza epidemiologica da COVID sullo Status di Stabile Organizzazione	64
3.8 Le ipotesi patologiche.....	66
3.8.1 La stabile organizzazione occulta e il caso tipico del Distributore.....	68
3.8.2 La stabile organizzazione sottodimensionata o nidificata.....	71
3.8.3 La stabile organizzazione multipla.....	71
3.9 La determinazione del reddito della stabile organizzazione.....	73
3.9.1 La stabile organizzazione domestica.....	74
3.9.2 Il regime ordinario della stabile organizzazione estera.....	76
3.9.3 Il regime speciale: la <i>Branch Exemption</i> (BEX).....	77
3.9.4 La Stabile Organizzazione ai fini IRAP.....	80
3.9.5 La Stabile organizzazione ai fini IVA.....	82
CAPITOLO 4: LA DIGITAL ECONOMY: IL CASO NETFLIX.....	86
4.1 La <i>Digital Economy</i> e il commercio elettronico	86
4.2 L’analisi del caso Netflix (2019-2022).....	90
4.3 La <i>web tax</i> e il percorso verso il Pillar 1.....	94
CONCLUSIONE	98

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si propone di esaminare la complessa materia fiscale applicabile all'istituto della stabile organizzazione: i criteri per definirla e individuarla, la produzione del reddito da essa generato e le modalità per attuare un'equa e corretta imposizione fiscale a suo carico.

Il tema abbraccia aspetti di natura nazionale ed internazionale, il quale richiede inevitabilmente un armonioso coordinamento tra queste due sfere di azione. Tale coordinamento tra le normative è essenziale al duplice fine di garantire sia una corretta contribuzione fiscale nel paese che le ospita e nel quale producono reddito, sia di permettere uno sviluppo dell'attività economica senza l'aggravio di doppie imposizioni e, conseguentemente, di favorire la permanenza dell'attività nel territorio dello Stato senza indurli alla ricerca di regimi fiscali più favorevoli in altri territori.

Il concetto di stabile organizzazione non è statico, ma anzi in continua e rapida evoluzione, in quanto deve adattarsi alla realtà economica a cui è destinata. Quest'ultima, risulta essere sempre più proiettata verso processi di innovazione tecnologica nel prodotto, nel sistema di vendita e nell'organizzazione del soggetto che immette questi beni e servizi sul mercato. La globalizzazione e la transizione digitale, infatti, impattano e modificano la definizione e la disciplina fiscale delle stabili organizzazioni, imponendo nuove sfide, e conseguentemente, la ricerca di nuove soluzioni.

Pertanto, il tema trattato si configura come una materia assai complessa, composta da molteplici elementi in continua evoluzione e in collegamento sia con le disposizioni internazionali che con i regimi fiscali interni degli altri Paesi.

Questo elaborato si pone l'obiettivo di fornire una trattazione chiara sul sistema di imposizione fiscale dei redditi prodotti dalle stabili organizzazioni estere che operano in Italia, di tracciare l'evoluzione normativa e di illustrare il punto a cui oggi si è arrivati, anche attraverso l'esame di alcune fattispecie giurisprudenziali che rappresentano la spinta verso la modifica e l'adattamento delle norme rispetto a ciò che avviene nella realtà.

Si è partiti quindi dalla definizione tradizionale di stabile organizzazione, al fine di evidenziare l'evoluzione subita nel tempo del quadro normativo di riferimento, per arrivare ad inquadrare quali sono oggi i requisiti per definire una stabile organizzazione all'interno di un contesto economico caratterizzato dal digitale, dalla vendita online e dall'immaterialità del prodotto.

CAPITOLO 1: CONCETTI INTRODUTTIVI.

Questo capitolo introduttivo si pone l'obiettivo di trattare i concetti fondamentali del diritto tributario internazionale, indispensabili per rendere visibili e limpide le sfaccettature collegate al concetto di stabile organizzazione, e quindi di rendere maggiormente comprensibile e chiara al lettore l'esposizione dell'argomento oggetto dell'elaborato. Essi comprendono:

- la residenza fiscale delle persone fisiche;
- la residenza fiscale delle società e degli enti;
- le convenzioni contro le doppie imposizioni;
- il Modello OCSE.

I concetti di residenza delle persone fisiche, residenza delle società ed enti, la doppia imposizione e il Modello OCSE sono fondamentali per comprendere appieno il concetto di stabile organizzazione, in quanto essi rappresentano le basi su cui si costruisce la tassazione transnazionale.

La residenza fiscale, sia delle persone fisiche che delle società ed enti, è il criterio primario utilizzato dai sistemi tributari per determinare la potestà impositiva di uno Stato su un soggetto. La residenza stabilisce il legame giuridico e territoriale tra un soggetto e uno Stato, legittimando quest'ultimo a tassare i redditi globali del soggetto, indipendentemente da dove essi siano generati.

La nozione di stabile organizzazione è strettamente connessa a quella di residenza, poiché rappresenta un'eccezione alla regola generale secondo cui un soggetto è tassato esclusivamente nello Stato in cui risiede. La stabile organizzazione consente a uno Stato di tassare i redditi prodotti da un soggetto non residente, se tali redditi sono generati attraverso una presenza economica stabile e permanente sul suo territorio. La rilevanza di questo concetto emerge, quindi, in relazione al principio di residenza: un soggetto non residente è tassato in un altro Stato solo se è presente una stabile organizzazione, che rappresenta il criterio oggettivo che giustifica l'imposizione fiscale su un reddito generato al di fuori del proprio Stato di residenza.

La doppia imposizione, ossia la tassazione dello stesso reddito da parte di due o più Stati, è un fenomeno che sorge inevitabilmente quando non esistono accordi o meccanismi di coordinamento tra Stati per regolare la tassazione transnazionale. Senza il concetto di stabile organizzazione, e senza le regole che lo definiscono e limitano, i soggetti non residenti potrebbero essere tassati in modo ingiustificato in più giurisdizioni, generando situazioni di doppia imposizione. Questo fenomeno non solo crea un onere fiscale eccessivo per i contribuenti, ma anche distorsioni economiche che possono influire negativamente sugli investimenti internazionali. La stabile organizzazione, dunque, è una nozione chiave per evitare la doppia imposizione, in quanto essa delimita la potestà impositiva degli Stati, impedendo che lo stesso reddito venga tassato più volte.

Il Modello OCSE è l'elemento di raccordo che armonizza i diversi concetti di residenza, doppia imposizione e stabile organizzazione, fornendo una struttura standardizzata che gli Stati possono utilizzare per negoziare trattati fiscali bilaterali. Questo modello, infatti, offre definizioni precise e condivise dei termini chiave, come "residenza", "stabile organizzazione" e "doppia imposizione", e stabilisce le regole che gli Stati devono seguire per evitare conflitti di competenza fiscale. La stabile organizzazione, così come definita nel Modello OCSE, è un concetto che permette di stabilire chiaramente quando e dove un soggetto non residente può essere tassato su redditi prodotti in un altro Stato. Inoltre, il modello prevede meccanismi per risolvere le controversie che possono sorgere in merito all'applicazione del concetto di stabile organizzazione, garantendo una maggiore certezza e coerenza nell'applicazione delle norme fiscali internazionali.

In definitiva, la comprensione del concetto di stabile organizzazione è indissolubilmente legata ai concetti di residenza e doppia imposizione, e trova il suo quadro normativo più completo nel Modello OCSE. La stabile organizzazione rappresenta una sorta di ponte tra il principio di residenza e la necessità di evitare la doppia imposizione, offrendo un criterio chiaro e condiviso per determinare la potestà impositiva degli Stati su redditi prodotti da soggetti non residenti. Senza una chiara comprensione di questi concetti interrelati, sarebbe impossibile applicare correttamente le norme fiscali internazionali e garantire un trattamento fiscale equo e non discriminatorio a livello globale.

1.1 La residenza fiscale delle persone fisiche.

La residenza fiscale delle persone fisiche rappresenta un pilastro fondamentale nel diritto tributario, poiché costituisce il criterio principale attraverso cui si determina l'obbligo di un individuo di pagare le imposte sui redditi da esso prodotti. In Italia, questo concetto è regolato dall'articolo 2, comma 2, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), norma che ha subito significative e recenti modifiche negli ultimi anni, che verranno analizzate nel proseguo della trattazione. La rilevanza della residenza fiscale si estende ben oltre i confini nazionali, giocando un ruolo cruciale anche a livello internazionale. La sua importanza deriva dal fatto che essa influisce direttamente sulla tassazione dei redditi percepiti da un soggetto: i residenti fiscali italiani sono di regola soggetti a tassazione sui redditi ovunque prodotti, mentre i non residenti sono tassati esclusivamente sui redditi generati all'interno del territorio italiano.

Comprendere e determinare correttamente la residenza fiscale è essenziale per garantire l'equità e la giustizia del sistema fiscale, evitando doppie imposizioni e facilitando la cooperazione internazionale in materia di tassazione. Questo concetto è alla base della maggior parte delle convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione, che mirano a prevenire che un individuo sia tassato due volte per lo stesso reddito in paesi diversi. Inoltre, la residenza fiscale è un elemento chiave nella lotta contro l'evasione e l'elusione fiscale, fenomeni che possono minare la base imponibile di uno Stato e distorcere la concorrenza economica.

Con l'art. 3 co. 1 lett. c) della Legge delega per la riforma fiscale (L. 111/2023) viene affidato il compito al legislatore di “provvedere alla revisione della disciplina della residenza fiscale delle persone fisiche, delle società e degli enti diversi dalle società come criterio di collegamento personale all'imposizione, al fine di renderla coerente con la migliore prassi internazionale e con le convenzioni sottoscritte dall'Italia per evitare le doppie imposizioni, nonché coordinarla con la disciplina della stabile organizzazione e dei regimi speciali vigenti per i soggetti che trasferiscono la residenza in Italia anche valutando la possibilità di adeguarla all'esecuzione della prestazione lavorativa in modo agile”. Come si evince dalla lettura della norma, le motivazioni che hanno portato alla modifica dei principi della residenza fiscale, sia con riferimento alle persone fisiche che

alle persone giuridiche, risiede nella volontà di allinearsi alla prassi internazionale e alle convenzioni contro le doppie imposizioni, creando in tal modo un sistema di imposizione fiscale sempre più armonizzato con i paesi esteri.

In tale contesto, l'art. 1 del D.lgs. 209/2023 – con la modifica apportata ai criteri di individuazione della residenza fiscale delle persone fisiche previsti dall'art. 2 co. 2 del TUIR – ha portato quattro elementi di novità rispetto alla versione precedente:

- 1) l'introduzione di un nuovo criterio per l'individuazione della residenza fiscale costituito dalla “presenza fisica”;
- 2) l'attenuazione della rilevanza del requisito anagrafico, passando da una presunzione assoluta a presunzione semplice;
- 3) il rilievo attribuito alle “frazioni di giorno” nel raggiungimento del requisito temporale della “maggior parte del periodo di imposta”;
- 4) la previsione di una specifica definizione di “domicilio” che guarda alle relazioni personali del contribuente, discostandosi da quella civilistica enunciata dall'art. 43 del Codice civile.

Con l'entrata in vigore dal 01/01/2024 della nuova formulazione dell'art. 2 co. 2 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, si considerano residenti le persone che, per la maggior parte del periodo di imposta, comprese le frazioni di giorno:

- a) hanno la residenza nel territorio dello Stato ai sensi del Codice civile;
- b) hanno il domicilio nel territorio dello Stato, da intendersi come “luogo in cui si sviluppano, in via principale, le relazioni personali e familiari della persona”;
- c) sono presenti fisicamente nel territorio dello Stato;
- d) risultano essere iscritte nelle anagrafi italiane, salvo prova contraria.

Tali condizioni sono tra loro alternative, con la conseguenza che anche la sussistenza di una sola di esse è sufficiente per poter configurare una persona come residente all'intero del territorio italiano.

Con riferimento al requisito temporale - cui si riferisce la locuzione “la maggior parte del periodo di imposta” - la disciplina considera residenti le persone fisiche che almeno per 183 giorni in un anno, o 184 giorni in caso di anno bisestile presentano anche solo un

criterio di collegamento enunciato in precedenza. Come viene precisato anche dalla Relazione Illustrativa accompagnatoria al D.lgs. 209/2023, tali condizioni, idonee a ricollegare la residenza nel territorio dello Stato, devono essere verificate tenendo conto anche dei periodi non consecutivi. Questo significa che una persona può essere considerata residente fiscale in Italia anche se trascorre periodi alternati nel paese ma che, complessivamente, ammontano a 183/184 giorni o più durante l'anno.

Nel computo del suddetto periodo concorrono anche le “frazioni di giorno”. Con la Circolare Ministeriale n. 201/E del 17 agosto 1996 l'Amministrazione Finanziaria, recependo l'orientamento della prassi internazionale enunciato nel paragrafo 5 del Commentario all'art. 15 del Modello OCSE, ha specificato che nel computo dei giorni occorre includere:

- 1) le frazioni di giorno;
- 2) il giorno di partenza;
- 3) i giorni trascorsi nello Stato in cui l'attività è esercitata;
- 4) i sabati, le domeniche, i giorni festivi e di ferie;
- 5) i periodi di interruzione, anche breve;
- 6) i congedi per malattia o per decesso o malattia di un familiare.

Tale parametro ha rilevanza, ai fini dell'integrazione del requisito temporale, quando ad esempio un soggetto tedesco si rechi a lavorare in Italia il lunedì arrivando la mattina (ad esempio alle 8) e rientri nel suo paese il venerdì mattina (ad esempio partendo alle 8). In tale prospettiva, il soggetto risulterebbe “presente” all'interno del suolo italiano per 96 ore, ovvero 4 giorni, ma, con il meccanismo del conteggio delle frazioni di giorno, esso risulterebbe “presente” nell'ottica dello Stato italiano per 5 giorni a settimana. La combinazione del computo delle frazioni di giorno con il criterio della presenza fisica comporta tuttavia alcune perplessità: si pensi ad esempio al trattamento che verrebbe riservato ad un soggetto estero (ad esempio svizzero proveniente da Lugano) che si rechi in Italia 190 giorni all'anno semplicemente per andare a cena.

Partendo ad analizzare i criteri di collegamento, il requisito della residenza (rimasto immutato rispetto alla disciplina precedente) a norma dell'art. 43 co. 2 del Codice civile, prevede che essa vada individuata “nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale”.

Come chiarito dalla Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 18 agosto 2023 n. 25, riprendendo il chiarimento sviluppato dalla Circolare Ministeriale del 2 dicembre 1997 n. 304/E, non è necessaria la continuità o definitività della dimora abituale, ma anche periodi prolungati di assenza dalla stessa non ne escludono il radicamento del soggetto in Italia.

Il requisito del domicilio prevede che viene considerato residente in Italia anche il soggetto che abbia all’interno del suolo nazionale il domicilio per almeno 183 giorni (184 se anno bisestile). Tale condizione ha subito modifiche rispetto alla formulazione precedente, la quale dava rilievo esclusivamente agli interessi lavorativi o professionali del contribuente. A partire dal 1° gennaio 2024, il Decreto Legislativo 209/2023 ha stabilito che l’individuazione del domicilio deve tenere conto esclusivamente della sfera personale del soggetto, creando così un disallineamento con la normativa civilistica. Infatti, il decreto ha espressamente sancito che, ai sensi dell’articolo 2, comma 2, del TUIR, per "domicilio" si deve intendere il "luogo in cui si sviluppano, in via principale, le relazioni personali e familiari della persona"; mentre la disciplina contenuta nell’art. 43, co. 1 del c.c. prevede che “il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi”.

Il cambiamento in analisi è molto rilevante, poiché potrebbe rendere possibile il riconoscimento della residenza fiscale in Italia per il soggetto che, pur avendo spostato il suo centro di interessi professionali all’estero, abbia mantenuto in Italia la propria famiglia d’origine, essendo così esposto all’imposizione fiscale italiana.

Ulteriore discontinuità con la precedente formulazione normativa - configurabile come la novità più rilevante introdotta dall’art. 1, comma 1 del Decreto legislativo 209/2023 - è riscontrabile nel nuovo criterio della presenza fisica continuativa sul territorio dello Stato.

In mancanza di indicazioni specifiche, tale criterio sembra dover essere interpretato in modo letterale, valorizzando i giorni trascorsi nel nostro territorio (comprese le frazioni di giorno), indipendentemente dalla residenza civilistica e dal domicilio e prescindendo dalle ragioni che hanno determinato la permanenza in Italia della persona (le quali, paradossalmente, potrebbero essere indipendenti dalla volontà delle persone di radicarsi in Italia).¹ Questa nuova definizione, quindi, amplia i criteri per determinare la residenza

¹ Corso L. – Mauro A., *La Fiscalità Internazionale*, 2024, pag. 32.

fiscale, attribuendo rilevanza ai giorni di permanenza in Italia indipendentemente dalle ragioni che spingono il contribuente all'essere presente in Italia. Tale modifica risponde alla necessità di adeguare la normativa italiana alle nuove dinamiche della mobilità internazionale e del lavoro a distanza, fenomeni sempre più diffusi nel contesto economico globale. La presenza fisica diventa quindi un elemento chiave per determinare la residenza fiscale, allineandosi con le prassi internazionali che privilegiano criteri oggettivi e facilmente verificabili.

Ultimo criterio di collegamento da analizzare è quello anagrafico, che ha subito anch'esso una modifica rilevante: il requisito passa da presunzione assoluta a presunzione semplice, conferendo maggiore flessibilità nella determinazione della residenza fiscale.

Infatti, con il termine “presunzione assoluta” si intende la situazione in cui una norma giuridica considera un determinato evento come vero, senza ammettere prova contraria da parte del contribuente. Essa vincola il giudice e le parti a ritenere un dato fatto come certo, indipendentemente dalla realtà dei fatti o dall'evidenza contraria che potrebbe essere presentata dalle parti. Con “presunzione semplice”, invece, è più incline alla versione della controparte, considerando un fatto come vero salvo la fornitura di una prova contraria. In questo caso, è ammessa la possibilità di fornire elementi probatori che confutino la presunzione, permettendo al giudice di valutare liberamente le prove e di stabilire se il fatto presunto corrisponda effettivamente alla realtà.

La differenza fra le due, si sostanzia quindi nella possibilità o meno di poter fornire prova contraria da parte del contribuente. Esse, quindi, rappresentano strumenti di semplificazione probatoria che il legislatore utilizza per agevolare la determinazione di fatti giuridici, potendole definire quindi come criteri probatori che la legge adotta per stabilire una determinata verità giuridica in assenza di prova contraria (nel caso delle presunzioni semplici) o senza possibilità di contestazione (nel caso delle presunzioni assolute).

Con tale passaggio, dal 2024 si considerano altresì residenti, “salva prova contraria”, le persone iscritte per la maggior parte del periodo di imposta nelle anagrafi della popolazione italiana. Alla luce di tali considerazioni, se ad esempio un soggetto si sia dimenticato di iscriversi all'Anagrafe Italiani Residenti all'Estero (AIRE), può evitare di

essere considerato fiscalmente residente in Italia fornendo prova di non avervi avuto né domicilio, né residenza, né tantomeno di esservi stato ivi presente per 183 giorni. Allineandoci anche alla Relazione illustrativa del Dlgs. 209/2023, sembra evincersi che il dato formale dell'iscrizione anagrafica si può superare dimostrando l'assenza di tutti i criteri di collegamento previsti dal TUIR per la maggior parte del periodo di imposta. La nuova disciplina permette quindi una maggiore flessibilità e un'adeguatezza del sistema fiscale, riconoscendo che l'iscrizione anagrafica potrebbe non sempre riflettere accuratamente la residenza effettiva di un individuo.

In conclusione, la residenza fiscale delle persone fisiche in Italia è stata oggetto di una profonda revisione normativa, volta a modernizzare e rendere più efficiente il sistema fiscale in un contesto sempre più globalizzato. Le modifiche introdotte riflettono un impegno a garantire equità e trasparenza, adattando la normativa alle nuove realtà della mobilità internazionale e del lavoro a distanza. Questi cambiamenti rappresentano un passo significativo verso un sistema fiscale più coerente e adeguato, in linea con le pratiche internazionali e le raccomandazioni dell'OCSE. La nuova disciplina della residenza fiscale, basata su una combinazione di criteri oggettivi e soggettivi, mira a determinare in modo più preciso il collegamento effettivo di un individuo con il territorio dello Stato, garantendo una tassazione equa e trasparente dei redditi delle persone fisiche.

1.2 La residenza fiscale delle persone giuridiche e degli enti.

Anche la residenza fiscale delle società e degli enti rappresenta un elemento centrale nel diritto tributario, poiché determina il regime di tassazione applicabile ai redditi percepiti da tali soggetti giuridici. In Italia, la normativa che regola la residenza fiscale delle società e degli enti è contenuta nell' art. 73 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR). Questo articolo ha subito modifiche significative nel corso degli anni; in particolare, l'ultima intervenuta nel 2024 si è posta l'obiettivo di allineare le disposizioni nazionali alle prassi internazionali e alle raccomandazioni dell'OCSE, in particolare alle linee guida contenute nel progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*); allo scopo di fornire maggiore certezza giuridica e di rendere la normativa italiana più coerente con i criteri internazionali previsti dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni. La Relazione Illustrativa al Decreto Legislativo 209 del 2023 sottolinea, infatti, che le nuove

disposizioni sono finalizzate ad “assicurare maggiore certezza giuridica, tenendo anche conto delle prassi internazionali e dei criteri per la definizione della residenza previsti dalle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni”.

Prima delle recenti modifiche la residenza fiscale delle società e degli enti era determinata sulla base di tre criteri principali, che configuravano tale fenomeno se presenti per la maggior parte del periodo di imposta:

- a) la sede legale, la quale si riferiva al luogo indicato nell'atto costitutivo o nello statuto della società, facilmente individuabile attraverso una visura al Registro delle imprese;
- b) la sede dell'amministrazione, intesa come il luogo in cui si svolgevano le attività amministrative e direttive della società;
- c) l'oggetto principale, che si riferiva all'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.

Con il Decreto Legislativo n. 209 del 2023, entrato in vigore il 1° gennaio 2024 (poiché si tratta del periodo di imposta successivo rispetto a quello in corso alla data della entrata in vigore del decreto), sono stati introdotti nuovi criteri per determinare sia la residenza fiscale delle società e degli enti sia per le società di persone e soggetti assimilati. Infatti, l'art. 2 comma 1 lett. a) del Decreto Legislativo, è intervenuto sulla prima tipologia (contenuta all'art. 73 co. 3 del TUIR), mentre il comma 2 sulla seconda fattispecie (contenuta all'art. 5 co. 3 del TUIR).

Oggi, a seguito delle modifiche intervenute, ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno:

- a) la sede legale, che ha mantenuto la definizione contenuta nella versione originaria;
- b) la sede di direzione effettiva, che si riferisce al luogo in cui vengono assunte le decisioni strategiche riguardanti la società o l'ente nel suo complesso;
- c) la gestione ordinaria in via principale nel territorio dello Stato, che si identifica nel luogo in cui vengono svolti gli atti di gestione corrente della società o dell'ente nel suo complesso.

Prima di procedere con la trattazione delle modifiche in questione, è da sottolineare che, anche se la formulazione della norma è stata variata, i cambiamenti introdotti non hanno particolarmente innovato i concetti e le definizioni alle quali è stato collegato il concetto di residenza fiscale nella versione precedente. Infatti, il requisito temporale (vedi la residenza delle persone fisiche) e quello di localizzazione della sede legale sono rimasti sostanzialmente invariati.

È utile inoltre evidenziare che la funzione dei criteri di collegamento è quella di qualificare una società o un ente come residente nel territorio dello Stato, potendolo così rendere assoggettabile alle imposte sui redditi ovunque prodotti da parte dello Stato italiano. La mancanza di tali requisiti rende un soggetto non residente nel suolo nazionale, ma non ne esclude l'imposizione fiscale in Italia: la pretesa statale potrebbe comunque derivare, ad esempio, tramite la presenza di una stabile organizzazione in Italia che produce reddito di impresa nel corso del periodo d'imposta. In tali casi, tuttavia, il potere impositivo dello Stato resta limitato al reddito che viene prodotto in Italia.

Il criterio della "sede legale" rimane, come nella formulazione precedente, un elemento giuridico di natura formale, che significa che la sua individuazione non richiede accertamenti complessi. Infatti, con la locuzione "elemento giuridico formale" si intende un criterio che viene stabilito dalla legge e che ha un valore specifico, indipendentemente dalla sostanza o dalla realtà dei fatti. In altre parole, si tratta di un requisito o di una condizione che deve essere rispettata per soddisfare determinate norme giuridiche, la cui presenza viene accertata sulla base di documenti, atti ufficiali o altre prove formali piuttosto che su valutazioni di merito o di sostanza. In tale contesto, la sede legale di una società viene considerata come "la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o nello statuto", facilmente individuabile attraverso una visura depositata al Registro delle imprese.

L'Agenzia delle Entrate, con la risoluzione n. 9 del 2006, è intervenuta per risolvere la questione legata alla data di riferimento dello spostamento della sede legale per iniziare il computo dei giorni richiesti dal requisito temporale; stabilendo che prevale la data di cancellazione dal Registro delle imprese dello Stato da cui la società si sposta rispetto alla data, che potrebbe essere successiva, nella quale la società è iscritta nei registri nello Stato di destinazione. È da osservare, tuttavia, che tale posizione potrebbe confliggere con la

disposizione dell'art. 15 comma 2 del D.lgs. 19/2023, che, con riferimento alle trasformazioni transfrontaliere, prevede che gli effetti giuridici decorrano “dalla data di iscrizione nel registro delle imprese” e che sia anche possibile indicare nel progetto di trasformazione una data di efficacia dell'atto successiva.

La “sede di direzione effettiva”, invece, si identifica, secondo il nuovo dettato previsto dall'art. 73 co. 3 del TUIR (e il nuovo art. 5 co. 3 lett. d) del medesimo Testo Unico) nella “continua e coordinata assunzione delle decisioni strategiche riguardanti la società o l'ente (l'associazione) nel suo complesso”. Questo criterio sostituisce la precedente nozione di sede dell'amministrazione, ponendo maggiore enfasi sulla localizzazione di dove vengono assunte le decisioni apicali e strategiche della società o dell'ente.

