

**Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli di  
Roma**

**LA STABILE ORGANIZZAZIONE: ANALISI DI UN  
ISTITUTO IN AMBITO COMUNITARIO E NAZIONALE**

**Alberta Orefice** matricola n. 137591

## **INDICE**

### **CAPITOLO 1**

#### **INTRODUZIONE AL CONCETTO DI STABILE ORGANIZZAZIONE**

- 1 Considerazioni preliminari

### **CAPITOLO 2**

#### **LA STABILE ORGANIZZAZIONE ED IL DIRITTO CONVENZIONALE**

- 1 Generalità
- 2 L'articolo 5 del modello di convenzione OCSE
  - 2.1 La definizione a carattere generale, l'elemento temporale e spaziale della stabile organizzazione
  - 2.2 Le fattispecie di stabile organizzazione espressamente menzionate (le ipotesi positive)
  - 2.3 Il cantiere
  - 2.4 Le attività di carattere preparatorio o ausiliario (le ipotesi negative)
  - 2.5 La stabile organizzazione personale: l'agente dipendente
  - 2.6 L'agente indipendente
  - 2.7 Il rapporto partecipativo
  - 2.8 Le differenze tra l'articolo 5 del progetto OCSE del 1963 e lo stesso articolo contenuto nella nuova versione del Modello di Convenzione del 1977
- 3 La stabile organizzazione nel modello ONU e le differenze tra il modello OCSE ed il modello ONU
- 4 Differenze tra la nozione contenuta nel modello OCSE e quella riportata dalle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia

### **CAPITOLO 3**

#### **LA STABILE ORGANIZZAZIONE NELLA LEGISLAZIONE FISCALE NAZIONALE**

- 1 Evoluzione nel tempo della stabile organizzazione
- 2 L'articolo 162 del nuovo TUIR
  - 2.1 I requisiti generali
  - 2.2 Le ipotesi positive
  - 2.3 Il cantiere e l'esercizio di attività di supervisione connesse
  - 2.4 Le ipotesi negative
  - 2.5 Gli elaboratori elettronici ed i relativi impianti ausiliari.
  - 2.6 La stabile organizzazione personale
  - 2.7 Le regole per il settore marittimo
  - 2.8 La c.d. "clausola delle società consociate"
- 3 La stabile organizzazione nel consolidato fiscale nazionale (art. 117 nuovo TUIR)
- 4 Il regime di neutralità fiscale dei conferimenti intracomunitari (art. 179 nuovo TUIR)
- 5 Le riserve in sospensione d'imposta nelle operazioni straordinarie intra UE ( art.180 nuovo TUIR)
- 6 Il trasferimento all'estero della residenza o della sede (art. 166 nuovo TUIR)
- 7 Stabile organizzazione e norme CFC (art.167 e 168 nuovo TUIR)

## **CAPITOLO 4**

### **LA STABILE ORGANIZZAZIONE E L'IRAP**

- 1 Analisi delle problematiche attraverso la prassi ufficiale dell'amministrazione

## **CAPITOLO 5**

### **GLI ASPETTI "PATOLOGICI" DELLA STABILE ORGANIZZAZIONE**

- 1 La stabile organizzazione plurima ed occulta: il caso Philip Morris
  - 1.1 I giudizi di primo e secondo grado in materia di IVA
  - 1.2 I giudizi di primo e secondo grado in materia di imposte sui redditi
  - 1.3 Le sentenze della Cassazione
2. L'aggiornamento del 2005 del modello Ocse e la confutazione della teoria della "stabile organizzazione plurima" avanzata nelle sentenze 3367 e 3368 della Cassazione.

## **CAPITOLO 6**

### **GLI ASPETTI OPERATIVI E GLI ADEMPIMENTI CONTABILI E FISCALI**

- 1 Il concetto di forza di attrazione della stabile organizzazione
- 2 La determinazione del reddito della stabile organizzazione
- 3 Gli adempimenti contabili della stabile organizzazione
- 4 Rapporto OCSE sull'attribuzione dei profitti ad una stabile organizzazione

## CAPITOLO 1

### INTRODUZIONE AL CONCETTO DI STABILE ORGANIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari

#### 1 Considerazioni preliminari

Le imprese italiane sono coinvolte da diversi anni in un processo d'integrazione internazionale, favorito dalla crescente presenza di partner commerciali stranieri in Italia, e dall'intenzione di usufruire delle opportunità offerte dai mercati mondiali.

La tendenza delle aziende a delocalizzare la produzione in Paesi dove il costo del lavoro, e la pressione fiscale, le rendono più competitive è un dato di fatto.

La conclusione di accordi transnazionali, del resto, consente agli operatori nazionali di superare alcuni limiti propri del mercato domestico, e di avviare iniziative imprenditoriali qualitativamente e quantitativamente più allettanti.

Tali condizioni sono favorite altresì dalla cosiddetta "globalizzazione", di cui si parla ormai da tempo in quanto fenomeno che contraddistingue il nostro periodo storico, e di cui la dinamica evoluzione dei mercati è solo uno degli aspetti<sup>(1)</sup>. In un contesto normativo-fiscale connotato dalla presenza massiccia di soggetti non residenti, nonché dalla presenza di una fitta rete di relazioni commerciali e industriali tra Stati e territori diversi, il concetto di stabile organizzazione costituisce un indispensabile parametro per conferire soggettività tributaria autonoma nello Stato ai soggetti esteri, per quanto attiene alle operazioni ivi poste in essere e ai relativi redditi. L'espansione all'estero di una società commerciale può realizzarsi con modalità differenti, quali l'istituzione di una rete di agenti indipendenti, la costituzione di un ufficio di rappresentanza, di una filiale (*branch*), ovvero di una o più società controllate.

---

<sup>1</sup> La "globalizzazione" indica la crescente interdipendenza tra i Paesi sotto molteplici punti di vista, non soltanto in termini economici, ma anche politici e sociali. Lo spazio geografico si riduce, grazie all'elevata velocità dei mezzi di comunicazione, dei flussi d'informazione e dei mezzi di trasporto. Cfr. J. Baylis – S. Smith, *The Globalization of World Politics. An Introduction to International Relations*, Oxford University Press, 1997.

Le citate possibilità implicano problematiche differenti, sia da un punto di vista operativo che fiscale. Da un lato, infatti, consentono di ottimizzare l'imposizione tributaria sul territorio straniero, dall'altro comportano costi amministrativi diversi, per tenuta della contabilità e dichiarazione dei redditi. A seconda delle fattispecie concrete, le ipotesi considerate possono essere numerose ed articolate. L'imprenditore, ad esempio, può investire direttamente, ed essere presente in uno Stato straniero, mediante una stabile organizzazione, ovvero può avvalersi di una struttura societaria più elaborata, che preveda l'esistenza di una o più *holding* intermedie.

La rilevanza della stabile organizzazione deriva dalla constatazione che essa rappresenta una valida alternativa di cui le aziende, o gruppi di società a vocazione internazionale, possono disporre a fronte della necessità di espandersi in altri Paesi.

La stabile organizzazione, peraltro, è una delle figure più controverse del diritto tributario. Più specificamente, la semplice esistenza, fino ad oggi, nel nostro ordinamento fiscale, di un istituto giuridico che veniva solo menzionato e mai espressamente definito ha, in concreto, comportato non pochi problemi interpretativi (2). Il concetto di stabile organizzazione fornito dal Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni è stato il principale punto di riferimento per una prima e comunque necessaria definizione di stabile organizzazione(3). La nozione di stabile organizzazione, emersa in sede OCSE e di Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, è recepita anche in campo Iva e trova puntuali riscontri nel "diritto vivente" comunitario.

A seguito della "riforma dell'Ires", di cui al D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, nel nuovo testo unico delle imposte sui redditi è stato inserito l'art. 162, dedicato all'individuazione e alla disciplina dell'entità in esame, finalizzata all'imputazione ai soggetti non residenti dei redditi realizzati nel territorio italiano. Con la riforma fiscale, l'art. 162, comma 1, del Tuir fornisce una chiara definizione di stabile organizzazione. Si tratta, in particolare, di una definizione generale che, di fatto, segue sostanzialmente la stessa nozione già delineata dall'art. 5 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni.

Prima della riforma fiscale, dottrina, giurisprudenza e prassi amministrativa concorrevano a definire, in qualche modo, con diversi orientamenti interpretativi, i primi tratti distintivi ed identificativi della nozione dell'istituto(4). In tale contesto, occorre peraltro precisare che in mancanza di una chiara formulazione normativa di stabile organizzazione non è stata possibile, come spesso accade, una trasposizione del concetto contemplato dal codice civile(5).

---

2 Si segnala che in dottrina ci sono posizioni discordanti sulla qualifica della stabile organizzazione come "istituto" in senso giuridico. Alcuni Autori, ritengono che la stabile organizzazione non sia un istituto, data l'accezione prettamente economica della sua nozione; altri, invece, non la considerano estranea alla connotazione di istituto giuridico. Cfr. S. Capolupo, Riforma fiscale. Una probabile doppia nozione di stabile organizzazione, *Il Fisco*, 2003, I, 2845; E. Grassi, La "stabile Organizzazione". Alcuni spunti critici sulla normativa recata dalla legge di delega per la riforma del sistema fiscale statale, *Il Fisco*, 2003, I, 5298.

3 Fantozzi, Corso di diritto tributario, Torino, 2003, pag.389

4 In particolare, La Commara, Mora, Un punto di situazione sulla configurabilità della stabile organizzazione nel cyberspace, in *Il Fisco*, 2002, pag. 1276; Tinelli, Istituzioni di diritto tributario, Padova, 2003, pag.130; Committeri, Sifoni, La stabile organizzazione nel diritto interno, in *Corr. Trib.*, 2003, pag.687 e ss..

5 Maurizio Villani, L'istituto della stabile organizzazione nell'ordinamento tributario italiano, *Il commercialista telematico*, 2004, pag. 3

La disciplina civilistica, a tal riguardo, dispone istituti ed adotta una terminologia ben differente.

Disciplinando le “*società costituite all'estero*”, l'art. 2508, comma 1, del codice civile, a seguito della riforma del diritto societario, statuisce espressamente: “*le società costituite all'estero, le quali stabiliscono nel territorio dello stato una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile, sono soggette, per ciascuna sede, alle disposizioni della legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali...*”.

Dalla semplice lettura dell'articolo appena menzionato è possibile rilevare una differente elaborazione non solo terminologica, ma anche sostanziale: “*sede secondaria con rappresentanza*” nel diritto civile; per il legislatore tributario, invece, “*stabile organizzazione*”.

Sul piano della *ratio* delle varie accezioni utilizzate, questa soluzione implica senz'altro diversi obiettivi perseguiti dai due ordinamenti, secondo una non comune *intentio legis*.

Il presente trattato intende occuparsi della stabile organizzazione in generale, con una ricostruzione delle problematiche e delle elaborazioni pregresse, e di come essa risulta nel rielaborato testo normativo. La nozione del concetto di stabile organizzazione è stata da sempre oggetto di un forte interesse da parte degli interpreti, i quali, nel corso del tempo, ne hanno più volte evidenziato le problematiche connesse alla sua corretta interpretazione. Anche il legislatore, forse stimolato dai numerosi interventi dottrinali e giurisprudenziali, ha recentemente emanato, al riguardo, diverse disposizioni, comunitarie e domestiche, che offrono ora lo spunto per effettuare alcune riflessioni generali.

In particolare, nel presente lavoro si affronterà, alla luce dei recenti emendamenti normativi, il problema della definizione del concetto, partendo dalla sua definizione nel diritto convenzionale, per poi passare alla definizione nella legislazione fiscale nazionale e al ruolo della stabile organizzazione ai fini IRAP, per concludere con la trattazione degli aspetti patologici ed operativi che caratterizzano questo istituto; tutto ciò con l'ausilio dell'analisi dei numerosi contributi offerti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sia comunitaria che domestica, formatasi sull'argomento.

## CAPITOLO 2

### LA STABILE ORGANIZZAZIONE ED IL DIRITTO CONVENZIONALE

SOMMARIO: 1. Generalità – 2. L'articolo 5 del modello di convenzione OCSE – 2.1 La definizione a carattere generale, l'elemento temporale e spaziale della stabile organizzazione – 2.2 Le fattispecie di stabile organizzazione espressamente menzionate (le ipotesi positive) – 2.3 Il cantiere – 2.4 Le attività di carattere preparatorio o ausiliario (le ipotesi negative) – 2.5 La stabile organizzazione personale: l'agente dipendente – 2.6 L'agente indipendente – 2.7 Il rapporto partecipativo – 2.8 Le differenze tra l'articolo 5 del progetto OCSE del 1963 e lo stesso articolo contenuto nella nuova versione del Modello di Convenzione del 1977 – 3. La stabile organizzazione nel modello ONU e le differenze tra il modello OCSE ed il modello ONU – 4. Differenze tra la nozione contenuta nel modello OCSE e quella riportata dalle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia.

#### 1 Generalità

Si può preliminarmente osservare che nel Trattato istitutivo della Comunità Europea manca un espresso riferimento di stabile organizzazione. Infatti l'art. 43 (*ex art. 52*) del Trattato istitutivo, che sancisce la libertà di stabilimento all'interno dell'Unione Europea, stranamente non richiama, nell'ambito del cosiddetto stabilimento a titolo secondario, il concetto di stabile organizzazione, ma fa un più generico riferimento alle "*agenzie, succursali o filiali*"<sup>(6)</sup>

---

6 Al riguardo, va precisato, che per "filiale" deve intendersi una persona giuridica controllata dalla società madre ma costituita secondo il diritto del Paese ospite e dotata, pertanto, di autonomia; mentre sia l'agenzia che la succursale non sono persone giuridiche autonome rispetto alla società madre (in tal senso G. TESAURO, *Diritto comunitario*, seconda edizione, Padova, 2001, pag. 452). Sulla distinzione tra il

Nel Trattato istitutivo, il legislatore comunitario sembra infatti aver adottato, relativamente alla libertà di stabilimento, dei termini più legali che fiscali(7). Tuttavia ciò non significa che la stabile organizzazione sia priva di rilevanza al fine dell'applicazione del principio di libertà di stabilimento. In effetti, interpretando proprio tale norma, la Corte di Giustizia europea (8), ad esempio, ha avuto modo di precisare la tassazione dei redditi prodotti dalle sedi secondarie per la loro capacità di essere stabili organizzazioni ai fini tributari. Al riguardo occorre poi aggiungere che, come rilevato ancora dalla Corte di Giustizia europea(9), la lista contenuta nell'art. 43 (*ex art.* 52) del Trattato istitutivo non è esaustiva, nel senso che lo stabilimento a titolo secondario può assumere anche forme diverse da quelle espressamente indicate da tale disposizione. E', infatti, sufficiente costituire un centro di attività all'interno della Comunità (come un semplice ufficio gestito stabilmente da un mandatario della società madre) per poter beneficiare della libertà di stabilimento a titolo secondario.

Soffermandoci ora sulla storia della nascita della definizione di stabile organizzazione in ambito convenzionale, si può notare come gli accordi per evitare le doppie imposizioni internazionali hanno sempre conosciuto il concetto di stabile organizzazione, nonostante esso abbia subito una certa evoluzione con il passar del tempo. Tali accordi, peraltro, prendevano a base i lavori che all'epoca si svolgevano nell'ambito già della Società delle Nazioni nel settore della doppia imposizione internazionale.

Infatti, i primi risultati significativi in materia di stabile organizzazione sono registrabili agli inizi del XX secolo quando – compresa l'esigenza di creare dei testi uniformi utilizzabili nei negoziati bilaterali cominciarono ad apparire dei riferimenti, anche se non molto dettagliati, al concetto di "stabilimento permanente" e poi di "stabile organizzazione".

In effetti, lavori specifici furono effettuati dal Comitato finanziario della Società delle Nazioni che dagli anni venti sino al 1946 elaborò una serie di progetti di Convenzioni fiscali nell'ambito dei quali il concetto di stabile organizzazione registrò sicuramente una evoluzione positiva, senza però raggiungere lo scopo di elaborare una definizione della stabile organizzazione universalmente accettata neppure nell'ultimo modello di Convenzione adottato a Londra appunto nel 1946.

Come è stato accennato in precedenza, i lavori in materia di doppia imposizione internazionale furono, poi, ereditati dall'Oece (Organizzazione per la cooperazione economica europea) che negli anni cinquanta e fino al 1961, quando fu sostituita dall'Ocse, rassegnò quattro rapporti, elaborando i primi articolati di un progetto di Convenzione ad opera del proprio Comitato fiscale.

Già nel 1957, in un rapporto del Gruppo di lavoro n. 1 del citato Comitato fiscale veniva riaffermata l'esigenza di approvare una definizione dettagliata della stabile organizzazione e veniva presentato un progetto di articolo contenente detta definizione.

---

concetto di "filiale" e di "succursale" si veda, inoltre, A. Pietrobon, L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale, Padova, 1990, pagg. 120 e seguenti.

7 D'Alfonso, La nozione di stabile organizzazione nelle imposte sui redditi e nell'Iva, in Rassegna Tributaria n.4 di luglio-agosto 2003, pag.1279.

8 Sentenza 28 gennaio 1986, causa C-270/83, Commissione - Francia, meglio nota come *Avoir fiscal*, in "Racc.", 1986, I, pagg. 270 e seguenti.

9 Sentenza 4 dicembre 1986, causa C-205/84, Commissione c. Germania, in "Racc.", 1986, I, pag. 3793, punto 20.

In tale progetto era ben delineata la struttura della definizione della stabile organizzazione contenente gli elementi essenziali di tale entità ed in molti casi rimasta inalterata fino ai giorni nostri.

La definizione proposta si articolava in una definizione generale della stabile organizzazione, in una lista di esempi positivi, in una lista di esempi negativi, nell'ipotesi dell'agente "dipendente", nell'ipotesi dell'agente indipendente e, infine, il caso delle società figlie. Il testo della bozza d'articolo era il seguente:

1. L'espressione "stabile organizzazione" designa una sede fissa d'affari in uno dei territori in cui l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività.

2. Una stabile organizzazione comprende:

a) una sede di direzione;

b) una succursale;

c) un ufficio;

d) un'officina;

e) un laboratorio;

f) un locale di deposito;

g) una miniera, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali;

h) un cantiere di costruzione o di montaggio la cui durata ha oltrepassato o verosimilmente oltrepasserà i dodici mesi.

3. Non si considera che vi sia una "stabile organizzazione" se:

a) si fa uso di una installazione per mero deposito;

b) le merci sono immagazzinate, sia in un deposito o non, ai soli fini della consegna, salvo che si applichi il paragrafo 4, b); c) si fa uso di un'installazione d'affari ai soli fini dell'acquisto di beni o merci o di raccogliere informazioni;

d) si fa uso di un'installazione d'affari ai soli fini di esposizione, di pubblicità, di fornire informazioni, di ricerche scientifiche o di attività analoghe che abbiano carattere preparatorio o ausiliario per l'impresa.

4. Un agente o impiegato che agisce in uno dei territori per conto di un'impresa dell'altro territorio – diverso da un agente che goda di uno status indipendente cui si applica il paragrafo 5 – è considerato stabile organizzazione nel primo territorio se:

a) dispone di poteri generali che esercita abitualmente di negoziare ed impegnarsi in contratti per conto dell'impresa a meno che le attività dell'agente siano limitate all'acquisto di merci; o

b) dispone abitualmente nel detto primo territorio di un deposito di merci appartenenti all'impresa dal quale effettua abitualmente consegne di merci per suo conto.

5. Non si considera che un'impresa di uno dei territori ha una stabile organizzazione nell'altro territorio per il solo fatto che essa vi esercita la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissionario generale o di ogni altro intermediario che goda di uno status generalmente indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.

6. Il fatto che una società residente di uno dei territori controlli o sia controllata da una società residente dell'altro territorio, ovvero svolga la sua attività in questo altro territorio (sia per mezzo di una stabile organizzazione oppure no) non costituisce di per sé motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una stabile organizzazione dell'altra.

Negli anni successivi questa bozza di articolo fu migliorata e lo stesso avvenne per i commenti che l'accompagnavano.

In parallelo con i lavori che si svolgevano in seno alle citate organizzazioni internazionali apparivano i vari accordi internazionali per evitare la doppia imposizione internazionale e tra questi le Convenzioni stipulate dal nostro Paese.

Se si prende in esame la Convenzione italo-tedesca del 1925 (sostituita dalla Convenzione del 18 ottobre 1989, ratificata dalla L.24 novembre 1992, n. 459 ed entrata in vigore il 26 dicembre 1992) si riscontra che in essa viene fatto riferimento alla esistenza di “stabilimenti” di un’impresa per affermare che lo Stato ove essi sono situati ha diritto di imporre i relativi redditi.

E nel Protocollo finale allegato al medesimo accordo si rinviene già un primo tentativo di una più precisa delimitazione del concetto di “stabilimenti” allorché si dice che per tali sono da considerarsi ai sensi della Convenzione – oltre alla sede sociale ed al centro effettivo dell’impresa – le succursali, le filiali ed agenzie, le fabbriche, le officine, i laboratori, i locali di compra e vendita, i magazzini ed altri esercizi commerciali, aventi carattere di stabile organizzazione produttiva, nonché le rappresentanze permanenti(10).

L’esigenza di fissare criteri più dettagliati che fossero di guida per delimitare il potere di imposizione di uno Stato contraente a carico dei redditi di impresa prodotti sul suo territorio, non poteva non essere sempre più avvertita man mano che l’attività delle imprese si estendeva, al di là dei confini nazionali, con maggiore frequenza ed in forme sempre più sofisticate.

Perciò, se i primi accordi conclusi dall’Italia, come quello prima richiamato, si limitano a citare talune ipotesi che verificano l’esistenza della stabile organizzazione, altri stipulati in epoca successiva introducono concetti più elaborati che permettono, in sede applicativa, di identificare in un maggior numero di casi l’esistenza o l’inesistenza di una stabile organizzazione e, quindi, stabilire se esiste o non la situazione di base per procedere a tassazione.

Così, ad esempio, la Convenzione con gli Stati Uniti d’America del 1955 (sostituita dalla Convenzione firmata a Roma il 17 aprile 1984, ratificata dalla L. 11 dicembre 1985, n. 763, ed entrata in vigore il 30 dicembre 1985) nel fare riferimento tra l’altro alle succursali, uffici, stabilimenti od altri luoghi di affari, precisa che il termine stabile organizzazione non comprende l’uso occasionale e temporaneo di un semplice luogo di deposito.

Né sono comprese le agenzie, a meno che l’agente sia titolare ed effettivamente eserciti un potere generale di concludere contratti per conto dell’impresa. Inoltre, l’esistenza in uno Stato contraente di un mediatore, di un commissario o di un curatore che operino nel quadro della loro normale attività e agiscono anche per conto di un’impresa dell’altro Stato contraente non configura l’ipotesi della stabile organizzazione(11).

Criteri analoghi si rinvengono in un’altra Convenzione successivamente stipulata dal nostro Paese – quella con i Paesi Bassi, firmata a L’Aja il 24 gennaio 1957 (sostituita poi dalla Convenzione firmata a L’Aja l’8 maggio 1990, ratificata dalla L. 26 luglio 1993, n. 305 ed entrata in vigore il 3 ottobre 1993) – nella quale per definire il concetto di stabile

---

10 Si tratta della Convenzione firmata il 31 ottobre 1925 e approvata con R.D.L. n. 2161 del 13 dicembre 1925, convertito nella L. n. 1866 del 15luglio 1926. In particolare, si sono considerati l’art.3 ed il protocollo finale n.5.

11 Si tratta della Convenzione del 30 marzo 1955 resa applicabile all’Irpef ed all’Irpeg con scambio di note del 13 dicembre 1974 ratificato con L. 6 giugno 1977, n. 233 (entrato in vigore con effetto dal 1° gennaio 1974).

In particolare, si è considerato l’art. 2, paragrafo 1, lettera c), della Convenzione.

organizzazione si richiama in modo residuale una qualsiasi installazione permanente nella quale viene esercitata in tutto o in parte l'attività dell'impresa.

Nello stesso accordo, si trovano, inoltre, disposizioni più dettagliate che meglio permettono di stabilire se ci si trovi o meno in presenza di una stabile organizzazione(12).

Norme ancora più elaborate sono poi contenute nella Convenzione conclusa con la Francia nel 1958, dove si è proceduto anche a specificare casi in cui senz'altro è da considerare esistente la stabile organizzazione e casi invece nei quali è espressamente esclusa l'esistenza di tali ipotesi(13).

Anche la Convenzione con la Francia del 1958 è stata sostituita da una nuova Convenzione firmata a Venezia il 5 ottobre 1989, ratificata dalla L.7 gennaio 1992, n. 20 ed entrata in vigore il 1° maggio 1992.

Da questo breve esame delle richiamate Convenzioni ora non più in vigore emerge chiaramente come col passare del tempo si sono ricercate forme sempre più accurate per delimitare con maggiore esattezza la produzione di un reddito sul territorio di ciascuno Stato, fissando i criteri che devono essere utilizzati per stabilire quando un reddito deve considerarsi prodotto sul proprio territorio e, quindi, lì tassabile ai fini convenzionali, anche quando il beneficiario è un'impresa fiscalmente domiciliata nell'altro Stato contraente. Si è visto che in alcuni casi si è fatto riferimento alla esistenza di "stabilimenti", in altre occasioni si è parlato di "stabilimenti permanenti" oppure di "organizzazioni permanenti" per esprimere un concetto analogo; tuttavia, nella maggioranza degli accordi stipulati dal nostro Paese – così come accade sul piano internazionale – si rinviene l'espressione "stabile organizzazione" che corrisponde all'espressione francese *établissement stable* ed a quella inglese *permanent establishment* del tutto equivalenti queste due ultime secondo quanto convenuto in seno all'Ocse, di cui l'inglese e il francese sono le lingue ufficiali.

In definitiva, gli studi sviluppati sull'argomento nelle diverse sedi Internazionali hanno portato alla realizzazione di una apposita clausola da inserire nelle Convenzioni intese ad evitare le doppie imposizioni internazionali sui redditi, clausola che per essere stata adottata da un gran numero di Paesi può anche comportare qualche difficoltà interpretativa, ma che in ogni caso,

in relazione ad una situazione come quella della nostra legislazione carente di una qualsiasi definizione sino al 31 dicembre 2003, ha permesso, senza dubbio, di stabilire nella più parte dei casi se ricorrevano le condizioni necessarie perché si verificasse l'esistenza di una stabile organizzazione e, quindi, la tassabilità ai fini convenzionali del reddito dell'impresa estera ad essa attribuibile.

La clausola cui si è fatto, da ultimo, riferimento è quella contenuta nel primo progetto Ocse adottato nel 1963 e, precisamente l'art. 5 di detto progetto. È questo, sul piano internazionale, una tappa fondamentale e di arrivo nel cammino fatto verso una definizione della stabile organizzazione, anche se gli studi successivi al 1963 portarono

---

12 Si tratta della Convenzione che fu ratificata con L. 18 giugno 1960, n. 704 ed è rimasta in vigore fino all'ottobre del 1993.

In particolare, si è considerato l'art. 2, paragrafo 1, lettera e), della Convenzione.

13 Si tratta della Convenzione firmata il 29 ottobre 1958, modificata dal protocollo aggiuntivo firmato il 6 dicembre 1965: entrambi gli atti internazionali, ratificati, rispettivamente, con L. 9 febbraio 1963, n. 469 e con L. 9 agosto 1967, n. 766, sono entrati in vigore il 15 dicembre 1967.

In particolare, si è considerato l'art.3 par.4 e 5.

ad una nuova versione di detta clausola che, in qualche punto, differisce dalla prima e che fu adottata nel 1977.

La stessa clausola – che fin dal 1963 trova riscontro in pratica in tutti gli accordi stipulati tra Paesi sviluppati – è stata, poi, utilizzata nelle sue strutture essenziali anche nelle Convenzioni concluse con i Paesi in via di sviluppo ed ha ispirato largamente l’analoga disposizione approvata dall’Onu in sede di adozione del modello di Convenzione contro le doppie imposizioni tra Paesi sviluppati e Paesi in via di sviluppo.

## 2 L’articolo 5 del modello di convenzione OCSE

L’articolo 5, nella sua versione del 1963, risulta così configurato:

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

2. L’espressione ‘stabile organizzazione’ comprende in particolare:

- a) una sede di direzione;
- b) una succursale;
- c) un ufficio;
- d) una officina;
- e) un laboratorio;
- f) una miniera, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali;
- g) un cantiere di costruzione o di montaggio la cui durata oltrepassa i dodici mesi.

3. Non si considera che vi sia una ‘stabile organizzazione’ se:

- a) si fa uso di un’installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di merci appartenenti all’impresa;
- b) le merci appartenenti all’impresa sono immagazzinate ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;
- c) le merci appartenenti all’impresa sono immagazzinate ai soli fini della trasformazione da parte di un’altra impresa;
- d) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquistare merci o di raccogliere informazioni per l’impresa;
- e) una sede fissa di affari è utilizzata, per l’impresa, ai soli fini di pubblicità, di fornire informazioni, di ricerche scientifiche o di attività analoghe che abbiano carattere preparatorio o ausiliario;

4. Una persona che agisce in uno Stato contraente per conto di un’impresa dell’altro Stato contraente - diversa da un agente che gode di uno status indipendente, di cui al paragrafo 5) – è considerata ‘stabile organizzazione’ nel primo Stato se dispone nello Stato stesso di poteri che esercita abitualmente e che le permettono di concludere contratti a nome dell’impresa, salvo il caso che l’attività di detta persona sia limitata all’acquisto di merci per l’impresa.

5. Non si considera che un’impresa di uno Stato Contraente ha una ‘stabile organizzazione’ nell’altro Stato Contraente per il solo fatto che essa vi esercita la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissionario generale o di ogni altro

intermediario che goda di uno status indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.

6. Il fatto che una società residente di uno Stato Contraente controlli o sia controllata da una società residente dell'altro Stato Contraente, ovvero svolga la sua attività in questo altro Stato (sia per mezzo di una stabile organizzazione oppure no) non costituisce, di per sé, motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una 'stabile organizzazione' dell'altra".

Come si è detto, la clausola prima riportata ha rappresentato una tappa decisiva degli studi e dei lavori svoltisi sul piano internazionale per la messa a punto di una definizione dell'entità stabile organizzazione universalmente accettata e ripresa nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni concluse dopo l'anno 1963 tra gli Stati membri dell'Ocse e non solo. In effetti, la struttura della disposizione e la sua stessa redazione sono rimaste pressoché immutate nel tempo; le uniche modifiche del testo della clausola intervenute sino ad oggi, con riferimento a qualche paragrafo della clausola stessa, sono quelle adottate dall'Ocse nel 1977 e sulle quali si tornerà in prosieguo di trattazione.