Sotto il profilo testuale, la norma non individua la sede di direzione effettiva in un luogo, ma in un'attività: ciò che rileva, dal punto di vista pratico, è il luogo nel quale vengono assunte le decisioni strategiche della società. Per l'individuazione di essa, occorre risalire alla localizzazione del luogo dal quale provengono gli impulsi apicali che indirizzano l'attività della società e che ne definiscono le strategie.

Anche il requisito della “sede dell'amministrazione” contenuto nel testo previgente era intesa in tal senso – che si configurava “coincidente con la nozione di “sede effettiva”, intesa come il luogo dove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accertamento degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e dell'impulso dell'attività dell'ente” – tuttavia, l'attuale formulazione permette di individuare il concetto in modo più immediato e di evitare che si possano confondere gli “atti di amministrazione” con gli “atti amministrativi”; rilevando, ai fini dell'individuazione del criterio di collegamento per la residenza fiscale nel suolo nazionale, solo la prima tipologia di atti.

Gli “atti di amministrazione”, infatti, riguardano le decisioni gestionali e strategiche per la gestione della società, mentre gli “atti amministrativi” costituiscono quello che viene chiamato *day-to-day* management, ovvero le azioni di carattere routinario ed esecutivo, irrilevanti ai fini del concetto in analisi.

Peraltro, la scelta del legislatore di riferirsi alla sede di direzione effettiva rimanda in modo diretto al *place of effective management* presente in quasi tutte le Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia come criterio dirimente in caso di doppia residenza, il che costituisce certamente un miglioramento della norma interna in termini di coordinamento con la disciplina convenzionale.²

Da come si evince dalla Relazione Illustrativa al D.lgs. 209/2023, un obiettivo della modifica è quello di evitare che venga data troppa enfasi al ruolo dei soci all'interno della società, persone fisiche o anche società controllanti, che si limitano ad attività di supervisione e monitoraggio dell'attività della controllata. Si vuole, infatti, che per l'individuazione della sede della direzione effettiva assuma rilevanza il luogo in cui si esercita l'attività degli amministratori, organo collegiale che detiene il potere gestorio e decisionale (esecutivo) della società. Si può verificare la situazione in cui la sede di direzione effettiva venga collocata presso la controllante nel caso in cui quest'ultima "usurpi" l'impulso imprenditoriale della prima, privandole di autonomia.³

La residenza degli amministratori non fa parte degli indicatori dell'esistenza della sede effettiva quale criterio di collegamento per configurare la società come residente all'interno del territorio nazionale. Tuttavia, essa ha un valore indiziario, nel senso che, ai fini della collocazione della sede di direzione della società, il luogo in cui risiedono gli amministratori dotati di potere decisionale ha una notevole importanza nell'individuazione dell'istituto dell'esterovestizione, contenuto nell'art. 73 comma 5-bis del TUIR, il quale suggerisce che si configura come un elemento da tenere in considerazione. Anche la guardia di finanza, con la circolare 1/2018 vol. III a pag. 354 ha dato un certo rilievo alla questione, mettendo al primo posto tra gli indici da controllare per l'individuazione della residenza delle società la residenza degli amministratori di fatto piuttosto che quelli di diritto.

Il D.lgs. 209/2023 ha infatti modificato il comma 5-bis dell'art. 73 del TUIR (cd. esterovestizione) contenente la presunzione di residenza per le società ed enti che detengono partecipazioni di controllo (ex. art. 2359 co. 1 del c.c.) in società ed enti

² De Rosa F., 2024: *La Fiscalità Internazionale*, pag. 48.

³ Questo concetto è stato più volte ripreso dalla Corte di cassazione, con le sentenze n. 1544 e 1753 del 2023.

residenti in Italia, qualora essi siano controllati da soggetti residenti nel territorio dello Stato oppure siano amministrati da organi composti per la maggior parte da soggetti residenti. Tuttavia, la modifica in analisi è meramente formale in quanto ha eliminato solamente il riferimento al vecchio requisito della sede dell'amministrazione. In sostanza, ai sensi della norma, le società che rientrano in questa circostanza sono da considerarsi residenti in Italia e soggetti all'imposizione fiscale, a meno che non dimostrino di avere in uno Stato estero, oltre alla sede legale, sia la sede di direzione effettiva che la gestione ordinaria in via principale.

La "gestione ordinaria in via principale" che ha sostituito "l'oggetto principale" come terzo criterio di collegamento, si colloca a valle rispetto a quello della sede di direzione effettiva descritto in precedenza, in quanto ha ad oggetto il *day-by-day management*, svolto da figure meno rilevanti della gerarchia societaria. Ovviamente, i due criteri sono strettamente collegati fra loro, in quanto si istaura un rapporto causa-effetto essendo la gestione ordinaria della società una diretta conseguenza dell'attività di direzione e di strategia aziendale.

Il luogo che si riferisce a tale requisito non si identifica nel luogo nel quale si forma la volontà sociale, già identificato con il secondo criterio, ma quello in cui essa trova attuazione concreta. Alla luce di ciò, il criterio si riferisce alla attività enunciata al terzo periodo del comma 3 dell'articolo 73 del TUIR: "il continuo e coordinato compimento degli atti della gestione corrente riguardanti la società o l'ente nel suo complesso", indipendentemente dal luogo in cui si trovino i suoi beni. Infatti, nelle sentenze della Cassazione sezione penale (n. 6995 e 1811 del 2014, n. 7080 del 2012) si legge che "per individuare il luogo in cui viene a realizzarsi l'oggetto sociale rileva, non tanto quello dove si trovano i beni principali posseduti dalla società, quanto la circostanza che occorra o meno una presenza in loco per la gestione dell'attività dell'ente", nel quale viene posta rilevanza anche sulla presenza di personale dedicato alla gestione ordinaria.

Nella nuova formulazione della disciplina viene dato risalto al fatto che la gestione ordinaria deve essere quella principale, facendo intendere che una gestione interessata ad un ramo secondario dell'azienda può dar vita solamente ad una stabile organizzazione, nel caso in cui essa sia radicata nel suolo italiano. Ai fini della determinazione di quale

delle possibili diverse attività svolte dalla società si configuri come quella principale, si può fare riferimento a:

- parametri quantitativi quali il fatturato, il numero di dipendenti, ecc.;
- parametri qualitativi, avendo riguardo dell'attività esercitata nel territorio dello Stato (tipica o strumentale/accessoria).

Concludendo, la residenza fiscale delle società e degli enti in Italia è stata oggetto di una profonda revisione normativa, volta a modernizzare e rendere più efficiente il sistema fiscale in un contesto sempre più globalizzato. Le modifiche introdotte riflettono un impegno a garantire equità e trasparenza, adattando la normativa alle nuove realtà della mobilità internazionale e del lavoro a distanza. Questi cambiamenti rappresentano un passo significativo verso un sistema fiscale più coerente e adeguato, in linea con le pratiche internazionali e le raccomandazioni dell'OCSE. La nuova disciplina della residenza fiscale, basata su una combinazione di criteri oggettivi e soggettivi, mira a determinare in modo più preciso il collegamento effettivo di una società o di un ente con il territorio dello Stato, garantendo una tassazione equa e trasparente dei redditi.

1.3 La doppia imposizione internazionale.

Le fonti del diritto internazionale tributario (concernente i rapporti tra Stati) sono costituite, principalmente, dalle convenzioni tra Stati in materia fiscale e, secondo alcuni, dalle consuetudini. Invece, il diritto tributario internazionale (o transazionale) è formato dalle norme interne che disciplinano fattispecie contenenti elementi transazionali.⁴

I fenomeni di doppia imposizione internazionale rappresentano un tema cruciale nel diritto tributario internazionale, influenzando in modo significativo le decisioni di investimento e le strategie di pianificazione fiscale delle imprese e dei singoli contribuenti che operano in più giurisdizioni. Questi fenomeni si verificano quando due o più Stati esercitano simultaneamente la loro potestà impositiva su un medesimo soggetto o sullo stesso reddito, in base a criteri di collegamento differenti (la residenza del contribuente, la fonte del reddito, o la sede dell'attività economica). Il risultato di questa sovrapposizione di poteri impositivi è un doppio o addirittura multiplo obbligo di

⁴ *Tesaurò F., Istituzioni di diritto tributario 2-parte speciale, 2022, pag. 421-422.*

versamento, che ostacola il commercio internazionale, ne distorcere la concorrenza e, in definitiva, scoraggia gli investimenti transfrontalieri.

La doppia imposizione si realizza quando le potestà impositive degli Stati sono tra loro concorrenti; pertanto, maggiore sarà la mancanza di coordinamento fra essi e maggiore sarà la propensione del singolo Stato ad individuare unilateralmente il presupposto impositivo. Per prevenire tali fenomeni e porvi rimedio vengono stipulati dei trattati tra Stati (che possono essere bilaterali o multilaterali), predisposti sulla base di modelli elaborati dalle organizzazioni internazionali, che attengono principalmente alle imposte sui redditi e sui patrimoni.

Le Convenzioni contro le doppie imposizioni, infatti, costituiscono il prodotto delle iniziative assunte dagli Stati per disciplinare tali fenomeni, assunte al fine di evitare che si realizzi concretamente producendo distorsioni nel trattamento impositivo. Scopo di essi, come affermato dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 3119/2000, risiede nel concordare, sostanzialmente, che ad un potere impositivo su una determinata fonte di reddito in uno Stato deve corrispondere una rinuncia di esercizio di potere da parte dell'altro. Tali trattati seguono spesso modelli standardizzati, come ad esempio l'Italia che si avvale del Modello di Convenzione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), che offre linee guida per risolvere i conflitti di residenza e di fonte e per determinare quale Stato ha il diritto di tassare specifiche categorie di reddito.

Per effetto delle leggi che ne autorizzano la ratifica e ne ordinano l'esecuzione, le convenzioni internazionali acquistano valore di legge nel diritto italiano prevalendo, in linea di massima, sulle norme interne ordinarie. Tuttavia, l'art. 169 del TUIR dispone che le norme interne "si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione", affermando quindi che le norme delle leggi esecutive delle convenzioni non prevalgono sulle norme interne quando queste ultime risultano essere più favorevoli al contribuente; dimostrando che le norme convenzionali, essendo norme speciali che hanno finalità agevolativa, non possono creare un trattamento meno favorevole per il contribuente rispetto a quello previsto dalla disciplina interna.

Il contenuto caratteristico delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni risiede dalle cd. “norme di distribuzione”, ovvero quelle che limitano e ripartiscono il potere impositivo tra gli Stati contraenti. La doppia imposizione si può verificare in tre ipotesi:

- 1) quando l'imposizione di tipo reale dello Stato alla fonte (dove si è creato il reddito) concorre con l'imposizione di tipo personale dello Stato di residenza del soggetto in questione. Come abbiamo visto in precedenza, infatti, secondo il *Worldwide taxation principle*, un paese tassa tutti i redditi dei residenti ovunque prodotti e, contemporaneamente, i redditi prodotti all'estero dagli stessi sono tassati anche dallo Stato alla fonte;
- 2) quando un soggetto è residente fiscalmente in più Stati, creando un concorso di imposte personali;
- 3) quando c'è un concorso di imposte reali causato dalle diversità dei criteri di collegamento dei redditi adottato dagli Stati.

Chiaramente, la convenzione si applica soltanto a chi è residente fiscalmente in almeno uno Stato contraente; il primo paragrafo dell'art. 4 del modello OCSE stabilisce che “l'espressione ‘residente di uno Stato contraente’ designa una persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettato ad imposta nello Stato medesimo o in ogni sua suddivisione politica o ente locale, a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga”. Come emerge dalla lettura della norma, quindi, la definizione di residenza fiscale viene rinviata alla competenza degli ordinamenti interni degli Stati contraenti. Pertanto:

- le norme nazionali collegano un soggetto ad un ordinamento fiscale;
- le norme convenzionali regolano dei criteri in forza dei quali un soggetto, agli effetti della convenzione, è considerato residente in uno soltanto dei due Stati contraenti.

Oltre alla ripartizione delle potestà impositive, le convenzioni contro la doppia imposizione mirano anche a prevenire l'evasione fiscale internazionale attraverso la previsione nell'art. 26 del Modello OCSE, di clausole che facilitano lo scambio di informazioni tra le autorità fiscali degli Stati contraenti. Queste clausole permettono agli

Stati di ottenere dati rilevanti su redditi e patrimoni detenuti all'estero dai propri residenti, rendendo più facile il controllo da parte delle autorità fiscali, riducendo così il rischio di evasione. Tale scambio di informazioni può avvenire attraverso tre metodologie: su richiesta, spontaneamente o in modo automatizzato.

Inoltre, alcune convenzioni prevedono anche meccanismi di assistenza reciproca nell'accertamento e nella riscossione delle imposte, aumentando l'efficacia delle amministrazioni fiscali nel perseguire i contribuenti che tentano di eludere le proprie responsabilità fiscali. Tale procedura prende il nome di MAP (*Mutual Agreement procedure*), che può essere attivata da un soggetto residente in uno dei due Stati quando le misure adottate da una amministrazione finanziaria o da entrambe comportino a suo carico un'imposizione non conforme alle disposizioni della Convenzione.

L'articolo 23 del modello OCSE prevede che lo Stato della residenza conceda una deduzione/credito d'imposta o esenti il reddito di un contribuente prodotto all'estero, pari all'imposta pagata all'estero. Analizzando tali metodologie, emergono due sistemi:

- 1) il sistema dell'esenzione nello Stato di residenza assicura ai residenti che generano reddito all'estero la parità di trattamento fiscale nello Stato della fonte, realizzando la cd. neutralità esterna o neutralità all'importazione (*Capital Import Neutrality*);
- 2) il sistema del credito d'imposta o della deduzione, che presuppone che un reddito sia tassato sia nel paese di residenza che quello della fonte, prevede che lo Stato della residenza attribuisca, al soggetto residente, una deduzione o un credito d'imposta per un ammontare pari all'imposta pagata all'estero. Esso assicura una equità di trattamento tra residenti, e viene chiamato il "regime di neutralità interna" (*Capital Export Neutrality*). È da segnalare, tuttavia, che il credito d'imposta assegnato può essere illimitato o limitato. Nel primo caso, il credito sarà esattamente pari all'importo versato nello Stato della fonte; nel secondo caso esso è concesso come un importo pari alla quota di imposta dovuta, nello Stato di residenza, sul reddito prodotto all'estero.

La doppia imposizione rappresenta una sfida non solo per i contribuenti, ma anche per gli Stati, poiché può influire negativamente sull'attrattività di un Paese come destinazione

per gli investimenti esteri. Gli Stati che non riescono a prevenire la doppia imposizione rischiano di diventare meno competitivi sul piano internazionale, perdendo opportunità di attrarre capitali e competenze dall'estero. Per questo motivo, le convenzioni contro la doppia imposizione sono strumenti fondamentali per promuovere la crescita economica e la cooperazione internazionale, creando un ambiente fiscale stabile e prevedibile che incoraggia gli investimenti e facilita il commercio internazionale.

1.4 Il Modello OCSE.

Il Modello di Convenzione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) contro le doppie imposizioni è uno strumento cruciale nel diritto tributario internazionale, fornendo una base strutturata e condivisa per la negoziazione di trattati fiscali tra Stati sovrani. Creato nel 1963 e continuamente aggiornato per rispondere alle evoluzioni delle pratiche economiche e fiscali internazionali, il Modello OCSE rappresenta un punto di riferimento per oltre 100 Stati membri e non membri dell'Organizzazione, che lo utilizzano per prevenire la doppia imposizione sui redditi e sul patrimonio dei loro contribuenti. L'obiettivo principale di questo modello è quello di eliminare le barriere fiscali che ostacolano il flusso di capitale, beni, servizi e persone tra i Paesi, promuovendo così la crescita economica internazionale e garantendo un'equa distribuzione delle risorse fiscali tra gli Stati coinvolti.

Il Modello OCSE è strutturato in una serie di 32 articoli, suddivisi in 7 capitoli:

- 1) *Chapter 1: Scope of the convention* (articoli 1-2), che delimita il campo di applicazione della convenzione, indicando i soggetti e le imposte cui si applica;
- 2) *Chapter 2: Definitions* (articoli 3-5), fornisce alcune definizioni e le regole interpretative della convenzione;
- 3) *Chapter 3: Taxation of income* (articoli 6-21), contiene le “norme di distribuzione”;
- 4) *Chapter 4: Taxation of capital* (articolo 22), che disciplina le imposte sul patrimonio;
- 5) *Chapter 5: Methods for elimination of double taxation* (articoli 23A - 23B), contenenti i sistemi per eliminare la doppia imposizione;

- 6) *Chapter 6: Special provisions* (articoli 24-30), quali le procedure amichevoli tra Stati, lo scambio di informazioni, l'assistenza in materia di riscossione, ecc.;
- 7) *Chapter 7: Final provisions* (articoli 31-32), contenente le regole per l'entrata in vigore e la cessazione.

Il Modello è anche corredato da un Commentario elaborato dagli esperti del Comitato affari fiscali che rappresentano i governi degli Stati membri. Ad esso viene attribuito grande rilevanza in quanto concepito al fine di facilitare la comprensione e l'interpretazione delle norme della convenzione, fornendo chiarimenti ed esempi dettagliati.

Come si vedrà nel prossimo capitolo, nel corso degli anni sono state attuate numerose modifiche al modello, arrivando all'ultima revisione attuata nel 2017 fortemente influenzata dalle 15 azioni del progetto BEPS, elaborato al fine di contrastare le forme di erosione della base imponibile degli Stati e al *profit shifting*.

CAPITOLO 2: EVOLUZIONE STORICO NORMATIVA DELLA STABILE ORGANIZZAZIONE.

In questi ultimi anni, gli impressionanti fenomeni di innovazione tecnologica hanno reso il Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni, ed in particolare la definizione di stabile organizzazione, spesso inadatto a regolare le nuove situazioni economicamente significative ai fini della tassazione e della ripartizione del gettito tra le diverse giurisdizioni interessate dalla transazione.⁵

Il grande peso economico raggiunto da imprese che operano su più paesi (le cosiddette multinazionali), ha posto da tempo il problema di come debba essere coordinata la tassazione degli utili da esse prodotte tra i diversi paesi in cui esse operano.

Il principio adottato a livello internazionale, recepito nei trattati contro le doppie imposizioni che si ispirano al modello stilato dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), attribuisce a ogni Stato il diritto a tassare le imprese che risiedono al suo interno ed a tassare quelle non residenti solo in relazione all'attività produttiva che esse svolgono attraverso una *Stabile Organizzazione* e cioè una struttura fisica, presente in modo stabile sul suo territorio.⁶

Il concetto di Stabile Organizzazione (SO) rappresenta infatti un istituto centrale nel diritto tributario internazionale, essenziale per determinare la giurisdizione fiscale di riferimento sui redditi prodotti dalle imprese operanti su più paesi che intendono stabilire una o più sedi della propria attività in tali paesi. La sua evoluzione normativa è strettamente connessa all'adattamento delle leggi fiscali nazionali ed internazionali, alle dinamiche economiche globali, alle trasformazioni del commercio internazionale e alle innovazioni tecnologiche. Questo capitolo cercherà di tracciare l'evoluzione della definizione di Stabile Organizzazione, evidenziando le principali riforme europee e nazionali che hanno contribuito a definire ed aggiornare questo concetto nel corso del tempo.

⁵ Mayr S. – Santacroce B., 2016: *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, pag.4.

⁶ Bosi P. – Guerra M.C., 2022: *I tributi nell'economia italiana*, pag. 185.

La nozione legislativa di *Permanent Establishment (PE)* è stata introdotta per la prima volta nel 1963 con il Modello di convenzione fiscale elaborato dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE). Questo modello è stato il punto di riferimento per numerose convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione e ha fornito una definizione standard di SO, che ha così permesso una individuazione unilaterale di tali tipi di impianti produttivi all'interno della comunità europea. Tale definizione era ed è tutt'ora contenuta nell'articolo 5 del provvedimento OCSE che la identifica come: "*sede fissa di affari attraverso la quale un'impresa esercita, in tutto o in parte, la sua attività*". Con essa si mira a stabilire dei criteri chiari per identificare quando un'impresa estera ha una presenza economica sufficientemente significativa in un altro paese tale da giustificare l'imposizione fiscale.

Nel 1977, il Modello OCSE fu rivisto per includere ulteriori dettagli e chiarimenti. La revisione fu resa necessaria per rispondere alle crescenti complessità del commercio internazionale e per fornire una linea guida più precisa agli Stati membri. L'articolo 5 del modello così rivisitato include una lista dettagliata, la cosiddetta "*positive list*", che chiarisce quando è possibile affermare che quel determinato impianto nel suolo nazionale possa configurarsi come stabile organizzazione, andando perciò a ridurre le ambiguità interpretative. La definizione è arricchita inoltre da considerazioni su cosa non sia stabile organizzazione, la cosiddetta "*negative list*".

Nel contesto italiano, la definizione di stabile organizzazione è stata formalmente recepita con il Decreto Legislativo n. 344 del 2003 - Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) - precisamente all'articolo 162. Prima di questa riforma, il riferimento principale era costituito unicamente dalle convenzioni contro le doppie imposizioni basate sulla normativa europea vista in precedenza. L'articolo 162 del TUIR ha colmato una significativa lacuna normativa, fornendo una definizione che si applica sia ai fini delle imposte sui redditi che dell'Imposta Regionale sulle Attività Produttive (IRAP). Essa, pur ispirandosi al modello OCSE, introduce specifiche disposizioni adattate al contesto fiscale italiano.

Nonostante il recepimento da parte dell'ordinamento italiano, permanevano dubbi interpretativi chiariti in parte dalla giurisprudenza e dall'amministrazione finanziaria. A titolo di esempio, la sentenza n. 3367 del 7 marzo 2001 della Corte di cassazione, ha

sottolineato che la stabile organizzazione si configura anche solo attraverso la presenza di un rappresentante che dispone abitualmente del potere di concludere contratti a nome della stessa, indipendentemente dal fatto che il rappresentante abbia o meno un ufficio fisso o altre strutture permanenti nel territorio statale.

La digitalizzazione dell'economia ha posto poi nuove ed importanti sfide alla definizione tradizionale. Nell'economia digitale, caratterizzata da un'ampia dematerializzazione dell'attività economica, è il concetto stesso di stabile organizzazione, infatti, ad essere diventato obsoleto, perché le vendite di beni e servizi nei mercati di riferimento possono avvenire senza nessuna presenza fisica *in loco*. Nel 2007, l'Agenzia delle Entrate ha emanato la risoluzione numero 119/E, chiarendo che un server può costituire di per sé l'istituto in analisi se l'impresa ne ha la piena disponibilità e lo utilizza in maniera continuativa per la commercializzazione dei suoi prodotti. La risoluzione ha tuttavia specificato che per configurare una stabile organizzazione, il server deve obbligatoriamente essere sotto il controllo della società non residente e utilizzato regolarmente per l'attività commerciale, indipendentemente dal fatto che il personale sia fisicamente presente presso il server. Questa risoluzione ha segnato un passo importante verso il riconoscimento delle cosiddette stabili organizzazioni "virtuali", consentendo, poco alla volta, di poter adattare le norme fiscali alle nuove realtà del commercio digitale.

Come si evince dalla breve disamina, tale concetto normativo riflette la necessità di adattare continuamente le leggi fiscali alle trasformazioni dell'economia globale e alle nuove modalità operative delle imprese. Dalla prima definizione nel Modello OCSE del 1963, passando per le varie revisioni intervenute negli anni, fino alle recenti interpretazioni giurisprudenziali e normative italiane, la nozione di SO è stata infatti costantemente aggiornata per rispondere alle sfide poste dalla globalizzazione e dalla digitalizzazione. La comprensione approfondita di questi cambiamenti globali si rende necessaria per le imprese multinazionali e per le autorità fiscali, al fine di garantire una tassazione equa e coerente dei redditi transnazionali. Le continue revisioni delle norme e delle interpretazioni giurisprudenziali dimostrano l'importanza di un quadro normativo flessibile e aggiornato, capace di affrontare le sfide del moderno commercio internazionale.

2.1 Evoluzione normativa nel contesto internazionale.

La maggior parte delle convenzioni contro le doppie imposizioni concluse dallo Stato italiano ed attualmente in vigore, ricalca la struttura dell'analoga clausola contenuta all'articolo 5 del primo Modello di Convenzione fiscale, elaborato dall'*Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)* nel 1963.

La struttura originaria dell'art. 5 è stata di riferimento per decenni nei diversi ordinamenti nazionali e, nonostante la sua modifica ed integrazione nel 1977, è rimasta sostanzialmente immutata. In particolare, le principali modifiche apportate all'art. 5 del Modello OCSE nel 1977 sono:

- 1) La modifica della *positive list*, contenuta nel paragrafo 2, contenente le ipotesi che costituiscono una stabile organizzazione. La novità consiste nel fatto che nella nuova versione l'esempio del cantiere in costruzione viene descritto in un paragrafo ad esso dedicato;
- 2) La modifica della *negative list*, contenuta nel paragrafo 3, con l'introduzione dell'ipotesi della combinazione delle attività di carattere preparatorio o ausiliario (attuale lett. (f) del paragrafo 4 del Modello OCSE nell'ultima versione);
- 3) Previsione di deroga alla configurabilità della stabile organizzazione nel caso della c.d. "*agent clause*".

2.1.1 Le novità del Modello OCSE del 1977.

Di seguito si analizzano le conseguenze e le motivazioni dell'introduzione delle novità sopra elencate.

Anche a seguito delle modifiche, rimane confermato che la cosiddetta "*positive list*" non deve intendersi come esaustiva, ma come meramente esemplificativa, cioè di permettere che determinate installazioni vengano configurate come stabili organizzazioni anche se non espressamente menzionate nella lista, qualora esse rispondano positivamente ai requisiti di cui al paragrafo 1 dello stesso articolo 5; ovvero:

- installazione d'affari;

- stabilità;
- permanenza;
- connessione con l'attività dell'impresa non residente.

L'aspetto che assume particolare rilevanza risiede nel fatto che, se una installazione di una società estera nel suolo italiano rientra nelle configurazioni previste dal paragrafo 2, in fase accertativa vale la presunzione che essa costituisca una stabile organizzazione; ma, essendo la lista meramente esemplificativa, l'Amministrazione Finanziaria, legittimata a presumerne l'esistenza, lascia ricadere l'onere della prova contraria sul contribuente. Si tratta, pertanto, di una presunzione relativa e non assoluta, lasciando in capo al contribuente l'onere di dimostrare che, nel caso specifico, non si viene a configurare l'ipotesi della stabile organizzazione.

La conferma di ciò è riscontrabile nel chiarimento relativo al paragrafo 2 contenuto nel Commentario sull'art. 5 come emendato a partire dal 1977, il quale tutt'ora recita che gli esempi inclusi al paragrafo 2 dell'art. 5 costituiscono stabili organizzazione solo in prima analisi; con la conseguenza che l'Amministrazione finanziaria deve verificare per ogni singolo caso concreto che le installazioni di affari di volta in volta rispondano ai requisiti indicati nel paragrafo di riferimento.

In occasione del primo aggiornamento del Modello OCSE nel 1977, l'ipotesi del cantiere in costruzione è stata quindi espunta dalla lista contenuta nel paragrafo 2 ed è stata contestualmente inclusa in una disposizione a sé stante nel paragrafo successivo. La maggior parte degli stati membri ha ritenuto che per tale tipologia in esame fosse superfluo richiedere una verifica in relazione ai requisiti della stabile organizzazione come espressi nel primo paragrafo, dato che gli elementi essenziali per la configurazione di una stabile organizzazione risultano evidenti. Tuttavia, nel 1977 il nostro paese non ha aderito all'interpretazione condivisa dagli altri stati membri dell'OCSE ed ha esplicitamente espresso che l'Italia riteneva tutti gli esempi inclusi nel paragrafo 2 avessero carattere meramente presuntivo, compresa l'ipotesi del cantiere di costruzione e montaggio.

Detta posizione italiana era espressa al paragrafo 43 del Commentario sull'art. 5 nelle versioni del Modello OCSE pubblicate dal 1977 al 2010. Bisogna tuttavia affermare che

detta osservazione posta in essere dall'Italia non è stata sufficientemente esplicita e dunque non ben compresa negli anni, anche perché il legislatore italiano ha redatto i commi 2 e 3 dell'art. 162 del TUIR in conformità alla interpretazione prevalente dell'OCSE, senza considerare la specificità italiana al riguardo. Tuttavia, al fine di facilitare i negoziati sia con gli Stati membri dell'OCSE che con i non-membri, vi è stato l'adeguamento dell'art. 162 del TUIR alla struttura dell'art. 5 del Modello comunitario, rendendo l'esistenza dell'osservazione di cui al paragrafo 43 fuorviante e, pertanto, eliminata.

Con riferimento al secondo punto delle novità introdotte, la nuova lett. f) ha introdotto una disposizione del tutto innovativa, prevedendo una ulteriore ipotesi di esclusione della stabile organizzazione nel caso in cui si realizzi il cumulo delle attività di carattere preparatorio o ausiliario. In pratica, si fa riferimento a quelle situazioni in cui una sede fissa di affari sia utilizzata per l'esercizio combinato delle attività enumerate dalla lettera a) alla e). Questa previsione sostanzialmente impedisce alle imprese di evitare che la società estera, frammentando le loro operazioni tra diverse entità correlate, possa far sembrare che ciascuna di queste entità svolga solo attività preparatorie o ausiliarie.

La terza particolarità inserita nel paragrafo 5 del Modello OCSE a partire dal 1977 si riscontra nella clausola relativa al c.d. "agente dipendente", che riconosce la configurabilità di una stabile organizzazione personale nel caso in cui vi sia un soggetto che agisca in nome e per conto dell'impresa ed eserciti abitualmente l'autorità a concludere contratti in nome dell'impresa, a meno che l'attività intrapresa sia limitata a quelle incluse nella lista negativa di cui al paragrafo 4.

Anche qui, come nel primo caso, la legislazione normativa nazionale tuttavia differisce dall'impostazione segnata dal Modello OCSE: infatti, nelle Convenzioni italiane e nel comma 6 dell'art. 162 del TUIR si prevede che "l'agente dipendente" configuri sempre una stabile organizzazione "[...] a meno che le sue attività siano limitate all'acquisto di beni e merci per l'impresa." e dunque relegando l'eccezione ad una tipologia definita di attività preparatoria, implicando nel contempo, un possibile ampliamento dell'ambito della *agent clause*.

2.1.2 L'aggiornamento a seguito del Progetto BEPS.

La successiva modifica del modello di convenzione avviene più recentemente, e più precisamente nel 2017.

Il 18 dicembre di quell'anno, l'OCSE ha pubblicato infatti il nuovo Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni, il quale apporta ulteriori rilevanti modifiche all'art. 5 allo scopo di porsi in linea con quanto definito nell'”*Action 7: 2015 Final Report*” del *BEPS Action plan*. Con la sottoscrizione presso la sede dell'OCSE di Parigi della “*Multilateral Convention to implement tax treaty measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting*” (c.d. Convenzione Multilaterale BEPS) avvenuta il 7 giugno del 2017, 68 Stati (per poi diventarne 94) hanno recepito in un unico documento le indicazioni del progetto OCSE/G20, finalizzato ad aumentare la collaborazione e protezione verso i fenomeni evasivi.

L'art. 1 della Convenzione Multilaterale in commento stabilisce la modifica automatica di tutti gli Accordi fiscali già sottoscritti dagli Stati, comportando perciò il subentro immediato di una serie di disposizioni senza che vi sia la necessità di provvedere con i specifici *iter* di recepimento qualora tutte le parti interessate abbiano aderito alla convenzione multilaterale. Chiaramente, non tutte le clausole contenute all'interno della convenzione sono obbligatorie, ma ciascuno Stato può esprimere apposite riserve su determinate materie, decidendo se applicare o meno le stesse.

Le finalità del progetto BEPS sono riepilogate nel preambolo del relativo documento. Esse si basano sulla constatazione che gli Stati hanno subito ingenti perdite di gettito per effetto di politiche di pianificazione fiscale aggressiva, portate avanti soprattutto da gruppi multinazionali di grandi dimensioni, finalizzate allo spostamento dei profitti in Stati a fiscalità agevolata. Il progetto individua, pertanto, una serie di 15 Piani di Azione per contrastare l'erosione della base imponibile e lo spostamento artificioso dei profitti. Tra le 15 azioni identificate dal progetto *BEPS*, l'Azione 7 è specificamente rivolta all'elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione. Le raccomandazioni dell'Azione 7 sono state integrate nell'ultima versione del modello di Convenzione OCSE e nel relativo Commentario, pubblicati il 18 dicembre 2017.

Le principali modifiche all'art. 5 del Modello OCSE contro le doppie imposizioni si sono sostanziate nell'introduzione della c.d. *anti-fragmentation rule*, in base alla quale, nel caso di svolgimento di più attività da parte di una o più imprese tra loro collegate in uno Stato, sussiste comunque una stabile organizzazione se le diverse attività possono considerarsi tra loro complementari, "fatto salvo il caso in cui la totalità delle attività abbia carattere preparatorio o ausiliario".⁷ Questa norma sostanzialmente impedisce alle imprese di evitare l'imposizione fiscale frammentando le loro operazioni tra diverse entità correlate per far sembrare che ciascuna di queste entità svolga solo attività preparatorie o ausiliarie. La regola prevede che, se le attività complessive svolte da entità correlate in uno stesso luogo o in luoghi diversi costituiscono un'unità funzionale che contribuisce alle operazioni dell'impresa nel suo complesso, queste attività devono essere considerate unitariamente per determinare se costituiscono una stabile organizzazione.

A seguito dell'aggiornamento avvenuto a seguito del progetto *BEPS* sono state anche riscritte le definizioni di "agente dipendente" e "agente indipendente", ai fini della sussistenza o meno di una stabile organizzazione personale. In particolare, è stata ampliata la definizione di "agente dipendente" per includere quei soggetti che abitualmente giocano un ruolo principale nella conclusione dei contratti per conto dell'impresa, anche se non formalmente autorizzati a firmare tali contratti. Questa modifica mira a contrastare le strategie di commissione in cui gli agenti, pur non avendo formalmente il potere di concludere contratti, di fatto ne determinavano i termini essenziali, impedendo di sfuggire alla definizione tradizionale di stabile organizzazione.

Ulteriore novità è stata l'inclusione di nuovi criteri per la determinazione della stabile organizzazione nel contesto del commercio elettronico. La crescente digitalizzazione dell'economia ha reso infatti necessario adattare le norme fiscali per tenere conto delle attività svolte attraverso internet, come la gestione di server e siti web.

In linea generale, nel corso degli anni il Modello OCSE è stato costantemente aggiornato, in particolare nel 1977, 1992, 1998, 2000, 2003, 2005, 2008 e 2017, ma i requisiti relativi alla sussistenza di una stabile organizzazione posti dalla versione originaria del 1963 sono

⁷ Vial E., 2020: "La stabile organizzazione" pag. 165.

rimasti sostanzialmente invariati. Pertanto, si può ritenere che il modello originario si sia confermato come valido strumento per l'identificazione di tali fenomeni.

Le riforme al Modello OCSE susseguitesi nel tempo che hanno comportato una continua modifica del concetto di stabile organizzazione hanno avuto necessariamente un enorme impatto sulle politiche fiscali europee. I Paesi europei hanno adottato queste modifiche nei loro trattati fiscali bilaterali e nelle loro legislazioni interne.

In conclusione, l'evoluzione del concetto di stabile organizzazione nel contesto europeo è un riflesso della necessità di adattare le normative fiscali alle mutevoli realtà economiche e tecnologiche. Dalla definizione iniziale nel Modello OCSE del 1963, passando per le revisioni del 1977, fino alle raccomandazioni del progetto *BEPS* integrate nel Modello del 2017, la nozione di stabile organizzazione è stata costantemente aggiornata per garantire una tassazione equa e coerente dei redditi delle imprese multinazionali. Le modifiche introdotte nel corso degli anni hanno rafforzato i criteri per determinare la stabile organizzazione, tenendo conto delle nuove modalità operative delle imprese nel contesto della globalizzazione e della digitalizzazione e hanno al tempo stesso aiutato a rafforzare la cooperazione internazionale in materia fiscale, contribuendo a creare un quadro giuridico più coerente e trasparente per la tassazione dei redditi delle imprese multinazionali.

2.2 Evoluzione normativa nel contesto nazionale.

2.2.1 La normativa in vigore dal 01/01/2004.

Nel contesto italiano l'evoluzione è stata caratterizzata da una serie di riforme e adattamenti normativi che hanno avuto come scopo principale l'adeguamento della legislazione fiscale alle nuove realtà economiche e tecnologiche. Questa evoluzione ha avuto luogo attraverso modifiche al Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), influenzate principalmente dalle linee guida e dai Modelli OCSE.

Inizialmente, prima dell'inserimento della definizione nel Testo Unico, il riferimento per l'individuazione di stabili organizzazioni era essenzialmente riscontrabile nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni concluse dall'Italia, ricalcando la previsione

disciplinata dall'art. 5 del Modello OCSE. Da parte dei legislatori italiani, la questione di una revisione della struttura dell'art. 5 non si è posta fino al 31 dicembre 2003.

Detta definizione è intervenuta nel corso dell'anno 2004 quando è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale il D.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 di modifica del D.P.R. del 22 dicembre 1986 n. 917 (Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR)). In particolare, essa era ed è tutt'ora riscontrabile nell'art. 162, ispirato attualmente al Modello OCSE nella versione più aggiornata.

L'inserimento dell'art. 162 nel D.P.R. n. 917/1986 ha rimosso una pesante lacuna dell'ordinamento tributario nazionale, introducendo una definizione che, pur mutando nell'impostazione generale da quella prevista dal Modello OCSE, apporta al concetto di Stabile Organizzazione un valore sia ai fini delle imposte sui redditi che ai fini dell'IRAP, assumendo connotazioni del tutto particolari e talune volte anche contrastanti con la maggior parte delle Convenzioni contro la doppia imposizione stipulate in precedenza dall'Italia. Si riporta di seguito il testo dell'articolo in analisi nella versione originaria:

"1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 169, ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive di cui al decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, l'espressione 'stabile organizzazione' designa una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività nel territorio dello Stato.

2. L'espressione 'stabile organizzazione' comprende, in particolare:

a) una sede di direzione;

b) una succursale;

c) un ufficio;

d) un'officina;

e) un laboratorio;

f) una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali, anche in zone situate al di fuori delle acque territoriali in

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

3. Un cantiere in costruzione o di montaggio o di installazione, ovvero l'esercizio di attività di supervisione ad esso connesse, è considerato 'stabile organizzazione' soltanto se tale cantiere, progetto o attività abbia una durata superiore a tre mesi.

4. Una sede fissa di affari non è, comunque, considerata stabile organizzazione se:

a) viene utilizzata una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;

b) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;

c) i beni o le merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;

d) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa;

e) viene utilizzata ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario;

f) viene utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e), purché l'attività della sede fissa nel suo insieme, quale risulta da tale combinazione, abbia carattere preparatorio o ausiliario.

5. Oltre a quanto previsto dal comma 4 non costituisce di per sé stabile organizzazione la disponibilità a qualsiasi titolo di elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari che consentano la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi.

6. Nonostante le disposizioni dei commi precedenti e salvo quanto previsto dal comma 7, costituisce una stabile organizzazione dell'impresa di cui al comma 1 il soggetto,

residente o non residente, che nel territorio dello Stato abitualmente conclude in nome dell'impresa stessa contratti diversi da quelli di acquisto dei beni.

7. Non costituisce stabile organizzazione dell'impresa non residente il solo fatto che essa eserciti nel territorio dello Stato la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissario generale, o di ogni altro intermediario che goda di uno status indipendente, a condizione che dette persona agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.

8. Nonostante quanto previsto dal comma precedente, non costituisce stabile organizzazione dell'impresa il solo fatto che la stessa eserciti nel territorio dello Stato la propria attività per mezzo di un raccomandatario marittimo di cui alla legge 4 aprile 1977, n. 135 o di un mediatore marittimo di cui alla legge 12 marzo 1968, n. 478, che abbia i poteri per la gestione commerciale o operativa delle navi dell'impresa, anche in via continuativa.

9. Il fatto che un'impresa non residente con o senza stabile organizzazione nel territorio dello Stato controlli un'impresa residente, ne sia controllata, o che entrambe le imprese siano controllate da un terzo soggetto esercente o no attività d'impresa non costituisce di per sé motivo sufficiente per considerare una qualsiasi di dette imprese una stabile organizzazione dell'altra“.

2.2.2 La normativa in vigore dal 01/01/2018 (La legge di bilancio 2018).

Nel 1° gennaio 2018 è entrato in vigore un cambiamento cruciale nella definizione apportato dall'art. 1 comma 1010 della legge di bilancio 2018 (Legge 27 dicembre 2017, n. 205), con cui venne riscritta e rivisitata la nozione di stabile organizzazione contenuta nell'art. 162 del TUIR. La nuova previsione trova origine nel recepimento, da parte dell'ordinamento italiano, di quanto previsto dalla Convenzione Multilaterale BEPS, contenente misure riguardanti l'economia digitale; questo progetto, come visto in precedenza, mirava a contrastare le pratiche di erosione della base imponibile e il trasferimento dei profitti. Tra le 15 azioni identificate dal progetto BEPS, l'Azione 7 era specificamente rivolta all'elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione. Le raccomandazioni dell'Azione 7 sono state integrate nell'ultima versione del modello di Convenzione OCSE, pubblicata il 18 dicembre 2017.

La legge di bilancio 2018 intervenne sulla c.d. *“positive list”* contenuta nel comma 2 dell’art. 162 mediante l’inserimento della lett. f-bis), volta a ricomprendere tra le fattispecie suscettibili di configurare S.O. *“una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non far risultare una sua consistenza fisica nel territorio dello stesso.”*

La modifica sembra trovare origine nella necessità di superare l’impostazione per cui la qualifica di stabile organizzazione è da ritenersi ricollegabile all’insediamento di una struttura fisica (materiale o personale) nel territorio dello stato. Tale impianto normativo risultava infatti obsoleto rispetto allo sviluppo di attività completamente digitali o multidimensionali che consentivano alle imprese di poter operare senza una vera e propria presenza fisica sul territorio italiano. Contestualmente, è stata abrogata la previsione contenuta nel comma 5 volta ad escludere la configurabilità di una stabile organizzazione nel caso di disponibilità a qualsiasi titolo di *“elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari che consentano la raccolta e la trasmissione dei dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi”*.

Basandosi su tale ottica, pertanto, viene superato il concetto di stabile organizzazione basato sul radicamento territoriale inteso in senso tradizionale, ovvero quello materiale o personale, dando invece rilievo al luogo in cui vengono svolte effettivamente le attività con cui viene prodotta ricchezza: viene creata così una nuova ipotesi di stabile organizzazione; la c.d. Stabile Organizzazione Virtuale.

Contestualmente viene riformulata la c.d. *“negative list”* contenuta nel comma 4 e viene aggiunto il nuovo comma 4-bis, nel quale viene previsto che la combinazione di più attività che singolarmente considerate avrebbero carattere preparatorio o ausiliario, ma che nella loro complementarità perdono tale carattere, sia idonea a configurare una stabile organizzazione. Il successivo co. 5, interamente sostituito al precedente, introduce la c.d. *“anti-fragmentation rule”*, quale norma ad evitare che l’attività sia frazionata fra più imprese collegate al solo fine di non incorrere in una delle ipotesi che, considerando l’attività in modo unitario, configurerebbe S.O.

Con riferimento alla riformulazione del comma 4 dell'art. 162 del TUIR, l'intervento del legislatore nazionale recepisce la formulazione recata dall'opzione A dell'art. 13 della Convenzione Multilaterale *BEPS*. Tale norma ha infatti previsto due opzioni:

- Opzione A: al fine di escludere la sussistenza di una S.O., è necessario che l'attività sia inclusa nella c.d. "*negative list*" abbia carattere preparatorio e ausiliario e che, se vengono svolte più attività, è necessario che l'attività complessiva abbia carattere preparatorio e ausiliario;
- Opzione B: al fine di escludere la sussistenza di una S.O., non è necessario che l'attività inclusa nella c.d. "*negative list*" si configuri quale attività avente carattere preparatorio o ausiliario.

Stante l'intenzione manifestata dell'Italia di esercitare la prima opzione, una volta entrata in vigore la Convenzione Multilaterale si dovranno considerare automaticamente modificate i trattati bilaterali stipulati dall'Italia nel caso in cui anche l'altro Stato contraente eserciti la medesima opzione.

Sulla base dei criteri proposti in ambito OCSE, le attività preparatorie possono essere individuate nelle attività che precedono e sono poste in essere in vista dello svolgimento dell'attività principale dell'impresa, mentre le attività ausiliarie si sostanziano in attività di supporto all'attività principale dell'impresa e, in linea generale, non dovrebbero impiegare un significativo ammontare di beni o risorse umane. Al fine di escludere la sussistenza di una stabile organizzazione si rende necessaria una valutazione caso per caso che dipende notevolmente dall'attività svolta dalla casa madre. A titolo di esempio, anche in base a quanto contenuto nel commentario OCSE, è stato chiarito che l'intervento normativo dovrebbe constatare le situazioni in cui l'impresa residente nello Stato A abbia un grande magazzino nello Stato B con un elevato numero di addetti, per cui quel magazzino, costituendo elemento essenziale nella funzione di vendita e distribuzione, assumerebbe lo status di stabile organizzazione.⁸

In conseguenza dell'introduzione del comma 5 all'art. 162, ovvero della c.d. "*anti-fragmentation rule*", la eccezione prevista per le attività di carattere preparatorio o ausiliario non opera con riferimento ad una sede fissa utilizzata da un'impresa o da una

⁸ Corso L. – Odetto G., 2017: "*Le novità della legge di bilancio 2018 e del DL collegato*", pag. 138.

impresa “strettamente collegata” se svolgono la propria attività nello stesso luogo o in un altro costituente stabile organizzazione per le stesse o se l’attività risultante dalla combinazione delle attività delle due imprese nello stesso Stato non sia di carattere preparatorio o ausiliario, a condizione che le attività svolte dalle due costituiscano funzioni complementari che siano parte di un complesso unitario di operazioni dell’impresa. Tale regola sostanzialmente impedisce alle imprese di evitare la stabile organizzazione frammentando le loro operazioni tra diverse entità correlate per far sembrare che ciascuna di queste entità svolga solo attività preparatorie o ausiliarie.

L’introduzione a livello domestico della disposizione emanata a livello europeo riconosce quanto affermato dalla Corte di Cassazione in tema di “stabile organizzazione plurima” avvenuta con la pronuncia n. 20597 del 7 ottobre 2011, con cui la Corte ha ritenuto sussistente una stabile organizzazione a fronte di un’organizzazione produttiva che era articolata in una pluralità di ditte formalmente distinte ma economicamente integrate in una struttura unitaria, strumentale al raggiungimento dello scopo commerciale in Italia della “casa madre” non residente.

La definizione di “*soggetto strettamente correlato ad un’impresa*” è contenuta nel comma 7-bis, a seguito del quale un soggetto viene configurato come tale se, tenuto conto di tutti i fatti e di tutte le circostanze rilevanti, l’uno ha il controllo dell’altra o entrambi sono controllati da uno stesso soggetto, o in ogni caso, se l’uno possiede direttamente o indirettamente più del 50% delle partecipazioni dell’altra o, nel caso di una società, più del 50% del totale dei diritti di voto, o del capitale sociale o se entrambi sono partecipati da un altro soggetto (direttamente o indirettamente) con le medesime percentuali.

Un altro aspetto cruciale della normativa italiana riguarda la distinzione tra agente dipendente e indipendente. Sostituendo i commi 6 e 7 dell’art. 162 del TUIR la legge di bilancio 2018 ha riscritto tali nozioni ai fini della configurazione di una stabile organizzazione nel territorio italiano.

In base al nuovo comma 6 si configura stabile organizzazione personale (agente dipendente) un soggetto che agisce nel territorio dello Stato per conto di un’impresa non residente e che abitualmente conclude contratti, o opera ai fini della conclusione di contratti senza modifiche sostanziali da parte dell’impresa. Inoltre, ai fini della

configurazione, deve trattarsi di contratti conclusi in nome dell'impresa, relativi al trasferimento della proprietà di beni dell'impresa o che essa ne abbia il diritto alla utilizzazione o di contratti relativi alla fornitura di servizi. In continuità con le disposizioni precedenti, l'agente dipendente non configura S.O. se l'attività svolta è limitata allo svolgimento delle attività elencate nel comma 4 ed aventi carattere preparatorio o ausiliario.

La giurisprudenza italiana ha spesso interpretato diversamente la sussistenza e l'ampiezza dei poteri di rappresentanza riconosciuti all'agente dipendente necessari per configurare una stabile organizzazione. Nelle sentenze relative al caso *Philip Morris*, la Corte di cassazione ha stabilito che non è la materiale sottoscrizione del contratto a rilevare, ma il fatto che l'agente partecipi alle trattative con i terzi o a singole fasi di esse. Inoltre, la Corte ha stabilito che non è necessario che l'agente abbia un'effettiva struttura con locali fiscalmente ubicati nel territorio dello Stato ma è sufficiente che l'agente possa concludere i contratti per conto della casa madre estera.

Le modifiche introdotte con la legge di bilancio 2018 hanno recepito l'orientamento della Corte di cassazione, formalizzando la circostanza per cui a rilevare è il fatto che il contratto è concluso in nome e per conto della casa madre. La novità rispetto al previgente quadro normativo consiste nel fatto che la figura dell'agente dipendente sarebbe tale anche nel momento in cui l'intermediario (agente) giochi un ruolo determinante nel portare a conclusione i contratti, i quali poi vengono finalizzati dalla casa madre.

Si riporta di seguito una tabella riepilogativa dei casi in cui si configura o non si configura una stabile organizzazione per l'ordinamento italiano a seguito delle modifiche introdotte dalla legge di bilancio 2018⁹:

⁹ *Tabella 1: Corso L. – Odetto G., Guida Eutekne “Stabile organizzazione (imposte dirette)”.*

Casi che configurano una S.O. (c.d. "positive list", comma 2)	Casi che non configurano una S.O. (c.d. "negative list", comma 4)
a) sede di direzione	a) l'uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa (cfr. la ris. Agenzia delle Entrate 17.1.2017 n. 4)
b) succursale (inquadabile, sul piano interno, nella sede secondaria con rappresentanza stabile ex artt. 2197 e 2506 c.c.)	b) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna
c) ufficio (es. ufficio di direzione per il coordinamento di una determinata area geografica)	c) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa
d) officina	d) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa
e) laboratorio	e) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dello svolgimento, per l'impresa, di ogni altra attività (modificata dalla legge di bilancio 2018)
f) miniera, giacimento petrolifero o di gas naturale, cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali	f) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e)
f-bis) una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso	

2.2.3 La normativa in vigore dal 01/01/2023 (La legge di bilancio 2023).

Le ultime modifiche che portarono alla versione attuale furono apportate dalla legge del 29 dicembre 2022 n. 197, la c.d. legge di bilancio 2023, che ha previsto ulteriori novità significative in materia di rapporti internazionali. In particolare, l'art. 1 co. 255 ha portato alcune integrazioni all'art. 162 del TUIR atte ad introdurre in Italia la disciplina del c.d. "*investment management exemption*"; ovvero una disposizione atta a limitare la possibilità che l'attività dei soggetti che gestiscono investimenti per conto di veicoli di investimento esteri possa configurare una stabile organizzazione in Italia. Si tratta, dunque, di una norma volta ad attrarre la presenza in Italia dei c.d. "*asset manager*", e della relativa forza lavoro, conferendo sicurezza al soggetto non residente in merito alla configurabilità di una stabile organizzazione nel territorio statale.¹⁰

Rispetto alla versione adottata a seguito della legge di bilancio del 2023, vengono quindi introdotti dei nuovi commi: nello specifico, il comma *7-ter*, *7-quarter*, *7-quinques* e il *9-bis*.