Conviene, pertanto, analizzare il contenuto del richiamato art. 5 del progetto Ocse 1963 tenendo conto che esso si articola in 6 paragrafi; come è facile constatare detto articolo tende a fornire un quadro il più ampio possibile di ciò che deve intendersi per stabile organizzazione, non mancando di richiamare espressamente ipotesi negative per le quali non possono sussistere dubbi in sede di applicazione.

Partendo, infatti, da una definizione a carattere generale (paragrafo 1), esso riporta a titolo esemplificativo casi che realizzano sicuramente l'ipotesi di stabile organizzazione (paragrafo 2). Aggiunge, quindi, una lista di eccezioni (paragrafo 3) previste essenzialmente o per ragioni di pratica applicazione o per impedire che con interpretazioni troppo restrittive si ostacoli il commercio internazionale.

Infine, prende in esame dettagliatamente i casi dei c.d. "agenti dipendenti" (rappresentati ed impiegati dell'impresa estera), nonché quelli degli agenti indipendenti e delle società consociate.

## 2.1 La definizione a carattere generale, l'elemento temporale e spaziale della stabile organizzazione

Il primo paragrafo dell'articolo 5 fornisce, come visto prima, una definizione a carattere generale della stabile organizzazione. Essendo molto ampia, sarà necessario enucleare le caratteristiche che individuano una stabile organizzazione: da un lato, vi deve essere l'esistenza di una installazione in senso tecnico, quale ad esempio dei locali, del materiale, delle attrezzature; tale installazione deve essere "fissa", vale a dire deve essere situata in un luogo preciso e per un certo periodo di tempo; dall'altro, è fondamentale che si eserciti l'attività d'impresa attraverso tale installazione.

Ciò porta a ritenere che, perché si verifichi l'ipotesi della stabile organizzazione, sia in ogni caso necessario che esista l'installazione fissa utilizzata dall'impresa per l'esercizio della sua attività; in alcuni casi può succedere che l'impresa estera abbia una stabile organizzazione anche in mancanza dell'installazione fissa di affari.

Si è così delineata, in dottrina, la c.d. stabile organizzazione “materiale” nel primo caso, mentre, nel secondo caso, si è parlato di stabile organizzazione “personale”. Accogliendo tale distinzione, va subito rilevato che la stabile organizzazione “materiale”, nell’art. 5 che si commenta, viene enunciata nel paragrafo 1 ora in trattazione, ed esplicita nei successivi paragrafi 2 e 3

I requisiti essenziali che in linea generale sono richiesti perché si verifichi l’ipotesi della stabile organizzazione “materiale” si ricollegano, come abbiamo visto, innanzitutto all’esistenza di una “sede o installazione d’affari”.

Come viene specificato nel commentario Ocse(14), il termine installazione d’affari assume un significato molto ampio e comprende qualsiasi locale o attrezzatura utilizzati, parzialmente o totalmente, per l’esercizio di attività dell’impresa estera.

Si può parlare di installazione d’affari anche in mancanza di uno specifico locale, se l’impresa dispone semplicemente di una determinata area (ad esempio, un deposito a cielo aperto); viene fatto l’esempio della disponibilità di un posto in un mercato oppure di un’area in un deposito doganale, ovvero la disponibilità di locali di un’altra impresa.

Importante, inoltre, è la disponibilità dell’installazione e non il titolo giuridico in base al quale l’impresa ha tale disponibilità (proprietà, locazione, comodato, eccetera); al limite può configurarsi l’ipotesi della stabile organizzazione anche nel caso in cui l’impresa occupi illegalmente un’installazione in cui, comunque, eserciti la propria attività.

Altro requisito essenziale della definizione è che si tratti di una installazione “fissa” nel senso, come abbiamo già detto, che essa deve essere situata in un luogo geografico preciso e per un certo periodo di tempo; vengono, quindi, in rilievo i concetti di stabilità e di permanenza della installazione d’affari.

Sotto il primo profilo assume rilievo la localizzazione spaziale della installazione la quale deve essere situata in un punto geografico determinato del territorio dello Stato o anche della sua piattaforma continentale, se quest’ultima rientra nel campo di applicazione della Convenzione.

Va, però, precisato che tale localizzazione non va intesa nel senso che le strutture dell’installazione in questione debbano essere stabilmente fissate al suolo nel senso tecnico dell’espressione; è sufficiente che l’installazione sia localizzata in una zona geografica circoscritta.

Il commentario Ocse contiene una serie di esempi per identificare i casi in cui nella medesima zona geografica si considera esistente una sola installazione d’affari o più installazioni che danno luogo a più stabili organizzazioni(15).

In questa sede può essere, comunque, utile richiamare il caso particolare dei cantieri di costruzione che non restano per tutta la durata

della loro attività nello stesso luogo, ma vengono spostati a seconda della necessità dei lavori effettuati dall’impresa estera.

Ciò accade, ad esempio, nella costruzione di una strada o autostrada (oppure di un canale, ovvero per il dragaggio di un fiume o ancora per la messa in opera di condutture, eccetera): vengono impiantati due cantieri all’inizio ed alla fine del tracciato e gli stessi vengono poi spostati man mano che i lavori avanzano nelle opposte direzioni.

Non è mancata, sul piano internazionale, l’obiezione secondo la quale nell’ipotesi considerata non si sia in presenza di installazioni fisse, mancando il carattere della permanenza dei cantieri; e ciò anche ai fini del calcolo della durata del cantiere. È

---

14 Si veda Commentario Ocse all’art. 5, versione 2005, testo francese, pagg. 88 e 89.

15 Si veda Commentario Ocse all’art. 5, versione 2005, testo francese, pagg. 89 e 90.

comunque prevalsa l'opinione – che va pienamente condivisa – secondo cui non ha alcun rilievo la circostanza dello spostamento territoriale dei cantieri né l'altra relativa al fatto che gli stessi non restano nel medesimo posto per un tempo superiore alla durata prevista. Assume, invece, importanza decisiva il fatto che i lavori svolti nei diversi luoghi in cui i cantieri vengono, di volta in volta, impiantati fanno parte di un unico progetto organico (la costruzione della strada, eccetera) che deve essere considerato stabile organizzazione dell'impresa estera se la sua durata oltrepassa il limite di tempo previsto dall'accordo internazionale.

In relazione, poi, al concetto di permanenza dell'installazione d'affari, sorge un problema di durata dell'installazione stessa per verificare l'ipotesi della stabile organizzazione.

La definizione in esame stabilisce una durata ben precisa solo per i cantieri di costruzione e di montaggio e ciò quando riporta tali cantieri tra gli esempi di installazioni che sono da considerarsi stabili organizzazioni solo se la loro durata oltrepassa i dodici mesi (o un diverso limite di tempo di volta in volta indicato nel singolo accordo internazionale).

L'aver ommesso, fatta eccezione per il caso appena citato, di evidenziare una durata prestabilita, permette di considerare, da un canto, che un'installazione fissa che un'impresa crea con l'intenzione ben precisa di attribuirle carattere precario e temporaneo non può realizzare sic et simpliciter una stabile organizzazione, mancando del tutto il carattere di permanenza della installazione stessa.

Dall'altro, se i fini per i quali l'installazione fissa viene creata sono tutt'altro che temporanei, essa costituisce una stabile organizzazione anche se di fatto esiste per un periodo di tempo molto breve, venendo soppressa magari a seguito di circostanze del tutto particolari (quali, ad esempio, la cessazione dell'attività dell'impresa estera a seguito dello scioglimento della società o del decesso dell'imprenditore persona fisica).

Infine, se l'installazione che all'inizio era stata posta in essere con tutti i caratteri di precarietà e temporaneità viene poi utilizzata per un periodo di tempo molto superiore a quello previsto, essa acquista carattere permanente e non c'è dubbio che deve considerarsi stabile organizzazione.

Nell'esaminare l'elemento temporale della stabile organizzazione sorge spontaneo l'interrogativo circa il momento in cui essa viene ad esistere e quello in cui cessa di esistere. Il discorso varia a seconda che venga presa in considerazione una stabile organizzazione materiale o personale. Si è in presenza di una stabile organizzazione materiale allorché un'impresa inizia a svolgere la sua attività in una installazione fissa, a meno che non si tratti di attività a carattere preparatorio o ausiliario (si può dire che inizi ad esistere una stabile organizzazione anche quando l'impresa si dedica ad attività che servono a predisporre l'installazione stessa al suo funzionamento permanente, poiché non sembra che tali attività possano costituire attività ausiliarie ai sensi

del paragrafo 3 dell'articolo in esame). Il punto è limpidamente colto dal paragrafo 11 del Commentario all'art. 5 del Modello il quale ricollega il momento iniziale di cui sopra a quando "the enterprise prepares, at the place of business, the activity for which the place of business is to serve permanently", a tal fine non dovendo essere considerato "the period of time during which the fixed place of business itself is being set up by the enterprise [...] provided that this activity differs substantially from the activity for which the place of business is to serve permanently".

C'è da chiedersi cosa accada quando il superamento del periodo di tempo minimo necessario per la configurabilità della stabile organizzazione avviene a cavallo di due periodi d'imposta. Si pensi infatti al caso della stanza d'albergo occupata per un congruo lasso di tempo (ad esempio, sei mesi), che abbraccia due periodi d'imposta, da amministratori che lì svolgono funzioni manageriali. Anche in questo caso, assumendo che sei mesi siano un tempo sufficiente a far scattare la configurabilità della stabile organizzazione e che a tal fine sia irrilevante il fatto che i sei mesi abbraccino due periodi d'imposta (ancorché consecutivi), l'interrogativo è lo stesso. Quanto prende vita la stabile organizzazione, durante il primo periodo d'imposta ovvero in quello nel quale maturano i sei mesi?

Ebbene al riguardo appare preferibile attribuire all'integrazione dell'elemento temporale effetti, per così dire, retroattivi e ciò nel senso che il compimento del periodo di tempo minimo necessario ai fini della configurabilità della stabile organizzazione produce come conseguenza la sussistenza di tale figura fin dall'attivazione dell'installazione.

Per quanto riguarda poi la cessazione della stabile organizzazione, essa è riconducibile (con effetti, per così dire, *ex nunc*) o al momento in cui viene meno il potere di disposizione della sede d'affari, ad esempio, perché la stessa viene ceduta, ovvero al momento in cui viene meno l'esercizio dell'attività d'impresa salvo il caso che non si tratti di un'interruzione meramente temporanea<sup>(16)</sup>. Ciò che risulta confermato dallo stesso Commentario all'art. 5 del Modello i cui paragrafo 6.1 (sopra ricordato) ed 11 prevedono, rispettivamente, che "temporary interruptions of activities do not cause a permanent establishment to cease to exist" e che la stabile organizzazione cessa di esistere nel momento in cui termina ogni attività nella stessa e cioè "when all acts and measures connected with the former activities of the permanent establishment are terminated (winding up current business transactions, maintenance and repair of facilities)" laddove "a temporary interruption of operations, however, cannot be regarded as a closure". Il predetto riferimento ad attività di mera manutenzione e riparazione viene peraltro interpretato nel senso di riguardare il caso dell'affitto a terzi della sede d'affari quando l'impresa si sia contrattualmente obbligata all'attività di manutenzione e riparazione delle attrezzature<sup>(17)</sup>. Quanto alla stabile organizzazione personale, essa viene ad esistere nel momento in cui la conclusione di contratti vincolanti per l'impresa non residente da parte di un suo agente dipendente viene ad assumere il carattere dell'abitudine (con effetti che, anche qui come nel caso della stabile organizzazione materiale, dovrebbero "retroagire" fino al momento in cui l'agente dipendente ha iniziato ad operare in tale veste) e, specularmente, viene meno (con effetti "ex nunc") quando il predetto agente cessa di esercitare, in via definitiva, il potere in questione.

Per concludere, il requisito essenziale della definizione generale è quello dell'esercizio, totale o parziale, dell'attività d'impresa per mezzo<sup>(18)</sup> dell'installazione fissa, in altri termini quello della connessione dell'installazione con l'esercizio normale dell'impresa, come affermato dalla dottrina prevalente.

---

16 M. Cerrato, La definizione di stabile organizzazione nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, in C.Sacchetto-L. Alemanno (a cura di), "Materiali di Diritto Tributario Internazionale", Milano, 2002, pag. 105.

17 A.A. SKAAR, Permanent establishment. Erosion of a Tax Treaty Principle, Deventer, 1991, pag.223

18 K. Vogel, On double taxation

Conventions - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag. 288.

In relazione a tale requisito, si può affermare che l'attività svolta dalla stabile organizzazione va inquadrata non tanto sotto il profilo della diversificazione dell'attività di un'impresa, quanto sotto quello di un decentramento territoriale di una singola attività d'impresa.

Comunque resta importante che l'installazione fissa d'affari sia destinata ad una attività che si collochi nel quadro normale degli affari realizzati dall'imprenditore non residente e che tale attività sia connessa con gli obiettivi globali dell'impresa; a nulla rileva il tipo di attività sia essa commerciale, finanziaria, contabile o tecnica(19).

Infine, alcuni autori ritengono che un ulteriore elemento essenziale della definizione generale è costituito dalla "idoneità a produrre un reddito", ovvero dal "carattere produttivo" di redditi della installazione fissa d'affari. In effetti, la produttività della stabile organizzazione è stata per lungo tempo considerata, segnatamente nel corso dei lavori della Società delle Nazioni, quale una delle caratteristiche fondamentali della stabile organizzazione.

Negli ulteriori studi in seno all'Ocse e prima dell'adozione del progetto del 1963, l'elemento della produttività è stato abbandonato sulla base di una serie di considerazioni(20) e, essenzialmente, su quella fondata sulla constatazione che in un'impresa ben amministrata ogni elemento, e quindi anche una stabile organizzazione all'estero, contribuisce alla produttività dell'insieme.

Così terminato l'esame della definizione generale della stabile organizzazione "materiale", conviene affrontare le ulteriori disposizioni che trattano la stessa materia, vale a dire i paragrafi 2 e 3 dell'articolo, il primo dei quali contiene una lista positiva di esempi di stabili organizzazioni ed il secondo che contiene una lista negativa di casi, cioè, che non costituiscono stabili organizzazioni.

## 2.2 Le fattispecie di stabile organizzazione espressamente menzionate (le ipotesi positive)

Il paragrafo 2 dell'articolo 5 elenca una serie di installazioni che sono da considerare come stabili organizzazioni; tuttavia, questa lista è meramente esemplificativa, nel senso che non racchiude in sé tutte le ipotesi esistenti, bensì una parte di esse, cosicché sarà possibile che esistano altre installazioni, considerate stabili organizzazioni, ma non espressamente menzionate nel suddetto elenco.

Il commentario all'articolo richiama, infatti, tale possibilità allorché afferma(21) che possono rinvenirsi nelle numerose Convenzioni concluse tra i Paesi membri dell'Ocse altri esempi la cui importanza, dal punto di vista della legislazione fiscale di uno o di entrambi gli Stati contraenti ben giustificherebbe la loro inclusione nella lista di che trattasi; peraltro, nello stesso punto del commentario vengono indicate talune opzioni, quanto all'ampiezza della lista, che i Paesi contraenti possono scegliere.

---

19 A. Lovisolo, La stabile organizzazione, in "Corso di diritto tributario internazionale", coordinato da Victor Uckmar, Cedam, Padova, 2002, pag. 304.

20 Commentario Ocse all'art. 5, versione 1963, paragrafo 4, pagg. 72 e seguenti, testo francese.

21 Paragrafo 7 del Commentario Ocse all'art. 5 del progetto 1963.

Inoltre, ciò che assume un'importanza particolare nel citato commentario è l'affermazione che per ciascuno degli esempi citati vale la presunzione che esso costituisce stabile organizzazione; ciò è chiaramente espresso allorché viene specificato che "ciascuno degli esempi può essere considerato come costituente 'a priori' una stabile organizzazione". Che tale fosse l'interpretazione della lista era emerso anche dai lavori preparatori fin dal 1957(22).

Insomma, in presenza dei predetti esempi (sede di direzione, succursale, ufficio, eccetera), l'Amministrazione fiscale può far ricorso alla presunzione di esistenza della stabile organizzazione; come già affermato in passato(23), non si è in presenza di una presunzione assoluta, bensì relativa, per cui il contribuente ha la facoltà e l'onere della prova contraria, dimostrando che, nel caso specifico, non si configura l'ipotesi di una stabile organizzazione.

Conferma di tale interpretazione è data anche dall'inclusione nella lista degli esempi del cantiere di costruzione e di montaggio (12 mesi), in merito al quale non si possono avere dubbi circa la sussistenza della stabile organizzazione, considerato che nel caso specificato sono tutt'affatto evidenti gli elementi essenziali della stabile organizzazione (installazione d'affari, stabilità, permanenza, connessione con l'attività dell'impresa non residente).

Ciò premesso in generale sulla lista positiva, conviene ora esaminare brevemente ciascuno degli esempi in essa riportati

- La sede di direzione

L'Ocse non provvede a fornire una definizione della sede di direzione, come peraltro accade anche per la maggior parte degli esempi della lista positiva, limitandosi a precisare nel commentario (paragrafo 13) che tale espressione è stata menzionata separatamente nella lista, rispetto al termine "ufficio", in quanto essa non è necessariamente identificabile come ufficio ed aggiungendo che può essere eliminata nel testo degli accordi conclusi tra Paesi i cui ordinamenti interni non contengono un concetto di "sede di direzione" distinto da quello di "ufficio".

Peraltro, per quanto riguarda il nostro Paese, il ricorso alla legislazione interna non soccorre in alcun modo, in quanto anche in questo caso non è reperibile la relativa definizione, per cui bisogna far riferimento alla dottrina o alla giurisprudenza(24).

In via generale, può affermarsi che come sede di direzione è da considerare un luogo in cui vengono svolte attività di direzione di parte o dell'insieme delle attività dell'impresa; in effetti, il termine inglese *place of management* può assumere un significato più ampio (ad esempio, l'attività amministrativa pura e semplice), ma la versione francese del termine *siège de direction* mostra senza ombra di dubbio che sono prese in

---

22 Si veda il rapporto sul concetto di stabile organizzazione del Gruppo di lavoro n. 1 del Comitato fiscale n. FC/WP1 (57) 1 del 5 gennaio 1957.

23 M. del Giudice, La stabile organizzazione elemento determinante per la tassazione del reddito d'impresa di soggetti non residenti, in "il fisco" n. 10/1983, pag. 1239.

24 P. Valente, Stabile organizzazione e modello OCSE, in "Corriere tributario" n. 32/1997, pagg. 2337 e 2338.

considerazione soltanto le attività dei dirigenti e le decisioni prese devono essere rilevanti per l'impresa nel suo insieme(25).

Alcuni Autori identificano la "sede di direzione" in quella "sede effettiva" che, non coincidente in taluni casi con la sede legale, corrisponde al luogo ove si svolge l'attività "direzionale ed organizzativa" in senso più o meno ampio(26).

Al riguardo, tuttavia, non va dimenticato che il concetto di sede di direzione di cui al modello Ocse, generalmente, accentra poteri decisionali che sono limitati ad un'area geografica coincidente di norma con quella in cui essa è dislocata, laddove la sede effettiva, di cui al nostro codice civile, coincide in sostanza con la sede dell'amministrazione prevista dall'ordinamento tributario allo scopo di determinare la residenza fiscale che comporta la cosiddetta tassazione illimitata.

In sostanza, può affermarsi che la sede di direzione è il luogo in cui vengono adottate decisioni che hanno rilevanza per l'attività dell'impresa e tali decisioni possono investire anche un solo comparto dell'impresa o anche più comparti, per cui può verificarsi che l'impresa stessa abbia più sedi di direzioni allocate in posti diversi o, perché no, in Stati diversi (ad esempio, sede di direzione commerciale, finanziaria o tecnica).

Infine, il Vogel(27) richiama i centri di coordinamento e controllo dei gruppi internazionali per sottolineare che essi normalmente costituiscono una stabile organizzazione dell'alta direzione del gruppo internazionale nella forma di sede di direzione.

Nell'ambito del gruppo considerato nel suo insieme, tali centri giocano un ruolo essenziale il cui scopo molto spesso non ha un carattere meramente preparatorio.

Ne deriva che i centri di cui si parla realizzano l'ipotesi positiva di stabile organizzazione finora trattata (sede di direzione) e ne restano esclusi solo se, ad esempio, la loro attività è limitata alla raccolta di informazioni per l'impresa, che è attività di natura ausiliare.

#### - La succursale

La succursale (come pure la filiale) nasce in funzione dell'esigenza che riveste, per l'impresa principale, l'allargamento della sfera di attività generale dell'impresa stessa e ciò non soltanto in senso geografico.

Non ha rilevanza il tipo di impresa di cui la succursale rappresenta in generale una sede secondaria in cui l'impresa svolge la sua attività, per cui la succursale sussiste che ci si trovi di fronte ad un'impresa agraria, industriale, commerciale, bancaria, eccetera.

In ogni caso, la succursale, come altre sedi secondarie dell'impresa, quali la filiale o l'agenzia, rappresenta una dipendenza della sede principale dell'impresa ed ha poteri di

---

25 K. Vogel, *On double taxation Conventions* - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag.296.

26 G.F. Borio, *Stabile organizzazione: nozione e soggettività tributaria*, in "il fisco" n. 45/1996, pag. 10917; C. Tavormina, *Il concetto di residenza ai fini fiscali e la stabile organizzazione*, in "il fisco" n. 28/1993, pag. 7822.

27 K. Vogel, *On double taxation Conventions* - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag.297.

rappresentanza dell'impresa stessa, per cui è dotata di autonomia, peraltro ben determinata.

È chiaro, tuttavia, che quale che sia la ripartizione dell'attività tra l'impresa principale, o meglio la sede principale dell'impresa, e le sue varie dipendenze o sedi secondarie (succursali, filiali, agenzie, eccetera) resta ben fermo il concetto unitario dell'impresa e ciò indipendentemente dalla possibilità che la succursale goda di una certa autonomia in quanto i suoi poteri di rappresentanza restano pur sempre limitati e concessi dal c.d. head office.

In via di massima la succursale nasce, per svolgere l'attività dell'impresa, o di un ramo di essa, in un'area geografica ben determinata.

Ne deriva che la succursale può operare, con l'autonomia concessa dalla sede principale e nei limiti che delimitano la sua sfera di competenza, solo in una determinata zona territoriale che è pur essa la sua "zona di competenza".

In dottrina è stato rilevato<sup>(28)</sup> che "la legge prevede la possibilità di un decentramento nell'amministrazione dell'impresa ed ammette la possibilità di sedi secondarie accanto alla sede principale (art. 2198 del codice civile)".

La legge non precisa i caratteri che deve avere la sede secondaria e in pratica non sempre agevole sarà individuare il luogo in cui è posta la sede principale e quello in cui è posta la sede secondaria. Sembra, tuttavia, che l'espressione sede secondaria enunci due concetti essenziali: devono esistere i caratteri della sede e cioè una autonomia di gestione e di rappresentanza, tale da far considerare esistente un centro amministrativo, ma al tempo stesso questa autonomia deve essere contenuta in un ambito più ristretto sia territorialmente che funzionalmente di quella che si verifica in un altro centro amministrativo, il quale, pertanto, va considerato come principale rispetto all'altro.

Come è stato segnalato nell'introduzione di questo lavoro il riferimento alla succursale, quale concetto essenziale per la configurazione della stabile organizzazione, rimonta ad epoca piuttosto lontana trovando riscontro anche in giurisprudenza nella sentenza della Cassazione n. 19 del 1946 ivi citata; d'altro canto, sul piano internazionale il riferimento alla succursale si era diffuso in tempi ancora più lontani essendo stato utilizzato nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate nei primi decenni del secolo XX.

Per l'Italia, basta citare la Convenzione con il Belgio dell'11 luglio 1931, art. 6, comma 3.

La dottrina internazionale, dal canto suo, ha fatto riferimento al termine succursale ravvisando in esso le caratteristiche generali che sono state sinteticamente descritte in precedenza; in particolare il Vogel<sup>(29)</sup> afferma che la succursale è un segmento legalmente dipendente di un'impresa. Essa possiede, sia dal punto di vista economico che commerciale, un certo grado di indipendenza nello svolgimento delle attività dell'impresa e le sue attività non si configurano come attività aventi carattere meramente preparatorio o ausiliare.

Infine, va precisato che quando in precedenza si è fatto riferimento al termine filiale quale concetto equivalente a quello di succursale per identificare l'ipotesi di stabile organizzazione non si è voluto ricomprendervi tout court il concetto di società figlia o

---

<sup>28</sup> G. Ferri, Manuale di diritto commerciale, Utet, Torino, 1978, pagg. 150 e 151.

<sup>29</sup> K. Vogel, On double taxation Conventions - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag.297.

società controllata o consociata, soggetti questi che sono trattati separatamente nell'art. 5 dell'Ocse 1963, esattamente nel relativo paragrafo 6.

#### - L'ufficio

È termine piuttosto ampio e può definirsi come qualsiasi struttura tecnico-amministrativa che costituisce l'articolazione interna dell'impresa e che è preposta allo svolgimento di una specifica attività settoriale dell'impresa stessa. Esso, pertanto, realizza un'installazione fissa in cui viene, ad esempio, svolta l'attività di carattere amministrativo dell'impresa e che, di norma, non gode di un'autonomia propria rispetto all'impresa stessa.

La configurazione dell'ufficio come stabile organizzazione dell'impresa da cui dipende non può sfuggire ad un apprezzamento di fatto delle funzioni che all'ufficio stesso sono state assegnate e che in effetti svolge(30).

I tipi di uffici che si possono incontrare sono i più vari, quali ad esempio:

- l'ufficio di corrispondenza, quale sede decentrata di un giornale o di una agenzia di stampa;
- l'ufficio di rappresentanza che è sede decentrata di un'impresa, creata magari al solo scopo di far conoscere l'esistenza dell'impresa stessa o per promuoverne le relazioni con il pubblico;
- l'ufficio legale che è costituito dal settore che, in genere in una impresa di rilevanti dimensioni, è preposto ad assistere l'impresa stessa sia in sede giudiziaria che extra-giudiziaria;
- l'ufficio pubblicità che è quello che in un'impresa cura la pubblicità e studia i mezzi più efficaci per diffondere i beni prodotti dall'impresa e per incrementarne la vendita, eccetera.

È necessario, pertanto, valutare l'attività svolta dall'ufficio e le sue precipue funzioni innanzitutto per stabilire se l'ufficio stesso non rientri nelle ipotesi previste dalla cosiddetta lista negativa che tratteremo più avanti.

Un caso specifico è quello dell'ufficio di rappresentanza; ora, mancando anche nell'ordinamento italiano una definizione dell'ufficio di rappresentanza (liason office o bureau de liason) della società estera in Italia, non può che farsi ricorso alla prassi interpretativa che, peraltro, si richiama ai contenuti dei Modelli Ocse.

In generale, l'ufficio di rappresentanza va identificato in una installazione fissa (dell'impresa non residente) situata nel nostro territorio che si dedica, in maniera esclusiva, a svolgere funzioni di carattere pubblicitario, di ricerca scientifica e di mercato o, ancora, di raccolta di notizie e di informazioni oppure di acquisto di merci in favore dell'impresa da cui dipende.

Ne deriva che, come tale, l'ufficio di rappresentanza svolge attività di carattere preparatorio o ausiliario in favore dell'impresa estera, intesa a mettere in grado l'impresa

---

30 M. Del Giudice, La stabile organizzazione nel diritto interno, nel diritto convenzionale e nelle Convenzioni stipulate dall'Italia, Roma, in allegato alla rivista "il fisco" n. 45 dell'1 dicembre 2008, pag.8027.

stessa di svolgere successivamente vere e proprie attività produttive o commerciali. In tale situazione, l'ufficio di rappresentanza si configura come centro di costo dell'impresa non residente ed in sé non ha poteri di rappresentanza in senso pieno, in quanto – a differenza della succursale – non può decidere o impegnare, nei confronti di terzi, l'impresa da cui promana.

Ove si verifichino tali condizioni, nel senso che l'ufficio di rappresentanza resti nei limiti operativi prima descritti esso non costituisce stabile organizzazione in quanto la sua attività realizza ipotesi che, di volta in volta, sono espressamente previste nella cosiddetta lista negativa di cui si parlerà più avanti.

Ben diversa si presenta la situazione ove l'ufficio di rappresentanza, a dispetto della sua denominazione formale, svolga in effetti anche attività diverse da quelle già elencate, quali attività di carattere produttivo, commerciale, finanziario, eccetera; in tal caso esso rientra pienamente nella ipotesi della “lista positiva” in argomento e si configura come stabile organizzazione dell'impresa estera.

#### - L'officina ed il laboratorio

Normalmente i due termini vengono considerati sufficientemente chiari nel loro significato comune che va qui richiamato, tanto che la dottrina si limita ad affermare che le officine ed i laboratori sono strutture nelle quali si producono o si trasformano beni<sup>(31)</sup> ovvero si limita a richiamare le definizioni che di tali strutture vengono di norma fornite<sup>(32)</sup>, per cui l'officina indica un “impianto, a livello industriale o artigiano, nel quale si effettuano lavorazioni o si procede all'esecuzione di montaggi, riparazioni, revisioni e manutenzioni nell'ambito delle costruzioni meccaniche”, mentre un laboratorio identifica “un locale attrezzato per svolgere attività sperimentali, tecniche o produttive o per eseguire ricerche scientifiche”.

In entrambi i casi, è facile identificare le caratteristiche essenziali della stabile organizzazione che giustificano l'inclusione sia dell'officina che del laboratorio nella “lista positiva”.

Va, tuttavia, notato che nelle lingue ufficiali del Modello Ocse vengono utilizzati i termini *usine* e *atelier* in francese e, in inglese, *factory* e *workshop*, termini che ben possono tradursi in italiano con “officina” e “laboratorio”.

In ogni caso, non appare fuori luogo segnalare che, per quanto riguarda il termine “laboratorio”, esso trova anche corrispondenza nel francese *laboratoire* e nell'inglese *laboratory* che vengono usati per indicare in particolare un laboratorio di pura ricerca scientifica; si può dedurre, di conseguenza, che quest'ultimo tipo di laboratorio può escludersi dalla “lista positiva” in commento.

D'altro canto, tale conclusione trova conferma nello stesso modello Ocse, considerato che il laboratorio che viene utilizzato per l'impresa ai soli fini di ricerca scientifica rientra nella cosiddetta “lista negativa” che sarà esaminata più avanti.

#### - Luogo di estrazione di risorse naturali

---

31 K. Vogel, *On double taxation Conventions* - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag.297.

32 P. Valente, *Stabile organizzazione e modello OCSE*, in “Corriere tributario” n. 32/1997, pag.2339.

La lettera f) del paragrafo 2 dell'art. 5 del Modello Ocse 1963 inserisce nella c.d. "lista positiva" "una miniera ..., una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali" per i quali, in via generale, nessun dubbio sembra sussistere che si sia in presenza di stabili organizzazioni dell'impresa estera.

Tuttavia, premesso che per le miniere e le cave si ritiene che sia sufficiente fare riferimento al significato comune che ad esse è attribuibile, qualche notazione si rende, comunque, necessaria in relazione alla locuzione "altro luogo di estrazione di risorse naturali".

In proposito, il commentario Ocse sottolinea che tale locuzione deve essere interpretata in senso ampio, includendo – per esempio – qualsiasi luogo di estrazione di idrocarburi sia in terra che in mare<sup>(33)</sup>.

Orbene, proprio nel settore degli idrocarburi, va richiamato il caso particolare della piattaforma galleggiante che provvede ad operazioni di foraggio e di estrazioni di petrolio o gas naturali; ove tale piattaforma sia collegata al fondo marino con semplici supporti o addirittura ancorata, potrebbe sorgere il dubbio che siffatta installazione non costituisca una stabile organizzazione ai sensi della definizione convenzionale.

Al riguardo, si ritiene di poter affermare che – ove si risolva positivamente il quesito circa la sua localizzazione nelle acque territoriali dello Stato rivierasco ovvero nei limiti della sua piattaforma continentale, se quest'ultima è compresa nel campo di applicazione della Convenzione – non possa negarsi che la piattaforma galleggiante costituisca una stabile organizzazione dell'impresa estera ed i suoi utili siano attratti ad imposizione nel citato Stato rivierasco.

Essa, invero, è un'installazione fissa essendo collegata al fondo del mare e le altre condizioni che devono sussistere sono le stesse di quelle già esaminate allorché si è trattato della definizione generale della stabile organizzazione.

Per cui, se la piattaforma di foraggio di che trattasi resta in opera in modo che non possa considerarsi temporanea ed il foraggio ha dato esito positivo, indubbiamente essa costituisce una stabile organizzazione.

Del pari, va configurata l'ipotesi di una stabile organizzazione, allorché la piattaforma in argomento viene utilizzata per una serie di prospezioni in un'area predeterminata, in quanto in tal caso si è in presenza di un'ipotesi simile – anche se non ci sono indicazioni di durata – a quella dei cantieri di costruzione che possono spostarsi secondo le necessità dei lavori e di cui parleremo più avanti.

Un punto, poi, piuttosto dibattuto in materia di installazioni minerarie è quello relativo all'attività di prospezione o esplorazione che, naturalmente, è propedeutica a quella di estrazione di risorse naturali.

Siamo in presenza di materia, che acquista sempre più importanza nel contesto dello sviluppo delle relazioni economiche internazionali, sulla quale in sede Ocse non è stata raggiunta una posizione comune sia per ciò che concerne il problema fondamentale dell'attribuzione del diritto d'imposizione, sia per quanto riguarda la qualificazione dei redditi derivanti dalle attività di prospezione e di esplorazione. In tale situazione il commentario Ocse specifica che l'attività che viene presa in considerazione nel modello è soltanto quella dell'estrazione delle risorse naturali e che gli Stati contraenti sono liberi

---

<sup>33</sup> Commentario all'articolo 5 del "Modello di convenzione fiscale concernente il reddito ed il patrimonio", versione francese, ed. 2005, pag. 94.

di inserire particolari disposizioni convenzionali, che pur vengono suggerite nello stesso commentario, per coprire le predette attività di prospezione e di esplorazione.

Ma al di là dell'inserimento del relativo esempio di stabile organizzazione nella lista positiva che qui viene trattata, resta, comunque, la possibilità di configurare l'ipotesi della stabile organizzazione sulla base dei requisiti richiesti dalla definizione generale di cui al paragrafo 1 dell'art. 5 del progetto Ocse(34).

Sull'argomento è stato osservato in dottrina (35) che nessuna disposizione particolare andrebbe inserita nelle Convenzioni ove la relativa problematica potesse trovare soluzione mediante l'applicazione delle regole già previste dall'art. 5 del progetto Ocse. L'ipotesi di procedere alla verifica, caso per caso, della sussistenza dei requisiti previsti dalla definizione generale della stabile organizzazione (paragrafo 1, art. 5) potrebbe ben condurre alla conclusione che si è in presenza di una stabile organizzazione, ma l'indagine non potrebbe, comunque, considerarsi conclusa senza aver verificato, altresì, se ci si trova di fronte ad una delle ipotesi regolamentate dalla c.d. "lista negativa".

Ora, l'attività di prospezione e di esplorazione può rientrare tra quelle attività che hanno carattere preparatorio e ausiliare, per cui l'installazione fissa che viene utilizzata, per l'impresa, per svolgere attività di carattere preparatorio ed ausiliare rientra fra le eccezioni e non costituisce stabile organizzazione.

Il che significa dire che se, per esempio, l'attività di esplorazione viene condotta da un'impresa mineraria la quale, in caso di esito positivo, intraprende nella stessa installazione l'attività di estrazione, l'installazione per il periodo in cui ha svolto l'attività di esplorazione non costituisce stabile organizzazione.

Se, invece, l'attività di esplorazione viene svolta dall'impresa mineraria su commissione di un'altra impresa, tale attività diventerebbe attività autonoma (indipendentemente dall'esito) e l'installazione costituirebbe senza dubbio stabile organizzazione dell'impresa mineraria ed il relativo reddito verrebbe tassato nello Stato in cui viene esercitata l'attività di esplorazione.

Traccia di divergenza di taluni Stati membri rispetto agli effetti dell'attuale possibile interpretazione del testo dell'art. 5 del Modello Ocse si rinviene nel contenuto di una riserva ufficiale avanzata dal Canada, dalla Danimarca, dall'Irlanda, dalla Norvegia e dal Regno Unito. Infatti tali Paesi, tenuto conto dei problemi particolari che solleva l'applicazione delle disposizioni del Modello di Convenzione alle attività di prospezione e di sfruttamento degli idrocarburi in alto mare, nonché alle attività connesse, si sono riservati il diritto di inserire in uno speciale articolo disposizioni speciali concernenti siffatte attività(36).

### 2.3 Il cantiere

---

34 Paragrafo 15 del commentario all'articolo 5 del "Modello di convenzione fiscale concernente il reddito ed il patrimonio", versione francese, ed. 2005.

35 K. Vogel, *On double taxation Conventions* - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag.224.

36 Paragrafo 52 del Commentario di cui alla nota 60, pag. 112.

L'ultimo esempio di stabile organizzazione inserito nel paragrafo 2 dell'art. 5 del progetto Ocse 1963 è quello di cui alla relativa lettera g) e cioè: "Un cantiere di costruzione o di montaggio la cui durata oltrepassa i dodici mesi".

Sull'argomento va subito rilevato che condizione essenziale affinché un cantiere di costruzione o di montaggio possa essere considerato stabile organizzazione è che la sua durata oltrepassi i dodici mesi, per cui ove tale condizione non si verifichi, il cantiere di per sé non realizza l'ipotesi della stabile organizzazione. A nulla rileva che l'installazione comprenda, ad esempio, un ufficio o un laboratorio connessi all'attività di costruzione o di montaggio la cui durata non oltrepassi i dodici mesi, ancorché sia l'ufficio che il laboratorio rientrino nella lista positiva che si sta esaminando(37).

L'espressione "cantiere di costruzione o di montaggio" comprende ovviamente la costruzione di fabbricati, ma non solo; essa, infatti, include la costruzione di strade (anche ferrate), di ponti e di canali ed opere analoghe.

Parimenti, rientrano nell'accezione le opere di ristrutturazione (di fabbricati, di strade, eccetera) allorché si tratti di importanti lavori strutturali e non già di manutenzione ordinaria o di decorazione. Sono, altresì, inclusi i lavori di sterro o di terrazzamento, o la posa in opera di condotte, nonché le attività di dragaggio.

Inoltre, il cantiere di costruzione comprende non solo il lavoro di costruzione vero e proprio ma anche le opere complementari quali i relativi lavori di installazione e di assemblaggio e le opere di demolizione e di conseguente rimozione delle macerie, anche se queste non sono connesse ad una successiva costruzione.

Per quanto concerne un cantiere di montaggio, va segnalato che la sua attività non è limitata alle installazioni collegate ad un cantiere di costruzione, ma si estende anche, ad esempio, all'installazione di nuovi equipaggiamenti o nuove attrezzature, in particolare, di macchinari complessi vuoi in un immobile già esistente, vuoi in un sito esterno. Ma l'espressione copre anche i casi di assemblaggio di elementi prefabbricati, quali la messa in opera di ponteggi o unità di produzione o, ancora, di parti di oggetti mobili per la produzione di auto, moto, aeroplani, eccetera (38).

L'attività di organizzazione e di supervisione di un cantiere di costruzione di un edificio rientra nella nozione di "cantiere di costruzione o di montaggio" qualora tale attività sia svolta dalla stessa impresa costruttrice; diversa è la situazione ove si tratti di altra impresa che provvede soltanto alla progettazione ed alla supervisione(39).

Si è detto che condizione essenziale perché un cantiere possa essere considerato stabile organizzazione è che la sua durata oltrepassi i dodici mesi; tale criterio – come ricorda il commentario Ocse – si applica a ciascun cantiere, per cui nel calcolare la durata (di dodici mesi) non può tenersi conto del tempo che l'impresa ha trascorso su altri cantieri che non sono affatto collegati con il cantiere in argomento, in quanto quest'ultimo deve essere considerato come una unità a sé stante.

---

37 Paragrafo 16 del Commentario Ocse, Modello 2005, pag. 94, versione francese.

38 K. Vogel, *On double taxation Conventions* - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag.306.

39 K. Vogel, *On double taxation Conventions* - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag.306 e 307.

In effetti, un cantiere di costruzione, come è detto nel commentario Ocse (paragrafo 18), va considerato come una unità anche se si fonda su più contratti, a condizione che esso costituisca un insieme coerente sul piano commerciale e geografico.

Orbene, la configurabilità di una stabile organizzazione, per quanto riguarda i cantieri, è subordinata in modo assoluto al verificarsi della condizione temporale espressamente prevista, per cui un cantiere la cui durata oltrepassa i dodici mesi rientra nell'ipotesi di stabile organizzazione; peraltro, un altro cantiere che abbia le stesse caratteristiche del primo ma che abbia una durata pari o inferiore ai dodici mesi è del tutto escluso dal concetto stesso di stabile organizzazione.

In dottrina è stato osservato che l'esigenza di stabilire un periodo minimo di durata per verificare la sussistenza, per il cantiere, della stabile organizzazione è da ricollegarsi alla particolare natura dell'installazione in questione. La circostanza che il cantiere viene installato al solo scopo di eseguire un'opera di costruzione o di montaggio per essere successivamente smontato ad opera terminata, e per essere eventualmente installato in un altro Stato, comporta che questa particolare forma di sede d'affari, alla luce della definizione generale della stabile organizzazione, non può costituire di per sé una stabile organizzazione a causa della insussistenza di quel "certo grado di permanenza" insito nel requisito della stabilità<sup>(40)</sup>.

Nel condividere tale assunto, si ricorda che, d'altro canto, nello stesso senso si era pronunciata – ancorché non con riferimento alla normativa convenzionale, ma in relazione alla normativa tributaria ante-riforma del 1973 – la Commissione centrale, la quale espresse l'avviso che il trasferimento all'estero, a titolo meramente temporaneo, di un cantiere per l'esecuzione di un'opera non costituisce "succursale" o "permanente organizzazione".

D'altro canto, se l'esistenza di un cantiere ovvero l'esecuzione di un progetto di costruzione o di montaggio persistono per oltre un determinato periodo di tempo (12 mesi nel progetto Ocse), con l'impiego anche di disponibilità materiali, può ben ravvisarsi – come afferma il Vogel<sup>(41)</sup>– un certo grado di partecipazione all'economia del Paese in cui il cantiere o il progetto sono insediati, per cui è giustificabile considerare dette installazioni quali stabili organizzazioni dell'impresa estera.

In ogni caso il criterio temporale testé trattato rappresenta, comunque, una deroga al principio generale della stabilità di cui si è parlato a proposito della definizione generale della stabile organizzazione; invero, il principio della stabilità fa riferimento agli intenti di permanenza della installazione fissa, prescindendo dall'effettiva durata dell'installazione stessa.

Siffatta deroga crea, perciò, un regime di eccezione che si applica soltanto ad una fattispecie particolare di stabile organizzazione, quale è quella rappresentata dai cantieri. È evidente che ai fini dell'identificazione del periodo di tempo (12 mesi) di esistenza del cantiere si pone il problema della decorrenza dell'esistenza del cantiere stesso; come precisa il commentario Ocse (paragrafo 19), un cantiere esiste a partire dalla data in cui l'impresa inizia la sua attività, inclusi i lavori preparatori eseguiti nel Paese in cui la

---

40 S. Mayr, Società estera con cantiere edile in Italia: vi è stabile organizzazione?, in "Corriere tributario", 1990, pagg. 279 e seguenti.

41 K. Vogel, On double taxation Conventions - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag.307.

costruzione deve essere edificata, ad esempio, quando l'impresa installa un ufficio progettazione o, ancora, uno spogliatoio, un bar, una gru.

A questo proposito, il Vogel ricorda anche opinioni contrarie della dottrina, secondo le quali l'esistenza di un cantiere coincide con l'avvio del vero e proprio lavoro di costruzione e di montaggio.

Allorché si supera la durata prevista (dodici mesi) la configurabilità del cantiere di costruzione o di montaggio quale stabile organizzazione opera retroattivamente, ovvero a partire dalla data di decorrenza dell'esistenza del cantiere stesso.

Per quanto riguarda l'estinzione dell'esistenza del cantiere di costruzione o di montaggio, l'Ocse (par. 19 del commentario) afferma in modo piuttosto vago che come regola generale il cantiere continua ad esistere fino a quando i lavori non siano completati o definitivamente abbandonati. La questione è stata meglio approfondita in dottrina ed il Vogel afferma che la fine dell'esistenza di un cantiere va individuata applicando gli stessi principi che ne regolano l'inizio, per cui il tempo necessario per il collaudo dell'opera va incluso nel conteggio, essendo tale operazione elemento integrante della consegna di una installazione in buone condizioni di operatività.

Un cantiere non cessa di esistere se i relativi lavori subiscono delle interruzioni temporanee, per cui le interruzioni dei lavori dovute, per esempio, al maltempo o alla indisponibilità di materiali o di manodopera ovvero altre difficoltà nell'esecuzione del lavoro vanno conteggiate ai fini della durata del cantiere cumulandosi con il tempo in cui si è effettivamente lavorato.

Quando, nell'ambito di un cantiere l'impresa procede alla stipulazione di contratti di subappalto, i periodi di tempo durante i quali i subappaltanti lavorano nel cantiere vanno considerati nel conteggio riferito all'appaltatore principale (l'impresa); nell'ipotesi in cui un singolo subappaltatore svolge la sua attività nel cantiere per un periodo di tempo che oltrepassa i dodici mesi anch'egli costituirà una stabile organizzazione.

Infine, se un progetto di costruzione o di montaggio comporta, per la sua particolare natura, lo spostamento delle strutture del cantiere, in modo continuativo o in occasione di determinati stati di avanzamento dei lavori, le attività svolte nei diversi posti costituiscono parti di un solo progetto e di conseguenza il periodo di durata del cantiere va calcolato con riferimento all'intero progetto. È il caso, ad esempio, dei cantieri per la costruzione di strade o autostrade, ovvero dei cantieri per la costruzione di canali o, ancora, per il dragaggio di corsi d'acqua, come pure per la posa di condutture di qualsiasi genere.

#### 2.4 Le attività di carattere preparatorio o ausiliario (le ipotesi negative)

Il paragrafo 3 della clausola Ocse del 1963 contiene una lista di esempi che costituiscono eccezioni rispetto alla definizione generale della stabile organizzazione o, meglio, detto paragrafo elenca, come afferma il commentario Ocse(42), "un certo numero di attività che sono considerate come delle eccezioni alla definizione generale"

---

42 Paragrafo 21 del Commentario.

della stabile organizzazione, attività che “non costituiscono stabili organizzazioni anche se vengono esercitate in una installazione fissa d'affari”.

In sostanza, il predetto paragrafo si presenta come *lex specialis* e, quindi, prevale rispetto alla definizione generale (paragrafo 1), nonché rispetto alla lista positiva prima trattata (paragrafo 2) introducendo una presunzione di inesistenza della stabile organizzazione in relazione alle attività specificatamente richiamate nella lista negativa.

La predetta “lista negativa”, in analogia a quella che è stata denominata “lista positiva”, ha carattere esemplificativo e non tassativo e tende ad evidenziare talune forme di attività commerciali che, anche per ragioni di carattere pratico inerenti all'accertamento dei redditi prodotti, non conviene considerare delle stabili organizzazioni.

Ciò premesso, il primo esempio di ipotesi negativa della stabile organizzazione è costituito dall'uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di merci appartenenti all'impresa.

Questo, invero, è il caso, come dice l'Ocse, in cui l'impresa estera acquisisce l'uso di una struttura, e cioè di una installazione, destinata ad immagazzinare, ad esporre o a consegnare propri beni o merci.

La successiva ipotesi prende, poi, in considerazione l'insieme di beni o merci appartenenti all'impresa estera che vengono immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna; pertanto, il mantenimento di uno stock di beni o merci dell'impresa estera solo per i fini già enunciati (deposito, esposizione o consegna) non configura l'ipotesi di una stabile organizzazione.

Analogamente non configura l'ipotesi della stabile organizzazione l'immagazzinamento di merci dell'impresa estera ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa in nome o per conto della predetta impresa estera.

Le tre precedenti ipotesi di inesistenza della stabile organizzazione sono tutte collegate allo stoccaggio di beni o merci appartenenti all'impresa estera ai fini di deposito, esposizione, consegna o lavorazione presso terzi; al riguardo conviene ricordare che l'Ocse<sup>(43)</sup>, con riferimento a tutte le ipotesi negative previste nella lista, ha affermato che l'esclusione dal concetto di stabile organizzazione si applica anche all'ipotesi di alienazione di beni o merci a disposizione di un'installazione che rientra nel regime di eccezione.

D'altro canto appare corretto affermare che le attività accessorie al deposito, all'esposizione o alla consegna di beni o merci, quali ad esempio il confezionamento o la spedizione, seguono la stessa sorte delle relative attività principali.

Siffatto principio non può, peraltro, essere interpretato in maniera estensiva fino a considerare accessoria alla consegna la c.d. assistenza post-vendita; in effetti, la fornitura alla clientela di ricambi per macchinari venduti, come pure la manutenzione e la riparazione di tali macchinari, va ben oltre la mera consegna in quanto le organizzazioni post-vendita svolgono una parte essenziale e significativa dell'attività dell'impresa estera e vanno considerate, di conseguenza, delle stabili organizzazioni<sup>(44)</sup>.

Una ulteriore ipotesi negativa della stabile organizzazione è costituita da una sede fissa d'affari che è “utilizzata ai soli fini di acquistare merci o di raccogliere informazioni per l'impresa”.

D'altro canto, l'ipotesi negativa della stabile organizzazione nel caso esclusivo di acquisto di beni per l'impresa si coniuga perfettamente con l'altra norma convenzionale

---

43 Paragrafo 29 del Commentario.

44 Paragrafo 25 del Commentario.

che ritroviamo nel Modello Ocse, allorché viene stabilito il trattamento degli utili d'impresa.

Infatti, il paragrafo 5 dell'art. 7 prevede che nessun utile è attribuibile ad una stabile organizzazione di un'impresa estera in ragione del mero acquisto di beni o merci per conto della casa-madre; l'ufficio acquisti all'estero di una società resta comunque escluso dall'ipotesi della stabile organizzazione allorché la relativa attività è soltanto quello dell'acquisto di beni o merci.

Peraltro, è corretto affermare che la destinazione dei beni o merci non assume rilievo nel caso considerato, nel senso che essi possono essere destinati all'estero oppure ad altro punto del territorio in cui è situata l'installazione che provvede all'acquisto; quello che è decisivo è la circostanza che la sede d'affari dell'impresa estera si dedichi alla sola attività di acquisto.

Quando, invece, l'attività svolta nell'installazione di cui si parla maschera la vendita delle merci stesse, è ovvio che si è allora in presenza di una stabile organizzazione; laddove, però, l'ufficio acquisti invia le merci ad altra stabile organizzazione dell'impresa situata nello stesso territorio, il predetto ufficio continua a configurare l'ipotesi negativa, mentre l'attività di vendita ed i relativi utili sono imputabili all'altra stabile organizzazione dell'impresa. Parimenti accade se le merci acquistate vengono trasferite all'estero.

Per quanto attiene alla raccolta di informazioni che, in sostanza, è assimilata all'acquisto di merci per l'impresa, il commentario Ocse fa riferimento al caso di un ufficio giornalistico che agisce all'estero come uno dei prolungamenti della testata; resta fermo il fatto che l'attività deve essere limitata alla raccolta di notizie.

Ne discende che se l'ufficio corrispondente va oltre la semplice raccolta di notizie e provvede al vaglio o alla rielaborazione delle notizie stesse prima dell'invio alla redazione, il predetto ufficio svolge una parte essenziale dell'attività del giornale e, quindi, può essere configurato come stabile organizzazione della casa-madre<sup>(45)</sup>.

La quinta ed ultima ipotesi della lista negativa della stabile organizzazione è quella che si realizza allorché "una sede fissa d'affari è utilizzata, per l'impresa, ai soli fini di pubblicità, di fornire informazioni, di ricerche scientifiche o di attività analoghe che abbiano carattere preparatorio o ausiliario".

Qui l'attività svolta nell'installazione è di natura forse più ampia o, quantomeno, più differenziata di quella indicata nelle ipotesi precedenti,

non fosse altro perché, oltre alle attività citate (pubblicità, fornitura di informazioni, ricerche scientifiche), include anche attività analoghe aventi carattere preparatorio ed ausiliario.

Ciò trova riscontro anche nella circostanza che il relativo commentario (46) Ocse al progetto del 1963 dedica molto più spazio a quest'ultima ipotesi, rispetto alle altre ipotesi negative prima esaminate.

Infatti, in detto commentario, viene rilevato che se è indubbio che una sede di affari il cui unico ruolo è quello di assicurare la pubblicità o di fornire delle informazioni o, ancora, di effettuare delle ricerche scientifiche, può ben contribuire alla produttività dell'impresa estera, tuttavia i servizi resi alla casa-madre hanno luogo in epoca troppo antecedente a quella in cui vengono realizzati gli utili da parte dell'impresa madre,

---

45 K. Vogel, *On double taxation Conventions* - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag.320.

46 Commentario al progetto Ocse 1963, versione francese, pagg. 76 e 77.

perché sia possibile attribuire una parte, a giusto titolo, alla sede d'affari; ciò comporta che tale sede d'affari non costituisca una unità imponibile. Resta ovviamente inteso che un'esenzione può essere accordata soltanto se la sede d'affari osserva le condizioni previste; così, ad esempio, l'esenzione verrà meno se l'installazione in cui si sviluppano le ricerche si dedica poi alla fabbricazione dei prodotti.

Inoltre, viene affrontata l'interpretazione della frase "o di attività analoghe che abbiano carattere preparatorio o ausiliario", specificando che la stessa persegue un duplice obiettivo. Anzitutto – considerato che non si rendeva possibile fornire una lista completa dei casi coperti appunto dalla lista negativa – è stata scelta la redazione che permette di comprendere altri esempi non citati nella disposizione esonerativa ma che, comunque, rispondono ai medesimi requisiti (carattere preparatorio o ausiliario) come è il caso, ad esempio, di entità costituite al solo fine di fornire informazioni concernenti lo sfruttamento di un brevetto o di un procedimento tecnico (know how) concessi per contratto. Si è evitata, così, la compilazione di una lista esaustiva delle eccezioni che, anche se fosse stato possibile, sarebbe stata una lista assolutamente troppo lunga ed in ogni caso di una rigidità inopportuna. In secondo luogo, la redazione adottata conferisce al principio da cui derivano gli esempi citati nell'ipotesi negativa in commento una portata più vasta e, di fatto, costituisce un'eccezione "generale" alla definizione generale della stabile organizzazione.

Ci si pone, quindi, il problema della individuazione del carattere preparatorio o ausiliario di una certa attività e sul punto si ritiene che l'elemento determinante sia costituito dalla circostanza che l'attività svolta nella installazione non rappresenti una parte essenziale e significativa dell'attività economica dell'impresa-madre nel suo complesso. L'essenzialità e la significatività identificano, rispettivamente, il carattere qualitativo e quantitativo dell'attività che occorre verificare. A tal riguardo è suggerito che, per valutare l'essenzialità dell'attività, occorre rilevare che l'attività principale possa essere portata avanti indipendentemente dall'attività da <<qualificare>> oppure che quest'ultima possa essere sviluppata da un'impresa esterna. Secondo il commentario, un altro elemento che può aiutare nella identificazione del carattere preparatorio e ausiliario delle attività, come anche desumibile dalla elencazione stessa, è il fatto che, di per sé, le stesse, pur certamente contribuendo alla produttività dell'azienda nel suo complesso, sono lontane dal produrre direttamente reddito. È ben chiaro che l'indagine per stabilire se l'attività dell'installazione abbia o non carattere preparatorio o ausiliario va fatta caso per caso. Resta inteso che se una certa attività si configura di per sé come avente carattere preparatorio o ausiliario l'inesistenza della stabile organizzazione è confermata soltanto se l'attività è svolta esclusivamente al servizio dell'impresa cui appartiene la sede fissa d'affari che tale attività svolge; se questa esclusività non sussiste, anche nelle ipotesi in cui i beneficiari del servizio siano imprese appartenenti allo stesso gruppo dall'impresa-madre, l'attività della sede d'affari non rientra nel regime di esonero previsto dall'ipotesi negativa qui trattata.

Peraltro, in dottrina (47) è stato affermato che l'attività svolta anche a beneficio di terzi deve rivestire un certo grado di permanenza e, quindi, non deve essere meramente occasionale, per cui in tal caso l'attività svolta dal laboratorio normalmente a favore dell'impresa-madre mantiene il suo carattere preparatorio o ausiliario.

---

47 K. Vogel, *On double taxation Conventions* - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag.322.

In ogni caso, l'onere della prova circa il carattere preparatorio o ausiliario dell'attività svolta dalla sede d'affari (come pure per le altre ipotesi previste nella lista negativa) spetta all'impresa cui appartiene tale sede.

## 2.5 La stabile organizzazione personale: l'agente dipendente

Può verificarsi che in talune situazioni l'elemento umano in senso lato (persone) basti da solo a realizzare l'ipotesi della stabile organizzazione. È il caso di determinate categorie di persone la cui attività, svolta in una relazione di dipendenza dall'impresa, costituisce stabile organizzazione, ancorché faccia difetto l'installazione fissa.

Al riguardo, va comunque ricordato che l'ipotesi di stabile organizzazione "personale" assume rilevanza sul piano internazionale in concomitanza con quelle di stabile organizzazione "materiale" come è stato accennato nella presente trattazione e come è stato più puntualmente sottolineato in dottrina quando è stato fatto riferimento ai lavori della Società delle Nazioni. Rileva il Lovisolo<sup>(48)</sup> che "Secondo quanto inizialmente affermato dalla Società delle Nazioni, 'non si possono considerare come stabile organizzazione che le persone che dipendono dall'impresa, tanto dal punto di vista giuridico che da quello economico, e per conto della quale effettuano le transazioni'.

La portata di tale affermazione può essere più rettamente intesa attraverso la lettura congiunta del secondo comma del par. 2, lett. C), del Protocollo aggiunto alla Convenzione modello elaborata nella IV sessione del Comitato fiscale della SDN (1933), secondo cui 'quando un'impresa straniera intrattiene relazioni d'affari regolari in uno Stato, attraverso l'intermediazione di un agente ivi stabilito e che sia dotato di potere d'agire a nome dell'impresa stessa, sarà considerata come avente stabile organizzazione in tale Stato'.

Il modello Ocse del 1963 ha disciplinato la stabile organizzazione personale nei paragrafi 4 e 5 dell'art. 5 di cui si riporta il testo:

Paragrafo 4: "Una persona che agisce in uno Stato contraente per conto di un'impresa dell'altro Stato contraente – diversa da un agente che gode di uno status indipendente, di cui al paragrafo 5 – è considerata 'stabile organizzazione' nel primo Stato se dispone nello Stato stesso di poteri che esercita abitualmente e che le permettono di concludere contratti a nome dell'impresa, salvo il caso che l'attività di detta persona sia limitata all'acquisto di merci per l'impresa".

Paragrafo 5: "Non si considera che un'impresa di uno Stato contraente ha una stabile organizzazione nell'altro Stato contraente per il solo fatto che essa vi esercita la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissionario generale o di ogni altro intermediario che goda di uno status indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività".

---

48 A. Lovisolo, La stabile organizzazione, in "Corso di diritto tributario internazionale", coordinato da Victor Uckmar, Cedam, Padova, 2002, pag. 314 e 315.

La collocazione delle richiamate disposizioni nel contesto dell'art. 5 del Modello Ocse permette di considerare che, in effetti, la stabile organizzazione personale costituisce un'eccezione alla regola generale enunciata nel citato paragrafo 1 dell'art. 5 del modello, in quanto prescinde dalla sede fissa d'affari.

In ogni caso, conviene esaminare gli elementi essenziali della stabile organizzazione personale tra i quali emerge la "dipendenza della persona (fisica o giuridica) dall'impresa estera, tanto che si parla di "agenti dipendenti", come esplicitamente vengono denominati nel commentario Ocse.

Ora, il concetto di dipendenza della persona dall'impresa estera viene individuato dalla norma Ocse "a contrario", allorché viene specificato che deve essere una persona "diversa da un agente che gode di uno status indipendente" cui si applica la specifica disposizione (paragrafo 5). Conviene, comunque, ricordare che il Modello Ocse, nelle sue definizioni generali (art. 3) precisa che ai fini dell'applicazione della Convenzione "il termine 'persona' comprende le persone fisiche, le società ed ogni altra associazione di persone", mentre "il termine 'società' designa qualsiasi persona giuridica o qualsiasi ente che è considerato persona giuridica ai fini dell'imposizione".

La dipendenza della persona può essere sia giuridica che economica per cui è indifferente che l'agente sia o meno un impiegato dell'impresa e, di conseguenza, è irrilevante l'indagine sul tipo di rapporto di lavoro esistente tra l'agente e l'impresa, sia esso di lavoro dipendente o di lavoro autonomo. In dottrina<sup>(49)</sup> si è parlato di due distinti gradi di dipendenza: se un agente deve attenersi a determinate istruzioni, anche dettagliate, relative soltanto a specifiche transazioni, egli è da considerarsi "materialmente dipendente" dall'impresa, il che non è sufficiente a far verificare l'ipotesi della stabile organizzazione; nel caso, invece, l'agente sia anche "personalmente dipendente", vale a dire che sia sottoposto ad un controllo a vasto raggio da parte dell'impresa rappresentata, allora si configura l'ipotesi della stabile organizzazione personale.