Il nuovo comma *7-ter* stabilisce che si considerano indipendenti, nell'ambito della stabile organizzazione personale, i soggetti che in nome e/o per conto di un veicolo di investimento non residente abitualmente concludono contratti di acquisto e/o di vendita

¹⁰ Corso L. – Odetto G. – Francesco G., 2023: "Le novità in materia di Fiscalità internazionale", pag.214.

e/o di negoziazione, o comunque contribuiscono alla compravendita o negoziazione di strumenti finanziari e crediti. Tramite tale norma viene esclusa la possibilità che, al ricorrere dei requisiti elencati nel successivo comma 7-*quarter*, venga a configurarsi una stabile organizzazione personale dei veicoli di investimento.

Nell'ambito della configurabilità di una stabile organizzazione materiale, invece, il comma 9-bis stabilisce che, sempre al ricorrere degli stessi requisiti enunciati nel 7-*quarter*, una sede fissa di affari a disposizione di un'impresa residente che vi svolge la propria attività, utilizzando il proprio personale, non si considera a disposizione del veicolo di investimento non residente per il solo fatto che l'attività d'impresa reca un beneficio al veicolo. La relazione illustrativa della legge di bilancio 2023 ha chiarito che tale norma si applica solo nel caso in cui l'impresa residente faccia parte del gruppo di cui fa parte anche il veicolo stesso. La portata della presunzione in esame sembrerebbe essere più ampia di quella disposta dal comma 7-*ter* in quanto in quest'ultimo la sussistenza dell'indipendenza viene limitata allo svolgimento di specifiche attività.

Quindi, l'esclusione della sussistenza del requisito della dipendenza, unitariamente al fatto che il soggetto presente nel territorio dello Stato agisce nell'ordinario corso della sua attività di impresa, comporta l'impossibilità che si possa configurare una stabile organizzazione in Italia del veicolo di investimento estero.

Come detto in precedenza, il comma 7-*quarter* contiene una serie di requisiti che devono essere rispettati al fine poter applicare la disciplina della *Investment Management Exemption*:

- a) Localizzazione: Il veicolo di investimento non residente e le relative controllate siano residenti o localizzati in uno degli altri Stati o territori che consentono un adeguato scambio di informazioni elencati nell'elenco di cui all'art. 11 co. 4 lett. c) del D.lgs. 239/96 (DM 4.9.96 e successive modifiche e integrazioni);
- b) Indipendenza: Il veicolo di investimento non residente rispetti i requisiti di indipendenza stabiliti con un decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Secondo quanto chiarito dalla Relazione illustrativa al Ddl. di bilancio 2023, tali requisiti sono identificati in modo da far sì che il loro rispetto garantisca che il

veicolo di investimento svolga l'attività propria ed ordinaria di tali tipologie di enti.

- c) Posizioni apicali e partecipazioni: Al fine di applicare la presunzione di non sussistenza della stabile organizzazione, il soggetto che opera in Italia:
- Non deve ricoprire cariche negli organi di amministrazione e/o di controllo del veicolo di investimento;
 - Non deve detenere una partecipazione ai risultati economici del veicolo di investimento o di soggetti facenti parte del medesimo gruppo superiore al 25%.

In questo caso, si tratta di avere un certo grado di indipendenza tra asset manager che agisce in Italia con il veicolo di investimento estero.

- d) Remunerazione dell'asset manager: La remunerazione riconosciuta al soggetto residente od alla stabile organizzazione nel territorio dello Stato, in relazione all'attività svolta in Italia per servizi prestati a società del gruppo del veicolo di investimento, devono essere determinati in forza del loro valore normale, in linea con i principi di cui all'art. 110 comma 7 del TUIR. Infine, la remunerazione deve essere supportata dalla documentazione idonea prevista all'art. 1 co. 6 del Dlgs. 471/97 in tema di transfer pricing.

L'evoluzione normativa del concetto di stabile organizzazione in Italia riflette, come abbiamo visto dai notevoli cambiamenti e dalle nuove disposizioni intervenute, la necessità di adattare continuamente le leggi fiscali alle trasformazioni dell'economia globale e alle nuove modalità operative delle imprese. Dalla definizione iniziale basata sulle convenzioni contro le doppie imposizioni ispirate al Modello OCSE, passando per l'introduzione dell'articolo 162 del TUIR nel 2003, fino alle modifiche apportate dalla legge di bilancio 2023, la nozione di stabile organizzazione è stata costantemente aggiornata per rispondere alle sfide poste dalla globalizzazione e dalla digitalizzazione.

CAPITOLO 3: LE TIPOLOGIE DI STABILE ORGANIZZAZIONE.

3.1 Le sub-specie di stabile organizzazione e la loro relazione gerarchica.

L'art. 162 del TUIR mette a fuoco due sub-specie principali di stabile organizzazione:

- 1) Stabile organizzazione materiale;
- 2) Stabile organizzazione personale.

Entrambe le fattispecie richiedono una “presenza fisica” dell'entità oggetto di analisi all'interno del territorio dello Stato.

Secondo la consolidata dottrina e prassi, le due fattispecie stanno tra loro in rapporto gerarchico: preliminarmente deve essere verificata la sussistenza della stabile organizzazione materiale, e in caso di esito negativo, si dovrà successivamente vagliare la sussistenza dei requisiti propri della stabile organizzazione personale.

Un caso particolare rispetto alle due principali sub-specie di S.O. è rappresentato dal cantiere, in quanto collegato al rispetto di un requisito specifico di carattere temporale.

Recentemente, a seguito della diffusione dell'economia digitale, è sorta la necessità di identificare una terza tipologia di Stabile Organizzazione: la stabile organizzazione virtuale, ben delineata dalla lettera *f-bis*) del comma 2 dell'art. 162 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, inserita dalla legge di bilancio del 2018. La S.O. virtuale può essere vista come sub-specie autonoma rispetto alla S.O. materiale (entro la cui disciplina è ufficialmente inserita) in quanto è di fatto collegata ad una sfera prettamente immateriale.

Riguardo a quest'ultima sub-fattispecie (la S.O. virtuale), è difficile stabilire in quale posizione gerarchica si collochi rispetto alle due storiche (materiale e personale), se cioè ne costituisca una categoria puramente residuale o piuttosto si collochi a monte di entrambe. Su questo punto, solo la giurisprudenza o direttamente il legislatore potranno fare chiarezza.

Nei paragrafi che seguono, verranno illustrate le singole configurazioni di S.O. partendo da quelle tradizionali.

3.2 La stabile organizzazione materiale.

La stabile organizzazione materiale è quella di più facile percezione. La sua definizione è contenuta nel comma 1 dell'art. 162 del TUIR, mentre i casi specifici di configurazione della stessa sono esplicitati nel comma 2 del medesimo articolo (la c.d. *positive list* che si completa con il particolare caso del cantiere); i casi di esclusione della sussistenza di una stabile organizzazione vengono invece esplicitati nei successivi commi 4, 4-*bis* e 5.

Il comma 1 definisce pertanto la stabile organizzazione in modo materiale come: “*sede fissa di affari per mezzo della quale l’impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività nel territorio dello Stato*”. Quattro sono pertanto i presupposti caratterizzanti:

- 1) L’esistenza di una sede d’affari intesa in senso materiale;
- 2) La fissità spaziale della sede;
- 3) La permanenza temporale della sede di affari;
- 4) L’utilità strumentale di detta sede rispetto all’attività, totale o parziale, svolta dal soggetto non residente nel territorio nazionale.

Tutti questi presupposti, affinché siano effettivamente operativi, devono essere considerati in senso ampio, e cioè valutandoli in ossequio al principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

3.2.1 Analisi dei quattro requisiti della stabile organizzazione materiale.

Il requisito della sussistenza di una sede di affari lega la sussistenza di una stabile organizzazione ad un luogo, un’attrezzatura, un’installazione oppure in generale uno “spazio” utilizzato per lo svolgimento dell’attività d’impresa.

Ciò che rileva a questi fini è la disponibilità da parte del soggetto non residente dei locali e delle attrezzature più che la proprietà delle stesse; in sostanza, l’impresa estera deve poter esercitare un certo grado di controllo sulla sede o a titolo di proprietà, o locazione, o comodato, o ogni altra forma contemplata dall’ordinamento.

A questo riguardo il commentario all'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE al par. 12, anche a seguito di pronunce di interpretazioni nazionali non del tutto coerenti¹¹ ha avuto modo di chiarire che l'esistenza di una sede fissa nelle quali vengono svolte attività di trasformazione con cui il soggetto estero ha un rapporto del tipo cliente-fornitore e sulla quale non esercita pertanto autorità di controllo, non si configura come stabile organizzazione materiale.

Quanto al presupposto di fissità spaziale si richiede un collegamento con il luogo materiale in cui è situata l'attività. Con ciò non si intende necessariamente che l'installazione debba essere ancorata al suolo sottostante, ma piuttosto la permanenza della stessa in una particolare area geografica. Qualora l'attività d'impresa sia caratterizzata da spostamenti frequenti, il requisito in analisi sarà comunque rispettato nel caso in cui tali spostamenti avvengano con coerenza geografica e commerciale rispetto all'attività svolta.

Ad esempio, è stata considerata stabile organizzazione dotata del requisito di fissità la camera di albergo utilizzata da un istruttore di scii sloveno che agiva quale intermediario per conto di alcune stazioni sciistiche italiane in modo professionale.¹²

Il requisito della permanenza temporale è mancante di un riferimento normativo che definisca in modo preciso il lasso temporale minimo che può integrarlo. Sul punto, il Commentario OCSE a commento dell'art. 5 ha indicato, al par. 28, il termine di 6 mesi. Tuttavia, l'Agenzia dell'Entrate, con propria Circolare n. 26/E del 2014 ha relativizzato il termine temporale stabilito dall'OCSE, ritenendo di potersi discostare da tale indicazione ogni qualvolta le circostanze lo richiedano (A titolo di esempio le attività c.d. "stagionali").

Lo stesso concetto viene ribadito dal paragrafo 6.2 del "*Revised Discussion Draft*" pubblicato dall'OCSE che riporta l'esempio di individuazione di stabile organizzazione verso un soggetto che ha prestato un servizio di catering per una troupe televisiva in uno

¹¹ Circolare Ministeriale n. 282/E del 11 dicembre 1995 e la sentenza della Corte federale tedesca del 30 ottobre 1996.

¹² Sentenza della Corte di cassazione n. 1103 del 17 gennaio 2013.

Stato diverso da quello della propria residenza, sfruttando come sede fissa la casa di proprietà, nonostante la durata del servizio messo a disposizione fosse di soli 4 mesi.

In sintesi, la permanenza temporale non può ad oggi essere identificata in modo univoco ed oggettivo, ma deve essere valutato caso per caso.

Per il configurarsi del presupposto dell'utilità strumentale della sede fissa, è imprescindibile ai fini della identificazione di una stabile organizzazione che essa sia utilizzata per lo svolgimento dell'attività di impresa, parziale o totale, da parte del soggetto non residente, ancorché non produttiva di reddito. Viene pertanto completamente esclusa la sussistenza di una Stabile Organizzazione materiale nei casi in cui la sede non venga utilizzata ai fini del business dell'impresa estera.

Il ministero delle finanze, con la citata circolare n. 282/E del 1995, ha chiarito che il risultato economico dell'attività della stabile organizzazione non ha alcuna rilevanza ai fini del riconoscimento della stessa; l'effettiva "produttività" della sede di affari non è mai stato considerato un requisito necessario.

Il commentario OCSE ha escluso che si possa configurare una stabile organizzazione qualora l'impresa estera distacchi tutto o parte del proprio personale dipendente presso una società residente: la società estera distaccante infatti non ha alcun potere di direzione nei dipendenti distaccati e l'attività oggetto di tassazione nell'ambito del territorio dello Stato potrà essere esclusivamente quello della società distaccataria.

Altro caso che ha richiesto chiarimenti da parte dell'Amministrazione Finanziaria e della Suprema Corte è quello relativo al caso in cui un soggetto estero posseda beni immobili all'interno del territorio dello Stato senza alcuna attività gestoria. Se la proprietà immobiliare è finalizzata al puro investimento, essa non costituisce presupposto per la qualifica di stabile organizzazione (come precisato implicitamente dall'Agenzia delle Entrate nel principio di diritto n. 8/2019). Diverso è il caso in cui l'acquisto immobiliare sia effettuato a fini speculativi, ad esempio per successiva lottizzazione e rivendita. In questo caso la Corte Suprema, nella recente ordinanza n. 2581/2021 ha riconosciuto la sussistenza di una stabile organizzazione di un business immobiliare esercitato da una società di diritto egiziano in Italia volto alla realizzazione e cessione di immobili turistici a Sharm el Sheikh.

3.2.2 Le casistiche di stabile organizzazione materiale compresi nella “*positive list*”.

Una serie di casi specifici suscettibili di costituire una stabile organizzazione vengono specificatamente individuate in un elenco – c. d. “*Positive List*” - sia a livello italiano (art. 162, comma 2 del TURI) sia a livello OCSE (art. 5 secondo paragrafo)). Tuttavia, mentre per il Commentario del modello OSCE tale elenco di casistiche è sempre stato considerato meramente esemplificativo, la posizione italiana sull’argomento non è stata sempre univoca: fino al 2008 l’Italia ha considerato la *positive list* come casi di presunzione relative di stabili organizzazioni per le quali non si rendeva necessaria alcuna verifica dei relativi requisiti da parte dei contribuenti; successivamente alla versione 2010 del Commentario, al contrario, viene richiesta agli operatori di verificare caso per caso la sussistenza dei requisiti di esistenza, fissità, permanenza e strumentalità, modificando così la precedente linea interpretativa italiana.

I casi individuati di S.O., sia a livello interno che comunitario, sono:

- la Sede di Direzione, cioè il luogo in cui vengono definite le di direzione dell’impresa per l’area geografica di competenza. Sono escluse le sedi d’affari ospitanti attività ausiliarie o preparatorie alla principale;
- la Succursale, cioè la struttura organizzativa materiale e/o personale dotata di un certo grado di indipendenza economica e commerciale, ma comunque dipendente dall’impresa non residente;
- l’Ufficio, inteso come unità organizzativa preposta alla gestione amministrativa, totale o parziale, dell’attività;
- l’Officina e il Laboratorio, ovvero i luoghi in cui vengono svolti i processi produttivi, mentre non comprende i luoghi in cui si svolgono attività di ricerca scientifica per conto della casa madre);
- le Miniere, Cave e altri luoghi di estrazione di risorse naturali. Su questo ultimo punto lo Stato italiano ha ritenuto di far valere l’opzione prevista al paragrafo 15 del Commentario OCSE all’art.5, estendendo l’ambito applicativo della norma alle zone situate al di fuori delle acque territoriali; basandosi sul fatto che lo Stato italiano ha la possibilità di sfruttare il fondo del mare, del sottosuolo e delle risorse

naturali anche al di fuori dei confini territoriali e che tale possibilità di sfruttamento può collegarsi anche alla potestà impositiva.

Nella positive list, a partire dal 2018, è compresa anche la stabile organizzazione virtuale, non vi rientra invece il Cantiere che costituisce una casistica speciale ed autonoma di stabile organizzazione.

3.2.3 Il caso particolare del Cantiere.

L'art.162, comma 3 del TUIR contiene la definizione di cantiere rilevante per gli scopi della disciplina in oggetto: *“un cantiere di costruzione o di montaggio o di installazione, ovvero l'esercizio di attività di supervisione ad esso connesse, è considerato stabile organizzazione soltanto se tale cantiere, progetto o attività abbia una durata superiore a tre mesi”*. Tale definizione di fatto riprende quella inserita al par. 3 dell'art.5 del Modello di Convenzione OCSE, il quale però estende la durata minima a 12 mesi.

Le oltre 90 convenzioni italiane stipulate dallo Stato italiano prevedono tutte la stabile organizzazione da cantiere nelle quali però il requisito temporale oscilla tra i 3 mesi (ad esempio con l'Algeria) ai 36 mesi (ad esempio con l'Unione Sovietica), ma ha stipulato anche altre convenzioni nelle quali non è previsto alcun limite temporale per la particolare tipologia di “cantiere di costruzione”, ma li hanno previsti invece di 6 mesi per i cd. “cantieri di montaggio” (Marocco).

Le convenzioni internazionali stipulate dall'Italia con oltre 90 paesi mostrano una notevole variabilità nei requisiti temporali relativi ai cantieri. In particolare, la durata minima necessaria affinché un cantiere costituisca una stabile organizzazione può variare sensibilmente. Ad esempio, alcune convenzioni, come quella con l'Algeria, stabiliscono un periodo minimo di 3 mesi, mentre altre, come quella con l'ex Unione Sovietica, prevedono un periodo massimo di 36 mesi. Inoltre, esistono convenzioni che non fissano alcun limite temporale per i “cantieri di costruzione”, ma che vengono imposti per un periodo minimo di 6 mesi per i “cantieri di montaggio”, come quella stipulata con il Marocco. Queste discrepanze riflettono le particolari esigenze e negoziazioni bilaterali tra l'Italia e i vari paesi partner, evidenziando l'importanza di considerare le specifiche

disposizioni di ogni convenzione per una corretta determinazione della stabile organizzazione nel contesto dei cantieri.

La dottrina osserva che il termine minimo di durata del cantiere stabilito dalla norma e dalle convenzioni sostituisce il requisito della fissità e permanenza.

Per quanto concerne l'attività di "supervisione", essa è tratta in modo differente a livello comunitario rispetto che a livello nazionale. In particolare, l'art.162 del TUIR la comprende a pieno titolo nelle attività della stabile organizzazione da cantiere, intese in modo più ampio rispetto alla mera costruzione e montaggio, tanto che la verifica del termine temporale dei tre mesi potrebbe essere soddisfatta anche dal solo protrarsi dell'attività di supervisione dopo la conclusione dei lavori del cantiere veri e propri. Diversamente, a livello comunitario, la suddetta attività di supervisione è citata solo nel Commentario, dove viene precisato che la progettazione e la supervisione relative alla costruzione di un edificio determinano l'insorgenza di una stabile organizzazione solo se l'attività di costruzione o montaggio vengono eseguite direttamente dal costruttore; mentre, nel caso in cui le attività di costruzione e montaggio vengano affidate ad altra impresa attraverso un contratto di appalto, la società appaltante perde la qualifica di stabile organizzazione di cantiere.

Per l'individuazione del *dies a quo* da cui far partire il computo del termine temporale del cantiere, il Commentario OCSE indica di fare riferimento alla data in cui l'appaltatore inizia la propria attività, anche preparatoria, al di là di quanto previsto negli accordi contrattuali; la data da cui far partire il conteggio sarebbe quindi quella in cui viene inviato un dipendente o quella in cui vengono inviati i materiali necessari per iniziare il progetto.

Per il computo del termine poi, in ossequio al principio di prevalenza della sostanza sulla forma, sempre il Commentario¹³ indica che:

- 1) si debba tener conto anche della durata dei cantieri appartenenti alla medesima impresa in uno stesso paese quando possono considerarsi tra loro connessi commercialmente e geograficamente;
- 2) il termine va computato in modo unitario anche se cade a cavallo d'anno;

¹³ Parr. 52,54,55 del Commentario del Modello OCSE all'art. 5.

- 3) i periodi di eventuali interruzioni temporanee non vanno computati, definendo la data finale del cantiere il completamento della commessa e l'abbandono del cantiere da parte dell'impresa non residente;
- 4) in caso di parziale subappalto, si terrà conto del tempo speso dai subappaltatori qualora sia dimostrato che il sito è sempre rimasto a disposizione dell'appaltante; in tal caso deve computarsi anche il periodo di "testing", ma non il successivo periodo di garanzia o l'antecedente periodo di addestramento dei dipendenti del cliente.

In caso di subappalto, l'appaltatore principale comprenderà nel calcolo della durata del cantiere anche i periodi di tempo utilizzati dai subappaltatori; questi ultimi potranno invece essere considerati a loro volta una stabile organizzazione solo se la durata della loro attività dovesse superare i 12 mesi. A sua volta il subappaltatore, qualora si avvallesse di ulteriori imprese subappaltatrici, dovrà considerare nel calcolo del requisito temporale anche il tempo impiegato da quest'ultimi.

L'ultimo aspetto da esaminare in relazione al caso speciale del cantiere è la problematica della "separazione dei contratti". A questo riguardo l'Action 6 del progetto BEPS individua due possibili alternative:

- gli Stati possono tutelarsi ricorrendo alle più generali norme antiabuso presenti nel proprio ordinamento legislativo;
- gli Stati possono dotarsi di apposita clausola in base alla quale se in un cantiere prendono parte più imprese che lavorano per lo stesso edificio, costruzione o installazione, e una di queste si trattiene per meno di 12 mesi, ma le altre si trattengono per più di 30 giorni e vi sia una connessione tra le imprese, allora la durata complessiva deve essere considerata come la somma della durata dei singoli cantieri delle singole imprese.

L'action 7 del BEPS predilige comunque la prima soluzione. Con specifico riferimento all'Italia, tali norme generali antiabuso possono essere individuate nell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente.

3.2.4 Casi in cui non si configura la Stabile Organizzazione Materiale – “*negative list*”.

Non costituiscono stabile organizzazione materiale (l’art 162, quarto comma, lettere da a) a f) del TUIR):

- a) una installazione appartenente all’impresa ma utilizzata a soli fini di deposito, di esposizione, di consegna di beni o di merci;
- b) la disponibilità da parte dell’impresa di beni o merci immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;
- c) la disponibilità da parte dell’impresa di beni o merci immagazzinati al solo scopo della trasformazione da parte di un’altra impresa;
- d) la disponibilità di una sede fissa di affari se utilizzata a soli fini di acquisto di beni o merci o di raccolta di informazioni per l’impresa;
- e) la disponibilità di una sede fissa di affari se utilizzata al solo scopo dello svolgimento di ogni altra attività per l’impresa;
- f) la disponibilità di una sede fissa d’affari utilizzata ai soli fini dell’esercizio combinato delle attività descritte alle suddette lettere da a) ad e)

Attraverso la Legge di Bilancio del 2018, che ha introdotto il comma 4-*bis* del suddetto art.162 del TUIR, viene però precisato che affinché operi l’esclusione, le attività elencate dalle lettere da a) ad e), e nel caso della lettera f) l’intera attività della sede fissa, devono avere carattere preparatorio ed ausiliario. Dal 2018 viene quindi di fatto limitata la causa di esclusione e nel contempo ampliata la l’applicabilità della stabile organizzazione. Questa precisazione si è resa necessaria per rendere le disposizioni nazionali conformi alla normativa internazionale, ma, nonostante la modifica legislativa, rimangono ancora incertezze in merito alla effettiva portata applicativa della norma in esame.

In particolare, rimane una differenza tra quanto stabilito sul punto dal Modello OCSE rispetto a quanto invece stabilito dalla Convenzione:

- il Modello OCSE, all’art.5, conferma che per poter escludere il configurarsi di una S.O.M. tutte le attività esercitate nei casi sopra elencati devono avere carattere preparatorio ed ausiliario;

- l'art.13 della Convenzione invece mantiene due differenti opzioni:
 - 1) l'estensione normativa del carattere ausiliario ad ogni attività prevista dalla norma;
 - 2) la necessità di valutare il carattere preparatorio o ausiliario delle sole attività di cui alle lettere e) ed f).

L'Italia ha scelto la prima opzione, ma le esclusioni nei termini detti sono applicabili alle convenzioni bilaterali in cui anche l'altro Paese contraente abbia operato la medesima opzione, regolarmente notificata. È questo il caso dei Paesi Bassi e della Germania.

In tutti gli altri casi (Paesi non coperti dalla Convenzione Multilaterale, quelli che non applicato *tout cour* l'art.13 della convenzione, Paesi che hanno scelto la seconda opzione) trovano applicazione le disposizioni di cui all'art. 162 del TUIR.

Tra le casistiche interne, si ricorda la risoluzione n. 21/E dell'Agenzia delle Entrate del 27 gennaio 2009 che ha escluso la sussistenza di una stabile organizzazione in Italia di una società spagnola di commercio di capi di abbigliamento che nel nostro paese aveva una sede dedicata esclusivamente al controllo qualità, divisione dei lotti e stoccaggio dei beni, considerate quindi accessorie rispetto a quella principale esercitata in Spagna.

Rilevante ai fini di una esaustiva disamina dei casi di esclusione e la pronuncia della Corte di cassazione¹⁴ che, nel riprendere una precedente impostazione dell'Agenzia delle Entrate¹⁵ chiarisce che laddove sia accertata che la sede fissa d'affari è utilizzata anche per altre attività ulteriori rispetto alle mere preparatorie ed ausiliarie, allora la stessa deve considerarsi stabile organizzazione, indipendentemente dalla prevalenza di un'attività sulle altre. L'elemento dichiarato incompatibile con il carattere accessorio e preparatorio di una determinata all'attività rispetto all'altra, può identificarsi quindi nella capacità di un determinato processo di operazioni di produrre un proprio risultato economico.

Tra le pronunce giurisprudenziali più note, ricordiamo quella relativa al caso Philip Morris, in cui la Corte di cassazione ha riconosciuto la qualifica di S.O. l'attività di controllo sulla esatta esecuzione di un contratto tra un soggetto residente ed uno non

¹⁴ Cass. 8 ottobre 2020, n. 21693.

¹⁵ R.M. 21 luglio 1983, n. 9/2398.

residente in quanto detta attività di controllo era strettamente correlata alla produzione di reddito.

Il Commentario OCSE offre ulteriori spunti per la valutazione delle attività ausiliarie ed accessorie: occorre in primis procedere ad una valutazione sia quantitativa che qualitativa della specifica attività svolta, non essendoci una definizione di attività che possa ritenersi valida per tutte le tipologie di impresa. Nell'attività di e-commerce l'attività di stoccaggio non potrà certo essere considerata ausiliaria ed accessoria, ricoprendo un ruolo chiave in questa specifica attività.

Inoltre, l'attività accessorie ed ausiliaria dovrebbe, secondo il Commentario:

- precedere l'attività principale dell'impresa non residente;
- avere breve durata;
- essere di supporto al *core business*, senza prendervi parte.