Alla luce dei paragrafi 4 e 5 può sintetizzarsi dunque che gli elementi essenziali che contraddistinguono la c.d. stabile organizzazione personale sono:

- a) l'elemento soggettivo: si deve trattare di persona diversa da un agente che goda di uno status indipendente e che agisca nell'ambito della propria ordinaria attività;
- b) l'elemento oggettivo: l'esercizio di poteri che permettono all'agente di concludere contratti a nome dell'impresa estera, connesso al carattere di abitudine dell'esercizio dei predetti poteri.

Ovviamente, resta l'esclusione dell'ipotesi di stabile organizzazione laddove l'attività dell'agente è limitata all'acquisto di merci per l'impresa.

Ciò detto, si reputa opportuno aggiungere qualche ulteriore considerazione in merito agli elencati elementi essenziali.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, abbiamo visto che assume rilievo determinante la "dipendenza" dell'agente dall'impresa estera. Per quanto riguarda, invece, l'elemento oggettivo della stabile organizzazione personale, esso è costituito dall'esercizio abituale per conto di un'impresa del potere di concludere contratti in nome dell'impresa stessa. Questo elemento postula la sussistenza di due requisiti:

- il potere di concludere contratti;
- l'abitudine.

---

49 K. Vogel, *On double taxation Conventions* - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag.344.

Sul potere di concludere contratti l'Ocse chiarisce che soltanto le persone che abbiano tale potere possono far verificare l'ipotesi della stabile organizzazione perché in tale situazione esse hanno l'autorità sufficiente a vincolare la partecipazione dell'impresa nello Stato dell'agente(50). Il potere di concludere contratti – il cui concetto non può essere vincolato da un puro approccio civilistico rigorosamente connesso al diritto contrattuale, bensì va valutato sulla base dell'effettivo comportamento dell'impresa e dell'agente – si concretizza allorché sussista quell'autorità a negoziare che sul piano fattuale è necessaria ai fini della conclusione dei contratti, a prescindere dalla circostanza che in capo all'agente sussista o meno un formale potere di firma dei contratti stessi. In sostanza, nel momento in cui una persona è autorizzata a negoziare tutti gli elementi e dettagli che vincolano l'impresa estera essa è considerata esercitare i poteri nel proprio Stato anche se il contratto è poi firmato da un'altra persona nello Stato nel quale l'impresa è situata.

Diversamente va considerata, si ritiene, la situazione dell'agente che si limiti ad assistere o partecipare alle negoziazioni; in questo caso, la partecipazione può essere considerata quale mero elemento di valutazione ai fini dell'individuazione, in capo all'agente, di una stabile organizzazione da avvalorare con ulteriori elementi, ma non basta da sola a far verificare l'ipotesi di stabile organizzazione personale.

Per quanto riguarda il requisito dell'abitudine, l'Ocse attira l'attenzione sulla denominazione di stabile organizzazione (permanent establishment - établissement stable) per affermare che il concetto dell'abitudine è insito nella stessa denominazione, permettendo di presupporre che il potere di concludere contratti per l'impresa sia esercitato ripetutamente e non in casi isolati; inoltre, l'esercizio abituale del potere di concludere contratti va collegato direttamente allo Stato contraente in cui l'ipotesi della stabile organizzazione personale può verificarsi. Ancora l'Ocse sottolinea che questo ultimo presupposto va verificato con riferimento alla realtà commerciale del caso che si esamina e prescindendo da elementi di natura formale quali – ad esempio – lo Stato contraente in cui si procede alla firma del contratto o la persona che sottoscrive il contratto stesso; in sostanza, non è influente la circostanza che il contratto concluso dall'agente nello Stato in cui opera, venga poi firmato da altro soggetto nello Stato in cui ha sede l'impresa preponente(51).

## 2.6 L'agente indipendente

L'Ocse (52) statuisce che una persona non costituisce stabile organizzazione dell'impresa per conto della quale svolge la sua attività soltanto se:

- essa è indipendente dall'impresa sia dal punto di vista giuridico che economico, e
- essa opera nel quadro normale della propria attività allorché svolge attività per l'impresa.

---

50 Commentario Ocse all'art. 5, paragrafo 32.

51 Commentario Ocse all'art. 5, paragrafi 32 e 33.

52 Commentario Ocse all'art. 5, paragrafo 37.

Le due condizioni devono verificarsi congiuntamente per far sì che l'agente sia considerato "indipendente". Se ne deduce che la configurabilità dell'intermediario quale agente "dipendente" si fonda non solo sullo stato giuridico dello stesso, ma anche sul contenuto effettivo del rapporto intercorrente tra l'impresa ed il rappresentante. Correttamente è stato rilevato in dottrina (53) che, mentre il rapporto di dipendenza è di per sé insito nei poteri dell'impresa, quale datore di lavoro, nei confronti di un proprio impiegato, nell'ipotesi in cui si tratti di un lavoratore autonomo lo stesso potrà essere considerato quale "agente dipendente" solo dopo che siano stati analizzati in concreto i rapporti tra l'agente stesso ed il soggetto preponente, accertando l'entità dei poteri di controllo effettivamente esercitati dall'impresa nei confronti dell'agente.

Trattasi di accertamento di situazioni di fatto da effettuarsi caso per caso e che possono condurre alla conclusione che si sia in presenza di una stabile organizzazione personale anche quando (54) si tratti di agenti con status indipendente – mediatori, commissionari generali o altri intermediari – i quali non siano indipendenti anche dal punto di vista economico e non agiscano nell'ambito della loro normale attività.

Passando ai requisiti che deve possedere un agente per essere considerato indipendente, dal punto di vista economico l'agente dovrà essere un soggetto che sostiene in proprio il rischio imprenditoriale e viene remunerato conformemente dal preponente, anche in ragione delle proprie capacità imprenditoriali e della conoscenza del mercato. La previsione di una remunerazione prefissata o la garanzia da parte del preponente circa la copertura di eventuali perdite sostenute dall'agente sono elementi che depongono a sfavore dell'indipendenza economica dell'agente. L'indipendenza dell'agente si esplica anche nella libertà nello svolgimento della propria attività a favore del preponente. Il controllo da parte del preponente deve limitarsi alla verifica dei risultati raggiunti dall'agente relativamente al contratto intercorrente. Una ingerenza da parte del preponente in termini di autorizzazioni necessarie allo svolgimento di determinate attività, di obblighi di informazione da parte dell'agente o di autorizzazione ad ispezioni potranno far presupporre la dipendenza dell'agente qualora superino la normale informativa circa le vendite ed i servizi di <<customer care>>.

Affinché gli intermediari con status indipendente non configurino l'ipotesi di stabile organizzazione personale non basta che essi siano giuridicamente ed economicamente indipendenti, ma è altresì necessario che essi agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività. Su questo argomento sono sorti dubbi di interpretazione sia sul piano interno che internazionale specie con riferimento alla questione se l'ambito dell'ordinaria attività da prendere in considerazione sia quello concernente l'attività dell'intermediario nel caso esaminato ovvero quello delle attività tipiche del mediatore, commissionario generale o altro intermediario(55).

Al riguardo, si è propensi ad una interpretazione che privilegi il criterio delle funzioni tipiche dell'intermediario che in certo modo si concilia con l'affermazione dell'Ocse secondo cui un agente con status indipendente non agisce nell'ambito della sua ordinaria attività se svolge, in luogo dell'impresa, attività che ricadono tipicamente nella sfera operativa dell'impresa medesima.

---

53 K. Vogel, *On double taxation Conventions* - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag.331.

54 Paragrafo 5 del modello OCSE del 1963

55 M. Del Giudice, *La stabile organizzazione nel diritto interno, nel diritto convenzionale e nelle Convenzioni stipulate dall'Italia*, Roma, in allegato alla rivista "il fisco" n. 45 dell'1 dicembre 2008, pag.8046.

L'esempio portato in proposito è quello del commissionario che non limita la sua attività alla vendita a proprio nome di prodotti dell'impresa, ma svolge anche compiti di agente permanente con poteri di concludere contratti(56).

Sull'argomento va, altresì, ricordata la posizione assunta in passato dall'Amministrazione finanziaria che ha affermato che l'ambito dell'ordinaria attività di un agente indipendente è costituito essenzialmente nella rappresentanza di più imprese, per cui non può ritenersi che l'agente indipendente agisca nell'ambito della sua normale attività, se questa attività consiste soltanto nel trattare per conto della sola impresa in qualità di intermediario con esclusiva (57).

Di tenore confermativo è altra pronuncia della stessa Amministrazione finanziaria in cui viene negata la configurabilità di stabile organizzazione agli "intermediari che godono di uno status indipendente (mediatori, commissionari, eccetera) che agiscano nel quadro ordinario della loro attività e, quindi, non come unici rappresentanti dell'impresa(58).

A tal riguardo, il commentario OCSE, secondo paragrafo 38.6 introdotto con la versione del gennaio 2003, prevede che è meno probabile che vi sia una indipendenza dell'agente quando il preponente sia l'unico cliente dell'agente stesso. Tuttavia, il commentario rileva che tale fatto non è di per sé rilevante se non si mette in relazione con le caratteristiche proprie dell'attività imprenditoriale dell'agente (rischio assunto, remunerazione, capacità, struttura patrimoniale e finanziaria dell'impresa).

## 2.7 Il rapporto partecipativo

L'ultimo paragrafo dell'art. 5 del Modello Ocse affronta la problematica dei rapporti intercorrenti tra le c.d. società consociate residenti nei due Stati contraenti; in sostanza, la fattispecie considerata in detto paragrafo è costituita da quelle società definite in inglese subsidiaries ed in francese filiales e che in italiano vengono denominate, ad esempio, società "sussidiarie" o "consociate" o società figlie; trattasi di entità societarie partecipate parzialmente o totalmente da altro soggetto societario.

La clausola convenzionale statuisce che il fatto che una società residente di uno Stato contraente controlli o sia controllata da una società residente dell'altro Stato contraente ovvero svolga la sua attività in questo altro Stato (sia per mezzo di una stabile organizzazione oppure no) non costituisce di per sé motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una stabile organizzazione dell'altra.

Al riguardo, può ricordarsi che nei primi studi della Società delle Nazioni le società figlie (filiales) costituivano, agli effetti convenzionali, stabili organizzazioni delle società madri e ciò in quanto, all'epoca, gli sforzi dell'organizzazione internazionale erano tesi ad individuare criteri idonei ad evitare abusi nella determinazione dei redditi transnazionali e nella ripartizione dei costi e dei ricavi tra imprese collegate residenti in Stati diversi e giuridicamente indipendenti.

---

56 Commentario OCSE all'art. 5, paragrafo 38

57 Circ. 21 gennaio 1957, n. 350300.

58 Circ. 30 aprile 1977, n. 7/1496

Successivamente, approfondendosi la problematica del transfer pricing con l'elaborazione di una disciplina che comportava la possibilità di rettificare i valori delle operazioni infragruppo non conformi ai prezzi normali di mercato, la configurazione della società figlia come stabile organizzazione non aveva più ragion d'essere, considerato che il fenomeno dei trasferimenti occulti di utili tra società consociate aveva trovato disciplina autonoma. Peraltro, già nei progetti di Convenzione approvati dalla Società delle Nazioni del 1928 le società consociate non erano più comprese tra le ipotesi di stabili organizzazioni. Successivamente, i progetti di Messico e di Londra (art. V, paragrafo 8, del Protocollo) e numerose Convenzioni contro le doppie imposizioni di quel periodo prevedevano che l'esistenza di una subsidiary non costituiva di per sé motivo sufficiente per far considerare la società figlia una stabile organizzazione della società madre(59). La clausola del progetto Ocse prima evocata riprende in dettaglio il concetto precedentemente richiamato e la sua redazione è rimasta inalterata dal 1963 ad oggi. Il principio che il solo controllo non è sufficiente a far verificare l'ipotesi di stabile organizzazione in capo alla società figlia si fonda sulla circostanza che essa, dal punto di vista fiscale, costituisce un soggetto giuridico indipendente.

In dottrina è stato correttamente affermato "che l'esistenza di una società figlia residente nello Stato, costituendo, essa stessa, autonomo centro di imputazione di relazioni giuridiche ... precluda, in via di principio, ogni diretto riferimento alla società madre non residente. D'altronde, il semplice possesso di partecipazioni non è, di per se stesso, qualificabile attività imprenditoriale autonoma ed idonea, da sola, a generare reddito d'impresa"(60).

Ancora, il fatto che l'attività della società figlia sia diretta dalla società madre non comporta che la società figlia sia da considerarsi stabile organizzazione della società madre.

Il principio in argomento si applica sia nell'ipotesi di controllo da parte della società madre, che di controllo da parte della società figlia nei confronti della società madre; parimenti esso è valido con riferimento alle c.d. "società sorelle".

Non assume rilievo la circostanza che la partecipazione sia parziale o totale; come afferma il Gallo(61), nel caso limite della partecipazione anche totalitaria della società estera in una società italiana, "il semplice fatto della partecipazione non costituisce, infatti, punto di riferimento in Italia dell'attività dell'impresa estera né è riconducibile ad una attività imprenditoriale valutabile autonomamente ed idonea di per sé a produrre direttamente reddito d'impresa".

Un'ulteriore notazione si impone, poi, per ciò che attiene ai riferimenti, contenuti nella disposizione, alle società madri e figlie;

naturalmente il termine società è equivalente a quello francese di société ed a quello inglese di company lingue ufficiali dell'Ocse; al riguardo un autorevole studioso della materia(62) ha sottolineato che il termine company non deve essere interpretato riduttivamente in modo letterale, nel senso che non deve indurre, per esempio, a non considerare stabile organizzazione una società partecipata al 100% da un'impresa

---

59 Commentario all'art.5, paragrafo 22.

60 A. Lovisolo, Profili evolutivi dalla stabile organizzazione nel diritto interno e convenzionale, in "Corriere tributario" n. 35/2004 pag. 2740.

61 F. Gallo, Contributo all'elaborazione del concetto di stabile organizzazione secondo il diritto interno, in "Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze, 1985 fascicolo 3, parte 1, pag. 395.

62 K. Vogel, On double taxation Conventions - Kluwer Law International, L'Aja, Londra, Boston, 3a edizione, 1997, pag.352.

individuale, anche se nel lessico del diritto societario quest'ultima non è definibile "società". Peraltro, la formulazione della clausola in trattazione, che si è visto non ammette che il semplice controllo intersocietario sia motivo sufficiente perché si configuri l'ipotesi della stabile organizzazione in capo ad una consociata, non esclude che in determinate condizioni siffatta stabile organizzazione possa configurarsi.

In sostanza, se il mero controllo azionario non permette di affermare che una società consociata costituisca stabile organizzazione della società partecipante, ciò non toglie che il modus operandi della predetta consociata può far verificare l'ipotesi della stabile organizzazione.

La stessa Ocse (63) invero afferma che ove, di fatto, la consociata svolge il ruolo di "agente dipendente", in quanto esercita abitualmente il potere di concludere contratti a favore della società madre (o di altra consociata), essa configurerà l'ipotesi della stabile organizzazione personale. Naturalmente, la stessa ipotesi si verifica anche nei confronti della società madre (o società sorella) ove questa svolga attività nel modo prima descritto. Infine, va sottolineato che la medesima situazione si realizza anche nei confronti di una consociata la cui normale attività è quella di "agente indipendente" ma che, di fatto, non opera nell'ambito della propria ordinaria attività, in quanto svolge, in luogo della società madre, attività che ricadono tipicamente nella sfera operativa di quest'ultima, ad esempio, perché svolge anche compiti di suo agente permanente con potere di concludere contratti.

Accanto all'ipotesi testé trattata della "stabile organizzazione personale" va, altresì, esaminata la possibilità che in capo alla consociata si configuri l'ipotesi di "stabile organizzazione materiale"; al relativo interrogativo, si ritiene che vada data risposta affermativa.

Invero, ad esempio, ove la società controllante abbia la disponibilità di immobili, uffici o locali appartenenti alla società consociata nei quali venga svolta attività di commercializzazione di prodotti della controllante da parte di personale della consociata a ciò dedicato, magari totalmente o parzialmente distratto dalle attività proprie della consociata stessa, vi sarà produzione di reddito imputabile alla controllante in quanto realizzato tramite la sede d'affari così impiantata che identifica una stabile organizzazione materiale della detta società controllante.

## 2.8 Le differenze tra l'articolo 5 del progetto OCSE del 1963 e lo stesso articolo contenuto nella nuova versione del Modello di Convenzione del 1977

Dopo il 1963, Il Comitato degli Affari Fiscali (già Comitato Fiscale), anche sulla base dell'esperienza acquisita dagli Stati membri, ha avviato un lungo processo di revisione del progetto Ocse che ha interessato anche lo stesso testo dell'art. 5 del progetto stesso, oltre al relativo commentario.

I relativi lavori hanno condotto all'approvazione, nel corso del 1977, di una nuova versione del Modello di Convenzione in cui figura il testo dell'art. 5 modificato rispetto

---

63 Commentario Ocse all'art.5, paragrafo 41.

al precedente. Per comodità di consultazione, si riporta qui di seguito il testo del nuovo art. 5 sulla stabile organizzazione:

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

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

a) una sede di direzione;

b) una succursale;

c) un ufficio;

d) un'officina;

e) un laboratorio;

f) una miniera, un pozzo di petrolio o di gas, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali.

3. Un cantiere di costruzione o di montaggio è considerato 'stabile organizzazione' soltanto se la sua durata oltrepassa i dodici mesi.

4. Nonostante le precedenti disposizioni del presente articolo, non si considera che vi sia una 'stabile organizzazione' se:

a) si fa uso di un'installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di merci appartenenti all'impresa;

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

c) le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinate ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;

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

e) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario;

f) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate alle 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. Salve le disposizioni dei paragrafi 1 e 2 del presente articolo, quando una persona – diversa da un agente che goda di uno status indipendente di cui al paragrafo 6 – agisce per conto di una impresa e

dispone in uno Stato contraente di poteri che essa esercita abitualmente e che le permettono di concludere contratti a nome dell'impresa, si può considerare che tale impresa abbia una 'stabile organizzazione' in quello Stato in relazione ad ogni attività intrapresa dalla suddetta persona per l'impresa, salvo il caso in cui le attività di detta persona siano limitate a quelle indicate nel paragrafo 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 di detto paragrafo.

6. Non si considera che un'impresa ha una stabile organizzazione in uno Stato contraente per il solo fatto che essa esercita in detto Stato la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissionario generale o di ogni altro intermediario che goda di uno status indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.

7. Il fatto che una società residente di uno Stato contraente controlli o sia controllata da una società residente dell'altro Stato contraente ovvero svolga la propria attività in questo altro Stato (sia per mezzo di una stabile organizzazione oppure no) non

costituisce di per sé motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una ‘stabile organizzazione dell’altra’”.

Conviene subito segnalare che il testo prima riportato è rimasto identico sino a data attuale, mantenendo la sua validità per più di un trentennio.

Ciò detto, va affrontato l’esame delle modifiche che sono state apportate al testo del progetto del 1963 finora commentate, sottolineando che la struttura di quest’ultimo è rimasta del tutto immutata, come immutata è rimasta la massima parte del suo contenuto sostanziale. Infatti, per quanto riguarda i primi tre paragrafi della versione 1977, in pratica la loro redazione ricalca quella dei primi due paragrafi del progetto 1963, in quanto appare priva di portata sostanziale la modifica apportata al paragrafo 1 laddove si legge che l’espressione stabile organizzazione designa “una sede fissa di affari per mezzo della quale l’impresa esercita in tutto o in parte la sua attività”, mentre nel progetto del 1963 si parlava di “una sede fissa di affari in cui l’impresa esercita in tutto o in parte la sua attività” .

Ciò che, in effetti, cambia con la nuova organizzazione dei paragrafi 2 e 3 (che riprendono i contenuti del vecchio paragrafo 2) è l’interpretazione che si è voluta conferire ai predetti paragrafi tuttora riportata nel relativo commentario in cui si afferma che gli esempi indicati nella lista di cui al paragrafo 2 possono essere considerati solo a prima vista (prima facie) delle stabili organizzazioni<sup>(64)</sup>, con la conseguenza che nei confronti di tali casi (sede di direzione, succursale, eccetera) – che vedono espunti i cantieri di costruzione o di montaggio – l’Amministrazione fiscale che deve applicare l’accordo (secondo l’interpretazione che viene data nel commentario) non può presumere che si trovi di fronte a delle stabili organizzazioni dell’impresa estera, ma deve verificare e, praticamente, dimostrare di volta in volta che le installazioni di affari citate rispondono ai requisiti genericamente indicati nella definizione che della stabile organizzazione viene fornita nel precedente paragrafo 1.

Non così, invece, può dirsi che accade per la disposizione adottata dall’Ocse nel 1963, per la quale il relativo commentario afferma che gli esempi richiamati nel testo del citato paragrafo 2 (sede di direzione, succursale, ufficio, eccetera) “possono essere considerati ciascuno come costituente, a priori, una stabile organizzazione”, ciò significa, a giudizio di chi scrive, che in via di principio tali esempi costituiscono di per sé delle stabili organizzazioni dell’impresa estera. Non può, comunque, trattarsi di una presunzione assoluta, ma in ogni caso spetta al contribuente l’onere della prova contraria assumendo che nella specifica ipotesi non si configura una stabile organizzazione (in quanto, ad esempio, l’installazione considerata non viene utilizzata dall’impresa per l’esercizio della propria attività, oppure viene utilizzata per delle attività incluse nella cosiddetta lista negativa della stabile organizzazione).

Conferma di tale interpretazione si rinviene nella circostanza che l’ipotesi dei cantieri di costruzione o di montaggio, per i quali certamente non poteva richiedersi una verifica in relazione alla definizione generale che della stabile organizzazione viene data al paragrafo 1, nella clausola del 1963 risulta coerentemente inserita nella lista degli esempi riportati nel paragrafo 2, laddove nel modello del 1977 figura come autonoma disposizione (paragrafo 3).

Come detto in precedenza, il nostro Paese non ha aderito alla interpretazione accettata dagli altri Paesi membri dell’Ocse ed ha esplicitamente dichiarato che sul punto specifico l’Italia non condivide l’interpretazione fornita negli stessi commentari e che

---

64 Commentario all’art.5, paragrafo 12.

considera che gli esempi prima citati possono essere ritenuti, a priori, delle stabili organizzazioni.

Tale orientamento si ricollega all'opportunità di lasciare al contribuente, che ben conosce la proprie modalità di operare, l'onere di provare che, nel caso esaminato, non sussistono gli elementi di fatto per presumere l'esistenza di una stabile organizzazione; è intuitivo che ciò facilita, in certo modo, l'azione dell'Amministrazione fiscale per impedire casi di evasione e frode fiscale, ma al tempo stesso evita accertamenti che possono dar luogo ad un lungo contenzioso.

Ciò detto, va ora segnalato che modifiche di carattere sostanziale appaiono nel modello 1977, rispetto al precedente, per ciò che attiene i paragrafi 4 e 5 che corrispondono ai paragrafi 3 e 4 del progetto 1963, mentre nel paragrafo 6 (vecchio paragrafo 5) vi sono soltanto ritocchi di carattere redazionale ed il paragrafo 7 (consociate) è rimasto del tutto identico al vecchio paragrafo 6.

Invero, nel paragrafo 4, che contiene la c.d. lista negativa di esempi di attività che non costituiscono stabili organizzazioni, si registrano una modifica alla lettera e) ed un'aggiunta di una lettera f). La modifica apportata alla lettera e) appare più un miglioramento redazionale che un mutamento sostanziale della portata della disposizione, in quanto pone l'accento sull'esclusione dell'ipotesi di stabile organizzazione allorché una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario. In effetti, tale esclusione era già sostanzialmente riportata nella disposizione del 1963 dove era fatto riferimento ad una sede fissa utilizzata, per l'impresa, ai soli fini di pubblicità, di fornire informazioni, di ricerche scientifiche o di attività analoghe aventi carattere preparatorio o ausiliario; invero, in tale disposizione assumeva importanza decisiva il carattere preparatorio o ausiliario dell'attività svolta tramite la sede fissa di affari.

Carattere del tutto innovativo assume, invece, la disposizione della nuova lettera f) che introduce una ulteriore ipotesi di esclusione della stabile organizzazione nel caso in cui una sede fissa di affari è utilizzata per l'esercizio combinato delle attività enumerate nelle cinque precedenti ipotesi di esclusione [lettere da a) ad e)].

Al riguardo il commentario dell'Ocse – nel ricordare che il paragrafo 4 dell'art. 5 del modello ha per oggetto quello di prevedere le eccezioni alla definizione generale della stabile organizzazione (contenuta nel paragrafo 1 dello stesso articolo) concernenti le installazioni fisse le cui attività hanno in generale carattere preparatorio o ausiliario in relazione all'insieme delle attività dell'impresa – afferma che, di conseguenza, allorché si è in presenza di un cumulo di attività previste nel paragrafo in commento non si è in presenza di una stabile organizzazione<sup>65</sup>). E ciò, si aggiunge, fintantoché le attività svolte cumulativamente nell'installazione fissa di affari hanno soltanto carattere preparatorio o ausiliario, carattere che va interpretato allo stesso modo del criterio evocato nella precedente lettera e).

In proposito è bene qui richiamare le considerazioni svolte allorché è stata esaminata la portata del criterio stesso, considerazioni che hanno messo in evidenza le difficoltà che insorgono nella individuazione, nei casi concreti, del carattere preparatorio ed ausiliario dell'attività nelle singole ipotesi enumerate nel paragrafo 4 dell'art. 5.

Nel caso del cumulo delle attività di cui si discute, si aggiunge la raccomandazione Ocse che, nel relativo commentario, sottolinea la necessità che i cumuli di attività non vadano presi in considerazione secondo delle regole "rigide", ma in funzione delle circostanze,

---

65 Commentario all'art.5, paragrafo 27.

senza peraltro specificare – magari con qualche esempio – quali possano essere le “regole rigide”.

D’altro canto, non c’è dubbio che il cumulo di attività diverse nell’ambito di un’installazione fissa può realizzare una parte significativa dell’attività dell’impresa con la conseguenza che può intaccarsi, in modo determinante, il criterio di attività di carattere preparatorio o ausiliario.

In dottrina è stato affermato che è fuori dubbio che con la combinazione di diverse attività, anche se secondarie, un’impresa realizza, all’interno di un Paese, “un legame maggiormente intenso”, aggiungendosi che “in particolare potrebbe configurarsi l’esistenza di una stabile organizzazione ove, in seguito alla combinazione delle indicate attività, non si realizzasse più una forma solo parziale e incompleta dell’oggetto complessivo dell’impresa, ma avesse invece luogo un ciclo di produzione rilevabile e separabile dal ciclo globale dell’impresa. In tale ipotesi si compirebbe una funzione economica completa che consentirebbe di individuare un complesso economico vitale anche separatamente dall’impresa cui appartiene”(66).

Conclusivamente si rileva, da un canto, che il richiamo dell’Ocse dell’inopportunità di fare ricorso a criteri “rigidi” nell’applicazione del cumulo di attività evidenzia l’intento di ampliare il più possibile il campo delle eccezioni alla definizione generale della stabile organizzazione e, dall’altro canto, che la combinazione delle diverse attività [lettere da a) ad e)] può intaccare il carattere preparatorio o ausiliario delle citate attività. E ciò non deriva dall’utilizzo di “criteri rigidi” di applicazione della norma, bensì da situazioni di fatto, come anche la dottrina testé evocata ha messo in evidenza.

Per quanto concerne, infine, il paragrafo 5 che tratta della stabile organizzazione personale (paragrafo 4 del progetto del 1963), la modifica introdotta tende a realizzare l’omogeneità con quella del cumulo di attività prima trattato.

Afferma, infatti, il commentario Ocse(67) che, considerato che in virtù del paragrafo 4, una installazione fissa di affari il cui oggetto è limitato a quelli enumerati nel detto paragrafo non realizza l’ipotesi della stabile organizzazione (materiale), qualsiasi persona, le cui attività si limitano a quelle prima richiamate, non costituisce anch’essa stabile organizzazione (personale).

### 3 La stabile organizzazione nel modello ONU e le differenze tra il modello OCSE ed il modello ONU

Al fine di stabilire cosa si intenda per stabile organizzazione, è necessario far riferimento anche alla sua più ampia definizione prevista dal modello ONU e basata sulla reciprocità assoluta tra Stati contraenti, certamente più idonea a far fronte alle esigenze di paesi in via di sviluppo che abbiano rapporti di affari con paesi industrializzati. Le particolari esigenze dei paesi in via di sviluppo hanno dato luogo alla creazione, nel 1968, in esecuzione di una risoluzione del Consiglio economico e sociale dell’ONU (ECOSOC), di un gruppo di lavoro, formato da diciotto esperti, di cui nove appartenenti a paesi

---

66 A. Lovisolo, La stabile organizzazione, in “Corso di diritto tributario internazionale”, coordinato da V. Uckmar, Cedam, 2002, pag. 311.

67 Commentario all’art.5, paragrafo 33.

industrializzati e nove appartenenti a paesi in via di sviluppo, per la messa a punto di uno schema tipo, che si discosta da quello OCSE per talune definizioni generali, tra le quali, proprio, quella attinente alla stabile organizzazione(68). Esso è apparso migliore per rispondere alle esigenze dei paesi meno progrediti, soprattutto mediante una più flessibile definizione del concetto di stabile organizzazione.

Il modello OCSE del 1977, che presuppone una reciprocità assoluta tra stati contraenti, è apparso inadeguato a regolare i rapporti economici tra i paesi in via di sviluppo e quelli più progrediti, anche se in linea di massima il modello ONU lo riprende pressoché integralmente, fornendo solo alcune precisazioni relative a particolare fattispecie. Una significativa differenza tra il modello OCSE ed il modello ONU, nell'ambito dell'istituto della stabile organizzazione, la incontriamo relativamente all'agente indipendente. Una specifica disposizione(69) del

Modello di Convenzione Onu prevede che qualora l'attività di un agente con status indipendente sia svolta interamente, o quasi interamente, per conto di un'unica impresa, viene a configurarsi una stabile organizzazione, in quanto l'agente non può essere considerato indipendente.

Trattasi di una norma che non figura nel modello Ocse, per cui il principio che essa sancisce resta estraneo agli accordi bilaterali fondati appunto sul Modello Ocse. È stato, altresì, ricordato che la norma Onu è stata adottata da alcune Convenzioni stipulate da Paesi aderenti all'Ocse, ma è stato anche rilevato che il criterio introdotto nel Modello Onu non può essere considerato da solo come determinante dal momento che esso è stato ripreso soltanto da poche Convenzioni stipulate dall'Italia(70).

Al riguardo, si reputa risolutiva la considerazione che non può utilizzarsi una disposizione espressa del Modello Onu ai fini di interpretare una clausola del Modello Ocse che tale disposizione non contiene; non sfugge, infatti, che il Modello Onu è stato elaborato ai fini della conclusione di accordi della specie tra Paesi industrializzati e Paesi emergenti e di conseguenza le sue clausole rispondono ad esigenze e fini diversi rispetto a quelle del Modello Ocse. Pertanto, non è incongruo che Paesi aderenti all'Ocse, nei rapporti con Paesi emergenti (all'epoca della negoziazione di Convenzioni), abbiano accettato di inserire nel testo del patto internazionale la disposizione suggerita dall'Onu.

Inoltre, non è decisiva l'osservazione che nel caso italiano si tratta di poche Convenzioni stipulate dal nostro Paese.

Un'ulteriore differenza tra i due modelli è che il modello ONU, rispetto al modello OCSE, aggiunge una ulteriore ipotesi in cui si configura la stabile organizzazione e cioè il caso in cui un imprenditore, pur non avendo alcun potere di rappresentanza, mantiene nell'altro stato contraente una scorta di merci appartenenti all'impresa, dalla quale preleva regolarmente merci per la consegna a nome o per conto dell'impresa. Inoltre, un intero paragrafo della convenzione ONU, assente nella convenzione OCSE, disciplina specificatamente il settore assicurativo. In particolare statuisce che "nonostante le

---

68 E. Grassi, La "stabile organizzazione": alcuni spunti critici sulla normativa recata dalla legge di delega per la riforma del sistema fiscale statale, in "il fisco" n. 34 del 2003, pag. 4.

69 Articolo 5, paragrafo 7 del modello di convenzione ONU.

70 U. La Commara, La nozione di stabile organizzazione secondo l'OCSE e nella legislazione fiscale interna, in "il fisco" n. 4/2007, fascicolo n. 2, pagg. 470-471.

precedenti disposizioni una impresa di assicurazioni di uno stato contraente, ad eccezione del caso in cui si tratti di riassicurazione, si considera che abbia una stabile organizzazione nell'altro stato quando essa raccoglie premi nel territorio di detto stato o assicuri rischi ivi situati mediante impiegati o rappresentanti i quali non siano agenti che godano di uno status indipendente". Per concludere, entrambe le formule, la ONU e la OCSE, forniscono la medesima definizione delle filiali estere di un gruppo internazionale precisando che esse potranno essere considerate "stabili organizzazioni di società non residenti" solo qualora operino da agenti indipendenti delle stesse(71).

#### 4 Differenze tra la nozione contenuta nel modello OCSE e quella riportata dalle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia

Se si analizzano le convenzioni concluse dall'Italia, attualmente vigenti, si può notare che, per quanto riguarda il concetto di stabile organizzazione, i principi e la struttura della clausola convenzionale (art.5 del modello OCSE) sono richiamati in pieno, ma vi sono accordi nei quali si trovano aggiunte o modifiche rispetto alla clausola OCSE che, comunque, non intaccano i suoi principi fondamentali(72). In questo paragrafo, si intendono evidenziare le differenze tra la nozione di stabile organizzazione contenuta nel modello OCSE e quella riportata dalle convenzioni stipulate dal nostro paese. Si osserva, in particolare, che tutte le Convenzioni includono i cantieri di costruzione e montaggio all'interno dell'elenco delle ipotesi che configurano normalmente l'esistenza di una stabile organizzazione; alcune Convenzioni (Algeria, Cina, Estonia, Filippine, India, Indonesia, Lituania, Messico, Pakistan, Sudafrica e Tanzania) comprendono, anche, le attività di supervisione ad essi collegate. Nessuna delle Convenzioni, inoltre, riproduce la lettera f) del paragrafo 4 del Modello OCSE, la quale esclude, a determinate condizioni, la configurazione di una stabile organizzazione nell'ipotesi di esercizio combinato delle attività di cui ai punti da a) a c) dello stesso paragrafo:

in sostanza l'esercizio congiunto di attività quali deposito, esposizione, pubblicità ed informazione, non è sufficiente a configurare una stabile organizzazione, dovendosi, al contrario, verificare, caso per caso, la sussistenza delle condizioni generali dell'esistenza della stabile organizzazione.

Tutte le Convenzioni, ad eccezione di quelle stipulate con la Francia, il Messico ed il Pakistan, riportano, con riferimento agli "agenti rappresentanti", una formula differente rispetto al Modello OCSE. Si legge, infatti, che "una persona che agisce in uno Stato contraente per conto di un'impresa dell'altro Stato contraente - diversa da un agente indipendente - è considerata stabile organizzazione nel primo Stato se dispone nello Stato stesso di poteri che esercita abitualmente e che le permettono di concludere contratti a nome dell'impresa ...". Al riguardo, va osservato che talune Convenzioni - con l'eccezione di quelle stipulate con Cina, Lituania ed Estonia - non riproducono l'inciso in

---

71 I trattati contro le doppie imposizioni, concetto di stabile organizzazione e confronto tra subsidiary e branch, [www.webstercompany.net](http://www.webstercompany.net), pag. 4 e 5.

72 M. Del Giudice, La stabile organizzazione nel diritto interno, nel diritto convenzionale e nelle convenzioni stipulate dall'Italia, in allegato alla rivista "il fisco" n. 45 dell'1 dicembre 2008, pag. 8064.

base al quale, in presenza delle condizioni dell'art. 5, configurano una stabile organizzazione anche tutte le altre attività comunque svolte dall'agente rappresentante per conto dell'impresa non residente.

Dal confronto tra le diverse Convenzioni stipulate dall'Italia, emerge, inoltre, che solo alcuni Trattati (Algeria, Bangladesh, Costa d'Avorio, Marocco, Pakistan, Senegal, Trinidad & Tobago) fanno rientrare nella nozione di "stabile organizzazione" anche i magazzini di vendita. Altre Convenzioni (Australia, Kenia, Malaysia, Tanzania), inoltre, considerano "stabile organizzazione" anche una proprietà agricola, pastorale o forestale. Altre ancora, come quelle con Cina, Cipro, Estonia, Indonesia, Israele, Kazakistan, Lituania, Malta, Pakistan, Sri Lanka, Turchia e Vietnam prevedono l'esistenza della stabile organizzazione anche nel caso in cui l'impresa esegua prestazioni di servizi, compresi i servizi di consulenza offerti mediante impiegati o altro personale dell'altro Stato contraente, purché tali prestazioni si protraggano per un minimo di sei mesi nell'arco di un anno.

Infine, talune Convenzioni (come quella con l'Egitto) fanno rientrare nella nozione di stabile organizzazione anche "un'area fabbricabile, o una costruzione o un complesso che esista da più di sei mesi", con la conseguenza di ampliare notevolmente l'ambito di applicazione della norma.

Qualche considerazione deve essere spesa con riferimento alla Convenzione con l'Unione Sovietica ed all'espressione "rappresentanza permanente" ivi contenuta. In via preliminare, si ricorda che, a seguito dello scioglimento dell'URSS, si sono costituiti 15 nuovi Stati; alcuni di essi (Armenia, Azerbaigian, Bielorussia, Federazione Russa, Georgia, Kazakistan, Kirghizistan, Moldavia, Tagikistan, Turkmenistan, Ucraina, Uzbekistan) si sono riuniti nella Comunità degli Stati Indipendenti (C.S.I.), altri (Estonia, Lettonia e Lituania) non vi hanno aderito. Tra gli Stati aderenti alla C.S.I., la Federazione Russa ed il Kazakistan hanno già provveduto a stipulare con l'Italia apposite Convenzioni contro le doppie imposizioni, ratificate, rispettivamente con L. 9 ottobre 1997, n. 370 per la Federazione Russa e L. 12 marzo 1996, n. 174 per il Kazakistan.

Gli altri Stati aderenti alla C.S.I., a seguito della firma della Dichiarazione di Alma Ata (21 dicembre 1991), hanno garantito "in conformità alle loro procedure costituzionali l'adempimento degli obblighi internazionali derivanti dai Trattati ed Accordi dell'ex URSS". Alcuni di questi Stati (Armenia, Azerbaigian, Kirghizistan, Tagikistan, Turkmenistan e Uzbekistan), tuttavia, hanno dichiarato di non riconoscersi successori nella Convenzione contro le doppie imposizioni fiscali dell'ex URSS, la quale perciò non risulta ad essi applicabile. La stessa resta, invece, applicabile a Bielorussia, Moldavia e Ucraina. La Georgia, sebbene abbia aderito alla C.S.I., non ha sottoscritto la Dichiarazione di Alma Ata, per cui la Convenzione con l'ex URSS non è ad essa applicabile. Lettonia, Lituania ed Estonia non si sono mai dichiarati "successori" dell'ex URSS, pertanto la stessa Convenzione non risulta ad essi applicabile. L'Estonia ha già stipulato con l'Italia un'autonoma Convenzione contro le doppie imposizioni, ratificata con L. 19 ottobre 1999, n. 427.

Come sopra accennato, la Convenzione con l'Unione Sovietica non riporta espressamente la dizione di stabile organizzazione, ma utilizza l'espressione, sostanzialmente equivalente, di "rappresentanza permanente".

La norma è, inoltre, carente dell'elencazione delle ipotesi che si considerano stabili organizzazioni (sedi di direzioni, uffici, eccetera), mentre la cosiddetta negative list non si discosta molto da quella contenuta nell'art. 5 del Modello OCSE.

Da ultimo, va osservato che il network dei Trattati stipulati dall'Italia comprende anche alcune Convenzioni contro le doppie imposizioni che non sono ancora entrate in vigore: in particolare, non risulta ancora avvenuto lo scambio degli strumenti di ratifica della Convenzione conclusa con il Kenia. Anche la Convenzione con il Senegal, recepita con L. 20 dicembre 2000, n. 417, non è ancora entrata in vigore(73).

### CAPITOLO 3

#### LA STABILE ORGANIZZAZIONE NELLA LEGISLAZIONE FISCALE NAZIONALE

SOMMARIO: 1. Evoluzione nel tempo della stabile organizzazione – 2. L'articolo 162 del nuovo TUIR – 2.1 I requisiti generali – 2.2 Le ipotesi positive – 2.3 Il cantiere e le attività di supervisione connesse – 2.4 Le ipotesi negative – 2.5 Gli elaboratori elettronici ed i relativi impianti ausiliari – 2.6 La stabile organizzazione personale – 2.7 Le regole per il settore marittimo – 2.8 La c.d. "Clausola delle società consociate" – 3. La stabile organizzazione nel consolidato fiscale nazionale (art. 117 nuovo TUIR) – 4. Il regime di neutralità fiscale dei conferimenti intracomunitari (art. 179 nuovo TUIR) – 5. Le riserve in sospensione d'imposta nelle operazioni straordinarie intra UE (art. 180 nuovo TUIR) – 6. Il trasferimento all'estero della residenza o della sede (art. 166 nuovo TUIR) – 7. Stabile organizzazione e norme CFC (art.167 e 168 nuovo TUIR)

#### 1 Evoluzione nel tempo della stabile organizzazione

Come afferma un noto autore(74), "il problema della stabile organizzazione si era posto implicitamente in sede di applicazione dell'art. 3, lettera d) del T.U. del 1877". Ed a tal proposito, lo stesso autore richiama due decisioni della Commissione centrale(75) che

---

73 P. Valente e G. Valente, *Stabile organizzazione: profili di criticità per i gruppi multinazionali derivanti dalla lettura delle sentenze della Cassazione sul caso Philip Morris*, in "Rassegna di fiscalità internazionale n.5-02, pag.9 e 10.

74 G. Di Paolo, *Testo Unico delle leggi sulle Imposte Dirette*, "Edizione Consulente delle Aziende", Milano, 1961, pag. 112.

75 Si tratta delle decisioni n. 7559 del 28 novembre 1949 e n. 13727/13731 del 3 marzo 1939.

avevano affermato, da un canto, che il reddito derivante ad una società straniera dalla vendita in Italia dei suoi prodotti a mezzo di un agente generale era soggetto all'imposta di ricchezza mobile di categoria B "non potendosi sostenere che l'attività dell'agente sia unicamente limitata alla trasmissione di fatture e che la ditta straniera continui a svolgere ed amministrare direttamente il suo commercio dal suo paese di origine" e, d'altro canto, che "una serie di ingenti vendite in Italia, continuate per diversi anni, da parte di una ditta estera a mezzo di contratti stipulati nel Regno, pur non essendovi uno stabilimento o una speciale attrezzatura od organizzazione, rappresenta l'esplicazione concreta di un commercio esercitato, almeno in parte in Italia".

Ma la nostra legislazione ha impiegato l'espressione di stabile organizzazione per la prima volta in tempi relativamente recenti e precisamente nel testo unico delle leggi sulle imposte dirette approvato con D.P.R. 29 gennaio 1958, n. 645.

In effetti, nel nostro paese, in epoca anteriore al predetto testo unico e successivamente a quello del 1877, vigendo l'imposta di ricchezza mobile e, successivamente, l'imposta complementare progressiva sul reddito globale e l'imposta sulle società, riferimenti venivano fatti alle "succursali" senza, comunque, fornire una definizione.

In una sentenza della Corte di Cassazione del 1946 si ritrova l'affermazione – trattando di succursali all'estero di imprese italiane – che l'ipotesi di succursale va ravvisata nell'esistenza di una organizzazione all'estero della sede principale avente il potere generale e permanente di rappresentanza che permette ai terzi di stringere efficacemente rapporti con la succursale, rapporti che diversamente dovevano essere intrattenuti con la sede principale dell'impresa(76).

Il concetto di succursale utilizzato dal legislatore fiscale subiva, peraltro, una veloce evoluzione per assumere una portata più vasta rispetto al senso strettamente giuridico, sino a ricomprendere qualsiasi organizzazione produttiva stabile ed indipendentemente dalla presenza di un potere generale e permanente di rappresentanza.

Il concetto di succursale veniva, poi, utilizzato ai fini dell'applicazione dell'imposta di ricchezza mobile agli utili dell'impresa estera "esercitata" in Italia, nel senso della tassabilità nel nostro Paese degli utili delle succursali delle imprese estere, escludendo, in via generale, i requisiti di gestione e contabilità separate (previsti per le succursali all'estero delle imprese italiane) nella considerazione che, altrimenti, la tassabilità in Italia dipendeva dalla volontà dell'impresa estera. Cominciavano a delinearsi i contorni di quell'entità che veniva approfondita sul piano internazionale e che, con contenuti più ampi, doveva caratterizzare, sempre in sede internazionale, il concetto di stabile organizzazione.

Tornando al testo unico del 1958, le disposizioni che qui interessano erano gli artt. 82 e 145(77), nei quali si faceva riferimento a tre distinte situazioni in cui veniva in rilievo la nozione di stabile organizzazione, pur mancando una sua definizione nello stesso testo unico. Tali situazioni atenevano:

- 1) al reddito delle imprese operanti in Italia e all'estero, che si considerava prodotto in Italia solo per la parte derivante dall'attività esercitata nel territorio dello Stato a mezzo della sede centrale, di succursali o di altre stabili organizzazioni (art. 82, comma 2);
- 2) al reddito prodotto all'estero da nostre imprese, il quale era assoggettabile a tassazione nel nostro Paese se ivi realizzato mediante stabili organizzazioni con gestione e contabilità separate (art. 82, ultimo comma);

---

76 Cass., 14 gennaio 1946, n. 19.

77 Testo unico delle leggi delle imposte dirette approvato con D.P.R. 29 gennaio 1958, n. 645

3) al reddito (ed al patrimonio), tassabile ai fini dell'imposta sulle società, delle società ed associazioni estere operanti in Italia mediante stabili organizzazioni (art. 145).

Proprio in relazione alle diverse situazioni in cui assumeva rilevanza la "stabile organizzazione" era sorto il problema se il relativo concetto non dovesse essere differenziato a seconda che si trattasse di stabilirne la portata ai fini di determinare il reddito dell'impresa estera tassabile in Italia, ovvero il reddito dell'impresa italiana escluso da tassazione nel nostro Paese.

Non mancò chi scartava l'obiezione, secondo la quale la logica imponeva una "definizione" unica dell'espressione stabile organizzazione ed ammetteva, invece, l'opposta tesi che comportava una nozione molto restrittiva, nel primo caso, e la più lata possibile, nel secondo.

Altri autori, peraltro, sostenevano, essenzialmente, che, avendo il testo unico del 1958 adottato la medesima espressione "stabile organizzazione" per le tre situazioni prima richiamate, unica doveva logicamente essere la relativa definizione<sup>(78)</sup>.

In effetti, la tesi di una definizione differenziata, seppure può apparire giustificata dalla comprensibile esigenza di tutela degli interessi dell'Erario, non sembra costituire il frutto di un rigoroso ragionamento giuridico.

Le ragioni addotte a sostegno, infatti, assumevano indubbio valore nel quadro di valutazioni di politica legislativa, ma non aiutavano di certo nell'opera di identificazione della nozione legislativamente richiamata, che escludesse un'unica definizione.

Con l'avvento della riforma tributaria del 1973, la nozione di stabile organizzazione ha assunto senza dubbio un'importanza di natura diversa da quella che aveva prima<sup>(79)</sup>.

L'adozione, infatti, del principio dell'utile mondiale per la tassazione dei soggetti residenti che, com'è noto, comporta l'attrazione ad imposizione in Italia di tutti i redditi di tali soggetti, prescindendo dalla considerazione che gli stessi siano o non prodotti nel territorio dello Stato, realizzandosi così il c.d. "assoggettamento illimitato" (unlimited tax liability), postulava la limitazione della tassazione dei soggetti non residenti ai soli redditi prodotti nel territorio dello Stato e l'indicazione di precisi criteri di collegamento con tale territorio perché si verificasse il presupposto dell'assoggettamento c.d. limitato (limited tax liability) dei non residenti.

Per quanto riguarda il reddito d'impresa realizzato da soggetti non residenti, il criterio esclusivo di collegamento con il nostro territorio ai fini della sua tassazione in Italia è, appunto, costituito dall'esistenza di una stabile organizzazione per mezzo della quale viene esercitata l'attività dell'impresa estera produttiva di reddito.

La disciplina prevista dal D.P.R. n. 600/1973 ha natura procedimentale e persegue lo scopo di permettere all'Amministrazione fiscale il migliore accertamento del reddito da assoggettare a tassazione in Italia, pertanto le disposizioni in essa contenute non hanno natura "sostanziale" e non possono essere utilizzate per definire il concetto di stabile organizzazione che è patrimonio del Tuir. In epoca anteriore all'emanazione del testo unico del 1986, il Ministero delle finanze aveva precisato, nella circolare del 30 aprile 1977, n. 7/1496, che:

- in mancanza di una puntuale definizione legislativa, valeva il riferimento all'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE;

---

78 A. Berliri, in Atti del IV Convegno di studio sul

tema: L'evoluzione nel concetto di stabile organizzazione - Società per lo studio dei problemi fiscali.

79 M. Del Giudice, La stabile organizzazione nel diritto interno, nel diritto convenzionale e nelle

Convenzioni stipulate dall'Italia, in allegato alla rivista "il fisco" n. 45 dell'1 dicembre 2008 pag.8014.

- ai sensi di tale disposizione, l'espressione "stabile organizzazione", identifica, in via generale, una "sede fissa di affari in cui l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività";

- la nozione individuata è ritenuta "piuttosto ampia", ed evidenzia due elementi fondamentali:

- l'esistenza di un'installazione fissa in senso tecnico (locali, materiale, attrezzature);

- l'esercizio di attività da parte dell'impresa per mezzo di tale installazione.

Sempre nella menzionata circolare n. 7/1496 del 1977 era chiarito che, per le associazioni fra artisti e professionisti non residenti che svolgono in Italia attività in forma associata secondo la definizione all'epoca contenuta nell'art. 5 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597 [e successivamente nell'art. 5, comma 3, lettera c), del Tuir], il criterio di collegamento con il territorio dello Stato può essere identificato con riferimento all'esistenza di una base fissa attraverso la quale l'attività è svolta.

Tale termine, pure mancante di definizione legislativa, è usato in relazione alle attività di lavoro autonomo in modo sostanzialmente equivalente a quello di "stabile organizzazione", valevole per i produttori di redditi d'impresa.

Il concetto di base fissa non si discosta quindi da quello di stabile organizzazione i cui criteri di identificazione possono applicarsi – in quanto utilizzabili - anche in questo caso. È quindi precisato che rientrano nella nozione di base fissa, ad esempio, gli ambulatori o i gabinetti di consultazione medica, gli studi legali, quelli tecnici, eccetera(80). Proseguendo con la disanima sull'evoluzione della stabile organizzazione, nel testo unico del 1986, la stabile organizzazione non è definita, ma solamente menzionata, in particolare:

- dall'art. 20, comma 1, lettera b), ove si considerano prodotti nel territorio dello Stato i redditi di capitale corrisposti da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti;

- dall'art. 20, comma 1, lettera c), ove si considerano prodotti nel territorio dello Stato i redditi d'impresa derivanti da attività esercitate nel territorio stesso mediante stabili organizzazioni;

- dall'art. 20, comma 2, ove sono considerati prodotti nel territorio dello Stato, se corrisposti da stabili organizzazioni di soggetti non residenti:

- le pensioni, gli assegni a esse assimilati e le indennità di fine rapporto [comma 2, lettera a)];

- alcune tipologie di redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente [comma 2, lettera b)];

- i compensi per l'utilizzazione di opere dell'ingegno, brevetti, marchi, eccetera (comma 2, lettera c)];

- i compensi conseguiti da imprese, società ed enti non residenti per prestazioni artistiche o professionali effettuate per loro conto nel territorio dello Stato [comma 2, lettera d)];

- dall'art. 20-bis, comma 1, il quale dispone che "Il trasferimento all'estero della residenza o della sede dei soggetti che esercitano imprese commerciali, che comporti la perdita della residenza ai fini delle imposte sui redditi, costituisce realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, salvo che non siano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato ..."; tale disposizione è applicata anche se, in un momento successivo, i componenti confluiti

---

80 F. Carriolo, La stabile organizzazione nel quadro della riforma fiscale del 2004, in "il fisco" n. 3 del 19 gennaio 2004, pag. 348-350.

nella stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato ne sono distolti; sono in ogni caso considerate realizzate al valore normale le plusvalenze relative alle stabili organizzazioni all'estero;

- dall'art. 20-bis, comma 2, ove è disposto che "I fondi in sospensione d'imposta, inclusi quelli tassabili in caso di distribuzione, iscritti nell'ultimo bilancio prima del trasferimento della residenza o della sede, sono assoggettati a tassazione nella misura in cui non siano stati ricostituiti nel patrimonio contabile della predetta stabile organizzazione";

- dall'art. 113, comma 1, il quale impone, "Per le società e gli enti commerciali con stabile organizzazione nel territorio dello Stato, eccettuate le società semplici, la determinazione del reddito complessivo secondo le disposizioni del Capo II sulla base di un apposito conto economico relativo alla gestione delle stabili organizzazioni e alle altre attività produttive di redditi imponibili in Italia".

La relazione illustrativa al testo unico del 1986 affermava che, per le società e gli enti commerciali non residenti [di cui all'art. 87, comma 1, lettera d), trasfuso nell'art. 73, comma 1, lettera d), del nuovo Tuir], si è attribuito decisivo rilievo, ai fini della determinazione del reddito complessivo, alla circostanza che essi abbiano o no una stabile organizzazione del territorio dello Stato. Infine, a seguito della "riforma dell'Ires", di cui al D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, nel nuovo testo unico delle imposte sui redditi è stato inserito l'art. 162, dedicato all'individuazione e alla disciplina dell'entità in esame. Nella legislazione italiana questa è la prima, espressa definizione dell'istituto della stabile organizzazione.

## 2 L'articolo 162 del nuovo TUIR

L'articolo 162, collocato tra le disposizioni comuni del Tuir, attua l'art. 4, comma 1, lettera a), della legge delega del 2003, la quale, a proposito dell'Ires, prevedeva l'introduzione della nozione "interna" di stabile organizzazione prescrivendone l'elaborazione "sulla base dei criteri desumibili dagli accordi internazionali contro le doppie imposizioni".

Si trattava di una delega piuttosto elastica poiché il rinvio non era a questa o a quella definizione convenzionale di stabile organizzazione, né direttamente all'art. 5 del Modello di convenzione-tipo dell'Ocse cui, di regola, i trattati stipulati dal nostro Paese si conformano, ma, appunto, ai criteri da questi ultimi desumibili, criteri da considerare quale mera base della suddetta nozione; in definitiva nient'altro che il tentativo di recepire in una norma ad hoc la prassi fino ad oggi seguita consistente nel rivolgersi, in mancanza di trattato, alle previsioni convenzionali ed al suddetto art. 5 del Modello Ocse che ne rappresenta, appunto, lo schema di riferimento(81). L'articolo 162 però assume

---

81 E. Della Valle, La nozione di stabile organizzazione nel nuovo Tuir, in "Rassegna tributaria" n. 5 di settembre-ottobre 2004, pag.1597.

connotazioni del tutto particolari e in parte contrastanti con la maggior parte delle Convenzioni stipulate dall'Italia(82).

Una delle differenze più significative è rilevabile già dalla lettura del comma 1, ove viene chiarito che la nozione di stabile organizzazione ivi contenuta è valida sia ai fini delle imposte sui redditi che ai fini Irap, nonostante, a rigore, quest'ultima imposta non possa essere inquadrata in una definizione di "imposta sul reddito" convenzionale. Tale previsione sembrerebbe, peraltro, confermare l'autonomia del concetto di stabile organizzazione ai fini Iva sostenuta da parte della dottrina, con conseguente necessità per il legislatore italiano di introdurre una definizione domestica di stabile organizzazione (rectius: di "centro di attività stabile") valida anche ai fini di quest'ultimo tributo(83).

Dall'articolo 162 deriva una definizione che, come quelle di riferimento, si basa sulla dicotomia stabile organizzazione materiale/stabile organizzazione personale, dicotomia che, almeno secondo l'opinione tradizionale, ruota intorno all'elemento del fixed place of business, presente nella prima ed assente nella seconda; su tale dicotomia si innestano poi, ancora in conformità ai criteri di riferimento, i singoli enunciati in cui, in definitiva, si articola l'elenco dei caratteri positivi e negativi della stabile organizzazione. Quel che cambia rispetto ai modelli di riferimento è la previsione di taluni enunciati in essi non contemplati, come, ad esempio, nel caso dei commi 5 e 8 dell'art. 162 relativi, rispettivamente, alla disponibilità di elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari ed alle figure del raccomandatario e mediatore marittimo, ovvero una loro diversa formulazione, come, ad esempio, nel caso dei cantieri, i quali, secondo quanto prevede il comma 3 dell'art. 162, configurano una stabile organizzazione se di durata superiore a tre mesi (a fronte di un termine che è più lungo sia nei trattati stipulati dall'Italia che nell'art. 5 del Modello Ocse).

La trasposizione nell'ordinamento interno dei criteri convenzionali in punto di stabile organizzazione si presta così ad una considerazione:

il processo di sintesi utilizzato dal legislatore delegato nella trasposizione, nell'art. 162 del nuovo Tuir, dei criteri convenzionali, pone il problema, di non poco momento, dell'eventuale ruolo della nozione interna di stabile organizzazione ai fini dell'interpretazione della corrispondente nozione contenuta nei singoli trattati. Ed infatti, almeno per quanto riguarda le proposizioni interne che riproducono enunciati contenuti nell'attuale versione dell'art. 5 del Modello Ocse, si potrebbe sostenere che si tratta di proposizioni guida nella lettura delle singole definizioni convenzionali di stabile organizzazione che, invece, si rifanno, sul punto, alla versione del 1963 del predetto Modello(84).

In tal caso la nozione di stabile organizzazione costituirebbe il frutto di un procedimento interpretativo di tipo circolare che, muovendo dalla disposizione interna di cui all'art. 162 (modellata sui criteri convenzionali), ad essa ritornerebbe passando per le singole previsioni convenzionali.

---

82 A. Nuzzolo e P. Consiglio, La nozione di stabile organizzazione nel nuovo Tuir: analogie e differenze con il Modello OCSE e con le Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia, in "il fisco" n. 33 del 13 settembre 2004, pag. 5.

83 G.B. Lombardo e D. Ceccarelli, L'introduzione di una definizione di stabile organizzazione, in AA.VV., "La tassazione delle società nella riforma fiscale", Milano, 2003, pag. 90.

84 A. Stesuri, La riforma della tassazione societaria, Milano, 2004, pag. 314.

## 2.1 I requisiti generali

Passando all'esame della definizione generale di stabile organizzazione materiale di cui al comma 1 dell'art. 162, essa risulta in tutto conforme al primo paragrafo dell'art. 5 dell'odierna versione del Modello di convenzione-tipo dell'Ocse.

Dispone in particolare il suddetto comma 1 dell'art. 162 che, "fermo restando quanto previsto dall'art. 169, ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive di cui al decreto 15 dicembre 1997, n. 446, l'espressione 'stabile organizzazione' designa una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato".

Dunque, a parte la previsione iniziale circa la conferma dell'art. 169 relativamente ai rapporti tra la nozione interna e quella convenzionale e la precisazione (la cui collocazione all'interno della disciplina concernente l'imposizione sui redditi è, invero, anomala) che la nozione ivi contemplata vale anche ai fini Irap, la disposizione in questione altro non rappresenta che una mera riproduzione della definizione generale di stabile organizzazione materiale di cui al primo paragrafo del più volte citato art. 5 del Modello secondo il quale, "for the purposes of this Convention, the term 'permanent establishment' means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on".

Perché si abbia stabile organizzazione materiale è pertanto necessaria la presenza di una sede d'affari che sia fissa e che venga utilizzata per l'esercizio dell'attività d'impresa.

Diversamente non costituiscono elementi definitivi della stabile organizzazione materiale l'idoneità produttiva e l'autonomia gestionale e/o contabile<sup>(85)</sup>.

Per quanto riguarda la prima - la quale, secondo parte della Dottrina<sup>(86)</sup>, può indirettamente ricavarsi vuoi dalla negative list di cui al quarto paragrafo dell'art. 5 del Modello (oggi riprodotto nel comma 4 dell'art. 162), concernente le attività svolte dalla sede fissa d'affari il cui contributo alla realizzazione del reddito è di difficile appuramento, vuoi dall'art. 7, paragrafo 2, del Modello che riguarda le modalità di attribuzione del reddito alla stabile organizzazione - in tal senso depone risolutivamente la derivazione della nozione interna da quella di cui al primo paragrafo dell'art. 5 del Modello e la chiara intenzione dell'Ocse, quale risultante dalla stessa storia dell'istituto in discorso, di escludere l'idoneità produttiva dal novero degli elementi essenziali della stabile organizzazione materiale.

---

85 Conf. Cass., Sez. trib., 25 luglio 2002, n. 10925, in banca dati "il fiscovideo", nonché Cass., Sez. I, 27 novembre 1987, nn. 8815 e 8820, rispettivamente in "Dir. prat. trib.", 1988, II, pagg. 1468 e seguenti ed in "Rass. Trib.", 1988, II, pagg. 569 e seguenti; diversamente, nel senso della necessaria autonomia funzionale della stabile organizzazione vd. Cass., Sez. I, 19 settembre 1990, n. 9580, in banca dati "il fiscovideo", e in "Dir. prat. trib.", 1989, II, pagg. 322 e seguenti ed ivi nota di F. Tundo, In tema di stabile organizzazione ed Iva; in quest'ultimo senso anche risoluzione ministeriale 13 dicembre 1989, n. 460196 in banca dati "il fiscovideo".