In linea con questa logica, secondo l'OCSE, un'attività che sia realmente ausiliaria e preparatoria non dovrebbe comportare un consistente impiego di *asset* o di personale dipendente. Inoltre, la sua attività dovrà essere esercitata nell'esclusivo interesse della casa madre; al contrario se una sede offre i propri servizi anche a terzi (ad esempio una sede che raccoglie informazioni), questa non potrà essere considerata quale attività ausiliaria e non potrà godere dell'esclusione (art. 5 del Commentario OCSE).

3.2.5 La c.d. *anti-fragmentation rule*.

Al fine di contrastare l'elusione della disciplina connessa all'identificazione di una stabile organizzazione che potrebbe avvenire attraverso la frammentazione delle attività imprenditoriali, la Legge di Bilancio 2018 ha fatto propri i principi del Modello OCSE, della Convenzione Multilaterale e della giurisprudenza volti allo stesso scopo.

In particolare, nel 2018 sono state introdotte le nozioni di "imprese strettamente correlate" e della c.d. *anti-fragmentation rule* rispettivamente nel comma 7-bis e nel comma 5 dell'art. 162 del TUIR.

In base alla norma suddetta, cioè alla c.d. *anti-fragmentation rule*, le esclusioni dall'individuazione di stabile organizzazione possono non applicarsi alla sede fissa

d'affari che, pur esercitando attività ausiliari ed accessorie, sia utilizzata e gestita da un'impresa che svolge la sua attività nel medesimo luogo (o in un altro luogo all'interno del territorio dello Stato) mediante un'altra sede che costituisce una stabile organizzazione per l'impresa non residente. È possibile quindi identificare una S.O. in ogni sede riconducibile all'impresa estera, anche a carattere ausiliario e accessorio, qualora l'impresa estera abbia nel territorio dello Stato almeno una sede fissa d'affari qualificabile come stabile organizzazione. Viene di fatto applicato il principio di "attrazione" delle sedi secondarie a carattere ausiliario o preparatorio rispetto alla stabile organizzazione già presente nel territorio nazionale: anche se l'impresa estera suddivide l'attività svolta in più sedi, di cui una formalmente stabile organizzazione e le altre quali sedi ausiliarie e preparatorie, ai sensi del comma 4 dell'art. 162 del TUIR, la disciplina della stabile organizzazione si rende comunque applicabile al complesso delle sedi d'impresa nel territorio dello Stato.

Tuttavia l'esistenza di diverse sedi dell'impresa estera nel territorio dello Stato, di cui una stabile organizzazione e le altre non formalmente tali, è una condizione necessaria, ma di per sé non sufficiente ad escludere l'applicabilità del comma 4 dell'art. 162 del TUIR; affinché l'esclusione non sia applicabile occorre infatti che *"l'attività complessiva risultante dalla combinazione delle attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa nei due luoghi, non sia di carattere preparatorio o ausiliario, purché l'attività svolta dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa nei due luoghi, costituiscano funzioni complementari che siano parte di un complesso unitario di operazioni d'impresa"*.

In altre parole, affinché sia operativa la forza attrattiva della stabile organizzazione nei confronti delle altre sedi, si richiede che le attività esercitate costituiscano tra loro funzioni complementari.

Tale norma si applica anche alle realtà che, per presunzione, vengono considerate quale unica realtà perché rientranti nella nozione di "imprese strettamente collegate" ex comma 7-bis dell'art. 162 del TUIR.

Per il legislatore sono imprese strettamente correlate quando:

- una entità ha il controllo dell'altra;

- due entità sono controllate dal medesimo soggetto;
- se una possiede direttamente o indirettamente più del 50% della partecipazione dell'altra;
- nel caso di società, se una possiede direttamente o indirettamente più del 50% dei diritti di voto e del capitale sociale;
- il medesimo soggetto possiede direttamente o indirettamente più del 50% delle partecipazioni di entrambe le entità;
- nel caso di società, se uno stesso soggetto possiede direttamente o indirettamente più del 50% dei diritti di voto e del capitale sociale in entrambe le società.

Infine, si sottolinea che anche questa formulazione dell'art.162 del TUIR, si applica solo in assenza di accordi bilaterali tra Stati.

3.3 La Stabile Organizzazione Personale.

La Stabile Organizzazione Personale è in posizione gerarchica successiva rispetto a quella sopra descritta di S.O.M. e, nell'intento del legislatore, viene prevista per intercettare quei comportamenti elusivi di soggetti esteri strategicamente privi dei requisiti di una stabile organizzazione materiale, ma che operano comunque sul territorio dello Stato mediante una struttura messa a disposizione da parte di terzi.

La stabile organizzazione personale viene definita dal comma 6 dell'art.162 del TUIR, così come modificato dalla Legge di bilancio 2018, e precisamente nel seguente modo:

“6. Ferme le disposizioni dei commi 1 e 2 e salvo quanto previsto dai commi 7, 7-ter e 7-quater (come visto in precedenza, l'articolo 1, comma 255, della legge n. 197/2022 (legge di bilancio 2023), ha modificato il comma 6 e inserito i commi 7-ter, 7-quater, 7-quinquies e 9-bis), se un soggetto agisce nel territorio dello Stato per conto di un'impresa non residente e abitualmente conclude contratti o opera ai fini della conclusione di contratti senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa e detti contratti sono in nome dell'impresa, oppure relativi al trasferimento della proprietà, o per la concessione del diritto di utilizzo, di beni di tale impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare, oppure relativi alla fornitura di servizi da parte di tale impresa, si considera che tale impresa abbia una stabile organizzazione nel territorio dello Stato in relazione a ogni attività

svolta dal suddetto soggetto per conto dell'impresa, a meno che le attività di tale soggetto siano limitate allo svolgimento delle attività di cui al comma 4 le quali, se esercitate per mezzo di una sede fissa di affari, non permetterebbero di considerare questa sede fissa una stabile organizzazione ai sensi delle disposizioni del medesimo comma 4.” (Commi modificati dal comma 1010 dell'art. 1 della Legge 205 del 27/12/2017).

L'elemento chiave ai fini della identificazione della stabile organizzazione personale è quella della “*abituale conclusione di contratti*” da parte di un determinato soggetto che opera nel territorio nazionale per conto del soggetto estero (così come la sede fissa d'affari è l'elemento chiave per l'identificazione della stabile organizzazione materiale).

Attraverso questa previsione normativa, la disciplina fiscale interna potrebbe quindi essere applicata anche a soggetti privi di una sede fissa d'affari propria o riferibile alla casa madre, mentre rimarrebbero comunque esclusi gli agenti dell'impresa estera che non avessero il requisito dell'abitudine, e cioè gli agenti che avessero rapporti episodici con l'impresa estera stessa.

Prima della modifica del 2018, conseguente alla modifica del modello OCSE intervenute con l'Action 7 del BEPS, la stabile organizzazione personale si fondava pertanto su due elementi cardine:

- la sussistenza di un agente che conclude in maniera abituale contratti in nome dell'impresa estere;
- l'esclusione dei c.d. agenti indipendenti che agiscono nella propria ordinaria attività e quindi non abituali.

Anche in questo caso la giurisprudenza ha manifestato delle criticità applicative di tale formulazione; i casi “*Roche*” in Spagna, il caso “*Dell*” in Norvegia e il caso “*Zimmer*” in Francia hanno inquadrato la figura dell'agente in funzione del vincolo giuridico o economico sussistente tra impresa e agente stesso. La giurisprudenza di legittimità italiana ha sempre manifestato un approccio più favorevole al contribuente, escludendo la stabile organizzazione a fronte di agenti che esercitavano attività di promozione delle vendite di società estere conseguendo ricavi costituiti da commissioni di vendita.¹⁶

¹⁶ Cass. 9 marzo 2012 n. 3769.

Le pronunce giurisprudenziali hanno spinto alla modifica del modello OSCE nel senso di individuare la stabile organizzazione personale non solo nella stipulazione di contratti “in nome” di un soggetto estero, ma soprattutto nel ruolo decisivo che l’agente svolge ai fini della conclusione di una determinata tipologia di contratti e cioè dal fatto che i contratti trovano successivamente un sistematico perfezionamento senza modifiche sostanziali da parte dell’impresa estera.

Ad oggi, quindi, i requisiti di sussistenza di una stabile organizzazione personale possono essere meglio identificati nei seguenti aspetti:

- 1) la sussistenza nel territorio dello Stato di un soggetto che, per conto di un’impresa non residente, concluda o operi per concludere contratti senza modifiche sostanziali da parte dell’impresa estera;
- 2) che i contratti suddetti siano conclusi in nome dell’impresa estera oppure riguardino:
 - a. il trasferimento della proprietà di beni dell’impresa estera o che l’impresa estera ha il diritto di utilizzare;
 - b. la concessione del diritto di utilizzo di beni dell’impresa estera o che l’impresa estera ha il diritto di utilizzare,
 - c. servizi forniti da parte dell’impresa estera.

Da ricordare a tal proposito il caso di giurisprudenza italiana di legittimità “*Philip Morris*”¹⁷ (Cass. 25 maggio 2022, n. 7682) che ha portato ad una “*riserva di disapplicazione*” da parte del nostro Paese rispetto al Modello OCSE in quanto i giudici hanno ritenuto sussistere una stabile organizzazione personale a fronte di una pluralità di strutture che, per conto della casa madre, erano incaricate di svolgere le trattative necessarie alla conclusione di contratti in nome dell’impresa estera , pur in assenza di formali poteri di rappresentanza, in virtù del principio di prevalenza della sostanza sulla forma.

¹⁷ Cass. 25 maggio 2022, n. 7682.

In ossequio al medesimo principio, anche nel caso CEPU¹⁸ i giudici di legittimità hanno ricondotto alla identificazione della stabile organizzazione personale dando rilevanza al rapporto di dipendenza e partecipazione alle trattative e/o alla conclusione dei contratti in nome dell'impresa, anche in assenza di espressi poteri di rappresentanza, poiché le molteplici strutture italiane, formalmente distinte tra loro, erano in realtà economicamente integrate in una struttura strumentale integrata allo scopo.

Al contrario di quanto richiede la nostra norma interna (e cioè che sia sufficiente che il soggetto “operi” ai fini della conclusione del contratto), il Commentario al Modello OCSE chiaramente esclude che la mera presenza o partecipazione alla conclusione di contratti per conto dell'impresa estera possa integrare la sussistenza di una stabile organizzazione personale, richiedendo piuttosto che l'agente svolga una “*principal role*” nella conclusione degli stessi. Con “*principal role*” devono intendersi le azioni svolte dal soggetto che convince un operatore domestico a stipulare un contratto con un soggetto estero. Non rientrano in questa casistica i soggetti che svolgono meramente un'attività pubblicitaria e di promozione (esempio gli informatori farmaceutici), mentre richiede una verifica caso per caso la sussistenza di una stabile organizzazione personale in presenza di agenti che in qualche misura “*contribuiscono*” alla conclusione dei contratti.

3.3.1 I casi esclusione di stabile organizzazione personale.

Come nel caso di stabile organizzazione materiale, anche per quella personale vengono identificati vari casi di esclusione.

Il primo caso di esclusione è collegato, similmente a quanto disciplinato per la stabile organizzazione materiale con i dovuti adattamenti, alle attività ausiliarie e preparatorie di cui al comma 4 dell'art.162 TUIR già commentato nei paragrafi precedenti di questo elaborato.

Altri casi di esclusione sono relativi alla figura del raccomandatario marittimo (legge 4 aprile 1977, n. 135) e del mediatore marittimo (legge 12 marzo 1968, n. 478); trattasi di due figure professionali che al momento dell'approdo delle navi nei porti si occupano delle pratiche amministrative e commerciali per i quali è prevista esplicita esclusione

¹⁸ Cass. 7 ottobre 2011, n. 20597.

all'individuazione di stabile organizzazione personale al comma 8 del art. 162 del TUIR *“Nonostante quanto previsto dal comma 7, non costituisce stabile organizzazione dell'impresa il solo fatto che la stessa eserciti nel territorio dello Stato la propria attività per mezzo di un raccomandatario marittimo di cui alla legge 4 aprile 1977, n. 135, o di un mediatore marittimo di cui alla legge 12 marzo 1968, n. 478, che abbia i poteri per la gestione commerciale o operativa delle navi dell'impresa, anche in via continuativa”*.

Il terzo caso di esclusione riguarda la figura dell'agente indipendente di cui al comma 7 della norma in esame *“Il comma 6 non si applica quando il soggetto, che opera nel territorio dello Stato per conto di un'impresa non residente, svolge la propria attività in qualità di agente indipendente e agisce per l'impresa nell'ambito della propria ordinaria attività. Tuttavia, quando un soggetto opera esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di una o più imprese alle quali è strettamente correlato, tale soggetto non è considerato un agente indipendente, ai sensi del presente comma, in relazione a ciascuna di tali imprese”*.

Il requisito dell'indipendenza deve essere verificato sia dal punto di vista giuridico, che economico:

- per stabilire l'indipendenza giuridica andrà verificato il grado di ingerenza delle direttive impartite dalla casa madre all'agente per l'esercizio della sua attività ordinaria;
- per verificare l'indipendenza economica, il Commentario OCSE, indica come rilevante la numerosità di clienti per i quali l'agente svolge la propria attività: se l'agente svolge l'attività esclusivamente, o in netta prevalenza, per una sola impresa estera, verrà evidentemente escluso il requisito dell'indipendenza. Altro elemento utile per stabilire il grado di “dipendenza” dell'agente potrebbe essere l'ammontare della sua remunerazione fissa o la garanzia di copertura dei costi dell'intermediario che la casa madre dovesse erogare con continuità.

Viene espressamente esclusa la sussistenza del requisito di indipendenza (art.162, comma 7 bis del TUIR) se l'agente opera esclusivamente o quasi per conto di una o più imprese nei confronti delle quali è strettamente correlato ai sensi del comma 7-bis dell'articolo in esame.

3.4 I rapporti di controllo.

Il paragrafo 7 dell'art.5 del Modello OCSE e l'ultimo comma dell'art. 162 del TUIR¹⁹ tengono distinta la nozione di stabile organizzazione rispetto alla sussistenza di rapporti partecipativi di controllo tra imprese.

In sostanza, nel caso di un'impresa controllata da una società non residente o nel caso che entrambe le società siano a loro volta controllate da un soggetto terzo, sarà necessario verificare di volta in volta la sussistenza dei requisiti tipici della Stabile organizzazione e cioè: la sede fissa d'affari o l'abituale conclusione dei contratti.

In realtà, la giurisprudenza italiana di legittimità non si è realmente attenuta alle indicazioni del suddetto comma 9; questo è avvenuto sia nel caso *Philip Morris*, sia nella sentenza di corte di cassazione del 25 maggio 2002 n.77682, sia nella più recente sentenza, pronunciata della medesima corte, dell' 8 ottobre 2020 n. 21693 che ha rilevato la sussistenza di una stabile organizzazione a fronte di un “*amministratore di fatto*” che agiva nel territorio dello Stato per conto di una società estera.

Diversamente, la Guardia di Finanza, con propria circolare n. 1/2018 ha ammonito gli operatori sulla necessità di considerare in modo prudente sia la “*dipendenza gestionale*” che la ridotta autonomia della società controllata, in quanto considerate del tutto normali tra gli operatori economici facenti parte del medesimo gruppo. Nella suddetta circolare, vengono identificati i principali fatti indiziari suscettibili di configurare una stabile organizzazione presso una società appartenente ad un gruppo di impresa ed ha contestualmente ritenuto di privilegiare, in questi casi, gli accertamenti dei “*Prezzi di trasferimento*” (cd. *Transfer Pricing*) al posto di quelli sulle stabili organizzazioni. Saranno poi gli accertamenti a verificare i requisiti a sostegno del fatto che ci si trovi dinnanzi ad una stabile organizzazione occulta con la relativa ricaduta a livello sanzionatorio.

¹⁹ *Comma 9: “Il fatto che un'impresa non residente con o senza stabile organizzazione nel territorio dello Stato controlli un'impresa residenze, ne sia controllata, o che entrambe le imprese siano controllate da un terzo soggetto esercente o no attività d'impresa non costituisce di per sé motivo sufficiente per considerare una qualsiasi di dette imprese una stabile organizzazione dell'altra”.*

3.5 La stabile organizzazione virtuale.

Questa forma di stabile organizzazione è stata introdotta nel nostro ordinamento attraverso l'integrazione della "*positive list*" dell'art. 162 comma 2 del TUIR con la lettera f-bis), la quale riconosce che può configurarsi una stabile organizzazione anche nella "*significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non far risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso*". In questo modo il legislatore ha ampliato il concetto di stabile organizzazione, svincolandolo dalla necessità di un'entità fisica a cui imputare la potestà impositiva, rendendo sufficiente una "*presenza economica*".

La formulazione scelta dal legislatore nazionale è stata fortemente criticata, in quanto sembra non definire in modo sufficientemente oggettivo i presupposti sufficienti ed i tratti distintivi del nuovo istituto. In siffatta formulazione, con organizzazione virtuale potrebbero rientrare non solo le piattaforme *e-commerce*, ma anche altre piattaforme produttrici di volumi d'affari che mettono in contatto gli utenti con i beni e servizi offerti dal mercato.

Più puntuale rispetto all'ordinamento interno, sembra essere quanto stabilito a livello internazionale e comunitario nell'ambito dell'*Action plan on BEPS*, che presuppone la sussistenza di ulteriori requisiti per la stabile organizzazione virtuale, come:

- a) un dominio internet locale (esempio "*IT*");
- b) la lingua utilizzata per il sito internet;
- c) il numero di contratti conclusi con utenti residenti nel territorio dello Stato;
- d) una continuità rilevante di dati trattati.

In particolare, la proposta di Direttiva n. 147/2018 della Commissione Europea ha identificato le seguenti soglie quantitative determinanti il limite di costituzione della stabile organizzazione:

- 1) ricavi superiori ad Euro sette milioni;
- 2) minimo di cento milioni di utenti riferiti al medesimo Stato;
- 3) almeno tremila contratti stipulati nel corso dell'anno.

È proprio l'elemento "utente" quello di maggior innovazione, in quanto nella *digital economy* il consumatore non è solo un acquirente, ma costituisce anche importante fonte di dati statistici necessari all'impresa per sviluppare il proprio *business*.

La formulazione del legislatore italiano, del tutto svincolata dai requisiti dimensionali minimi predisposti a livello internazionale, ne farebbe risaltare il carattere antielusivo della norma, non richiamando la natura digitale della presenza nel territorio dello Stato e di conseguenza costituirebbe solo una esemplificazione della nozione di stabile organizzazione materiale contenuta nella "positive list" nel comma 2 dell'art. 162 del TUIR senza modificare sostanzialmente l'impianto normativo previgente.

Sicuramente, con l'evoluzione del commercio internazionale sempre più improntato al cambiamento verso il commercio elettronico e al digitale, l'amministrazione finanziaria, con l'aiuto dell'intervento che sarà reso sicuramente necessario da parte del legislatore italiano da apportare alla normativa, avrà sempre più casi con cui interfacciarsi con tali tipologie di stabili organizzazioni, andando così a crearne una vera e propria tipologia a sé stante.

3.6 L'accordo internazionale per la tassazione delle "super- multinazionali".

I profitti delle grandi multinazionali, tanto più se operanti nell'*e-commerce* e nel mercato digitale, risultano ancora le meno tassate a livello globale, proprio per la difficoltà di identificazione delle stabili organizzazioni di tipo virtuale.

Per porre rimedio a questa criticità di perequazione fiscale, il 1° luglio 2021, 136 paesi a livello mondiale hanno firmato un accordo: *l'OECD/G20 Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting*. Con tale Accordo, che è entrato in vigore il 1° gennaio 2023, si prende atto che l'attuale sistema impositivo globale non riesce ad intercettare adeguatamente la materia imponibile nei confronti delle super-multinazionali digitali, come Amazon, Facebook, Apple, Microsoft ed altri ancora e si cerca di porvi rimedio attraverso due principali direttrici, c.d. *Pillars*²⁰. Vediamo sinteticamente queste misure:

²⁰ A. Valente – Viola I., "tassazione delle multinazionali: il piano OCSE per affrontare le sfide della digital economy" in *IPSOA Quotidiano, Tax Report OCSE del 16 settembre 2021*.

- *Pillar One*: è una misura che si applica alle società multinazionali di grandi dimensioni e cioè con fatturato superiore ai 20 miliardi di euro e una redditività superiore al 10%; restano escluse dalla misura le l'industria estrattiva e i servizi finanziari regolamentati. Ha lo scopo di garantire una distribuzione più equa degli utili e dei diritti impositivi tra i paesi in cui operano queste grandi multinazionali.

Il *quantum* dei profitti in eccesso prodotti da una multinazionale da ricollocare è stato fissato nella misura del 25%, ma è già in fase di definizione una più vasta applicazione del *nexus* che consentirà dell'allocazione dei ricavi globali in una giurisdizione nel caso in cui una multinazionale produca almeno 1 milione di euro di entrate nella giurisdizione stessa. Per le giurisdizioni con un PIL inferiore a 40 miliardi di euro, il *nexus* è fissato in 250.000 euro.

Per determinare la base imponibile si farà riferimento al reddito finanziario della multinazionale con un certo numero di aggiustamenti (e la possibilità di portare a nuovo le perdite).

Per quanto attiene alla *compliance*, le multinazionali dovranno potranno beneficiare di di meccanismi di prevenzione e risoluzione delle controversie fiscali internazionali al fine di evitare eventuali doppie imposizioni dei ricavi globali attraverso l'esenzione o il metodo del credito d'imposta.

- *Pillar Two* (Global Anti-Base Erosion – GloBE) consiste in una *global minimum corporate tax* da applicarsi alle multinazionali che producono ricavi oltre i 750 milioni di euro, così come determinata nell'ambito della *Action 13* del BEPS Project.

Questa misura ha lo scopo di limitare la competizione fiscale e di garantire quindi agli Stati di proteggere le loro basi imponibili. Il secondo *Pillar* non elimina la *tax Competition*, ma ne fissa i limiti accordandoli con quanto stabilito a livello multilaterale. I paesi rimangono liberi di applicare l'IIR (*Income Inclusion Rule*) alle multinazionali con sede nella loro giurisdizione anche se non soddisfano la soglia sopra indicata. Ai fini dell'IIR e dell'UTPR (*Under Payment Rule*) l'aliquota minima globale utilizzata viene fissata in 25%.

L'Accordo rappresenta un primo importante risultato verso la costruzione di una riforma fiscale internazionale anche se di fatto avrà una efficacia ridotta rispetto alle iniziali aspettative a causa della difficoltà applicativa e di trattativa tra gli Stati.

3.7 L'influenza dell'emergenza epidemiologica da COVID sullo Status di Stabile Organizzazione.

Come noto, con l'emergenza sanitaria da covid 19 che ha coinvolto tutto il mondo si è diffuso enormemente il ricorso allo *smart working* per i dipendenti delle organizzazioni e delle imprese.

Questo ha avuto influsso anche su aspetti fiscali, tanto che l'Agenzia delle Entrate con propria circolare n. 33/2020 (Regime speciale per lavoratori impatriati – Articolo 16 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 147, come modificato dall'articolo 5 del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34 e successive modificazioni. Chiarimenti interpretativi.) ha ipotizzato che i soggetti “*impatriati*” per motivi emergenziali potessero in alcuni casi configurarsi come stabile organizzazione ai sensi dell'art. 162 del TUIR.

Nel paragrafo 7.5 – “datori di lavoro non residente” evidenzia una possibile criticità quando viene precisato che le agevolazioni fiscali oggetto della Circolare stessa sono riconosciute anche alle persone che vengono al lavorare in Italia alle dipendenze di un datore di lavoro estero, ma con attenzione al fatto che “*Il lavoratore impatriato, peraltro, potrebbe configurare una stabile organizzazione nel territorio dello Stato del datore di lavoro non residente, ai sensi di una Convenzione contro le doppie imposizioni conclusa dall'Italia, ove esistente, o ai sensi dell'articolo 162 del TUIR.*”

Sul punto la questione va coordinata con le indicazioni più generali fornite dall'OCSE che il 21 gennaio 2021 si è pronunciata in merito all'interpretazione dei Trattati e nel raccomandare agli Stati di tener conto degli effetti straordinari provocati dalla pandemia anche nell'applicazione del diritto interno al fine di evitare doppie o mancate imposizioni.

In particolare, vengono messe in evidenza due assunzioni fondamentali:

- 1) l'emergenza COVID ha carattere temporaneo e quindi non si concilia con i requisiti richiesti per la stabile organizzazione;

- 2) l’abitazione del lavoratore non può considerarsi “*a disposizione*” del lavoratore dato che le restrizioni sono imposte dalle autorità governative e non dalle imprese.

Si esclude pacificamente quindi che ricorra una stabile organizzazione materiale presso l’abitazione del lavoratore dipendente di impresa estera, mentre rimane aperta la possibilità del configurarsi di una stabile organizzazione personale, soprattutto nel caso in cui il lavoratore, anche a conclusione della pandemia, abbia continuato a prestare la sua attività da remoto.²¹

Su questo ultimo aspetto il documento OCSE fornisce le seguenti indicazioni:

- la sussistenza della stabile organizzazione personale può essere escluso nel caso in cui l’impresa mantenga presso la propria sede estera un ufficio stabile per il lavoratore da remoto;
- tale sussistenza andrà invece verificata caso per caso se l’ufficio originario del lavoratore in *smart working* è stato dismesso in modo definitivo anche alla cessazione dello stato di emergenza, in quanto in questo caso viene a cadere la transitorietà della modalità di svolgimento del lavoro.

Infine, per la specifica fattispecie del Cantieri, come doveva essere considerata al fini della verifica dei requisiti di sussistenza della stabile organizzazione, l’interruzione di attività causata dell’emergenza epidemiologica.

Al riguardo l’OCSE ha dichiarato che la sospensione dell’attività di cantiere dovrebbe comunque essere computata nel calcolo del termine previsto dalle convenzioni ai fini della verifica di sussistenza di stabile organizzazione; tale posizione non appare tuttavia condivisibile dai più, in quanto le misure restrittive non rientrerebbero nella generica “*interruzione temporanea*” ma piuttosto configurano un “*evento di natura straordinaria del tutto imprevedibile*” che come tali non dovrebbero influire sulla qualificazione del cantiere come stabile organizzazione e con le relative conseguenze fiscali.