86 A. Lovisolo, Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione, in "Dir. prat. trib.", 1983, I, pagg. 1136-1137; F. GALLO, Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno, in "Riv. dir. fin.", 1985, I, pagg. 400-401; R. Schiavolin, I soggetti passivi, in F. Tesoro (a cura di), "L'imposta sul reddito delle persone fisiche", Torino, 1994, tomo I, pag. 83.

Per quanto riguarda l'autonomia gestionale e/o contabile, la conclusione di cui sopra circa l'irrilevanza di tale elemento ai fini definitori della stabile organizzazione materiale deriva, oltrechè dalla lettera stessa del comma 1 dell'art. 162 che ad essa non fa alcun riferimento, dal vecchio art. 117 del Tuir (sostanzialmente conforme in parte qua all'art. 82, comma 3, del Testo unico delle leggi sulle imposte dirette del 1958) ai sensi del quale l'Ilor colpiva "anche i redditi derivanti da attività commerciali esercitate all'estero prodotti all'estero senza stabile organizzazione con gestione e contabilità separate". Il che evidentemente significa che è concepibile una stabile organizzazione priva di gestione e/o contabilità separata(87).

## 2.2 Le ipotesi positive

Il comma 2 dell'art. 162 contiene un elenco di installazioni "comprese" nell'espressione stabile organizzazione a meno che, come risulta dall'ultimo comma dello stesso articolo, loro tramite non vengano esercitate attività aventi natura preparatoria od ausiliaria.

L'elencazione ricalca, con una sola differenza, la lista di cui al secondo paragrafo dell'art. 5 dell'odierna versione del Modello. Trattasi in particolare della sede di direzione [lettera a)], della succursale [lettera b)], dell'ufficio [lettera c)], dell'officina [lettera d)], del laboratorio [lettera e)], della miniera, del giacimento petrolifero o di gas naturale, della 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" [lettera f)].

L'unica differenza rispetto al Modello di convenzione-tipo dell'Ocse sta proprio in quest'ultima fattispecie giacché la norma italiana configura come stabile organizzazione la miniera, il giacimento petrolifero o di gas naturale, la cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali anche se localizzate "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". Si può leggere questa differenziazione come una estensione del principio di territorialità posto che in tal caso la installazione fissa si configura come stabile organizzazione pur non essendo fisicamente collegata con il territorio, in senso stretto, dello Stato estero cui è attribuita la potestà impositiva; ne consegue, quanto in particolare ai soggetti non residenti, la tassabilità nel nostro Paese del reddito d'impresa, in sostanziale deroga all'art. 23, comma 1, lettera e), del Tuir, pur quando non derivi da attività ivi esercitate(88).

In ragione della derivazione della nozione interna di stabile organizzazione da quella convenzionale, nella quale, com'è noto, la corrispondente positive list non è affatto

---

87 Risoluzione ministeriale, 1° febbraio 1983, n. 9/2398, in banca dati "il fiscovideo".

88 G.B. Lombardo- D. Ceccarelli, L'introduzione di una nozione di stabile organizzazione, in AA.VV., La tassazione delle società nella riforma fiscale, Milano, 2004, pag. 118

esaustiva, l'elencazione di cui al comma 2 dell'art. 162 non può non ritenersi meramente esemplificativa(89). Ne consegue dunque che sarà sempre possibile dimostrare l'esistenza di una stabile organizzazione anche al di fuori dei casi ivi contemplati.

Il reale significato dell'elencazione in questione è problema comune alla corrispondente norma convenzionale.

Sul punto va infatti rilevato che, sebbene le esemplificazioni di cui al secondo paragrafo dell'art. 5 del Modello siano considerate dal Commentario quali casi in cui si configura stabile organizzazione materiale solo in presenza delle condizioni di cui al primo paragrafo dello stesso art. 5, vale a dire fissità (per quanto qui rileva, soprattutto in senso temporale) e strumentalità dell'installazione(90), a tale interpretazione l'Italia ha ritenuto di non aderire giacché un'apposita riserva al predetto Commentario precisa che, per quanto riguarda il nostro Paese, le esemplificazioni di cui al secondo paragrafo dell'art. 5 possono essere considerate sempre come ipotesi che, a priori, configurano stabili organizzazioni. Il ruolo di tale osservazione non è invero chiarissimo.

Essa, infatti, può essere letta in due modi diversi: o come adesione ad una interpretazione della positive list nel senso di contenere, tale lista, ipotesi in cui si configura sempre e comunque una stabile organizzazione a prescindere dalla ricorrenza o meno delle condizioni di cui al primo paragrafo.

ovvero come attribuzione alla lista in questione di una valenza solo procedimentale e ciò nel senso che essa solleva, a seconda dei casi, l'Amministrazione finanziaria o il contribuente, dall'onere di provare che le figure ivi elencate configurano delle stabili organizzazioni. Secondo quest'altra lettura della riserva in questione, in altre parole, le figure elencate nel secondo paragrafo, costituirebbero dei casi in cui si presume, salvo prova contraria, l'esistenza della stabile organizzazione(91).

Ebbene, nel dubbio, appare invero più convincente la valenza meramente procedimentale-probatoria dell'elencazione in oggetto e ciò in quanto per alcune delle figure ivi previste, come dimostra l'esempio su riferito, la sussistenza dei requisiti di cui al comma 1 dell'art. 162 non risulta affatto scontata. Ed ammettere la sussistenza della stabile organizzazione, pur in assenza dei requisiti in questione, potrebbe porsi in contrasto, almeno quando la figura viene in considerazione al fine di attribuire la potestà impositiva allo Stato della fonte, con il comma 1 dell'art. 53 della Costituzione il quale postula, ai fini del concorso alle spese pubbliche, un inserimento nella comunità da parte del chiamato che non sia meramente occasionale.

Di qui la preferenza per un'interpretazione, per così dire procedimentale, della positive list di cui al comma 2 dell'art. 162 tale per cui nei casi ivi previsti si ha stabile organizzazione a meno che vuoi il contribuente, vuoi l'Amministrazione finanziaria, a seconda del profilo sotto cui viene in considerazione la figura in oggetto (sul punto vd. *Infra* in questo stesso capitolo il paragrafo 9), non dimostrino la mancanza degli elementi essenziali di cui al comma 1(92).

Ciò detto e venendo sinteticamente alle singole fattispecie di cui alla positive list che costituiscono stabile organizzazione, quanto alla sede di direzione, è tale il luogo fisicamente e temporalmente collegato con un determinato territorio estero nel quale

---

89 Paragrafo 12 del Commentario all'art. 5 del Modello Ocse.

90 Paragrafo 12 del Commentario all'articolo 5.

91 E. Della Valle, La nozione di stabile organizzazione nel nuovo Tuir, in "Rassegna tributaria" n. 5 di settembre-ottobre 2004, pag. 1613.

92 S. Mayr, Riforma Tremonti: la definizione di stabile organizzazione, in "Boll. trib.", 2003, pag. 1291.

vengono esercitate attività di direzione dell'impresa e cioè attività aventi carattere manageriale. Tale luogo non coincide necessariamente con l'head office (centro di direzione) dell'impresa estera e cioè il luogo dove vengono accentrate anche funzioni di coordinamento e di indirizzo.

Perché si abbia una sede di direzione, in dottrina non viene ritenuto necessario che in essa vengano prese tutte le decisioni più importanti giacché altrimenti saremmo nel diverso concetto di "sede di direzione effettiva", il quale viene utilizzato nel Modello di convenzione-tipo dell'Ocse o al fine di dirimere i casi di doppia residenza delle persone giuridiche ovvero allo scopo di individuare lo Stato avente potestà impositiva relativamente alle imprese di navigazione marittima ed aerea.

Quanto alla succursale (l'inglese branch), concetto per lungo tempo assimilato a quello di stabile organizzazione<sup>(93)</sup>, si tratta di un "segmento" di un'impresa, una sua parte fisicamente e territorialmente distaccata dalla sede, avente una certa indipendenza sotto il profilo economico-commerciale<sup>(94)</sup>.

Il concetto [cui si fa riferimento nella prassi anche con il termine di filiale] tende ad essere identificato con quello di "sede secondaria con rappresentanza stabile" di cui agli artt. 2197 e 2506 del codice civile, disposizioni che prevedono, rispettivamente, l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese delle sedi secondarie con rappresentanza stabile istituite nel territorio dello Stato, e l'assoggettamento delle sedi secondarie italiane delle società costituite all'estero alle disposizioni del nostro ordinamento sulla pubblicità degli atti sociali. Una conferma in tal senso viene, ad esempio, dal D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 516 nel quale il termine "succursale" di cui alla direttiva 22 dicembre 1989, n. 89/CEE (Undicesima Direttiva del Consiglio relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato) è stato tradotto con l'espressione "sede secondaria con rappresentanza stabile".

Mancando nel nostro ordinamento una definizione normativa del concetto di "sede secondaria con rappresentanza stabile", la giurisprudenza fa riferimento, nella sua individuazione, alla circostanza che nel nostro Paese vi sia un'azienda o uno stabilimento o comunque un nucleo imprenditoriale organicamente collegato con la sede principale all'estero, che risulti dotato di una certa autonomia amministrativa e la cui gestione sia affidata ad un soggetto abilitato ad agire, con carattere di continuità, in nome e per conto della società estera<sup>(95)</sup>.

Per quanto riguarda l'ufficio, va rilevato come si tratti di un concetto che può sovrapporsi a quelli di sede di direzione<sup>(96)</sup> e di succursale. Integra gli estremi dell'ufficio anche l'affidamento ad un'installazione fissa, da parte di un'impresa multinazionale, di funzioni di controllo e di coordinamento dell'attività dell'impresa stessa<sup>(97)</sup>.

Quanto infine alle fattispecie dell'officina e del laboratorio, si tratta di installazioni nelle quali, diversamente dal caso degli uffici, si svolgono generalmente i processi

---

93 Cass., Sez. I, 27 novembre 1987, nn. 8815 e 8820.

94 K. Vogel, *On Double taxation Conventions*, Kluwer, 1997, pag. 297.

95 Cass., SS.UU., 15 novembre 1960, n. 3041.; Cass., 8 marzo 1969, n. 762, in "Giust. civ. mass."; Cass., 4 febbraio 1969, n. 341.

96 Paragrafo 13 del Commentario all'art. 5 del Modello Ocse.

97 Paragrafo 24 del Commentario all'art. 5 del Modello, paragrafo richiamato da Cass., Sez. trib., 25 dicembre 2002, n. 7682.

strettamente produttivi(98). Il laboratorio, peraltro, ben può essere utilizzato per l'esercizio di attività aventi carattere preparatorio od ausiliario: si pensi, ad esempio, all'attività di ricerca scientifica.

### 2.3 Il cantiere e l'esercizio di attività di supervisione connesse

Passando al comma 3 dell'art. 162, concernente i cantieri di costruzione, di montaggio o di installazione e le connesse attività di supervisione, trattasi di disposizione corrispondente al terzo paragrafo dell'art. 5 del Modello di convenzione-tipo dell'Ocse (nei trattati stipulati dall'Italia, invece, la fattispecie in questione si trova elencata nella positive list di cui al secondo paragrafo dell'art. 5).

Rispetto alla corrispondente disposizione del Modello due sono le varianti: la prima consistente nel fatto che l'art. 162 si riferisce esplicitamente anche all'attività di supervisione, invece non menzionata nel predetto Modello [ma menzionata nel relativo Commentario e nell'art. 5 di talune convenzioni stipulate dall'Italia]; la seconda in ciò che la norma italiana prevede che il periodo minimo, trascorso il quale si è in presenza di una stabile organizzazione [periodo minimo che evidentemente sostituisce il requisito della permanenza di cui al comma 1 dell'art. 162(99)], è quello di tre mesi [nei trattati stipulati dall'Italia, invece, il periodo in questione è di regola più lungo].

Dispone in particolare il comma 3 dell'art. 162 che "un cantiere di costruzione o di montaggio o di installazione, ovvero l'esercizio di attività di supervisione ad esso connesse, è considerato stabile organizzazione soltanto se tale cantiere, progetto o attività abbia una durata superiore a tre mesi".

La previsione genera una serie di dubbi. Innanzi tutto, per quanto specificamente riguarda l'attività di supervisione, l'interrogativo è se, ai fini della sussistenza di una stabile organizzazione, occorra o meno che anche il cantiere cui l'attività medesima è connessa permanga per più di tre mesi. Per la negativa sembrerebbe comunque deporre la lettera della norma in questione (100).

Quid iuris inoltre dell'attività di progettazione? In effetti tale attività non viene menzionata nella disposizione in oggetto ancorché in essa si rinvenga, in particolare nella parte in cui viene individuata la durata minima dell'installazione, il riferimento al "progetto"(101).

Un ulteriore dubbio si ha allorché il cantiere, di durata superiore a tre mesi, sia costituito da più imprese alcune delle quali partecipanti all'esecuzione dei lavori per un periodo di tempo uguale o inferiore a tre mesi. In particolare ci si chiede se in tal caso il

---

98 A. Lovisolo, La stabile organizzazione, La stabile organizzazione, in V. Uckmar, "Corso di diritto tributario internazionale", Padova, 2001, pag.308.

99 S. Mayr, Società estera con cantiere in Italia: vi è stabile organizzazione?, in "Corr. trib.", 1990, pagg. 2280.

100 M. Piazza, La nuova nozione di stabile organizzazione, in P. Ceppellini-R. Lugano (a cura di), La nuova Ires: come cambia l'imposizione dal 1° gennaio 2004, Milano, 2004, pag. 157.

101 M. Piazza, La nuova nozione di stabile organizzazione, in P. Ceppellini-R. Lugano (a cura di), La nuova Ires: come cambia l'imposizione dal 1° gennaio 2004, Milano, 2004, pag. 156-157.

cantiere debba considerarsi o meno stabile organizzazione anche di queste ultime imprese.

La soluzione negativa appare invero imporsi in ragione del fatto che il requisito temporale di cui al comma 3 dell'art. 162, stante la funzione della stabile organizzazione, non può che riguardare anche il profilo della strumentalità dell'installazione; cosicché laddove lo sfruttamento del cantiere "non raggiunge o eccede la soglia di adeguatezza quantitativa indicata dalla disciplina legislativa, non si è in presenza di una sede fissa di affari, almeno non dell'impresa che adopera la struttura in modo non sufficientemente intenso"(102).

Non risulta infine chiaro quale sia il rapporto intercorrente tra la previsione in oggetto e quella relativa alla positive list di cui al comma 2 nell'eventualità che una delle installazioni menzionate in detta lista sia presente all'interno del cantiere.

A livello convenzionale il punto è peraltro affrontato nel paragrafo 16 del Commentario all'art. 5 del Modello secondo cui eventuali installazioni presenti all'interno del cantiere non configurano mai una stabile organizzazione nel caso in cui il cantiere non superi la durata di dodici mesi (in tal modo le predette installazioni sono sottratte alla condizione temporale di cui al primo paragrafo dello stesso art. 5 in ragione del collegamento funzionale con il cantiere). In mancanza di chiare indicazioni di segno contrario ritraibili dall'art. 162, alla stessa conclusione dovrebbe così pervenirsi con riferimento alla corrispondente normativa interna.

## 2.4 Le ipotesi negative

La negative list - Quanto alla negative list di cui al comma 4 dell'art. 162, trattasi di una elencazione di casi in cui, pur esistendo una sede fissa d'affari, non si configura la stabile organizzazione poiché detta sede viene utilizzata per l'esercizio di attività lontane dalla effettiva produzione del reddito.

Trattasi di attività che, come si ricava dalla previsione residuale di cui alla lettera e) del comma 4, relativa all'utilizzo della sede fissa d'affari "ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario", hanno, appunto, carattere preparatorio od ausiliario.

Il comma in questione riproduce in toto le ipotesi negative di cui al quarto paragrafo dell'art. 5 del Modello di convenzione-tipo dell'Ocse, il quale, si è visto in precedenza, ha in qualche modo la funzione di controbilanciare l'eliminazione dell'idoneità produttiva tra i requisiti della stabile organizzazione, eliminazione avvenuta, a livello di modellistica convenzionale, con il Modello del 1963(103).

Si è sopra anticipato che la norma in oggetto prevale sulla positive list di cui al comma 2 e ciò nel senso che le sedi fisse d'affari ivi contemplate configurano una stabile

---

102 A.M. Gaffuri, La stabile organizzazione nella nuova Ires, in G. Marino (a cura di), "La nuova imposta sul reddito delle società", Milano, 2004, pag.288.

103 A. Lovisolo, La stabile organizzazione, La stabile organizzazione, in V. Uckmar, "Corso di diritto tributario internazionale", Padova, 2001, pag.309.

organizzazione solo ove, per il loro tramite, vengano esercitate attività diverse da quelle, avente carattere preparatorio od ausiliario, di cui al comma 4.

Non è invece chiaro se la norma in questione prevalga, nel senso appena precisato, sul comma 6 relativo al cosiddetto agente dipendente.

In tale comma, infatti, non si rinviene la formula chiarificatrice di cui all'omologo quinto paragrafo dell'art. 5 del Modello di convenzione-tipo dell'Ocse laddove si afferma che la disponibilità di un "agente dipendente" configura una stabile organizzazione personale a meno che le attività svolte da tale soggetto non siano limitate a quelle elencate nella negative list di cui al quarto paragrafo.

Diversamente il comma 6 della norma italiana (sul punto conforme all'art. 5 del Modello di convenzione-tipo dell'Ocse del 1963) prevede che l'"agente dipendente" sia tale e configuri, conseguentemente, una stabile organizzazione a meno che l'attività di conclusione di contratti non riguardi solo quelli di acquisto di beni. Si potrebbe dunque inferire che il legislatore italiano abbia voluto differenziare sul punto la nozione interna da quella di cui all'odierna versione del Modello<sup>104</sup>; trattasi di conclusione che non va peraltro sopravvalutata poiché nella elencazione di cui al comma 4 dell'art. 162 comunque si rinviene anche il caso dell'utilizzo della sede fissa d'affari "ai soli fini" dell'acquisto di beni o merci.

Su cosa si intenda per attività aventi carattere preparatorio od ausiliario qualche indicazione si può trarre dal Commentario all'art. 5 del Modello<sup>(105)</sup>.

Il Commentario dunque anziché definire l'attività avente carattere preparatorio od ausiliario, chiarisce ciò che non lo è.

Il paragrafo 23 del Commentario prevede alcuni esempi di attività da ricondurre all'interno della previsione di cui al sub-paragrafo f) del quarto paragrafo dell'art. 5, corrispondente alla citata lettera e) del comma 4 dell'art. 162.

Viceversa, sempre secondo il Commentario (paragrafo 24), non costituisce attività avente carattere preparatorio od ausiliario, tra le altre, quella consistente nella funzione di direzione di un'impresa.

Come si desume ancora dalla previsione residuale di cui alla lettera e) del comma 4, l'utilizzazione della sede fissa d'affari per lo svolgimento di attività aventi carattere preparatorio od ausiliario non determina la configurabilità di una stabile organizzazione solo se detta utilizzazione avvenga "ai soli fini" del predetto svolgimento. Se dunque l'installazione fissa viene utilizzata anche per attività diverse da quella contemplate dal comma 4 e tali attività sono prive del carattere in questione [poiché, altrimenti, verrebbe in considerazione la lettera f) dello stesso comma concernente l'esercizio combinato di più attività aventi carattere preparatorio od ausiliario], ecco configurarsi la stabile organizzazione in relazione a tutte le attività svolte per il tramite dell'installazione fissa (106). Ed ancora dalla citata previsione residuale si ricava il principio che l'esercizio di un'attività avente carattere preparatorio od ausiliario per il tramite di una sede fissa d'affari non integra gli estremi della stabile organizzazione materiale a condizione che tale attività venga svolta solo per l'impresa cui appartiene la sede fissa d'affari e non anche in favore di soggetti terzi<sup>(107)</sup>.

---

104 S. MAYR, *Riforma Tremonti: la definizione di stabile organizzazione*, in "Boll. trib.", 2003, pag.1292.

105 Paragrafo 23 e 24 del Commentario all'art. 5 del Modello Ocse.

106 Paragrafo 30 del Commentario all'art. 5 del modello Ocse.

107 Paragrafi 26 e 28 del Commentario all'art. 5 del modello Ocse.

Venendo alle singole tipologie di attività elencate nel comma 4, e prendendo le mosse dalla lettera a) di tale disposizione, relativa all'utilizzazione dell'installazione "ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa", la lettera in questione si riferisce, per quanto riguarda l'attività di deposito, ai magazzini. Questi non configurano stabile organizzazione a condizione che vengano utilizzati per il deposito di beni o merci dell'impresa cui il magazzino appartiene.

Quanto invece all'uso dell'installazione a fini espositivi, la norma, secondo alcuni, dovrebbe riguardare il caso di beni o merci esposti presso lo stand di una fiera o in uno showroom situato nello Stato della fonte sempre che l'installazione non sia utilizzata anche per ricevere gli ordini o, addirittura, vendere direttamente le merci esposte. Relativamente al caso dello stand di una fiera, occorre tuttavia tener conto che in genere la configurabilità di una stabile organizzazione in tal caso dovrebbe escludersi per mancanza del requisito della fissità in senso temporale dell'installazione (a meno che il requisito della fissità in senso temporale, come si è sopra ipotizzato, non possa ritenersi integrato anche nell'ipotesi di attività di breve durata che tuttavia si ripetono per un certo numero di anni).

Per quanto riguarda, infine, l'uso dell'installazione ai soli fini della consegna di beni o merci dell'impresa, la norma intende probabilmente confermare che se il magazzino non viene utilizzato per la raccolta di ordini o direttamente per la vendita di beni o merci dell'impresa, non si ha stabile organizzazione. Risulta inoltre irrilevante il luogo dove vengono consegnati i beni o le merci medesime.

La lettera b) del comma 4 prevede invece il caso in cui "i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna".

La differenza rispetto alla precedente esclusione sta in ciò che mentre in quel caso l'impresa estera ha un'installazione che utilizza ai soli fini di deposito, esposizione o consegna di beni, qui i beni vengono raggruppati in un magazzino (eventualmente utilizzato anche da altre imprese) per esservi depositati, esposti o consegnati. In buona sostanza l'esclusione di cui alla lettera b) riguarda il mantenimento in sé di un determinato quantitativo di beni in uno specifico luogo(108).

Quanto alla lettera c), si tratta del caso in cui "i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa".

La lettera d) riguarda il caso in cui "una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa".

Per quanto riguarda l'ipotesi dell'acquisto di beni o merci, deve trattarsi, appunto, di mero acquisto di modo che non sono tollerate attività diverse quali quelle di trasformazione o manipolazione dei beni e delle merci medesime.

Relativamente a tale ipotesi, si ritiene irrilevante l'uso che dei beni acquistati dalla sede fissa d'affari venga effettuato dalla casa madre; cosicché quest'ultima può sia commercializzarli che trasformarli o lavorarli senza che venga meno l'esclusione.

L'ultima esclusione prevista dal comma 4 è quella di cui alla lettera f) consistente nel fatto che l'installazione 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".

Riguardo a tale esclusione, che non è presente nei trattati stipulati dall'Italia i quali sul punto si conformano al Modello del 1963, si può solo rilevare che l'indagine circa la natura preparatoria od ausiliaria dell'attività complessivamente esercitata dalla sede fissa

---

108 Paragrafo 22 del Commentario all'art.5 del modello Ocse.

d'affari mediante la combinazione delle attività di cui alle altre ipotesi di esclusione richiede, ovviamente, una valutazione caso per caso.

## 2.5 Gli elaboratori elettronici ed i relativi impianti ausiliari

Il comma 5 dell'art. 162 contempla un'ulteriore ipotesi di esclusione (la quale, peraltro, non trova corrispondenza in alcuna previsione dell'art. 5 del Modello di convenzione-tipo dell'Ocse) concernente "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". Dispone in particolare il comma in questione che la predetta disponibilità "non costituisce di per sé stabile organizzazione".

Che si tratti di un'ipotesi di esclusione, ulteriore rispetto a quelle elencate nella negative list di cui al comma precedente, risulta evidente dalla formula di apertura ("Oltre a quanto previsto dal comma 4"). Ma la finalità della norma non appare chiarissima<sup>(109)</sup>. Valorizzando il suo collegamento con il comma precedente, si può ipotizzare che il legislatore delegato abbia voluto evidenziare il carattere in sé meramente preparatorio od ausiliario, rispetto alla vendita di beni e servizi, dell'attività di raccolta e trasmissione dati, pur quando esercitata per il tramite di elaboratori elettronici ed apparecchiature accessorie (ad esempio, un server)<sup>(110)</sup>. Ciò, deve peraltro ragionevolmente ritenersi sebbene la norma non lo precisi, a meno che l'attività dell'impresa consista proprio nella raccolta e trasmissione di dati.

Il legislatore delegato parrebbe così discostarsi dalle indicazioni contenute nel Commentario all'art. 5 del Modello Ocse laddove (paragrafo 42.6) si afferma che la presenza di un server è stabile organizzazione pure in assenza di personale addetto al suo funzionamento e manutenzione. Ed infatti ai sensi dell'art. 162 la mera proprietà di un server e la facoltà d'uso dello stesso non determinano, in sé, l'esistenza di una stabile organizzazione. Perché questa si configuri secondo il diritto interno, come è stato correttamente rilevato in dottrina, occorre un *quid pluris* e cioè "lo sfruttamento concreto della macchina per l'esecuzione di una o più fasi essenziali del ciclo operativo dell'impresa" <sup>(111)</sup>(si torna, in buona sostanza al requisito della strumentalità della sede d'affari di cui al comma 1 dell'art. 162).

Tra i casi in cui tale condizione ulteriore si potrebbe ritenere realizzata, vanno annoverati quelli del server posizionato nel nostro territorio che ospiti un sito strutturato per offrire direttamente beni o servizi al pubblico in modo che attraverso il collegamento al sito sia possibile o concludere direttamente la transazione mercè lo scambio di merce digitalizzata e relativo prezzo (cosiddetto commercio elettronico diretto) ovvero, almeno, stipulare il negozio on line (nelle ipotesi di cosiddetto commercio elettronico

---

<sup>109</sup> P. Adonnino, Il fronte elettronico della stabile organizzazione, in "Il Sole-24 Ore", 12 agosto 2003, pag. 15.

<sup>110</sup> M. Manca, La stabile organizzazione nell'ordinamento italiano ed il commercio elettronico, in "il fisco", n. 48/2003, fascicolo n. 1, pagg. 7532 e seguenti.

<sup>111</sup> A.M. Gaffuri, La stabile organizzazione nella nuova Ires, in G. Marino (a cura di), "La nuova imposta sul reddito delle società", Milano, 2004, pag. 295.

indiretto in cui il canale distributivo non è quello digitale), nonché dell'impresa non residente che, oltre a disporre di un server nel nostro territorio con annesso sito web, possessa in Italia anche l'organizzazione materiale per la consegna della merce(112). Desta infine curiosità il fatto che la norma in oggetto nulla dica quanto al sito web, il quale com'è noto, secondo le indicazioni contenute nel Commentario al Modello di convenzione-tipo dell'Ocse non può mai configurare una stabile organizzazione in ragione della sua intangibilità; circostanza che viene interpretata come volontà dello stesso di estromettere il suddetto sito dalle installazioni che possono configurare una stabile organizzazione(113).

## 2.6 La stabile organizzazione personale

La nozione dicotomica di stabile organizzazione si completa, sul piano del diritto interno, con i commi da 6 a 8 dell'art. 162, i quali riguardano tutti la stabile organizzazione cosiddetta personale.

Il primo disciplina il contenuto positivo della relativa definizione; i rimanenti due quello negativo. In questo paragrafo analizzeremo in particolare il comma 6 dell'art. 162 che, nel far salvo quanto prevede il comma successivo, ricollega l'esistenza della figura in questione al fatto di disporre, l'impresa non residente, di un soggetto (persona fisica, giuridica o altro) che, nel territorio dello Stato (pur non essendo ivi residente), abitualmente conclude contratti, diversi da quelli di acquisto di beni, in nome dell'impresa non residente; inoltre si analizzerà il comma 7, che precisa che "non costituisce stabile organizzazione dell'impresa non residente il solo fatto che essa eserciti nel territorio dello Stato la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissionario generale, o di ogni altro intermediario che goda di uno status indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività".

Rispetto alla corrispondente agent clause di cui ai paragrafi 5 e 6 dell'art. 5 dell'attuale versione del Modello di convenzione-tipo dell'Ocse, non mancano le differenze.

Mentre il quinto paragrafo dell'art. 5 dell'attuale versione del Modello esclude la configurabilità della stabile organizzazione allorché l'agente si limiti a svolgere le attività aventi carattere preparatorio od ausiliario di cui al quarto paragrafo, il comma 6 dell'art. 162 del Tuir tollera, onde escludere la predetta configurabilità, solo la conclusione di contratti aventi ad oggetto l'acquisto di beni.

In effetti la norma interna, si è sopra anticipato, sembrerebbe riprodurre sul punto l'art. 5, paragrafo 4, del Modello di convenzione-tipo del 1963 (cui si conformano gran parte delle convenzioni stipulate dall'Italia) laddove si escludeva dalle ipotesi di stabile organizzazione personale il caso in cui le attività dell'agente si limitassero, appunto, all'acquisto di beni o merci per l'impresa. Ne dovrebbe così conseguire che, ai sensi della

---

112 A.M. Gaffuri, La stabile organizzazione nella nuova Ires, in G. Marino (a cura di), "La nuova imposta sul reddito delle società", Milano, 2004, pag.296.

113 M. Piazza, La nuova nozione di stabile organizzazione, in P. Ceppellini-R. Lugano (a cura di), La nuova Ires: come cambia l'imposizione dal 1° gennaio 2004, Milano, 2004, pag. 159.

normativa interna, la natura preparatoria od ausiliaria dell'attività esercitata non esclude la configurabilità della stabile organizzazione personale a meno che detta attività non si risolva soltanto nella conclusione, in nome dell'impresa non residente, di contratti di acquisto di beni(114). Di qui il corollario che, con riferimento alla stabile organizzazione personale, viene meno la possibilità di sostenere la tesi della rilevanza, a fini definitivi, dell'elemento dell'idoneità produttiva basandosi, appunto, sull'elencazione delle attività aventi natura preparatoria od ausiliaria di cui al comma 4 dell'art. 162.

Si è rilevato in precedenza come, tradizionalmente, la stabile organizzazione personale, così come sopra definita, venga distinta da quella materiale sulla base della circostanza che nella prima mancherebbe l'elemento del *fixed place of business* (la sede fissa d'affari), costituente, viceversa, il nucleo concettuale della seconda.