²¹ Agnello D., “*Il lavoro da casa può configurarsi una stabile organizzazione*” in *Eutekne.info*, 3 marzo 2021.

3.8 Le ipotesi patologiche.

Come si evince dalla trattazione fino ad ora prodotta, non è sempre immediato il corretto inquadramento della stabile organizzazione, tanto più che nel tempo sono state affinate specifiche tecniche di abuso di direttive e convenzioni attraverso l'insediamento artificioso di strutture organizzative "leggere". Si tratta della c.d. società "conduit" prive di una reale consistenza (ad esempio il personale, i locali e le attrezzature vengono messe a disposizione da società domiciliatarie attraverso contratti di *management service*), ma finalizzate a perseguire obiettivi illeciti, come:

1. "Treaty shopping": indebito sfruttamento di un regime vantaggioso previsto in una o più Convenzioni contro le doppie imposizioni;
2. "Directive shopping": l'indebito sfruttamento del regime fiscale previsto dalla disciplina dell'Unione Europea da parte di un soggetto che non vi appartiene;
3. "Rule shopping": il formale, ma non sostanziale, adeguamento delle operazioni economiche alla disposizione della Convenzione internazionale che comporta il minor prelievo fiscale.

Nella lotta al contrasto di questi illeciti fiscali si collocano le misure previste dalla c.d. normativa "DAC6" che è una iniziativa internazionale in ambito fiscale concentrata sul rafforzamento della trasparenza, quale prerequisite per combattere in modo efficace la pianificazione fiscale aggressiva e l'occultamento degli attivi.

In ambito europeo la normativa DAC6 ha consentito di rafforzare gli strumenti di contrasto all'evasione e all'elusione fiscale, in particolare introducendo obblighi informativi per gli intermediari verso le Autorità fiscali sui meccanismi transfrontalieri potenzialmente utilizzabili per attuare ipotesi di pianificazione fiscale aggressiva finalizzati a ridurre le imposte esigibili o a trasferire gli utili imponibili verso regimi tributari più favorevoli. Tale normativa nasce dal progetto BEPS dell'OCSE e in particolare dalle proposte avanzate in sede di Finale Report dell'Action 12 con le quali l'OCSE ha esortato gli Stati ad adottare uno standard internazionale di comunicazione dei

dati (la c.d. *Mandatory Disclosure Rules* – MDR) in una logica di rafforzamento della trasparenza fiscale a livello europeo.²²

Gli schemi di elusione si sostanziano nella costruzione artificiosa di diramazioni societarie e di stabili organizzazioni create esclusivamente per favorire il deflusso del reddito in Paesi che garantiscano una tassazione più vantaggiosa; in particolare attraverso la creazione di strutture complesse composte da holding e subholding si cerca di sfruttare, con meccanismi veramente complessi, le convezioni contro la doppia imposizione stipulate tra i Paesi.

La Guardia di Finanza con la circolare n. 1 del 2018²³ ha individuato una metodologia di controllo per il contrasto all'evasione fiscale internazionale, applicabile sia alle imprese italiane che operano all'estero, sia a quelle estere che operano in Italia.

Secondo la Circolare suddetta, le forme di stabile organizzazione più utilizzate per l'evasione fiscale, che rappresentano le forme di evasione più sofisticate in assoluto, sono identificate le seguenti fattispecie:

- operatività in Italia di un'impresa estera attraverso una stabile organizzazione non dichiarata (occulta) o dichiarata ma “sottodimensionata”;
- esistenza all'estero di una stabile organizzazione di un'impresa italiana che non si dichiara al fisco italiano, o che di fatto viene utilizzata per traslare i profitti in Paesi a fiscalità privilegiata (tecniche c.d. di *Profit shifting*).

Certamente la Legge di Bilancio del 2018 ha dato rilievo al tema dell'elusione dello status di stabile organizzazione dilatando l'ambito applicativo dell'art. 162 del TUIR, ma, ciò nonostante, il quadro normativo di riferimento rimane complesso e per questo motivo la Guardia di Finanza con la Circolare n. 1/2018 raccomanda ai verificatori di avvalersi di ogni forma di cautela e di esplorare ogni percorso istruttorio esperibile.

²² A.Furlan- L. Sormani, “Implementazione della DAC6 in Italia: inquadramento normativo e aspetti operativi nelle operazioni cross- border”, *Fiscalità e commercio internazionale*, n. 4/2021 pag. 56.

²³ *Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali*.

3.8.1 La stabile organizzazione occulta e il caso tipico del Distributore.

Lo sviluppo di multinazionali che operano nell'economia digitale, come già affermato più volte nel corso di questo elaborato, ha reso sempre più flessibile e fluida la localizzazione del business e quindi maggiormente complesso, utilizzando le tradizionali norme tributarie, individuare la giurisdizione in cui viene generato valore, e di conseguenza, avente la potestà impositiva.

Diviene così sempre più frequente la possibilità che si verifichino casi in cui un'impresa estera operi nel territorio italiano mediante un soggetto non qualificato come stabile organizzazione o, viceversa, che un'un'impresa italiana operi nel territorio di un altro Stato senza dichiarare la sussistenza di alcuna stabile organizzazione, mettendo così in atto in entrambi i casi una condotta fraudolenta di evasione fiscale da parte della casa madre.

Tale condotta porta alla esistenza di una c.d. stabile organizzazione occulta, che si differenzia dalle unità locali prive di una rappresentanza stabile e dagli uffici che svolgono attività meramente ausiliarie e preparatorie ricomprese nei casi di esclusione di cui al comma 4 dell'art.162 del TUIR tra cui possono rientrare anche attività a carattere pubblicitario²⁴ è l'idoneità dell'operatore economico a perseguire l'oggetto sociale della casa madre; in tale aspetto la fattispecie si differenzia anche dal fenomeno della estroversione come affermato da ultimo dalla Cass, Civ. Sez.V, ord., 22 giugno 2021, n. 17849.

In questi casi per fissare la materia imponibile, non essendo di aiuto il ricorso alle tradizionali norme tributarie, si dovrà ricorrere ad un procedimento logico deduttivo basato su indicatori ed elementi rilevanti e riscontrabili nel corso della verifica fiscale da parte dell'autorità competente; di aiuto potrà essere nuovamente la circolare n.1/2018 della Guardia di Finanza, secondo la quale gli accertamenti dovrebbero concentrarsi sui seguenti elementi:

- la disponibilità di locali esclusivamente destinati allo svolgimento dell'attività da parte del soggetto estero;

²⁴ Cass., 4 febbraio 2021, n.2581, Cass. 14 giugno 2013, n. 14948.

- l'operatività diretta del soggetto estero attraverso proprio personale dipendente, anche in locali di un soggetto italiano;
- la posizione di servente del soggetto italiano rispetto all'impresa straniera, riscontrabile dai contratti o da altra documentazione in generale dalle quali si evincano eventuali obblighi e limitazioni nell'attività del soggetto italiano;
- rinvenimento di elementi, quali timbri o carta intestata ecc., di esclusiva pertinenza del soggetto estero che facciamo dedurre che la conclusione dei contratti, seppur formalmente riconducibile all'impresa estera, viene di fatto posta in essere dal contribuente italiano;
- il coinvolgimento del personale del soggetto italiano nelle trattative o nella conclusione dei contratti da parte dell'impresa straniera, seppur in assenza di conferimento di formali poteri di rappresentanza;
- documentazione atta a smascherare l'intenzione di tenere separata, a scopo fraudolento, l'attività di effettiva conclusione dei contratti operata dal soggetto italiano da quella di formale stipulazione degli stessi da parte dell'impresa estera;
- raccolta di mirate informazioni che consentano di far luce sulla reale natura del rapporto intercorrente tra soggetto italiano e impresa estera, anche attraverso le dichiarazioni in atti del contribuente italiano o del suo personale dipendente.

Nel caso in cui una serie significativa di indizi tra quelli sopra elencati trovasse un riscontro effettivo, l'autorità di controllo dovrà procedere a definire il perimetro dell'attività effettivamente svolta dall'impresa estera e alla rideterminazione del reddito occulto da sottoporre a tassazione.

Un esempio tipico della stabile organizzazione occulta può essere il caso del Distributore dei gruppi multinazionali, caso che viene affrontato anche dal Commentario al Modello OCSE nella parte relativa alla stabile organizzazione di tipo “*personale*”, in particolare relativamente al requisito di “*indipendenza*” dell'agente.²⁵

In pratica si tratta di accordi tra la casa madre di un gruppo internazionale e aziende locali per la rivendita dei prodotti sul territorio; in questi casi il confine tra l'esistenza o

²⁵ *Commentario all'art. 5, paragrafo 96.*

meno di una stabile organizzazione sono molto sottili e l'accurata verifica da parte dell'autorità competente dovrà accertare.²⁶

- 1) Il rapporto di dipendenza tra distributore e casa madre: in questo caso andrà valutato il grado di autonomia dell'agente e, specularmente, il grado di controllo esercitato dalla casa madre. Se quest'ultimo si limita ai risultati di vendita e non si estende alle scelte gestionali attraverso le quali l'agente raggiunge tali risultati, si potrà escludere che si tratti di stabile organizzazione. Qualora invece il controllo della casa madre si estendesse anche oltre ai risultati di vendita, potrebbe ben configurarsi la qualificazione del distributore come stabile organizzazione personale. I rapporti tra l'agente e la casa madre andranno approfonditi alla luce degli accordi economici conclusi tra le parti in quanto la dipendenza economica dalla casa madre costituisce un chiaro segnale di stabile organizzazione; a tale scopo in fase di accertamento sarà utile valutare anche gli accordi informali o soppesare il fatto che si tratti o meno di distributore monomandatario.²⁷
- 2) Le caratteristiche delle attività ordinaria svolta dal distributore: nel caso in cui l'agente non si limita alla distribuzione dei prodotti, ma stipula abitualmente, e non in modo del tutto occasionale, contratti per conto della casa madre, allora potrà essere messo in discussione la sua qualifica di agente indipendente.
- 3) Il potere del distributore di concludere contratti: secondo il paragrafo 5 dell'art. 5 del modello OCSE, il soggetto che conclude abitualmente contratti per conto di un'impresa estera o ricopre abitualmente un ruolo principale (non di semplice partecipazione alle negoziazioni) nella loro conclusione, allora ci troviamo in presenza di una stabile organizzazione, anche se il soggetto in questione è formalmente qualificato come "distributore". Si ricorda che tale posizione del Commentario si discosta dalla posizione della Cassazione nel Caso *Philip Morris*; in sostanza si richiede la verifica attenta delle funzioni effettivamente svolte dal distributore per conto della casa madre.

In conclusione, la multinazionale che si affidi ai distributori operanti in diversi paesi potrebbe vedersi attribuire l'esistenza di stabile organizzazione in ciascun Paese in cui si

²⁶ Valente P. – Vinciguerra L.:2018, *Stabile organizzazione. Identificare le patologie, prevenire i rischi, gestire le verifiche fiscali*, pagg.120 e ss.

²⁷ Vedi Par. 109 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE.

avvalga di tale figura con la conseguenza di vedersi tassate sia le commissioni dell'agente per le attività commerciali o di intermediazione svolte, ma anche tutti gli utili derivanti dalla vendita dei prodotti effettuata dal distributore nel Paese in cui egli svolge la propria attività per conto della casa madre.

3.8.2 La stabile organizzazione sottodimensionata o nidificata.

Altra tipologia di elusione fiscale si verifica quando la casa madre estera costituisce regolarmente una società controllata e quindi una stabile organizzazione in uno Stato diverso da quello della controllante, ma formalmente sottodimensionata; la controllata in realtà svolge maggiori funzioni rispetto a quelle dichiarate ai fini fiscali e mansioni qualitativamente e quantitativamente superiori a quelle per le quali viene remunerata, generando un carico impositivo più ridotto del dovuto. Esempi di organizzazione nidificata si verifica nel caso in cui:

- vengono disciplinate contrattualmente solo alcune delle funzioni effettivamente svolte dalla stabile organizzazione;
- le funzioni svolte dalla stabile organizzazione vengono sottopagate rispetto ai valori di mercato.

3.8.3 La stabile organizzazione multipla.

Un'ultima fattispecie di patologica di stabile organizzazione è quella c.d. multipla ed esemplificata dal caso Philip Morris del 2002. Si tratta di una serie di pronunce della Corte di cassazione sia in materia di IVA, sia in materia di imposte dirette che si sono soffermate sulla superabilità della *anti-sigle entity clause*: *“una società di capitali con sede in Italia può assumere il ruolo di stabile organizzazione plurima di società estere appartenenti allo stesso gruppo e perseguenti una strategia unitaria”*. In sostanza si viene ad evidenziare che la strategia di un gruppo di imprese può assumere un controllo così incisivo sulle società controllate da ridurle a vere e proprie strutture di gestione delle attività di impresa della casa madre (o da altre società del gruppo), anche se formalmente dotate di una certa autonomia rispetto alla capo gruppo. In questi casi la gestione unitaria

comporta la trasformazione del gruppo di imprese in un'unica entità volta all'esercizio di un'unica attività di *“impresa di gruppo”*.

Secondo i Giudici di Cassazione tale situazione si può verificare anche nel caso in cui la controllata risulti autonoma dal punto di vista *giuridico*, mentre ai fini *fiscali* venga qualificata come stabile organizzazione di più società del gruppo (stabile organizzazione multipla, superando in questo modo la “singola società del gruppo”), ognuna della quali *“avrebbe”* una quota (ideale) di una stabile organizzazione nell'ambito della società controllata.

La giurisprudenza della Cassazione²⁸ ha avallato che possa esistere un'unica stabile organizzazione composta da una *“molteplicità di ditte economicamente integrate in una struttura unitaria, strumentali al raggiungimento alla scopo commerciale in Italia della casa madre non residente”*.

È importante a questo punto proporre una riflessione sugli effetti che la fattispecie di stabile organizzazione c.d. multipla produce nel rinnovato assetto normativo, così come definito dalla riforma apportata dal Modello OCSE e dal Commentario nel 2017 e dal recepimento nel nostro ordinamento con la Legge di Bilancio del 2018. Prima della suddetta riforma, infatti, l'istituto della stabile organizzazione era inteso quale criterio discriminante della potestà impositiva e, al contempo, la disciplina del *“transfer price”* era di riferimento nella identificazione e nella quantificazione del reddito attribuibile all'attività di impresa italiana e alla determinazione dell'imponibile, nei rapporti tra sede secondaria e casa madre. Dopo la riforma, in conseguenza alla potenziata gamma di fattispecie in cui si configura la stabile organizzazione, se da un lato lo Stato della fonte ha maggiori possibilità di individuare una stabile organizzazione, dall'altro aumentano le possibilità che non vi sia alcun ulteriore reddito ascrivibile all'impresa estera da assoggettare a tassazione. Questo perché in numerose filiere di business si è verificato un *“gioco a somma zero”* nel caso di accertamento di una stabile organizzazione personale occulta multipla: se la stabile organizzazione viene adeguatamente remunerata ed assoggettata a imposta secondo quanto previsto dalla disciplina delle operazioni

²⁸ Cass., sen., 12 dicembre 2018, n. 32078.

infragruppo, potrebbero non esservi infatti funzioni e rischi ulteriori. In particolare, sembra potersi escludere l'esistenza di materia accertabile quando:

- i rischi assunti dalla sede secondaria in Italia sono riconducibili alle operazioni svolte in Italia;
- le attività svolte in Italia sono state correttamente perimetrare e remunerate ai fini dei prezzi di trasferimento e riscontrabili nella apposita documentazione adottata ai fini della *compliance* in tema di prezzi di trasferimento.
- non emergono le c.d. *significant people function*.

3.9 La determinazione del reddito della stabile organizzazione.

La normativa interna regola diversi aspetti della stabile organizzazione:

- a) la stabile organizzazione domestica che è regolata dagli articoli 151, 152 e 153 del TUIR;
- b) il regime ordinario della stabile organizzazione estera che è regolato dagli articoli da 81 a 116 del TUIR;
- c) il regime speciale della stabile organizzazione estera, il cosiddetto *Branch Exemption* (BEX), la cui normativa di riferimento è contenuta all'art. 168-ter del TUIR.

All'art. 7 del Modello OCSE del 2017 viene disciplinata la determinazione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione: per l'individuazione degli utili attribuibili ad essa viene infatti utilizzato il cd. "*functionally separate entity approach*", il quale prevede che i profitti da attribuire alla stabile organizzazione sono quelli che essa conseguirebbe svolgendo le medesime funzioni se fosse un'impresa separata e indipendente. Per fare ciò, è necessario porre particolare attenzione a come si procede nel:

- valorizzare i trasferimenti interni di beni o servizi;
- addebitare alla stabile organizzazione quote di spese generali della casa madre.

In via generale, la norma fondamentale su cui si basa l'attribuzione del profitto alla stabile organizzazione è il principio "*at arm's length*", che prevede che il reddito da attribuire deve essere quello che avrebbe realizzato se l'entità avesse rapporti esclusivamente con

soggetti terzi, totalmente indipendenti, a condizioni di prezzi di mercato. Poiché di norma la stabile organizzazione attua numerose operazioni con la propria casa madre, la valorizzazione delle operazioni che intervengono tra esse, e quindi l'imputazione del relativo reddito, deve rispettare i principi del cd. *transfer price*.

Vediamo ora uno ad uno gli aspetti sopra richiamati di stabile organizzazione regolati dalla normativa nazionale.

3.9.1 La stabile organizzazione domestica.

Gli articoli inerenti alla disciplina della stabile organizzazione domestica (di cui alla precedente lettera a)) sono gli artt. 151, 152 e 153 del TUIR e sono stati recentemente riformulati dagli articoli 7 e 14 del D.lgs. n. 147 del 14 settembre 2015. In particolare:

- l'art. 151 del TUIR regola la determinazione del reddito applicabile alle società commerciali non residenti che non dispongono di una stabile organizzazione in Italia;
- l'art. 152 del TUIR prevede specifiche regole per l'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione, che è regolata dai seguenti principi:
 - rilevanza delle disposizioni sulle Imposte sul Reddito delle Società (IRES);
 - l'applicazione di tali norme agli utili e alle perdite attenenti la stabile organizzazione;
 - gli utili e le perdite vengono determinate sulla base di un specifico rendiconto economico patrimoniale redatto secondo i principi contabili previsti per i soggetti che presentano le medesime caratteristiche della casa madre;
 - la stabile organizzazione, come già visto, deve essere considerata come entità separata e indipendente dalla casa madre;
 - previsione di un fondo di dotazione determinato in conformità dei principi OCSE;

- utilizzo della normativa sul *transfer pricing* per valutare le transazioni tra casa madre e stabile organizzazione.

Inoltre, il comma 2 dell'articolo in esame, che riprende le disposizioni contenute dall'art. 7 del Modello OCSE, prevede l'attribuzione alla stabile organizzazione degli utili che si ritiene sarebbero stati da essa conseguiti “*se si fosse trattato di un'impresa distinta e indipendente, svolgente attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe, tenuto conto delle funzioni svolte, di beni utilizzati e dei rischi assunti dall'impresa attraverso la stabile organizzazione e attraverso le parti dell'impresa stessa.*” Alla luce di ciò, l'approccio per la determinazione del reddito in questione può essere scomputato in due fasi:

- 1) la prima è volta ad identificare le funzioni, i beni e i rischi da imputare alla stabile organizzazione. L'operatore, nel far ciò, deve effettuare una “*finzione giuridica*”, immaginandola come un'entità distinta;
- 2) la seconda deve essere dedicata all'applicazione delle regole sul *transfer price*.

Per quanto invece attiene al “fondo di dotazione”, con tale denominazione si intende il capitale di rischio non produttivo di interessi e viene determinato, in conformità dei criteri definiti in sede OCSE, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati dall'entità. Tali criteri sono tre:

- il *capital allocation approach*, in base al quale alla stabile organizzazione è attribuito un capitale proporzionale all'effettivo capitale di rischio complessivo dell'impresa;
- il *thin capitalization approach*, secondo cui, attraverso una *benchmarking analysis*, deve esserle attribuito un ammontare di capitale in linea con quello dei soggetti comparabili del paese di residenza della stessa;
- il *regulatory minimum capital approach*, secondo il capitale da attribuirle deve essere almeno pari al minimo previsto a livello regolamentare, se esistente, dal paese di residenza.

3.9.2 Il regime ordinario della stabile organizzazione estera.

Il regime ordinario della stabile organizzazione estera (lettera b) di cui sopra) è regolato, nell'ordinamento italiano, dalle disposizioni contenute negli articoli da 81 al 116 del TUIR che dettano le regole per la determinazione del reddito dei soggetti passivi IRES.

L'art. 81 contiene il già menzionato *worldwide taxation principle*, secondo cui il reddito dei soggetti IRES - le società e gli enti commerciali residenti - viene considerato reddito d'impresa da qualsiasi fonte provenga (sia interna che esterna). Atteso che la maggior parte degli Stati adotta tale principio tassando i soggetti residenti sui redditi ovunque prodotti e i soggetti non residenti solo sui redditi prodotti all'interno del proprio territorio, i redditi prodotti all'estero saranno esposti alla problematica della doppia imposizione. Per contrastare tale doppia imposizione, il Modello OCSE prevede due metodi tra loro alternativi:

- 1) il metodo dell'esenzione (art. 168-ter del TUIR), secondo cui lo Stato di residenza del soggetto che produce reddito all'estero deve esentarlo attraverso una variazione in diminuzione in sede dichiarativa (in Italia viene utilizzato il regime speciale del *Branch Exemption (c)*);
- 2) il metodo del credito d'imposta (art. 165 del TUIR), che concede una detrazione sulle imposte da pagare nello Stato di residenza per un ammontare pari all'imposta pagata nello Stato della fonte. Tale metodo è quello principalmente utilizzato dalle convenzioni stipulate dall'Italia.

I risultati della stabile organizzazione estera confluiscono nel bilancio del soggetto IRES residente. Ai fini della attribuzione del credito d'imposta estero, nel regime ordinario, va determinato il reddito estero netto attribuibile alla stabile organizzazione. Il comma 1 dell'art. 165, infatti, prevede che: *“Se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione dall'imposta netta dovuta fino alla concorrenza della quota d'imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero ed il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti periodi d'imposta ammesse in diminuzione”*.

Il metodo del credito d'imposta, che, come abbiamo visto, è regolato dall'art. 165 del TUIR, prevede che l'importo di imposta estera versata a titolo definitivo - relativa al reddito prodotto all'estero dei soggetti residenti in Italia - eccedente la quota di imposta italiana relativa al medesimo reddito costituisce credito d'imposta fino a concorrenza della quota di imposta italiana. Tale eccedenza, può essere riportata in avanti fino all'ottavo esercizio successivo. Ovviamente, il credito in questione non può eccedere né l'ammontare dell'imposta pagata all'estero né la quota di imposta italiana relativa allo stesso, e può essere attribuito a condizione che il pagamento a titolo definitivo dell'imposta estera venga versato prima del termine previsto per la presentazione della dichiarazione dei redditi in cui il credito è stato richiesto.

In conclusione, l'aspetto peculiare del regime ordinario non risiede nella determinazione del reddito in sé, per il quale valgono le regole IRES, ma sta nella corretta determinazione del credito d'imposta estero spettante.

3.9.3 Il regime speciale: la *Branch Exemption* (BEX)

L'art. 14 del D.lgs. n. 147/2015 (cd. Decreto Internazionalizzazione), in attuazione delle disposizioni contenute nell'art. 12 della legge delega n. 23/2014, ha introdotto nel TUIR l'art. 168-*ter* che disciplina il regime speciale di esenzione dei redditi e delle perdite attribuibili alla stabile organizzazione estera di imprese residenti (lettera c) di cui sopra). Tale regime - il cd. *branch exemption* o "BEX" - consiste nella facoltà per le imprese residenti di optare per l'esenzione integrale delle perdite e degli utili maturati in capo alla propria od alle proprie stabili organizzazioni estere. Il provvedimento che ne disciplina le modalità applicative di tale istituto è quello dell'Amministrazione Finanziaria n. 165138/2017.

Il presupposto soggettivo per l'esercizio dell'opzione BEX è quello di configurarsi quale impresa residente nello Stato italiano. La stessa può essere esercitata dalla generalità di soggetti residenti che esercitano attività d'impresa: sia dalle società di persone, sia dalle società ed enti di cui all'art. 73, comma 1, lett. a), b) e c) del TUIR che dalle imprese individuali. Rimangono quindi esclusi i soggetti non residenti che svolgono attività di impresa in Italia tramite stabile organizzazione. Il presupposto oggettivo, invece, prevede

che l'opzione si rende applicabile in relazione agli utili e alle perdite delle stabili organizzazioni localizzate all'estero dell'impresa residente in Italia.

Il regime in questione può essere applicato solo tramite opzione da esercitare in sede di dichiarazione dei redditi nell'anno in cui è stata costituita la stabile organizzazione al rigo RF130 del relativo modello, e ha valenza per tutte le stabili organizzazioni, presenti e future, dell'impresa residente.

Ai sensi del co. 2 dell'art. 168-ter del TUIR, l'opzione per il regime della *branch exemption* è irrevocabile e deve essere esercitato al momento di costituzione della stabile organizzazione e la sua efficacia ha effetto da tale periodo di imposta.²⁹ Il principio di diritto n. 13/2018 precisa espressamente che la scelta non può essere revocata con la presentazione di una dichiarazione integrativa, ma può decadere solo per effetto della chiusura, anche per cessione o liquidazione, di tutte le stabili organizzazioni in capo all'impresa. Inoltre, data la natura irrevocabile dell'opzione, nel caso in cui, a seguito della cessazione dell'efficacia del regime per il verificarsi degli eventi appena enunciati, l'impresa ricostituisca delle nuove stabili organizzazioni nei medesimi Stati in cui erano localizzate in precedenza ed entro tre periodi di imposta dall'evento scatenante la cessazione, tali fattispecie potranno essere valutate dall'amministrazione finanziaria quali abuso del diritto.