Una tale conclusione, tuttavia, nella sua absolutezza, non risulta condivisibile tenuto conto che l'intermediario può ben essere dotato di una sede fissa di affari e che in tal caso la sede risulta di fatto riferibile alla casa madre.

Appare al riguardo convincente quella recente dottrina che ritiene di scarso peso l'elemento differenziatore del *fixed place of business* "ove si consideri, per un verso, l'ampissima nozione di *place* e di *fixed* elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza internazionale [...] e, per altro verso, come anche nel caso della stabile organizzazione personale esiste, di regola, un *fixed place of business* [...] con la sola differenza che quel luogo fisso di affari è, almeno in apparenza, strumentale all'attività dell'agente"; sicché, rileva la dottrina in questione, "ove si ritenga che le regole sulla stabile organizzazione personale si risolvono in criteri per l'imputazione dell'attività, l'indicata differenza scompare poiché se l'attività dell'agente è imputata all'impresa estera, anche la sede fissa di affari dell'agente, conseguentemente, sarà a questa riferibile"(115). Risulta così evidente come non possa aprioristicamente distinguersi stabile organizzazione materiale e personale in funzione dell'elemento del *fixed place of business*, in tesi presente nella prima ed assente nella seconda.

Né le due specie di stabile organizzazione possono distinguersi sotto il profilo della permanenza temporale giacché questa, nel caso della stabile organizzazione personale, è surrogata dall'abitudine dell'attività dell'agente, consistente, si è visto, nella conclusione di contratti diversi da quelli di acquisto di beni.

Sotto questo profilo e considerando il solo caso della stabile organizzazione italiana dell'impresa non residente, l'estensione del concetto di stabile organizzazione all'eventualità della presenza di persone che agiscono abitualmente nello Stato della fonte in nome dell'impresa stessa è perfettamente in linea, dal punto di vista del diritto interno, con l'esigenza che il chiamato al concorso alle spese pubbliche presenti un legame con lo Stato ente esponenziale della Comunità non meramente occasionale.

Per quanto riguarda più in generale il rapporto tra la stabile organizzazione materiale e quella personale, è evidente trattarsi di un rapporto di alternatività e ciò nel senso che ove sussistono le condizioni per cui si configuri la prima, l'interprete è dispensato dal verificare se sussistano i presupposti per la configurabilità della seconda. Sul punto, in

---

114 A. Lovisolo, La "forza di attrazione" e la determinazione del reddito della stabile organizzazione, cit., pagg. 75-76.

115 G. Fransoni, La nozione di stabile organizzazione personale nel diritto interno e la rilevanza della "stabilità" dell'organizzazione, Milano, pag. 366.

effetti, non si ravvedono ragioni per discostarsi dal Commentario al Modello di convenzione-tipo dell'Ocse (116).

Venendo più in dettaglio al contenuto definitorio dell'agent clause interna e prendendo le mosse dai commi 6 e 7 dell'art. 162, si è visto che la configurabilità della stabile organizzazione personale dipende dalla abituale conclusione di contratti, diversi da quelli di acquisto di beni, in nome dell'impresa non residente salvo che tale attività non venga svolta da un intermediario che (i) goda di uno status indipendente e che (ii) agisca nell'ambito della propria ordinaria attività.

Per quanto riguarda l'attività di conclusione di contratti, poiché la norma esclude quelli di acquisto di beni (stante l'assenza di eccezioni, si deve supporre anche quelli relativi all'attività propria dell'impresa non residente), dovrebbero venire in considerazione solo quelli aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi e tra questi, ragionevolmente (seguendo sul punto le indicazioni del Commentario all'art. 5 del Modello Ocse) solo quelli concernenti l'attività propria dell'impresa non residente.

Occorre inoltre osservare che il comma 6, nella parte in cui richiede che l'attività in questione venga svolta in nome dell'impresa non residente, parrebbe evocare ipotesi di rappresentanza diretta in cui il rappresentante spenda il nome del rappresentato (cosiddetto *contemplatio domini*). Ciò che, almeno apparentemente, mal si concilia con l'esclusione, disposta dal successivo comma, di mediatori e commissionari generali che agiscono nell'ambito della loro rispettiva ordinaria attività dalle figure che possono configurare la stabile organizzazione personale.

Senonché l'interpretazione delle due disposizioni in oggetto non può non essere condizionata dalle indicazioni contenute nel Commentario relativamente alle corrispondenti previsioni di cui all'art. 5 del Modello(117). Ebbene il paragrafo 32.1 del Commentario all'art. 5, paragrafo 5, del suddetto documento precisa al riguardo che "la frase 'potere di concludere contratti in nome dell'impresa' non limita l'applicazione del paragrafo ad un agente che conclude contratti letteralmente in nome dell'impresa", lo stesso dovendo essere applicato "anche ad un agente che conclude contratti che sono vincolanti per l'impresa anche se tali contratti non sono effettivamente conclusi in nome dell'impresa". Ed ivi si aggiunge, a tale ulteriore indicazione, peraltro, essendosi recentemente uniformata la Corte di Cassazione(117), che il potere di concludere contratti va inteso in termini sostanziali di modo che rileva anche il potere di vincolare di fatto l'impresa alle clausole negoziali predisposte dall'intermediario in sede di trattativa(118).

Il rapporto tra il comma 6 dell'art. 162, il quale fa salvo quanto previsto dal comma successivo, e quest'ultima disposizione, secondo cui deve escludersi la configurabilità della stabile organizzazione personale nel caso in cui l'impresa non residente eserciti la propria attività nel nostro Paese per il tramite di un mediatore, di un commissario generale (ossia soggetti che operano secondo gli schemi della rappresentanza indiretta) ovvero di qualsiasi altro intermediario indipendente sempre che tale intermediario agisca nell'ambito della propria ordinaria attività, dovrebbe ritenersi identico (pur considerata la diversità del contesto) a quello che intercorre, secondo l'opinione prevalente(119), tra il

---

116 Paragrafo 35 del Commentario all'art. 5 del modello Ocse.

117 Cass., Sez. trib., 7 marzo 2002, n. 3367.

118 Paragrafo 33 del Commentario all'art. 5 del modello Ocse.

119 J.F. Avery-D.A. Ward, Agents as permanent establishments under the OECD Model Tax Conventions, in "Dir. prat. trib.", 1993, I, pagg. 1599; G. Persico, La nozione di stabile organizzazione

quinto ed il sesto paragrafo dell'art. 5 del Modello di convenzione-tipo dell'Ocse: in particolare poiché il presupposto per configurare una stabile organizzazione personale è la disponibilità e l'esercizio abituale di poteri di rappresentanza vincolanti per l'impresa estera, le figure del commissionario generale e del mediatore, non dovrebbero potersi considerare quali stabili organizzazioni se non quando, travalicando l'ambito della loro ordinaria attività, esercitano abitualmente poteri di rappresentanza.

Circa l'indipendenza dell'intermediario, la quale sembrerebbe caratterizzare per definizione il mediatore ed il commissionario generale, com'è noto, essa, secondo quanto precisato nel Commentario, va valutata sotto il duplice profilo giuridico ed economico.

Dal requisito dell'indipendenza, il comma 7 dell'art. 162, così come la corrispondente disposizione di cui al Modello di convenzione-tipo dell'Ocse, parrebbe distinguere quello che attiene al tipo di attività svolta dall'intermediario; questi, infatti, onde non configurare una stabile organizzazione, deve operare nell'ambito della propria ordinaria attività.

Vi è tuttavia in dottrina chi (120) ha rilevato come i due requisiti in questione possano talvolta confondersi. L'esempio che formula la dottrina in questione è quello del caso in cui non risulti chiaro se le obbligazioni contrattualmente imposte all'intermediario siano tali da poterlo considerare come giuridicamente indipendente dall'impresa in nome della quale opera; ebbene, il dubbio in tal caso potrebbe in effetti essere sciolto avendo riguardo all'ordinaria attività dell'intermediario, così come risultante dalla relativa prassi contrattuale. Esempio che, tra l'altro, parrebbe deporre nel senso che il giudizio circa l'ordinarietà o meno dell'attività svolta dall'intermediario debba essere svolto ponendosi nella prospettiva dell'intermediario medesimo, piuttosto che in quella del settore economico cui egli appartiene(121).

## 2.7 Le regole per il settore marittimo

Il comma 8 dell'art.162 testualmente dispone: "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 13 marzo 1968 n.478 che abbia i poteri per la gestione commerciale o operativa delle navi dell'impresa anche in via continuativa".Guardando all'ultima disposizione, appare convincente la tesi di chi ritiene che la stessa abbia la funzione di escludere la configurabilità della stabile organizzazione personale pur quando il raccomandatario ovvero il mediatore marittimo agiscano al di fuori della propria ordinaria attività occupandosi, anche in via continuativa, della gestione commerciale o operativa delle navi dell'impresa estera di navigazione. E ciò in ragione della formula d'esordio della disposizione in oggetto ("nonostante quanto previsto dal comma precedente"). Il che lascia comunque impregiudicata l'eventualità che l'impresa estera di navigazione,

---

personale di cui all'art. 5 del modello di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni elaborato dall'Ocse, in "Dir. prat. trib.", 2000, III,pagg. 405 e seguenti.

120 M. Cerrato, La definizione di stabile organizzazione nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, in C. Sacchetto-L. Alemanno (a cura di), "Materiali di Diritto Tributario Internazionale", Milano, 2002, pag.141)

121 E. Della Valle, La nozione di stabile organizzazione nel nuovo Tuir, in "Rassegna tributaria" n. 5 di settembre-ottobre 2004, pag.1623.

proprio in considerazione degli ampi poteri riconosciuti al raccomandatario od al mediatore marittimo(122), possa essere considerata, ai fini dell'imposizione sul reddito, quale soggetto residente in Italia .

Sicché, in definitiva, con il comma 8 dell'art. 162 il legislatore nazionale non si discosta dalle previsioni contenute nell'art. 8 del Modello Ocse laddove, come si è visto, si prevede che gli utili realizzati dalle imprese di navigazione marittima vanno tassati nel Paese nel quale è situata la sede di direzione effettiva(123).

Si può osservare comunque che nell'ambito della legislazione marittima, in particolare per quella elaborata negli ultimi anni, il concetto di "stabile organizzazione" si rinviene nel contesto di normative riguardanti settori di rilevante interesse. Ad esempio, nella legge istitutiva del registro internazionale, attraverso l'art. 7 del dlgs 457/1997 e succ. mod. che sostituisce l'art.143 del codice della navigazione relativo ai requisiti di nazionalità dei proprietari di navi italiane. Si rinviene inoltre con riferimento alla "Tonnage Tax" e nella recente riforma della nautica da diporto di cui alla legge 8.7.2003 n.172. L'art.7 di quest'ultima stabilisce, infatti, che l'elezione di domicilio effettuata da stranieri e società estere che intendono iscrivere o mantenere l'iscrizione dell'unità da diporto nei registri italiani, non costituisce stabile organizzazione in Italia della società estera (124).

## 2.8 La c.d. "clausola delle società consociate"

L'ultimo comma dell'articolo 162 riproduce, seppure con qualche variante, la previsione di cui all'ultimo paragrafo dell'art. 5 del Modello concernente le cosiddette affiliated companies. La norma interna prevede in particolare che il semplice fatto che un'impresa non residente (dotata o meno di stabile organizzazione) controlli un'impresa residente, sia dalla stessa controllata ovvero entrambe le imprese siano soggette al controllo di un terzo soggetto (il quale può esercitare o meno attività d'impresa) non determina, ove isolatamente considerato, che le predette imprese possano considerarsi, l'una, una stabile organizzazione dell'altra.

Rispetto alla omologa anti-single entity clause contenuta nel Modello dell'Ocse le differenze consistono in ciò che l'art. 5 del predetto Modello: a) si riferisce ai soli rapporti di controllo societari e non, più in generale, a quelli tra imprese (ivi si utilizza infatti il termine company); b) ricollega l'operatività della previsione non solo al caso in cui le società del gruppo risiedano in Paesi diversi, ma anche al caso in cui la società controllante o quella controllata operino materialmente in un Paese diverso da quello dove l'altra esercita la propria attività; c) si riferisce solo al caso in cui una società controlli o sia controllata da un'altra non prevedendo, come invece fa l'art. 162, l'ipotesi di società, residenti o operanti in diversi Stati, controllate dal medesimo soggetto.

---

122 G. Righetti, *Raccomandatario marittimo*, in "Dig. disc. priv. Sez. comm.", Torino, 1995, XI, pagg. 516 e seguenti.

123 A. Lovisolo, *Raccomandatario marittimo e stabile organizzazione*, in "Dir. prat. trib.", 1977, II, pagg. 699-700.

L'ultimo comma dell'art. 162 è dunque norma che riguarda *affiliated enterprises* più che *affiliated companies*: dunque sia soggetti individuali che collettivi.

Come l'omologa disposizione contenuta nel Modello, la sua funzione è evidentemente quella di chiarire che i rapporti di controllo all'interno dei gruppi non alterano i criteri da utilizzare onde verificare se sussiste o meno una stabile organizzazione; cosicché le imprese appartenenti allo stesso gruppo possono ben configurarsi come stabili organizzazioni di altre imprese del gruppo allorquando si atteggino quali sedi fisse d'affari strumentalmente utilizzate per l'attività di tali ultime imprese ovvero "agenti dipendenti" delle medesime(124).

In definitiva, all'interno del gruppo si può configurare una stabile organizzazione tutte le volte in cui la struttura organizzativa dell'impresa allo stesso appartenente venga asservita allo svolgimento di un'attività economica riferibile ad altra impresa dello stesso gruppo (che sia però una di quelle contemplate dall'ultimo comma dell'art. 162), ciò che si realizza ovviamente pure nel caso in cui detto asservimento consista nell'esercizio dei poteri tipici della stabile organizzazione personale(125).

Deve peraltro escludersi che, all'interno di un gruppo, una singola impresa possa configurarsi quale stabile organizzazione del gruppo nel suo complesso.

La stabile organizzazione è infatti figura che presuppone la soggettività passiva della persona o dell'ente, anche societario, cui appartiene, mentre il gruppo di imprese, in quanto tale, non è dotato di soggettività ai fini tributari.

Non si può teoricamente escludere, invece, che un'impresa del gruppo funga contemporaneamente da stabile organizzazione di più imprese appartenenti allo stesso gruppo. Si pensi, ad esempio, al caso in cui essa, non avendo lo status di intermediario indipendente, sia dotata del potere, che esercita abitualmente, di concludere contratti, diversi da quelli aventi ad oggetto l'acquisto di beni, in nome di due o più imprese del gruppo.

In dottrina si è rilevato come ritenere sempre sussistente una stabile organizzazione tutte le volte in cui una società del gruppo presta la sua collaborazione per raggiungere il fine comune è conclusione eccessiva(126). In realtà, per la dottrina in questione, occorrerebbe distinguere il caso in cui il programma comune perseguito dal gruppo si ponga come un fine più generale, ulteriore e diverso dallo scopo essenziale e immediato al cui conseguimento è diretta l'attività di uno degli enti non residenti da quello in cui il perseguimento della strategia comune, in ragione dell'appartenenza al gruppo, permei concretamente e riconoscibilmente l'attività dell'operatore straniero e sia parte integrante del suo oggetto(127).

Nel primo caso non sarebbe possibile configurare come stabile organizzazione dell'ente commerciale straniero l'impresa italiana posto che i due soggetti "sono impegnati nel raggiungimento di obiettivi pratici differenti, ancorché presumibilmente, collegati alla luce dell'interesse complessivo e superiore del gruppo"; la soluzione opposta si impone, invece, nel secondo caso atteso che "l'impresa residente svolge delle funzioni utili per quella non residente, che la sfrutta per il soddisfacimento delle sue esigenze

---

124 Paragrafo 38.1 e 41 del Commentario all'articolo 5 del modello Ocse.

125 R. Lupi, La possibilità che una stabile organizzazione si annidi nelle strutture di una società controllata, in "Dialoghi di dir. trib.", 2003, pagg. 35 e seguenti.

126 A.M. Gaffuri, La stabile organizzazione nella nuova Ires, in G. Marino (a cura di), "La nuova imposta sul reddito delle società", Milano, 2004, pag.307.

127 A.M. Gaffuri, La stabile organizzazione nella nuova Ires, in G. Marino (a cura di), "La nuova imposta sul reddito delle società", Milano, 2004, pag.305-306.

operative"(qui possono dunque ritenersi realizzate le condizioni cui è ricollegata l'esistenza di una stabile organizzazione)(128).

Posto che il nostro ordinamento è dotato di una norma concernente le pratiche transnazionali di transfer pricing infragruppo, si potrebbe dubitare circa la reale utilità, ai fini dell'imposizione sul reddito, dell'ultimo comma dell'art. 162; è noto infatti che storicamente il problema circa la rilevanza dei rapporti di controllo ai fini della configurabilità di una stabile organizzazione si è posto, in sede internazionale, in assenza di disposizioni relative alla valutazione a valore normale delle transazioni infragruppo(129).

Risulta evidente, del resto, che ad un risultato non dissimile, in termini reddituali, da quello che si ottiene dimostrando l'esistenza di una stabile organizzazione occulta all'interno del gruppo, si può ottenere valutando con il criterio del valore normale i servizi resi, con corrispettivo o meno, ad altre imprese del gruppo<sup>130</sup>. Lo Stato della fonte e cioè quello in cui risiede la società controllata, in altre parole, non ha bisogno di ricorrere alla figura della stabile organizzazione onde tassare i redditi della predetta controllata giacché su tale soggetto già possiede "giurisdizione", la quale ben può esplicarsi sindacando i corrispettivi delle transazioni infragruppo con il criterio del valore normale(131).

### 3 La stabile organizzazione nel consolidato fiscale nazionale (art.117 nuovo TUIR)

Ai sensi dell'art. 117 del nuovo testo unico, sono ammessi alla determinazione dell'unica base imponibile per il gruppo di imprese controllate residenti la società o l'ente controllante e ciascuna società controllata che rientrino tra i soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lettere a) e b), fra i quali sussiste un rapporto di controllo.

Relativamente alla situazione delle società ed enti non residenti [art. 73, comma 1, lettera d)], l'opzione per il consolidato può essere adottata solo dalle controllanti, a condizione:

- che esse siano residenti in Paesi con i quali è in vigore un accordo per evitare la doppia imposizione;
- che esse esercitino nel territorio dello Stato un'attività d'impresa così come definita dall'art. 55, esclusa la lettera c) del comma 2 (ovvero i redditi dei terreni conseguiti da società commerciali), mediante una stabile organizzazione alla quale la partecipazione in ciascuna società controllata sia effettivamente connessa.

---

128 A.M. Gaffuri, La stabile organizzazione nella nuova Ires, in G. Marino (a cura di), "La nuova imposta sul reddito delle società", Milano, 2004, pag.305-306-307.

129 G. Maisto, Regime delle royalties corrisposte a imprese non residenti ed in particolare sulla inconfigurabilità della licenziataria-sussidiaria quale stabile organizzazione, in "Dir. prat. trib.", 1983, II, pagg. 627 e seguenti.

130 R. Lupi, La possibilità che una stabile organizzazione si annidi nelle strutture di una società controllata, in "Dialoghi di dir. trib.", 2003, pag. 38.

131 E. Della Valle, La nozione di stabile organizzazione nel nuovo Tuir, in "Rassegna tributaria" n. 5 di settembre-ottobre 2004, pag.1626.

Tali condizioni si spiegano con l'intenzione di contrastare l'utilizzo "estensivo" del beneficio e la possibilità di ottenere un consolidato mondiale senza che ci siano i presupposti richiesti dagli artt. 130 e seguenti del nuovo Tuir(132).

La combinazione dei predetti presupposti limita fortemente l'accesso al regime opzionale del consolidato domestico da parte di soggetti non residenti. Si tratta indubbiamente di limitazioni funzionali alla volontà del legislatore di evitare un utilizzo elusivo della disciplina del consolidato domestico da parte di soggetti esteri. In relazione al menzionato obiettivo, diviene centrale l'interpretazione dei presupposti condizionanti l'accesso da parte di soggetti non residenti. Alcun dubbio interpretativo dovrebbe sorgere in ordine ai presupposti della esclusiva natura di controllante del soggetto non residente e della residenza dello stesso in un Paese con il quale l'Italia ha stipulato un trattato contro il fenomeno della doppia imposizione.

Quanto, invece, ai restanti requisiti, maggior margini di opinabilità sono riscontrabili, in considerazione della genericità dei requisiti stessi. In particolare, il soggetto non residente deve svolgere in Italia "un' attività d'impresa, così come definita dall'articolo 55, mediante una stabile organizzazione". L'ampiezza che connota la nozione di reddito d'impresa, soprattutto con riferimento al suo svolgimento attraverso una stabile organizzazione, può sollevare dei dubbi interpretativi. A tal proposito, una parte della dottrina si è chiesta se nella nozione in oggetto possa rientrare anche una stabile organizzazione, la cui attività sia limitata alla mera detenzione (limitata al godimento dei relativi frutti) di partecipazioni di società residenti. Anche il presupposto della connessione tra la partecipazione e la stabile organizzazione si presta a una duplice interpretazione. In particolare, può essere intesa come semplice iscrizione delle partecipazioni nel bilancio della stabile organizzazione o come necessità di un chiaro collegamento funzionale tra l'attività della società partecipata residente e quella della stabile organizzazione(133).

#### 4 Il regime di neutralità fiscale dei conferimenti intracomunitari (art. 179 nuovo TUIR)

L'art. 179 del nuovo Tuir si occupa del regime di neutralità fiscale connesso ai conferimenti di aziende e partecipazioni all'interno dell'Unione europea; in tale sede, è rielaborato e integrato il regime di esenzione, già fondato sull'art. 2 del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 544 (che recepiva la Direttiva del Consiglio n. 90/434/CEE del 23 luglio 1990, cosiddetta "Direttiva fusioni").

Ai sensi dell'art. 2 del decreto legislativo di recepimento, implicitamente abrogato dal nuovo Tuir:

- nelle fusioni e nelle scissioni [art. 1, comma 1, lettere a) e b)], i maggiori valori emergenti a seguito dell'eventuale imputazione del disavanzo non sono imponibili, a

---

132 F. Carrirò, La stabile organizzazione nel quadro della riforma fiscale del 2004, in "il fisco" n. 3 del 19 gennaio 2004, pag.359.

133 [www.nuovofiscooggi.it](http://www.nuovofiscooggi.it), La stabile organizzazione nell'ambito dell'imposizione diretta, 5.2.5. La stabile organizzazione nella disciplina del consolidato fiscale nazionale, F. Di martino.

determinate condizioni, nei confronti del beneficiario. I beni ricevuti sono comunque valutati fiscalmente in base all'ultimo valore riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi al conferente, facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione, da allegare alla dichiarazione dei redditi, i dati esposti in bilancio e i valori fiscalmente riconosciuti;

- i conferimenti [art. 1, comma 1, lettera c)] non costituiscono realizzo di plus o minusvalenze, ma l'ultimo costo fiscalmente riconosciuto dell'azienda o del ramo aziendale conferito costituisce il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione ricevuta. Le eventuali differenze positive concorrono all'imponibile dell'impresa o società apportante solo a seguito della distribuzione ai soci;

- le plusvalenze della stabile organizzazione del soggetto conferente residente sono imponibili a titolo di realizzo al valore normale, con deduzione dalla relativa imposta, fino al suo totale assorbimento, dell'ammontare dell'imposta che lo Stato dove è situata la stabile organizzazione avrebbe effettivamente prelevato in assenza delle norme della Direttiva comunitaria n. 90/434/CEE del 23 luglio 1990. Il beneficiario non residente subentra al conferente residente per tutti i diritti e gli obblighi tributari;

- ai fini delle imposte sui redditi, non sono rilevanti le differenze positive o negative di fusione e di scissione riferibili:

- al concambio;

- (ovvero) all'annullamento di una partecipazione, il cui titolare acquisisca la corrispondente quota del patrimonio del soggetto partecipato.

Alla stabile organizzazione situata in un altro Stato membro e conferita da un soggetto residente si ricollegano dunque plusvalenze imponibili nei confronti del conferente residente a titolo di realizzo al valore normale, con deduzione dalla relativa imposta, fino al suo totale assorbimento, dell'ammontare dell'imposta che lo Stato dove è situata la stabile organizzazione avrebbe prelevato in assenza delle norme della cosiddetta "Direttiva fusioni". La partecipazione ricevuta è valutata fiscalmente in base all'ultimo valore riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi degli elementi patrimoniali conferiti, aumentato di un importo pari all'imponibile corrispondente all'imposta dovuta a saldo.

Con clausola finale antielusiva, l'articolo in commento dispone altresì che si considerano realizzati al valore normale i componenti dell'azienda o del complesso aziendale che abbiano formato oggetto delle operazioni indicate alle lettere da a) a d) del comma 1 dell'art. 1 (cioè di tutte le operazioni straordinarie, fatta eccezione per l'acquisto o integrazione di partecipazioni di controllo a seguito di permutate o conferimenti), non confluiti in seguito a tali operazioni in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato. La stessa disposizione è applicata se, successivamente alle predette operazioni, i componenti conferiti nella stabile organizzazione residente nel territorio dello Stato ne sono distolti. Con riferimento al trattamento delle operazioni straordinarie in relazione alle stabili organizzazioni situate in altri Stati membri UE e nel territorio dello Stato, va evidenziato che l'art. 179 del testo unico riformato riproduce, praticamente immutate, le regole sopra illustrate dei commi 6 e 7 dell'art. 2 del D.Lgs. n. 544/1992 (che nel nuovo testo diventano 5 e 6)(134).

## 5 Le riserve in sospensione d'imposta nelle operazioni straordinarie intra UE (art.180 nuovo TUIR)

---

134 F. Carriolo, La stabile organizzazione nel quadro della riforma fiscale del 2004, in "il fisco" n. 3 del 19 gennaio 2004, pag. 359,360,361.

Ai sensi dell'unico comma dell'art. 180 del nuovo Tuir (rubricato "Riserve in sospensione d'imposta"), nelle fusioni, nelle scissioni e nei conferimenti di cui all'art. 178, i fondi in sospensione d'imposta iscritti nell'ultimo bilancio del conferente residente concorrono a formare il reddito della stabile organizzazione nel territorio dello Stato del soggetto non residente beneficiario nella misura in cui non siano stati ricostituiti nelle scritture contabili della stabile organizzazione (135).

## 6 Il trasferimento all'estero della residenza o della sede (art.166 nuovo TUIR)

In continuità con quanto già previsto nel vecchio art. 20-bis del Tuir, anche nell'art. 166 del testo unico riformato il trasferimento all'estero della residenza o della sede dei soggetti che esercitano imprese commerciali, che comporti la perdita della residenza ai fini delle imposte sui redditi, costituisce realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, salvo che questi ultimi non siano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato.

La stessa disposizione è applicata se i componenti confluiti nella stabile organizzazione residente ne sono successivamente distolti. Si considerano in ogni caso realizzate, al valore normale, le plusvalenze relative alle stabili organizzazioni all'estero.

Per le imprese individuali si applica l'art. 16, comma 1, lettera g) . I fondi in sospensione d'imposta, inclusi quelli tassabili nel solo caso di distribuzione, iscritti nell'ultimo bilancio prima del trasferimento della residenza o della sede, sono assoggettati a tassazione nella misura in cui non siano stati ricostituiti nel patrimonio contabile della stabile organizzazione(136).

## 7 Stabile organizzazione e norme CFC (art. 167 e 168 nuovo TUIR)

Per effetto degli artt. 167 e 168 del nuovo Tuir, la normativa sulle CFC si applicherà anche nel caso in cui il soggetto residente detenga, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, una partecipazione non inferiore al 20 per cento agli utili di un'impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori con regime fiscale privilegiato (non più, quindi, con esclusivo riferimento alle società controllate, ma anche a quelle semplicemente collegate).

---

135 F. Carrirolo, La stabile organizzazione nel quadro della riforma fiscale del 2004, in "il fisco" n. 3 del 19 gennaio 2004, pag.361.

136 F. Carrirolo, La stabile organizzazione nel quadro della riforma fiscale del 2004, in "il fisco" n. 3 del 19 gennaio 2004, pag.361.

Tale percentuale di partecipazione si riduce al 10 per cento se relativa agli utili di società quotate in borsa.

La norma non si applicherebbe invece per le partecipazioni in soggetti non residenti in tali Stati o territori relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati a regimi fiscali privilegiati (la stabile organizzazione, ove presente, basta infatti da sé a escludere la presunzione di "strumentalità" in capo al soggetto partecipato, poiché essa comporta l'esercizio di un'attività effettiva nel tax haven). In questo particolare settore, l'esistenza di una stabile organizzazione integra quindi la famosa "prova negativa" della quale è onerato il soggetto partecipante residente. Naturalmente, il contribuente italiano potrà a tale proposito interpellare l'Agenzia delle Entrate nei modi richiesti, già indicati - relativamente alle controllate estere - nel D.M. 21 novembre 2001, n. 429.

I redditi del soggetto non residente oggetto di imputazione sono determinati per un importo corrispondente al maggiore fra:

- l'utile prima delle imposte risultante dal bilancio redatto dalla partecipata estera anche in assenza di un obbligo di legge;
- un reddito induttivamente determinato sulla base dei coefficienti di rendimento riferiti alle categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale, indicati nei termini seguenti al comma 3 dell'articolo:
  - l'1 per cento dei beni indicati nell'art. 85, comma 1, lettere c), d) ed e) (corrispettivi delle cessioni di strumenti finanziari assimilati alle azioni), anche se costituiscono immobilizzazioni finanziarie, aumentato del valore dei crediti;
  - il 4 per cento sul valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e da beni indicati nell'art. 8-bis del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 (navi e aeromobili, anche acquisiti in leasing);
  - il 15 per cento sul valore complessivo delle altre immobilizzazioni, detenute anche sulla base di contratti di leasing.

Le disposizioni attuative dell'articolo verranno stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare ai sensi dell'art. 17, comma 3, della L. 23 agosto 1988, n. 400(137).

---

137 F. Carriolo, La stabile organizzazione nel quadro della riforma fiscale del 2004, in "il fisco" n. 3 del 19 gennaio 2004, pag. 361-362.

## CAPITOLO 4

### LA STABILE ORGANIZZAZIONE E L'IRAP

SOMMARIO: 1. Analisi delle problematiche attraverso la prassi ufficiale dell'amministrazione

#### 1 Analisi delle problematiche attraverso la prassi ufficiale dell'amministrazione

Gli obblighi del soggetto non residente ai fini dell'Irap impongono di affrontare problematiche in parte differenti rispetto a quelle inerenti ai profili dell'imposizione reddituale; sarà a tale proposito opportuna una disamina della prassi ufficiale dell'Amministrazione.

In particolare, al paragrafo 2.1 della circolare del Ministero delle finanze del 12 novembre 1998, n. 263/E(138), si rinvengono alcuni chiarimenti relativi alla tassazione Irap dei non residenti.