Il successivo comma 3 dell'articolo in esame introduce un'importante eccezione, prevedendo che, se una stabile organizzazione all'estero di un'impresa residente soddisfa i requisiti per l'applicazione della normativa CFC (*Controlled Foreign Companies*) contenuta nell'art. 167 del TUIR, a tale entità non sarà applicabile il regime speciale BEX. In altre parole, si può desumere che la disciplina dell'art. 167 prevalga su quella prevista dall'art. 168-ter. L'opzione, in tali casi, potrà essere esercitata solamente nel caso in cui in capo a tali stabili organizzazioni ricorra l'esimente di cui al comma 5 dell'art. 167 e che sia stato compilato il quadro FC.

²⁹ Albano G. – Miele L. – Russo V., 2022: *Manuale del reddito d'impresa*, pag. 971.

L'irrelevanza delle perdite e degli utili delle stabili organizzazioni all'estero dell'impresa residente ai fini del calcolo del reddito imponibile in Italia per l'impresa residente rappresenta il principale effetto dell'esercizio dell'opzione.

Ulteriore effetto dell'esercizio dell'opzione è il *recapture* delle perdite fiscali pregresse, disciplinato dal comma 7 dell'articolo 168-ter del TUIR. In particolare, la norma chiarisce che, qualora l'esercizio dell'opzione avvenga in presenza di stabili organizzazioni già esistenti, l'impresa è tenuta ad evidenziare in sede dichiarativa gli utili e le perdite relative ai cinque esercizi precedenti. Pertanto, quando un'impresa opta per il regime BEX e ha già delle stabili organizzazioni esistenti, deve riportare in sede dichiarativa gli utili e le perdite degli ultimi cinque anni. Scopo della norma è di consentire di esentare gli utili della stabile in regime BEX solo dopo che la perdita fiscale netta sia stata completamente riassorbita, assicurandosi in tal modo che gli utili della stabile organizzazione possano essere esentati solo dopo che le perdite fiscali nette pregresse siano state completamente assorbite. Il *recapture* va calcolato per ogni singolo paese in cui l'impresa residente ha stabilito le sue stabili organizzazioni, se molteplici, e in caso di più stabili organizzazioni in un unico Stato occorre fare la somma algebrica dei risultati di ogni singola entità nel quinquennio precedente.

Il comma 10 dell'articolo 168-ter del TUIR regola la determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione estera nell'ambito del regime speciale del *Branch Exemption*. Il risultato di bilancio della casa madre, comprensivo dei risultati realizzati dalla stabile organizzazione, rappresenta il punto di partenza ai fini di tale determinazione. Dopo aver determinato il reddito imponibile o la perdita fiscale dell'impresa, e averlo indicato separatamente indicato nella dichiarazione dei redditi dell'impresa, devono essere applicate le variazioni in aumento o in diminuzione espressamente previste dal regime BEX. Tali variazioni sono determinate sulla base del rendiconto economico e patrimoniale redatto da ogni entità estera, a cui vengono apportare le variazioni al reddito imponibile previste dal TUIR. In conclusione, come affermato dalla Risoluzione ministeriale n. 4/2018 dell'Agenzia delle Entrate, una volta effettuata la somma algebrica dei redditi e delle perdite conseguite dalle stabili organizzazioni, possono verificarsi due ipotesi:

- se tale importo è negativo, verrà ripreso in sede dichiarativa tra le variazioni in aumento;
- se tale importo è positivo, verrà riportato nel modello redditi tra le variazioni in diminuzione.

Inoltre, nel comma in questione viene affermato che, con riferimento alle transazioni intercorse tra l'impresa e la sua stabile organizzazione, valgono i criteri dell'art. 152 del TUIR della stabile organizzazione domestica, analizzata in precedenza. Diversamente dal regime ordinario, il sistema BEX condivide con la disciplina della stabile organizzazione domestica l'applicazione della finzione giuridica di trattare tale entità come una "*entità separata e indipendente*". Dunque, occorre:

- a) redigere il rendiconto economico patrimoniale secondo i principi contabili adottati dalla casa madre italiana;
- b) calcolare il reddito imponibile applicando la normativa IRES, verificando l'adeguatezza del fondo di dotazione;
- c) rispettare la normativa sul *transfer pricing* ai rapporti intercorsi sia tra casa madre e stabile organizzazione, che tra la stabile organizzazione e le altre imprese residenti in Italia del medesimo gruppo, se presente.

3.9.4 La Stabile Organizzazione ai fini IRAP.

L'Imposta Regionale sulle Attività produttive (IRAP), secondo l'art. 4, comma 1 del D.lgs. 446/1997, si applica sul valore della produzione netta derivante dall'attività esercitata nel territorio della Regione. Per i soggetti residenti che svolgono anche attività d'impresa al di fuori del territorio nazionale, la quota del valore della produzione che deriva dall'attività esercitata all'estero non rientra nell'ambito applicativo dell'IRAP per mancanza del presupposto territoriale. Per i soggetti passivi non residenti, secondo l'articolo 3, comma 1, lett. e) del D.lgs. 446/1997 (Decreto IRAP), costituisce base imponibile IRAP la sola quota del valore della produzione derivante dall'attività esercitata nel territorio dello Stato.

Come chiarito dalla Circolare Ministeriale dell'Agenzia delle Entrate n. 188/1998, nel caso di società ed enti commerciali non residenti l'assoggettabilità IRAP è legata alla

presenza di una stabile organizzazione nel territorio dello stesso, non essendo sufficiente per l'imposizione del tributo la sola presenza di un mero ufficio acquisti o di rappresentanza. Tale requisito impositivo deve sussistere per un periodo di tempo non inferiore a tre mesi.

Il valore della produzione netta realizzata delle stabili organizzazioni all'estero di soggetti residenti nel territorio dello Stato viene determinata secondo i criteri previsti dall'art. 4 e dall'art. 12 del Decreto IRAP. Tale articolo impone di determinare la quota del valore della produzione attribuito alla stabile organizzazione estera in maniera forfettaria, ovvero in base ad un criterio proporzionale che dà rilievo:

- per i soggetti che svolgono attività industriale, all'ammontare della retribuzione del personale dipendente e assimilato utilizzato presso la stabile;
- per le banche, le società finanziarie ed assicurative, rispettivamente all'ammontare dei depositi in denaro, agli impieghi o agli ordini eseguiti, ai premi raccolti.

L'ammontare determinato in tal modo, da indicare nel quadro IC della dichiarazione IRAP al rigo IC65, non concorrerà alla formazione del reddito imponibile in capo all'impresa residente, creando così un effetto analogo a quello che si avrebbe se tale importo venisse esentato. Le deduzioni spettanti per il personale dipendente, da indicare al rigo IC75 del modello di dichiarazione, devono essere calcolate facendo esclusivo riferimento alle spese sostenute per il personale impiegato in Italia.

Nell'ipotesi in cui la casa madre abbia esercitato l'opzione per il regime BEX, la base imponibile della stabile organizzazione esente, da scomputare dal valore della produzione netta dell'impresa residente nel suo complesso, deve essere determinata applicando l'art. 12, comma 2, del D.lgs. 446/1997 "a specchio". Ciò significa che la quota esente della base imponibile IRAP, che viene determinata tramite un apposito rendiconto economico patrimoniale, va esposta quale variazione fiscale in diminuzione nel rigo IC57 con codice 99 "altre variazioni in diminuzione". Così facendo, si vuole evitare che le imprese che abbiano stabili organizzazioni in regime di esenzione debbano calcolare due diversi valori da esentare ai fini IRES e ai fini IRAP.

3.9.5 La Stabile organizzazione ai fini IVA.

Secondo l'art. 11 del Regolamento UE n. 282 del 2011, ai fini IVA per stabile organizzazione si intende qualsiasi organizzazione, diversa dalla sede dell'attività, *“caratterizzata da un grado sufficiente di permanenza e una struttura idonea in termini di mezzi umani e tecnici atti a consentirle di ricevere e di utilizzare i servizi che le sono forniti per le esigenze proprie di detta organizzazione”*. Dalla lettura della norma emergono quattro requisiti ritenuti essenziali ai fini della sussistenza di una stabile organizzazione ai fini IVA:

- a) la presenza di una struttura organizzativa;
- b) la struttura organizzativa deve essere diversa rispetto alla “sede dell'attività economica” del soggetto passivo (da intendersi quale luogo in cui vengono prese le decisioni essenziali concernenti la gestione dell'impresa);
- c) un sufficiente grado di permanenza dell'entità. Dato che non vi sono delle specifiche temporali, si ritiene che l'esistenza del requisito temporale debba essere verificato tenendo conto del tipo di attività svolta dall'organizzazione;
- d) una struttura idonea a livello di mezzi umani e tecnici.

I requisiti in questione devono tutti coesistere nello stesso momento, con la conseguenza che la mancanza di anche solo uno di essi determina l'impossibilità di potersi configurare come S.O. Per quanto disposto dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 26/2014, a differenza di quanto previsto ai fini delle imposte sui redditi, affinché sussista una stabile organizzazione ai fini IVA è indispensabile, oltre che alla presenza dei mezzi tecnici/materiali, anche quella del capitale umano all'interno delle strutture; perciò, a titolo esemplificativo, una entità che possiede carattere meramente temporaneo o che non sia dotata di un assetto adeguato in termini di personale e strumenti/attrezzature non può integrare la fattispecie in esame.

Abbiamo visto in precedenza che la stabile organizzazione, essendo una articolazione della casa madre, non dispone di una autonomia giuridica propria. Infatti, la nozione di cui all'art. 11 del regolamento 282 del 2011 contiene il principio secondo cui la sede principale e la S.O. sono un tutt'uno, di cui quest'ultima costituisce una promanazione operativa priva di autonomia giuridica, patrimoniale e decisionale. Allo stesso tempo,

svolgendo un'attività economica, anche la stabile organizzazione ha l'obbligo di registrarsi ai fini IVA acquisendo un numero di identificazione nel paese in cui è localizzata.

Dato che nell'ambito della disciplina IVA non possono esistere delle cessioni di beni o delle prestazioni di servizi rese a sé stessi, le operazioni che intervengono tra casa madre e l'entità separata necessitano di particolare attenzione:

- le prestazioni di servizi che intercorrono fra le due devono essere considerate come escluse e fatturate come operazioni fuori campo IVA (risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 81/2006, che riprende l'orientamento delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza C-210/04 del 23 marzo 2006);
- le forniture di beni tra casa madre e stabile organizzazione nazionale, localizzate in Stati membri differenti, si qualificano come trasferimenti di beni per l'esigenza della propria impresa e, come tali, assimilati alle cessioni e agli acquisti intracomunitari ai sensi dell'art. 41 comma 2 e dell'art. 38 comma 3 del DL 331/1993. In assenza di un corrispettivo, la base imponibile IVA è costituita, a norma dell'art. 43 comma 3 del DL 331/1993 dal prezzo di acquisto dei beni o, in mancanza, da prezzo di costo dei beni o di beni simili, determinati nel momento in cui si effettuano tali operazioni.

L'esistenza di una stabile organizzazione di un soggetto estero ha effetti ai fini IVA in relazione a tre fattori:

- determinazione della territorialità delle prestazioni di servizi;
- l'individuazione del debitore d'imposta e delle modalità di assolvimento della stessa;
- le procedure da attuare per recuperare l'IVA sugli acquisti.

Ai fini della determinazione del luogo di effettuazione delle prestazioni di servizi generici, vale la regola generale secondo cui nelle prestazioni B2B bisogna far riferimento al luogo del committente, nelle prestazioni B2C al luogo del prestatore. Nel caso particolare dei servizi generici resi a soggetti passivi, il prestatore non può sapere se sta rendendo una prestazione alla casa madre o ad una sua stabile organizzazione. L'art. 22

del regolamento 2006/112/CE prevede che “*se non è possibile determinare la stabile organizzazione del destinatario cui viene fornito il servizio [...], il prestatore può legittimamente considerare che i servizi sono forniti nel luogo in cui il destinatario ha stabilito la sede della propria attività economica.*” Il prestatore del servizio richiesto, pertanto, deve aver riguardo a:

- 1) la natura e l'utilizzazione del servizio fornito. Se queste informazioni gli consentono di individuare in maniera chiara e diretta il vero committente, la fattura IVA deve essere imputata alla stabile organizzazione;
- 2) quando la natura del servizio reso non consente al prestatore una chiara definizione del committente, egli deve guardare:
 - chi ha firmato il contratto;
 - chi ha effettuato l'ordine;
 - quale numero di partita IVA stato fornito;
 - da chi viene pagata la prestazione.

Se in base a questi elementi non è ancora chiaro l'individuazione del committente, allora il prestatore del servizio potrà fatturare *ex. art. 7-ter DPR 633/1972* alla casa madre.

In linea di principio la stabile organizzazione non ha la capacità di attrarre a sé tutte le operazioni realizzate dalla casa madre nello Stato in cui è localizzata l'entità separata; per cui, ai fini IVA, la stabile organizzazione deve essere presa in considerazione solo qualora sia direttamente coinvolta nell'operazione. Infatti, per quanto attiene all'individuazione del debitore d'imposta, la stabile organizzazione assume tale veste in relazione alle sole operazioni imponibili nelle quali ha un ruolo partecipativo, restando estranea a quelle poste in essere direttamente dalla sede principale. Essa, pertanto, si configura come il soggetto deputato ad assolvere l'IVA quando la stessa ha utilizzato le proprie strutture tecniche e umane per realizzare l'operazione di cessione, incaricata di assolvere a tutti gli obblighi di fatturazione, registrazione e dichiarazione.

Tuttavia, se tali strutture sono state utilizzate unicamente per funzioni di supporto amministrativo o nella situazione in cui non partecipano all'operazione effettuate dalla

casa madre, gli obblighi relativi alle cessioni di beni e alle prestazioni di servizi rese nei confronti di soggetti passivi stabiliti in Italia, gli obblighi previsti ai fini dell'imposta devono essere adempiuti dai cessionari o dai committenti attraverso il meccanismo del *reverse charge* ai sensi dell'art. 17 comma 2 del DPR 633/1972.

Le procedure da attuare per recuperare l'IVA sugli acquisti effettuati in Italia dalla stabile organizzazione sono contenute nelle disposizioni dell'art. 38-bis, come confermato dall'Agenzia delle Entrate nella FAQ n. 40, versione del 12 luglio 2010. Ne consegue che detti acquisti devono obbligatoriamente confluire nei registri IVA, nelle liquidazioni d'imposta e conclusivamente nella dichiarazione IVA annuale della stabile organizzazione.

CAPITOLO 4: LA DIGITAL ECONOMY: IL CASO NETFLIX.

4.1 La *Digital Economy* e il commercio elettronico.

Le *Digital Enterprises* (imprese digitali) svolgono un'attività economica caratterizzata da una completa disconnessione con il mondo materiale, creando un inevitabile conflitto con i tradizionali sistemi di determinazione e allocazione del reddito prodotto.

Di conseguenza, le regole di determinazione dei costi, dei ricavi, della creazione del valore e dei criteri di collegamento per l'identificazione della residenza fiscale che gli Stati adottano hanno necessità di essere regolate da nuove norme adattate a tali contesti, ideando così nuovi modelli fiscali innovativi che giustifichino l'imposizione fiscale del reddito in tali tipologie di fenomeni.

I crescenti e rapidi sviluppi nel settore tecnologico e della comunicazione (come i *social network*) hanno avuto un impatto enorme sui regimi fiscali esistenti: la maggior parte degli ordinamenti nazionali sono tradizionalmente legati alla presenza fisica e materiale delle strutture all'interno dello Stato. Nel momento in cui la ricchezza ha iniziato a crearsi e l'economia a svilupparsi tramite l'utilizzo di beni e servizi sempre più immateriali, i criteri di determinazione del reddito hanno mostrato la loro inidoneità ad operare in tali contesti, rilevando l'urgente necessità di rinnovarli. In un'epoca caratterizzata, come l'attuale, da un'ingente diffusione delle transazioni digitali emerge la necessità di una completa riforma del sistema impositivo e dei cardini posti dai regimi fiscali tradizionali, ormai incompatibili e inadeguati.

La definizione di "economia digitale" si riscontra per la prima volta nel 1997 nel libro di D. Tapscott (*The digital economy: promise and peril in the age of networked intelligence*) secondo il quale essa consiste nella rete globale di attività economiche e sociali dove i pagamenti sono realizzati nelle piattaforme quali Internet, reti mobili e *sensor networks*. Se tali transazioni fossero ritenute prive di rilevanza ai fini dell'imposizione tributaria, ci troveremmo di fronte a delle "repubbliche digitali" contraddistinte dalla capacità di creare dei veri e propri spazi esistenziali, in cui si crea una ricchezza ibrida scaturente dalla combinazione di attività profit e non profit, da servizi in libero accesso caratterizzato dalla grande presenza della pubblicità. Ciò risulterebbe del tutto inaccettabile in quanto

l'oggetto del tributo non solo sarebbe irrilevante per il soggetto impositore, ma addirittura assumerebbe essa stessa la veste di soggetto attivo, risultando munita di autonoma soggettività e sovranità come avviene per gli Stati sovrani. Si evidenzia quindi il bisogno di espandere le modalità di individuazione delle manifestazioni di capacità contributiva, in modo da consentire un'attuazione dell'art. 53 della Costituzione adeguata alle nuove forme di ricchezza digitale, cercando di coniugare il rispetto dei principi costituzionali con l'evoluzione dell'economia.³⁰

Oltretutto, si tratta anche di imprese che manifestano imponenti percentuali di crescita del *business*: rispetto al 2017 il rialzo è del 35% per un giro di affari che raggiunge un valore quattro volte superiore a quello realizzato dalle principali imprese di telecomunicazione e media tradizionali, e ciò proprio in ragione della presenza delle stesse sui mercati di tutto il mondo.³¹

Nell'affrontare però queste nuove realtà di creazione di reddito si sono anche manifestate nuove criticità e nuove regole da ripensare. Partendo dal tema dell'acquisizione e la gestione dei dati, aspetto molto rilevante nell'economia digitale, è possibile distinguere in più momenti l'attività caratteristica dell'attività d'impresa delle società digitali, dove ciascuno dei quali vede come protagonista e possibile soggetto passivo un imprenditore diverso:

- 1) in primo luogo, le grandi società del settore quali Twitter, Amazon, Google, Facebook e Microsoft iniziano l'attività acquisendo, a costo zero, i dati personali degli utilizzatori dei loro servizi;
- 2) in secondo luogo, i c.d. brokers data acquistano tali dati e ne iniziano una prima analisi;
- 3) in terzo luogo, tali informazioni vengono acquistate ad esempio da società di gestione di carte di credito, dagli istituti finanziari per verificare la solvibilità del debitore, dalle imprese che prestano servizi di intrattenimento televisivo on

³⁰ Art. 53. Costituzione: *Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività.*

³¹ *Diritto e pratica tributaria n. 6/2020: "Digital economy, Digital enterprise e imposizione tributaria: alcune considerazioni sistematiche"*, pag. 2374

demand o di telefonia mobile e anche dai partiti politici, specialmente in prossimità delle elezioni.

In linea di principio, l'estrazione di tali dati dovrebbe essere assoggettata a tassazione alla pari dell'estrazione di altri beni aventi rilevanza economica, quali le risorse naturali come i metalli, gli alimentari, ecc. Naturalmente, dato che l'impresa sopporta dei costi per l'acquisizione di tali dati, tali importi corrisposti ai proprietari andrebbero dedotti dal reddito d'impresa e sottoposti a imposizione nello stato di residenza di costoro.

Altro aspetto innovativo è legato al "commercio elettronico" dove, con questa locuzione, si intende l'insieme delle transazioni afferenti beni e servizi che avvengono per via telematica. A seconda delle modalità con cui avviene la vendita ed in base alla tipologia dei prodotti, si può distinguere tra:

- 1) Commercio elettronico "indiretto", dove la cessione dei beni avviene tramite il canale telematico attraverso cui viene concluso il contratto ed effettuato il pagamento. Per quanto attiene la spedizione del bene, invece, viene utilizzato il sistema dello scambio per corrispondenza a cui viene assimilata l'operazione ai fini impositivi;
- 2) Commercio elettronico "diretto", che si sostanzia in una vera e propria cessione virtuale del bene attraverso il canale mediale. Il servizio acquistato in tale tipologia di compravendita è del tutto digitale ed immateriale, infatti, l'acquirente utilizza la rete elettronica per il pagamento dei beni e servizi digitali da cui poi potrà entrarne in possesso direttamente dalla rete facendone il download.

Ai fini IVA, il commercio elettronico "diretto", ai sensi dell'art. 56, par. 1, lett. k) della Direttiva 28 novembre 2006, n. 2006/112/CE si identifica con i "servizi prestati per via elettronica" e, l'allegato II del documento in questione, contiene l'elenco indicativo dei servizi forniti per via elettronica. Si considerano tali:

- la fornitura di siti web e web-hosting, gestione a distanza di programmi e attrezzature;
- la fornitura di software e il relativo aggiornamento;
- la fornitura di immagini, testi e informazioni messe a disposizione di basi di dati;

- la fornitura di musica, film, giochi (compresi quelli d'azzardo), programmi o manifestazioni politiche, culturali, artistiche, sportive, scientifiche o di intrattenimento;
- la fornitura di prestazioni di insegnamento a distanza.

L'elencazione poi è stata successivamente ripresa dal Regolamento UE n. 282 del 15 marzo 2011 in cui, all'allegato I, vengono forniti ulteriori esempi, di natura meramente indicativa, di servizi elettronici per ciascuna tipologia di prestazione. Il regolamento in esame, precisamente al paragrafo 1 dell'art. 7, è poi intervenuto anche sulla definizione dei "servizi prestati in via elettronica", stabilendo che "comprendono i servizi forniti attraverso Internet o una rete elettronica e la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata, corredata di un intervento umano minimo e impossibile da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione". L'Agenzia delle Entrate, sulla base di questa definizione, ha affermato, con le Risoluzioni Ministeriali n. 133/2004 e n. 199/2008, che l'utilizzo di Internet non è di per sé sufficiente per definire l'operazione nell'ambito della disciplina IVA del commercio elettronico "diretto".

Il successivo paragrafo 2 contiene invece una serie di tipologie che rientrano all'interno della definizione (i software e le loro modifiche ed aggiornamenti, la concessione a titolo oneroso del diritto a mettere in vendita un bene o servizio su un sito Internet, ecc.), mentre, il paragrafo 3 dispone quelli che non vi rientrano (teleradiodiffusione, i servizi di telecomunicazione, i CD-ROM, i dischetti e i supporti fisici analoghi, ecc.).

È evidente che il tema del commercio elettronico presenti problematiche sotto il punto di vista dell'imposizione fiscale, basti pensare che l'OCSE, nel dicembre del 2000, ha aggiunto 10 paragrafi al commentario sull'art. 5 per cercare di fornire una soluzione alle seguenti tematiche:

- la semplice utilizzazione di uno Stato di materiale informativo è sufficiente per ravvisare l'esistenza di una stabile organizzazione?
- il server è una stabile organizzazione?

Nel 2000 si era giunti alla conclusione che, essendo fondamentale l'elemento materiale per l'istituto in esame, gli elementi immateriali e intangibili, anche se indispensabili per la conduzione dei business digitali, non sono sufficienti per integrare l'identificazione

della stabile organizzazione che richiede, in via generale, un'installazione fissa (materiale) d'affari per mezzo della quale l'impresa eserciti in tutto o in parte la sua attività.

La questione è riemersa in sede di progetto BEPS, che ha dato vita al Modello e Commentario predisposto nel 2017. L'OCSE è intervenuta nuovamente sulla nozione di stabile organizzazione, ma non ha esteso la portata del Modello sino a ricomprendervi i modelli di business a-fisici adottati dalle multinazionali nel settore della *digital economy*: al punto 123 del commentario si legge come un sito Web (essendo un assemblaggio di software e dati elettronici) non costituisce di per sé una proprietà fisica e, pertanto, non esiste una struttura che possa configurarsi come "sede di attività". D'altro canto, il server su cui è memorizzato il sito Web può costituire una stabile organizzazione dell'impresa che gestisce il server in quanto si tratta di un'apparecchiatura avente sede fissa.

L'ordinamento nazionale, a partire dal 2018, ha introdotto la nuova lettera *f-bis*) all'interno dell'art. 162 del TUIR. Tale previsione normativa ammette la possibilità di poter riconoscere una stabile organizzazione nel caso in cui ci sia una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato, costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio nazionale. Attraverso tale introduzione normativa, è possibile ricondurre l'applicazione della legge fiscale italiana alle multinazionali digitali che, apparentemente operando da remoto nella fornitura di servizi ad utenti situati in Italia, si avvalgono di strutture che contribuiscono in modo decisivo alla produzione dei ricavi. Situazioni simili sono già state osservate in passato, quando l'Amministrazione finanziaria italiana ha concluso accordi con alcune delle più grandi società del web e che adesso possono trovare una disciplina normativa più chiara, come nel caso Netflix che verrà esaminato nel corso di questo capitolo.

4.2 L'analisi del caso Netflix (2019-2022).

L'esito delle indagini fiscali in capo alla consociata olandese del gruppo multinazionale californiano "Netflix" rappresenta il primo caso al mondo nel quale è stata contestata l'esistenza di una stabile organizzazione occulta ad una società estera operante nella *Digital Economy*, completamente priva di personale dipendente sul territorio italiano e caratterizzata esclusivamente da una infrastruttura tecnologica avanzata, diventando uno

degli esempi più significativi della difficoltà delle autorità fiscali di fronte alle multinazionali digitali. Il contesto in cui si sviluppa questa vicenda è strettamente legato alla crescita dell'economia digitale, un'economia basata, come abbiamo avuto modo di vedere nel paragrafo precedente, su scambi e transazioni immateriali che sfuggono ai tradizionali parametri di collegamento territoriale su cui si basano i sistemi fiscali nazionali.

Netflix, uno dei leader mondiali nel settore della distribuzione di film e serie tv in streaming a pagamento, operava all'interno del suolo italiano offrendo servizi di intrattenimento digitale senza essere dotata di alcuna sede fissa, ma disponeva di oltre 350 *server* installati presso *data center* e operatori telefonici. Tuttavia, la società, come molte altre multinazionali digitali, riusciva a generare ingenti profitti attraverso reti di infrastrutture digitali che le consentivano di offrire i propri servizi senza la necessità di stabilire una sede fisica.

Nel 2019 la Procura di Milano ha aperto un'inchiesta per omessa dichiarazione dei redditi nei confronti di Netflix con riguardo ai periodi d'imposta dal 2015 al 2019, ipotizzando la presenza di una stabile organizzazione occulta. Questa indagine, condotta in collaborazione tra il nucleo di Polizia Economico-Finanziaria della Guardia di Finanza con la Direzione Regionale lombarda dell'Agenzia delle Entrate, ha portato a ricostruire l'entità dell'infrastruttura digitale (cd. *Content delivery network*) con cui la società era in grado di offrire la prestazione ai clienti situati in Italia. In particolare, la vicenda ha messo in luce come Netflix, nonostante l'assenza di una stabile organizzazione fisica, fornisse servizi digitali a milioni di utenti italiani incassando ingenti somme di denaro senza essere soggetta al versamento dei tributi nel Paese. La società, infatti, gestiva le sue operazioni attraverso una sede legale in Olanda, dove dichiarava i profitti generati a livello globale, e non disponeva di dipendenti o uffici fisici in Italia.

Alla società olandese è stata contestata l'esistenza di una stabile organizzazione non dichiarata nel territorio nazionale per mezzo della quale esercitava una parte rilevante della propria attività. In particolare, asset, cavi, fibre ottiche, computer, server ed algoritmi presenti all'interno del territorio nazionale avrebbero costituito una parte essenziale e significativa dell'attività d'impresa, poiché consentivano agli utenti finali una fruizione di alta qualità del servizio di *streaming*, grazie alla vicinanza dei server

rispetto al mercato di riferimento. Senza questi server, infatti, Netflix non sarebbe stata in grado di fornire i suoi servizi agli utenti italiani, il che implica che una parte significativa dell'attività economica dell'impresa avveniva effettivamente in Italia, nonostante l'assenza di dipendenti o uffici fisici.

Nel corso dell'accertamento, la società ha mantenuto un dialogo ed una collaborazione costante con le autorità italiane e, nel maggio del 2022, l'indagine si è conclusa. Come si legge in una nota firmata da Marcello Viola, procuratore di Milano, il gruppo multinazionale al termine della fase di accertamento condotta dall'Amministrazione Finanziaria ha proceduto al versamento complessivo e in un'unica soluzione di 55 milioni e 850 mila euro a titolo di imposte, sanzioni ed interessi. Netflix, tuttavia, non ha solamente sanato la posizione fiscale per il periodo da ottobre 2015 al 2019, ma dal primo gennaio del 2022 ha modificato l'intero sistema di *business* in Italia, costituendo una società di diritto nazionale, denominata Netflix Services Italy che ha la sede legale a Roma e quella operativa a Milano, la quale al momento è incaricata di stipulare i contratti e di fatturare i corrispettivi provenienti dagli abbonamenti sottoscritti con gli utenti nazionali, determinando così la tassazione in Italia dei redditi prodotti.

In tale contesto, occorre tenere in considerazione che per i primi tre esercizi oggetto di accertamento (2015-2017) il comma 5 dell'art. 162 del TUIR stabiliva che non costituissero di per sé stabile organizzazione la “*disponibilità a qualsiasi titolo di elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari che consentano la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi*”. Facendo leva su tale disposizione, poi abrogata dall'art. 1, comma 1010 della Legge n. 205/2017 (legge di bilancio 2018), si sarebbe potuto sostenere che fino al 2017 la normativa interna escludesse in tale situazione la configurabilità di una *permanent establishment*. Il mero possesso di un *server* per la sola raccolta o trasmissione dati veniva dunque inserito nella *negative list* come attività preparatoria ed ausiliaria.

Tuttavia, l'intento della disposizione non era quello di escludere a priori l'esistenza di una stabile organizzazione nel caso di detenzione di un *server*, ma semplicemente negarla in caso di utilizzo ai fini meramente ausiliari. Perciò, nel caso in cui la disponibilità di tali apparecchiature elettroniche da parte del soggetto non residente gli consentisse di

svolgere le attività ritenute principali nell'ambito dell'attività tipica della impresa, sarebbe consentita la configurabilità dell'istituto.

Il Commentario, invece, da un lato afferma che tale circostanza può costituire una stabile organizzazione anche in assenza di personale e, dall'altro, esclude che vi sia stabile organizzazione nel territorio dello Stato solo se le funzioni svolte dall'infrastruttura digitale siano preparatorie o ausiliarie. Ove tali attività costituiscano il *core* dell'attività di impresa, queste costituirebbero stabile organizzazione. In particolare, l'OCSE ritiene che un *server* possa costituire una sede fissa d'affari ogni qual volta che:

- 1) non subisca spostamenti;
- 2) sia nella piena disponibilità dell'impresa non residente, ovvero che ne sia proprietaria o locataria e che lo gestisca direttamente;
- 3) generi attività significative ed essenziali in rapporto al core business dell'impresa non residente.

A partire dal primo gennaio 2018 la definizione domestica di stabile organizzazione è stata modificata e ampliata per ricomprendere nel testo normativo i risultati dei lavori OCSE in materia di *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS). In primo luogo, il comma 5 è stato sostituito dalla c.d. *anti-fragmentation rule* senza che venisse più riproposta l'esclusione degli elaboratori elettronici e, in secondo luogo, la Legge n. 205/2017 ha introdotto una nuova nozione di stabile organizzazione alla lett. f-*bis*), comma 2 dell'art. 162 del TUIR (cd. *dematerializzata o virtuale*) la quale è possibile riscontrarla in “*una presenza economica significativa e continuativa nel territorio dello Stato costruita in modo tale che non ne risulti la consistenza fisica nel territorio dello stesso*”. Il legislatore ha quindi introdotto un inedito criterio di collegamento che prescinde dall'insediamento fisico o materiale del soggetto non residente, potendo far sussistere un reddito d'impresa imponibile anche in assenza di un collegamento materiale nel territorio dello Stato.

Le implicazioni giuridiche e fiscali del caso Netflix hanno mostrato come i sistemi fiscali nazionali e internazionali stiano cercando di adattarsi alle dinamiche dell'economia digitale. Il concetto di stabile organizzazione, tradizionalmente legato a una presenza fisica rilevante, si sta evolvendo per comprendere anche entità che operano in contesti immateriali ma che, attraverso infrastrutture tecnologiche, riescono a generare ingenti

profitti in un Paese. In questo contesto, il *Pillar 1* elaborato dell'OCSE gioca un ruolo fondamentale nell'individuazione della presenza economica significativa che giustifichi la tassazione locale.

In definitiva, il caso Netflix ha posto l'attenzione sulla necessità di aggiornare la normativa fiscale, spingendo il legislatore italiano a introdurre misure come la stabile organizzazione virtuale che riflettono le sfide e le opportunità poste dai modelli di business digitali.

4.3 La *web tax* e il percorso verso il Pillar 1.

L'imposta sui servizi digitali (cd. *web tax*) è disciplinata dall'art. 1 commi 35 e seguenti della Legge di bilancio 2019 (L. 145/2018). L'imposta si applica nella misura del 3% sull'ammontare dei ricavi derivanti da servizi digitali effettuati a favore di utenti localizzati in Italia da parte dei grandi contribuenti dell'economia digitale, così come definite dalle norme in commento.

Infatti, la ISD si applica nei confronti delle imprese che, da sole o a livello di gruppo, realizzano congiuntamente nel corso dell'anno solare precedente:

- 1) un volume complessivo di ricavi, ovunque realizzati, non inferiore ad Euro 750 milioni;
- 2) un ammontare di ricavi derivanti da servizi digitali realizzati nel suolo nazionale almeno pari ad Euro 5.5 milioni.

Per l'individuazione dei ricavi di cui al punto 1) bisogna aver riguardo al criterio di competenza, mentre si applica il principio di cassa per i ricavi "percepiti" indicati al punto 2), come chiarito dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 3 del 2021.

A norma del comma 37 dell'art. 1 della L. 145/2018, l'imposta si applica esclusivamente sui ricavi derivanti dalla fornitura dei servizi ivi elencati, che sono:

- a) la veicolazione su un'interfaccia digitale (ad esempio un sito internet) di pubblicità mirata agli utenti (lett. a);
- b) la messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale (ad esempio i *social network*, servizi di messaggistica istantanea) che consente agli utenti di essere in

contatto e di interagire fra loro, anche al fine di facilitare la fornitura diretta di beni e servizi (lett. b);

- c) la trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale (lett. c).

Per espressa disposizione di legge, non rilevano in alcun modo i ricavi in analisi resi a soggetti appartenenti allo stesso gruppo. Inoltre, il comma 37-*bis* del medesimo articolo della Legge 145/2018 (introdotto dalla legge di bilancio 2020), prevede determinate prestazioni di servizio che sono in ogni caso esclusi dalla definizione di servizi digitali di cui al comma precedente (a titolo di esempio, la fornitura diretta di beni e servizi nell'ambito di un servizio di intermediazione digitale e la messa a disposizione di un'interfaccia digitale il cui scopo esclusivo o principale è quello della fornitura agli utenti dell'interfaccia, da parte del soggetto che gestisce l'interfaccia stessa, di contenuti digitali, servizi di comunicazione o servizi di pagamento).

La territorialità dell'imposta sui servizi digitali, disciplinata dal primo e dal secondo periodo del comma 40 della Legge in commento, è legata alla "localizzazione" in Italia degli utenti dei servizi assoggettati all'imposta. L'imposta sui servizi digitali trova applicazione se l'utente del servizio è un soggetto che si considera localizzato in Italia nell'anno solare in cui il servizio è tassabile. Pertanto:

- l'imposta è dovuta se gli utenti (sia persone fisiche che giuridiche) si considerano localizzati in Italia;
- l'imposta non è dovuta se gli utenti si considerano localizzati all'estero.

È necessario sottolineare che la localizzazione in Italia non ha nulla a che vedere con la sua residenza fiscale, nel senso che anche utenti fiscalmente non residenti possono essere considerati localizzati in Italia (se ne sussistono i presupposti soggettivi e oggettivi) quando risultano verificati i criteri per stabilirne la localizzazione previsti dal terzo periodo del comma 40 con riguardo a ciascuna delle tre macrocategorie di servizi digitali individuate dal precedente comma 37; in particolare:

- 1) nel caso di servizio di "*veicolazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti*", l'utente si considera localizzato in Italia se la pubblicità figura sul

- dispositivo dell'utente nel momento in cui è utilizzato in Italia per accedere all'interfaccia digitale;
- 2) nel caso di servizio di *“messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale che consente agli utenti di essere in contatto e di interagire fra loro, anche al fine di facilitare la fornitura diretta di beni e servizi”*, l'utente si considera localizzato in Italia se utilizza un dispositivo in Italia per accedere all'interfaccia digitale e conclude la vendita o la prestazione di servizi; se l'interfaccia non facilita la fornitura diretta di beni e servizi, l'utente si considera localizzato in Italia se dispone di un account per l'accesso all'interfaccia digitale e l'account è stato aperto utilizzando un dispositivo in Italia;
 - 3) nel caso di servizio di *“trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale”*, l'utente si considera localizzato in Italia se i dati generati dall'utente che ha utilizzato il dispositivo in Italia per accedere ad un'interfaccia digitale, anche nel periodo d'imposta precedente, sono trasmessi a terzi.

È utile precisare che ai sensi dell'art. 1 comma 43 della Legge 145/2018, i soggetti non residenti, privi sia di stabile organizzazione nel territorio dello Stato che di numero identificativo ai fini IVA che nel corso dell'anno integrano i requisiti dimensionali dell'imposta, devono fare richiesta all'Agenzia delle Entrate di un codice fiscale italiano.

Il successivo comma 40-*bis* precisa, inoltre, che il dispositivo si considera localizzato in Italia con riferimento principalmente all'indirizzo di protocollo Internet (IP) o ad altro sistema di geolocalizzazione.

L'imposta sui servizi digitali, qualificata come imposta indiretta dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 3 del 2021, è dovuta nella misura del 3% e si applica sull'ammontare dei ricavi tassabili realizzati dal soggetto passivo nel corso dell'anno solare. I ricavi tassabili, ovvero la base imponibile su cui si applica l'imposta, sono assunti al lordo dei costi e al netto dell'IVA e di altre imposte indirette.

Ai sensi del comma 44-*bis* dell'art. 1 della L. 145/2018, i soggetti passivi d'imposta, oltre ad essere tenuti alla presentazione di un'apposita dichiarazione annuale dei servizi tassabili (dove il termine per il versamento dell'ISD è fissata al 16 maggio dell'anno

solare successivo a quello in cui si verifica il relativo presupposto di applicazione ed il termine per la presentazione della dichiarazione annuale è fissato al 30 giugno del medesimo anno) devono tenere un'apposita contabilità per rilevare su base mensile le informazioni sui ricavi derivanti dai servizi imponibili.

Tuttavia, con l'approvazione delle disposizioni a livello sovranazionale del c.d. "sistema dei due pilastri" elaborato dall'OCSE avvenuta l'8 ottobre 2021, è prevista l'abolizione delle *web tax* in vigore nei vari Stati. Infatti, una delle principali conseguenze derivanti dall'adozione dei due pilastri riguarda la completa rimozione delle Imposte sui servizi digitali attualmente in vigore. A sostegno di tale accordo, il 21 ottobre 2021, Austria, Francia, Italia, Regno Unito e Stati Uniti hanno firmato una dichiarazione congiunta (cd. "compromesso politico") con cui tali Stati si sono impegnati a mantenere in vigore le proprie imposte sui servizi digitali e simili fino all'entrata in vigore del *Pillar One*.

Il *Pillar One*, mirato a garantire una distribuzione più equa degli utili e dei diritti impositivi, è destinato ad applicarsi ai grandi colossi dell'economia globale, ovvero i gruppi multinazionali che fatturano oltre 20 miliardi di euro all'anno ed un margine di redditività pari almeno al 10%. Il limite in questione è esclusivamente quantitativo e non dipende dalla tipologia di attività esercitata, con la conseguenza che non vengono colpiti esclusivamente i protagonisti dell'economia digitale, pur rimanendo escluse le società dei servizi finanziari regolamentati e l'industria estrattiva.

Il 25% dei profitti in eccesso al margine di redditività del 10%, sarà riallocato presso le giurisdizioni in cui la multinazionale produce almeno un milione di euro di ricavi oppure anche solo 250 mila per le giurisdizioni che hanno un PIL inferiore a 40 miliardi di Euro.

Ad oggi l'implementazione delle misure, inizialmente prevista per il 2023, è stata differita al 30 giugno 2024 con il Comunicato del 15 febbraio del 2024 del Ministero dell'Economia e Finanze. Tuttavia, parrebbe che il termine sia stato ulteriormente differito con data ancora da definirsi.

Nonostante l'accordo internazionale raggiunto presenti una notevole complessità, sia in termini di trattative che di concreta applicazione, la volontà di voler promuovere una riforma fiscale globale su scala internazionale rappresenta un risultato senza precedenti per la comunità fiscale internazionale.

CONCLUSIONE

Con questo elaborato si è inteso esaminare come la figura della stabile organizzazione sia un istituto caratterizzato da dinamicità e innovazione, un tema oggetto di numerosi dibattiti a livello sia nazionale che internazionale per poter permettere il suo adattamento al continuo mutamento dell'economia globale.

Tale istituto si rende fondamentale per comprendere come gli Stati possano esercitare la propria potestà impositiva su imprese che operano in più giurisdizioni; infatti, mentre in origine tale concetto si basava esclusivamente sulla presenza fisica di un'impresa in un determinato territorio attraverso la quale svolgeva la propria attività economica, con l'avvento delle tecnologie digitali molte di esse sono in grado di interagire e di generare ingenti profitti in un paese senza essere dotati di una vera e propria struttura aziendale. Tutto ciò, insieme ad una globalizzazione sempre più marcata e un'attenzione dei consumatori sempre più rivolto al consumo di beni intangibili, ha creato un'evidente necessità di cooperazione globale nel rivedere e ri-adattare le regole fiscali internazionali.

Al primo capitolo sono stati introdotti i concetti fondamentali del diritto tributario internazionale, elementi indispensabili per poter comprendere la successiva trattazione della nozione della stabile organizzazione e delle sue implicazioni a livello tributario e normativo. In particolare, si è voluto analizzare il concetto di residenza fiscale delle persone fisiche, delle società e degli enti e dei relativi criteri di collegamento; la discussione sul fenomeno della doppia imposizione internazionale che si cerca di mitigare attraverso la stipula di Accordi Internazionali, sia bilaterali che multilaterali e la struttura che caratterizza il Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni elaborato dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico.

Il secondo capitolo si concentra sull'evoluzione storico-normativa della stabile organizzazione, a livello sia della disciplina internazionale che dell'ordinamento nazionale. La presente trattazione ha evidenziato come l'evoluzione della normativa abbia cercato di adattarsi in risposta ai cambiamenti economici globali ed alle nuove problematiche che la digitalizzazione dell'economia ha posto. A livello internazionale, è stato esaminato il ruolo del Modello OCSE che disciplina l'istituto in esame nell'art. 5 sin dal 1963, per poi essere ri-aggiornato in seguito all'implementazione del progetto

BEPS nel 2017, ideato per poter rappresentare lo strumento con il quale contrastare l'erosione della base imponibile e lo spostamento artificioso dei profitti da parte delle multinazionali. A livello nazionale, invece, l'analisi è partita dall'introduzione della stabile organizzazione nell'ordinamento italiano avvenuta nel 2004 con l'art. 162 del TUIR, e si è poi concentrata sulle modifiche normative del 2018 e del 2023, adottate per consentire l'allineamento della legislazione nazionale agli sviluppi del dibattito internazionale.

Il capitolo tre si focalizza sulla classificazione e sull'analisi delle diverse tipologie di stabile organizzazione, approfondendo le loro caratteristiche e i relativi criteri di individuazione. In particolare, viene delineata sin da subito una classificazione tra la stabile organizzazione materiale e quella personale. La prima si riferisce ad una presenza fisica attraverso la quale un'impresa residente esercita, in tutto o in parte, la sua attività nel territorio dello Stato; sono quattro i requisiti essenziali per l'individuazione di tale tipologia: l'esistenza di una sede fissa di affari, la fissità spaziale, la permanenza temporale e l'utilità strumentale della sede rispetto all'attività svolta. La seconda, invece, si riferisce alla situazione in cui un agente locale, per conto di un'impresa non residente, conclude o partecipi alla conclusione di contratti in nome e per conto dell'impresa estera, svolgendo un ruolo determinante nell'attività dell'impresa sul territorio dello Stato. Il capitolo approfondisce poi il caso specifico della stabile organizzazione virtuale, introdotta con la Legge di bilancio del 2018, che permette l'identificazione della stabile organizzazione anche tramite la presenza economica significativa e continuativa nel territorio dello Stato, pur in assenza di una presenza fisica. Come ultimo aspetto, vengono analizzate le cd. "ipotesi patologiche", ovvero delle situazioni che riguardano quelle situazioni in cui un'impresa tenta di eludere gli obblighi fiscali frammentando o nascondendo la propria attività economica nel territorio di un altro Stato.

Il capitolo quattro, infine, affronta il tema delle *Digital economy* e della tassazione delle multinazionali digitali, con un focus particolare sul caso Netflix Italia. In tale sede, viene illustrata la difficoltà che i sistemi fiscali tradizionali devono affrontare per fronteggiare le nuove realtà economiche caratterizzate da una disconnessione tra l'attività svolta e la presenza fisica. Questa situazione ha portato alla necessità di ridefinire i criteri di collegamento per l'individuazione di una stabile organizzazione virtuale e ha spinto il

legislatore italiano a introdurre nuove misure, tra cui l'imposta sui servizi digitali (ISD) per garantire una corretta tassazione delle multinazionali.

In definitiva, appare di fondamentale importanza rafforzare la cooperazione internazionale tra i vari Stati attraverso lo sviluppo e l'implementazione di Accordi Internazionali Multilaterali, strumenti di fondamentale importanza che hanno la forza di permettere l'allineamento degli ordinamenti nazionali verso un sistema fiscale globale più omogeneo, in grado di fronteggiare le sfide che verranno poste dall'economia digitale e dalla globalizzazione.

BIBLIOGRAFIA

- BOSI P. – GUERRA M.C., 2022: *“I tributi nell’economia italiana”*;
- CORSO L. – ODETTO G., 2017: *“Le novità della legge di bilancio 2018 e del DL collegato”*;
- CORSO L. – ODETTO G., 2019: *“Legge di bilancio 2020 e DL collegato”*;
- CORSO L. – ODETTO G. – PATTI G.F., 2023: *“La legge di bilancio 2023”*;
- CORSO L. – ODETTO G. – PATTI G.F., 2023: *“Le novità in materia di Fiscalità internazionale”*;
- CORSO L. – ODETTO G. Guida Eutekne 2024: *“Stabile organizzazione (imposte dirette)”*;
- DELLA VALLE E., 2021: *“Elementi di diritto tributario internazionale e dell’Unione Europea”*;
- DRAGONETTI A. – PIACENTINI V., 2022: *“Manuale di fiscalità internazionale”*;
- GAFFURI A.M., 2021: *“Studio sulla funzione e sul concetto di stabile organizzazione nelle imposte sul reddito”*;
- MIELE L. – RUSSO V. – ALBANO G., 2022: *“Manuale del Reddito d’impresa”*;
- ODETTO G. – VALENTE G., 2020: *“Manuale della fiscalità internazionale”*;
- ODETTO G. 2024: *“La fiscalità internazionale”*;
- SIEGFRIED M. – BENEDETTO S., 2016: *“La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali”*;
- TESAURO F., 2022: *“Istituzioni di diritto tributario 2-Parte speciale”*;
- VIAL E., 2020: *“La stabile organizzazione”*;
- VALENTE P. – VINCIGUERRA L., 2018: *“Stabile organizzazione: identificare le patologie, prevenire i rischi, gestire le verifiche sociali”*;

- *AGNELLO D.*, “*Il lavoro da casa può configurarsi una stabile organizzazione*” in *Eutekne.info*, 3 marzo 2021.
- *BARBAGELATA G. – DELLA CARITA’ A.*, 2022: “*Stabile organizzazione “virtuale”:* una ricostruzione a valle del caso Netflix”, *Fiscalità di commercio internazionale*;
- *GUERRA CORDEIRO R.*, 2022: “*Il caso Netflix, la tassazione dell’economia digitale tra habeas corpus e significativa presenza virtuale*”, *Rassegna tributaria*;
- *Diritto e pratica tributaria n. 2/2019*: “*L’impatto del progetto BEPS sul concetto di Stabile Organizzazione*”;
- *Diritto e pratica tributaria n. 6/2020*: “*Digital economy, Digital Enterprise e imposizione tributaria: alcune considerazioni sistematiche*”;
- *Circolare della Guardia di Finanza n. 1 del 2018*;
- *Circolare Ministeriale dell’Agenzia delle Entrate n. 282/E del 1995*;
- *Circolare Ministeriale dell’Agenzia delle Entrate n. 201/E del 1996*;
- *Circolare Ministeriale dell’Agenzia delle Entrate n. 304/E del 1997*;
- *Circolare Ministeriale dell’Agenzia delle Entrate n. 188/E del 1998*;
- *Circolare Ministeriale dell’Agenzia delle Entrate n. 26/E del 2014*;
- *Circolare Ministeriale dell’Agenzia delle Entrate n. 33/E del 2020*;
- *Circolare Ministeriale dell’Agenzia delle Entrate n. 3/E del 2021*;
- *Circolare Ministeriale dell’Agenzia delle Entrate n. 25/E del 2023*;
- *Comunicato del Ministero dell’Economia e delle Finanze del 15 febbraio 2024*;
- *Principio di diritto dell’Agenzia delle Entrate n. 13 del 2018*;
- *Principio di diritto dell’Agenzia delle Entrate n. 8 del 2019*;
- *Provvedimento dell’Agenzia delle Entrate n. 165138 del 2017*;
- *Risoluzione Ministeriale dell’Agenzia delle Entrate n. 9/2398 del 1983*;

- *Risoluzione Ministeriale dell' Agenzia delle Entrate n. 133/E del 2004;*
- *Risoluzione Ministeriale dell' Agenzia delle Entrate n. 9/E del 2006;*
- *Risoluzione Ministeriale dell' Agenzia delle Entrate n. 81/E del 2006;*
- *Risoluzione Ministeriale dell' Agenzia delle Entrate n. 119/E del 2007;*
- *Risoluzioni Ministeriale dell' Agenzia delle Entrate n. 199/E del 2008;*
- *Risoluzione Ministeriale dell' Agenzia delle Entrate n. 21/E del 2009;*
- *Risoluzione Ministeriale dell' Agenzia delle Entrate n. 4/E del 2018;*
- *Sentenza n. 3119 del 17 marzo 2000 della Corte di Cassazione;*
- *Sentenza n. 3367 del 7 marzo 2001 della Corte di Cassazione;*
- *Sentenza n. 77682 del 25 maggio 2002 della Corte di Cassazione;*
- *Sentenza n. 20597 del 7 ottobre 2011 della Corte di Cassazione;*
- *Sentenza n. 3769 del 9 marzo 2012 della Corte di Cassazione;*
- *Sentenza n. 14948 del 14 giugno 2013 della Corte di Cassazione;*
- *Sentenza n. 1103 del 17 gennaio 2013 della Corte di Cassazione;*
- *Sentenza n. 32078 del 12 dicembre 2018 della Corte di Cassazione;*
- *Sentenza n. 21693 dell'8 ottobre 2020 della Corte di Cassazione;*
- *Sentenza n. 2581 del 4 febbraio 2021 della Corte di Cassazione;*
- *Sentenza n. 17849 del 22 giugno 2021 della Corte di Cassazione;*
- *Sentenza n. 7682 del 25 maggio 2022 della Corte di Cassazione;*
- *Sentenza n. 1544 del 19 gennaio 2023 della Corte di Cassazione;*
- *Sentenza n. 1753 del 20 gennaio 2023 della Corte di Cassazione.*