È in tale sede rammentato che l'art. 12, comma 2, del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, stabilisce che nei confronti dei soggetti non residenti "si considera prodotto nel territorio della regione il valore derivante dall'esercizio di attività commerciali, di arti o professioni o da attività non commerciali esercitate nel territorio stesso per un periodo di tempo non inferiore a tre mesi mediante stabile organizzazione, base fissa o ufficio, ovvero derivante da imprese agricole esercitate nel territorio stesso ...".

È quindi fatto riferimento alla precedente circolare del 4 giugno 1998, n. 141/E(139), paragrafo 3.5.5, ove era affermato che "le società e gli enti commerciali non residenti nel territorio dello Stato dotati di ufficio o base fissa, non costituente tuttavia stabile organizzazione ai fini delle imposte sui redditi, determinano la base imponibile Irap secondo le disposizioni del comma 1 dell'art. 10 per le attività non commerciali esercitate nel territorio dello Stato".

---

138 In il fisco" n. 43/1998, pag. 14062.

139 In allegato a "il fisco" n. 24/1998, pag. 8259.

Nella successiva circolare del 16 luglio 1998, n. 188/E(140), in risposta ad uno specifico quesito, era precisato che, nei confronti delle imprese non residenti, il presupposto impositivo si verifica solo in presenza di una stabile organizzazione nell'accezione individuata dal Modello di Convenzione OCSE e dalle singole Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni.

Tale seconda interpretazione costituisce un superamento di quella espressa nella precedente circolare.

È quindi ribadito che l'esistenza sul territorio dello Stato di un mero ufficio acquisti o di un ufficio di rappresentanza non determina per l'impresa non residente l'acquisizione della soggettività passiva Irap. Tale criterio è applicato anche nei confronti dei soggetti passivi residenti in Italia al fine di verificare la sussistenza del requisito (esercizio di attività produttive all'estero) posto dallo stesso art. 12, comma 1, del decreto legislativo istitutivo dell'Irap, per beneficiare della riduzione della base imponibile.

Al paragrafo 2.2 della richiamata circolare n. 263/E del 1998, è altresì precisato che, in armonia con il regime di esenzione concesso ai fini delle imposte sui redditi, sono esenti anche dall'Irap i redditi delle stabili organizzazioni di imprese estere svolgenti in Italia l'esercizio, in traffico internazionale, di navi e aeromobili, per le quali le vigenti Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione dispongono la tassabilità dei relativi redditi esclusivamente nel Paese ove ha sede la direzione effettiva di tali imprese. Tale asserzione è motivata alla luce dell'art. 44 del D.Lgs. n. 446/1997, secondo il quale, ai fini dell'applicazione dei trattati internazionali in materia tributaria, l'Irap è equiparata ai tributi erariali aboliti con l'art. 36 (ovvero all'Ilor e all'imposta sul patrimonio netto delle imprese).

L'esenzione fiscale non si estende però al valore della produzione derivante dall'eventuale svolgimento da parte di tali stabili organizzazioni di attività diverse da quelle di navigazione(141).

---

140 In "il fisco" n. 31/1998, pag. 10382.

141 Circolare del Ministero delle finanze 12 novembre 1998, n. 263/E, paragrafi 2.1 e 2.2.

## CAPITOLO 5

### GLI ASPETTI “PATOLOGICI DELLA STABILE ORGANIZZAZIONE”

SOMMARIO: 1. La stabile organizzazione plurima ed occulta: il caso Philip Morris – 1.1 I giudizi di primo e secondo grado in materia di IVA – 1.2 I giudizi di primo e secondo grado in materia di imposte sui redditi – 1.3 Le sentenze della Cassazione n 3368/2002 e n 7682/2002 – 2. L’aggiornamento del 2005 del modello Ocse e la confutazione della teoria della “stabile organizzazione plurima” avanzate nelle sentenze 3367 e 3368 della Cassazione.

#### 1 La stabile organizzazione plurima ed occulta: il caso Philip Morris

Il caso che si vuole analizzare riguarda l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia di una (o più) società estere facenti parte di un gruppo multinazionale<sup>(142)</sup>.

Come si apprende dal motivo di ricorso dell'Amministrazione finanziaria proposto dal Ministero delle finanze, ufficio Iva di Milano, avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale di Milano 24 marzo 2000, n. 312(143), la multinazionale ha operato attraverso una complessa struttura di società collegate, ai cui vertici è posta una società con sede a New York; pur svolgendo in Italia "una considerevole attività", né la capogruppo né le società ad essa collegate hanno formalmente istituito in Italia una stabile organizzazione.

In sede di accertamento, che ha trovato presupposto in un processo verbale di constatazione della Guardia di finanza, l'ufficio Iva di Milano ha contestato alla società estera ricorrente l'esistenza in Italia di una stabile organizzazione, evidenziando l'omessa fatturazione di royalties relative a contratti di licenza corrisposte dall'Amministrazione

---

<sup>142</sup> Mayr, Grieco, La stabile organizzazione secondo la Suprema Corte, in "Corr. Trib." n. 21/2002, pag. 1864 e seguenti.

<sup>143</sup> In "Massimario delle Commissioni tributarie milanesi", 1, 2000, pag. 109.

dei Monopoli di Stato per la produzione e vendita di sigarette, l'omesso versamento della relativa Iva e l'omessa presentazione della relativa dichiarazione ai fini Iva.

Ai fini delle imposte sui redditi, l'ufficio fiscale - nel ricorso avverso la sentenza (inedita) della Commissione tributaria regionale della Lombardia 6 dicembre 2000, n. 582/00, depositata l'8 gennaio 2001 - ha contestato l'omessa contabilizzazione dei corrispettivi erogati dai Monopoli in esecuzione di contratti di distribuzione; tali proventi, conseguiti tramite "una plurima, sebbene occulta, stabile organizzazione presente nel territorio dello Stato", avrebbero dovuto essere assoggettati a tassazione ordinaria.

L'attività posta in essere dalla società italiana aveva per oggetto la produzione, la distribuzione, la vendita e la commercializzazione di filtri per prodotti di tabacco; si è, inoltre, rilevato, nel corso del giudizio, che l'attività è stata svolta "tutta all'interno del gruppo" e che la società italiana ha operato sulla base dei seguenti rapporti contrattuali:

a) contratti di fornitura all'Azienda Autonoma Monopoli di Stato, la quale disponeva della licenza per la produzione e la vendita di alcune marche di sigarette; i contratti prevedevano che i filtri fossero forniti dalla società italiana;

b) contratti di commissione stipulati con società del gruppo per la promozione della vendita dei filtri prodotti dalla società italiana in Europa e per la ricerca dei fornitori più adatti per la produzione dei filtri;

c) contratti di vendita stipulati con altre società del gruppo al fine di controllare l'attività di distribuzione delle sigarette svolta dai Monopoli di Stato;

d) contratti di agenzia sulle aree duty-free stipulati con società del gruppo per la promozione della vendita in aree e negozi duty-free, a compagnie aeree, ad ambasciate ed in altri luoghi autorizzati all'acquisto in regime di esenzione da imposte o agevolato.

I verbalizzanti avevano ritenuto che l'attività svolta in base a tali contratti "servisse a mascherare il ruolo effettivo di stabile organizzazione" rivestito per conto di società del gruppo ("plurima stabile organizzazione di più soggetti non residenti"); l'intento sarebbe stato, pertanto, quello di "dissimulare l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia", al fine di "sfuggire alla tassazione piena delle royalties" derivanti dai contratti di licenza stipulati con i Monopoli. In particolare, secondo l'Amministrazione finanziaria, l'attività di controllo sulla regolare esecuzione dei contratti da parte della società italiana non può essere considerata attività ausiliaria, bensì "momento fondamentale del processo di formazione del reddito".

La struttura del gruppo e la "natura interorganica" del rapporto tra tali società e la società italiana "avrebbero evidenziato che quest'ultima, solo formalmente autonoma, si configura[va] come organo di una struttura complessa nel cui ambito le aziende avrebbero svolto attività complementari tra loro". La "natura interorganica" del rapporto con la capogruppo e le consociate emergeva, in particolare, da un documento programmatico, il quale conteneva una "sostanziale ammissione" sul ruolo della società italiana quale stabile organizzazione del gruppo e da cui risultava che le attività della società italiana erano state indirizzate e coordinate direttamente dai vertici del gruppo multinazionale per il raggiungimento di un obiettivo unitario.

L'effettivo ruolo della società italiana sarebbe stato confermato, in particolare, dai seguenti elementi desumibili dalla documentazione raccolta in sede di verifica:

- area strategico-decisionale: in alcuni documenti programmatici si evidenziavano commistioni tra attività, cariche e funzioni svolte in rappresentanza della capogruppo e delle società collegate; si poneva, inoltre, in rilievo la posizione dominante assunta dalla

capogruppo nei confronti della società italiana e l'assunzione di oneri e spese da parte di questa nei confronti delle altre società del gruppo;

- area esecutiva: da altri documenti risultavano gli interventi della capogruppo nei confronti della società italiana in relazione agli accordi relativi al prezzo, alle condizioni di resa e al pagamento di materie prime; nell'elargizione di omaggi e contributi; nella gestione contabile degli atti e dei documenti; gli interventi della società italiana per promuovere il lancio di prodotti della capogruppo, per assicurare la remuneratività delle vendite, per calcolare le royalties dovute dai Monopoli nei confronti delle società estere del gruppo;

- area personale: i dirigenti della società italiana dipendevano da managers delle altre società del gruppo ed avevano il compito di perseguire le strategie e gli obiettivi della capogruppo; alcuni dirigenti erano retribuiti sia dalla società italiana che da società estere del gruppo;

- varie: alcuni dirigenti della società italiana avevano partecipato alle trattative tra i Monopoli e società del gruppo per la stipulazione di contratti relativi alla concessione delle licenze di produzione e vendita di prodotti del gruppo; alcuni dirigenti della società italiana avevano rivestito importanti cariche in società del gruppo; la società italiana utilizzava un sistema informatico per analizzare tutte le informazioni sui prodotti del gruppo distribuiti sul territorio nazionale e trasmetteva periodicamente i dati relativi alla contabilità ad una società del gruppo, uniformandosi a specifiche istruzioni impartite nell'ambito del gruppo stesso(144).

## 1.1 I giudizi di primo e secondo grado in materia di IVA

La Commissione tributaria provinciale di Milano, con sentenza del 12 settembre 1997, n. 238(145), aveva provveduto ad annullare l'accertamento ed aveva accolto il ricorso presentato dalla società estera.

Secondo i giudici di primo grado, "per sua natura, una stabile organizzazione in Italia, così come individuata dal legislatore italiano in materia fiscale e così come individuata nel regime delle convenzioni contro la doppia imposizione, ha le caratteristiche di una unità aziendale. Come tale ne vanno individuati i beni che compongono l'azienda e i rapporti contrattuali (di lavoro e di acquisto di beni e servizi) che ne costituiscono la struttura dei costi".

In particolare, sempre secondo i giudici milanesi, nel processo verbale di constatazione non sono stati individuati gli elementi costitutivi dell'unità aziendale, presente in Italia, che costituisce il presupposto per l'esistenza di una stabile organizzazione del soggetto non residente destinatario dell'accertamento. Si è, infatti, postulato che la stabile

---

144 P. Valente, G. Valente, Stabile organizzazione: profili di criticità per i gruppi multinazionali derivanti dalla lettura delle sentenze della Cassazione sul caso Philip Morris, in "Rassegna di fiscalità internazionale" n. 5-02, Capitolo 1 Temi di approfondimento, pag. 12-14.

145 In "il fisco" n. 2/1998, pag. 584, e in "GT Rivista di giurisprudenza tributaria" n. 3/1998, pag. 258, con commenti di Fanelli, Individuazione della stabile organizzazione ai fini Iva, pag. 260; Calcagno, Considerazioni in merito alla definizione di stabile organizzazione, pag. 263 e Pozzo, Requisiti necessari per la sussistenza di una stabile organizzazione di soggetti non residenti, pag. 266.

organizzazione esistesse "all'interno" di una società di diritto italiano facente parte del gruppo multinazionale; ma tale conclusione non è stata provata.

L'esistenza di una società italiana facente parte del gruppo multinazionale, di per sé, "non consente di concludere che la ricorrente ha una stabile organizzazione in Italia", in mancanza della individuazione di beni e strutture di costi, seppure facenti capo alla società italiana o "mascherati" attraverso tale società, come postulato nel processo verbale di constatazione.

La Commissione tributaria provinciale di Milano ha, inoltre, precisato che "la stessa natura dei ricavi accertati (e cioè il solo incasso di royalties) non consente di concludere in senso positivo per l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia".

Conclusivamente, i giudici milanesi hanno ritenuto che il processo verbale di constatazione si sia limitato ad indicare "unicamente alcuni fatti e circostanze che di per sé non sono atti a supportare l'assunto dell'esistenza di una stabile organizzazione in Italia della ricorrente"; in particolare, non comporta l'esistenza di una stabile organizzazione il fatto che il soggetto percipiente le royalties "sia presente in Italia (tramite propri delegati) all'atto della negoziazione dei contratti di licenza" e che lo stesso "provveda (sempre tramite delegati) ad effettuare verifiche, riscontri e conteggi in Italia, nell'ambito dei contratti di licenza e in esecuzione degli stessi".

Tali fatti e circostanze "derivano dal ruolo del licenziante della ricorrente, ruolo pacificamente riconosciuto, ma non tale da produrre come conseguenza l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia della ricorrente".

Analoghe considerazioni sono state svolte dalla Commissione tributaria regionale della Lombardia, con la sentenza del 24 marzo 2000, n. 312(146), in sede di esame del ricorso presentato dall'ufficio avverso la sentenza di primo grado; con la sentenza richiamata, la Commissione tributaria regionale della Lombardia ha respinto l'appello dell'ufficio e confermato la decisione dei giudici di primo grado.

I giudici di secondo grado si sono soffermati sugli elementi offerti dall'ufficio per correggere la prova dell'esistenza della stabile organizzazione in Italia; in particolare, l'appartenenza della società italiana al gruppo multinazionale, la "coincidenza fra la 'politica' generale del gruppo e le scelte contabili e amministrative" della società italiana e la "esplicitazione di comuni obiettivi aziendali" rispetto alla capogruppo ricorrente ed alle altre società "affiliate".

Come sopra accennato, le conclusioni cui è pervenuto il giudice di secondo grado non si discostano da quelle tratte dal primo giudice. Gli elementi prodotti dall'ufficio non consentono di integrare la prova dell'esistenza della stabile organizzazione; è stato adombrato "un mero sospetto a proposito della effettività dell'intervento del contraente estero, che non sarebbe stato limitato, per come appare, ad acquisire informazioni e dettagli in merito alla esecuzione del contratto, con una collocazione esterna rispetto al momento gestionale della attività, ma al contrario sarebbe stato esteso fino a cristallizzarsi in due condizioni cumulative; strutture materiali e/o personali nel territorio; idoneità di queste a svolgere stabilmente l'attività produttiva di reddito".

## 1.2 I giudizi di primo e secondo grado in materia di imposte sui redditi

---

146 In "Massimario delle Commissioni tributarie milanesi", 1, 2000, pag. 109.

La Commissione tributaria provinciale di Milano, con sentenza inedita, ha accolto il ricorso contro gli avvisi di accertamento emessi dal secondo ufficio distrettuale delle imposte dirette di Milano ai fini Irpeg e Ilor, "ritenendo immotivata e non provata l'affermazione relativa all'esistenza di una stabile organizzazione".

Nello stesso senso si è espressa la Commissione tributaria regionale della Lombardia, con la sentenza (inedita) del 6 dicembre 2000, n. 582/00, depositata l'8 gennaio 2001.

I giudici milanesi hanno ricostruito gli elementi di prova offerti dall'ufficio e sono arrivati alla conclusione che - nel caso di specie - non ricorrevano i presupposti di natura soggettiva, oggettiva e funzionale richiesti per l'esistenza della stabile organizzazione, secondo il Modello OCSE.

Gli elementi, a tal fine, considerati dalla Commissione regionale sono i seguenti:

- appartenenza della società italiana al gruppo multinazionale e controllo da parte di società del gruppo stesso;
- mera domiciliazione della ricorrente presso la società italiana;
- designazione della società italiana come delegata al controllo delle prestazioni svolte dai Monopoli nell'esecuzione dei contratti di distribuzione e vendita;
- ruolo della società italiana nella stipula di contratti tra i Monopoli ed alcune società del gruppo.

In particolare, i giudici di secondo grado hanno ritenuto irrilevante - come espressamente stabilito dall'art. 5, paragrafo 7, del Modello OCSE - sia l'appartenenza della società italiana al gruppo multinazionale, sia il controllo di questa da parte di società del gruppo stesso. Hanno, inoltre, considerato non equiparabile alla nomina di un institore la designazione della società italiana come delegata al controllo delle prestazioni svolte dai Monopoli nell'esecuzione dei contratti di distribuzione e vendita.

Quanto, poi, al ruolo della società italiana nella stipula di contratti tra i Monopoli ed alcune società del gruppo, secondo la Commissione regionale, non sarebbe emerso in alcun modo l'utilizzo della sede della società italiana da parte della ricorrente "per svolgere anche solo una fase o una parte della sua attività economica, in modo da renderla strumento necessario o complementare per la produzione del reddito, non potendo ritenersi tale il controllo sulla regolare esecuzione dei contratti, attività meramente ausiliaria".

In conclusione, la Commissione tributaria regionale ha ritenuto che la "mera appartenenza" della società italiana al gruppo multinazionale e la sua partecipazione alla politica generale di questo non fossero sufficienti per attribuirle il ruolo di organizzazione stabile di società del gruppo stesso(147).

### 1.3 Le sentenze della Cassazione

---

147 P. Valente, G. Valente, Stabile organizzazione: profili di criticità per i gruppi multinazionali derivanti dalla lettura delle sentenze della Cassazione sul caso Philip Morris, in "Rassegna di fiscalità internazionale" n. 5-02, Capitolo 1 Temi di approfondimento, pag.15-16.

La difesa della Philip Morris aveva rilevato, richiamando l'art. 5, paragrafi 1, 2 e 3, del Modello OCSE, la non esistenza di una stabile organizzazione cosiddetta "materiale", dal momento che gli uffici ed il personale appartenevano alla società italiana. Si era, inoltre, osservato che non vi sarebbe stata stabile organizzazione neppure nell'ipotesi in cui si fosse mantenuta in Italia una sede con proprio personale preposto all'esercizio delle attività svolte dalla società italiana, dal momento che le attività di controllo sull'esatta esecuzione dei contratti devono ritenersi assorbite nella previsione dell'art. 5, paragrafo 4, lettera e), del Modello OCSE (il quale dispone che non si considera stabile organizzazione "una sede fissa di affari ... utilizzata per l'impresa ai soli fini ... di fornire informazioni ... o attività analoghe che abbiano carattere preparatorio o ausiliare per l'impresa").

La Philip Morris aveva poi dedotto anche la non esistenza di una stabile organizzazione cosiddetta "personale", secondo la previsione dell'art. 5, paragrafo 5, del Modello OCSE, dal momento che:

- la società italiana non disponeva del potere di concludere contratti a nome della società estera ricorrente;
- le attività esercitate avevano, in ogni caso, natura ausiliaria ed avevano dimensioni marginali rispetto all'attività principale (produzione di filtri);
- la società italiana non dipendeva, né economicamente, né giuridicamente, dalla ricorrente.

La difesa della Philip Morris aveva poi richiamato l'art. 5, paragrafo 7, del Modello OCSE, secondo cui il fatto del possesso del capitale di una società da parte di una società avente sede in altro Paese aderente all'OCSE non costituisce motivo per far ritenere che la prima società sia una stabile organizzazione della seconda. Pertanto, ai fini tributari, "la società controllata costituisce un soggetto autonomo rispetto alla controllante, anche quando ne gestisca l'attività commerciale; cosa che, comunque, nella specie sarebbe esclusa".

La difesa della società aveva, a tal fine, richiamato l'orientamento espresso dall'Amministrazione finanziaria, con la circolare 22 settembre 1980, n. 32/9/2267(148); in tale occasione, la Direzione generale delle imposte dirette aveva riconosciuto come la stessa struttura dei gruppi internazionali comportasse un'attività di controllo che rifletteva la posizione tipica dell'azionista totalitario o maggioritario e che, quindi, dall'accentramento della gestione e del controllo da parte della capogruppo non poteva discendere l'esistenza di una stabile organizzazione, identificata nella società controllata.

Infine, la difesa aveva sostenuto:

- l'irrilevanza dei riferimenti contenuti nell'avviso di rettifica (e nel processo verbale di constatazione) "ad attività compiute da soggetti diversi dalla ricorrente";
- l'irrilevanza, ai fini dell'esistenza della stabile organizzazione, della circostanza che tutte le società appartenessero allo stesso gruppo.

E, ancora, era del tutto irrilevante il diritto, attribuito alla società italiana, di visitare i depositi, i magazzini e le rivendite, dal momento che tale attività aveva il solo scopo di acquisire informazioni circa il puntuale adempimento degli obblighi incombenti pattiziamente sui Monopoli, mentre era privo di fondamento il rilievo che i dirigenti della società italiana "fossero intervenuti in scelte economiche di interesse del gruppo, né nei rapporti tra società di quest'ultimo e l'Amministrazione dei Monopoli".

---

148 In "il fisco" n. 39/1980, pag. 3681.

Nelle sentenze della Cassazione afferenti il caso(149), si afferma che, sul piano dei principi che informano il sistema, l'attività di controllo sulla regolare esecuzione di un contratto non possa certamente essere considerata di natura ausiliaria, così come ritenuto dalla Commissione tributaria regionale, essendo strettamente funzionale alla produzione del reddito.

Alla stessa stregua, sempre secondo i giudici di legittimità, non si può, pertanto, negare che l'attività in questione rappresenti una parte essenziale e significativa di quella propria dell'impresa, secondo i criteri indicati dal Commentario, e non sia, quindi, da porre sullo stesso piano di un'attività ausiliaria di mera raccolta di dati o d'informazioni, nonostante la diversa definizione contenuta nell'apposita clausola contrattuale(150). La sentenza della Commissione regionale incorre, pertanto, "in un palese vizio di motivazione" e "viola principi e norme giuridiche, non avendo correttamente compiuto il cosiddetto business connection test".

A tal fine, nella sentenza n. 7682/2002, viene richiamato il Commentario(151), il quale dispone che, se un'impresa con ramificazioni internazionali affida ad un'installazione funzioni di controllo e coordinamento delle attività svolte dalla stessa impresa ("supervisory and co-ordinating functions for all the departments of the enterprise located within the region concerned"), a tale struttura non potrà essere riconosciuto lo status di agente indipendente, ma di un "ufficio", secondo l'ipotesi prevista all'art. 5, paragrafo 2, lettera e).

A supporto di tali conclusioni, i giudici di legittimità (152) richiamano il Commentario(153) ove vengono menzionate esplicitamente le attività di vendita di pezzi di ricambio e di assistenza alla clientela (cosiddetta after sale organization) come danti luogo - sotto il profilo funzionale - ad una organizzazione stabile, in quanto "realizzano una parte essenziale e significativa dei servizi di un'impresa nei confronti dei clienti".

Di conseguenza, viene rilevato come l'attività in questione rappresenti "una parte essenziale e significativa dell'attività propria dell'impresa, secondo i criteri indicati dal Commentario, e non sia, quindi, da porre sullo stesso piano di un'attività di mera raccolta di dati o di informazioni, nonostante la definizione contenuta nell'apposita clausola contrattuale".

Fermo quanto sopra, si aggiunga che il Supremo Collegio(154) aveva altresì avuto modo di formulare il principio di diritto secondo il quale una società di capitali con sede in Italia può assumere il ruolo di stabile organizzazione plurima di società estere appartenenti allo stesso gruppo e perseguiti una strategia unitaria. In particolare, nella parte motiva delle sentenze si riconosceva che, pur non essendo il gruppo come tale - almeno allo stato attuale dell'ordinamento italiano - centro di riferimento globale di rapporti giuridici, anche sul piano dell'ordinamento tributario, occorresse comunque considerare che una o più società del gruppo possono esercitare un'attività di gestione (management) attraverso una struttura operante nello Stato della fonte, come parte integrante di un più vasto programma, facente capo allo stesso

---

149 Cassazione n. 3367/2002, 3368/2002, 7682/2002.

150 S. Guglielmi, Il caso "Philip Morris nelle recenti modifiche al Commentario Ocse, in "Fiscalità internazionale" marzo-aprile 2006, pag. 150.

151 Commentario all'art. 5, paragrafo 4, sub punto 24.

152 Cassazione n. 3368/2002

153 Commentario all'art.5, paragrafo 4, punto 25.

154 Cassazione n. 3367/2002 e 3368/2002.

gruppo. Pertanto, si affermava che le sinergie delle diverse società, alle quali la struttura nazionale fa riferimento, non possono non essere unitariamente considerate costituendo, di conseguenza, un indebito frazionamento del fenomeno, la mancata utilizzazione di tutti gli elementi di prova che, pur non riguardando il singolo rapporto tra ciascuna società e struttura nazionale servente, contribuiscono a verificare l'esistenza di un rapporto di dipendenza funzionale in relazione ad un programma al quale le diverse società del gruppo concorrono(155).

La Cassazione richiama, a tal fine, il Commentario al Modello OCSE (156) in cui è precisato che, "se un'impresa ha delegato ad una propria struttura funzioni di management, anche relativamente ad una limitata area di operazioni, gli affari regionali in tal modo condotti danno luogo ad un 'place of management', secondo il paragrafo 2, lettera a), del modello di convenzione". Di conseguenza, "l'indagine, soprattutto quando mirante ad accertare l'esistenza di una stabile organizzazione occulta o, comunque non formalmente costituita, deve quindi riguardare l'attività compiuta dalla struttura nazionale al di fuori del proprio ordinary business nel suo complesso. Sul piano della prova, ciò comporta che gli elementi rivelatori dell'esistenza di una stabile organizzazione devono essere considerati globalmente e nella loro reciproca connessione". Quanto alla verifica dell'esistenza di un rapporto di dipendenza, occorre tenere presente - secondo la Cassazione - che lo stesso "non può essere identificato con la mera appartenenza di una società ad un gruppo perché la stessa possa essere considerata stabile organizzazione di una o più altre società del gruppo"(157). Il fatto, poi, che "il Modello OCSE abbia espressamente inserito la cosiddetta anti-single entity clause o Antiörganschaftsklausel, a differenza di precedenti convenzioni contro la doppia imposizione (158) non deve far dimenticare che il fenomeno delle stabili organizzazioni occulte trova un più favorevole terreno di coltura all'interno dei gruppi multinazionali, nei quali la strategia unitaria del gruppo può assumere forme di utilizzazione delle società controllate talmente penetranti da far diventare queste ultime, pur dotate di uno status di soggetti autonomi, vere e proprie strutture di gestione dell'impresa esercitata da altre società".

In tale ottica, affinché la struttura nazionale non venga considerata dipendente (e cioè una stabile organizzazione) occorre che:

- abbia un'indipendenza giuridica ed economica;
- agisca per altra impresa nell'ambito del proprio ordinario settore di affari(159);
- non assuma il rischio imprenditoriale per le attività esercitate nell'interesse dell'altra impresa(160).

Da ultimo, i giudici si sono soffermati sulla documentazione acquisita in sede di verifica, da cui risultava la partecipazione di rappresentanti della società italiana nei rapporti tra società del gruppo ed i Monopoli.

---

155 S. Guglielmi, Il caso "Philip Morris nelle recenti modifiche al Commentario Ocse, in "Fiscalità internazionale" marzo-aprile 2006, pag. 150.

156 Commentario all'art. 5, paragrafo 4, punto 24.

157 Paragrafo 7, art. 5 del Modello Ocse.

158 Art. 11, paragrafo 1, della Convenzione

Italia e Francia del 6 dicembre 1965, ratificata e resa esecutiva con L. 9 agosto 1967, n. 766.

159 Commentario all'art. 5 del Modello Ocse, punto 37.

160 Commentario all'art. 5 del Modello Ocse, punto 38.

La Cassazione ha, a tal fine, richiamato il disposto dell'art. 5, paragrafo 5, del Modello OCSE, in applicazione del quale non possono ritenersi soggetti indipendenti le strutture aventi il potere di concludere contratti in nome dell'impresa ("an authority to conclude contracts in the name of the enterprise"). Tale potere, secondo il Commentario, non deve essere inteso nel senso di una rappresentanza diretta, ma comprende anche tutte quelle attività che abbiano contribuito alla conclusione di contratti, anche se gli stessi siano stati conclusi in nome dell'impresa.

Ne consegue che "l'accertamento del potere di concludere contratti deve essere riferito alla reale situazione economica, e non alla legge civile, e lo stesso può riguardare anche singole fasi, come le trattative, e non necessariamente comprendere anche il potere di negoziare i termini del contratto".

Conclusivamente, la Cassazione ha ritenuto che "l'attività in questione - soprattutto se riferita alla distribuzione di merci in un vasto mercato - non pare possa essere ricondotta a quella di un broker ovvero di un agente generale o indipendente, i quali non danno luogo a stabile organizzazione, come espressamente previsto dall'art. 5, paragrafo 6, del Modello OCSE".

In sintesi, i principi elaborati dalla suprema Corte di Cassazione, ai quali si è uniformata la Commissione Tributaria regionale della Lombardia, sono questi:

- una società di capitali con sede in Italia può assumere il ruolo di stabile organizzazione plurima di società estere appartenenti allo stesso gruppo e perseguiti una strategia unitaria. In tal caso la ricostruzione dell'attività posta in essere dalla società nazionale, al fine di accertare se si tratti o meno di attività ausiliaria o preparatoria, deve essere unitaria e riferita al programma del gruppo unitariamente considerato (Cass. n. 3368/2002 e n. 7682/2002);
- un'autonoma prestazione di servizi effettuata nel territorio nazionale verso corrispettivo, quando sussista un nesso diretto ed immediato tra prestazione e corrispettivo, costituisce operazione soggetta ad Iva e ai relativi obblighi di fatturazione o autofatturazione, dichiarazione e pagamento dell'imposta, indipendentemente dal suo inserimento in un contratto che preveda altre prestazioni a carico del beneficiario e dal fatto che quest'ultimo, non residente, abbia un centro di attività stabile in Italia (Cass. n. 3368/2002);
- l'attività di controllo sull'esatta esecuzione di un contratto tra soggetto residente e soggetto non residente non può considerarsi, in linea di principio, ausiliaria, ai sensi degli artt. 5, paragrafo 4, del Modello OCSE e 5, paragrafo 3, lettera e), della Convenzione tra Italia e Germania (Cass. n. 3368/2002 e n. 7682/2002);
- la partecipazione di rappresentanti o incaricati di una struttura nazionale ad una fase della conclusione di contratti tra società estera e altro soggetto residente può essere ricondotta al potere di concludere contratti in nome dell'impresa, anche al di fuori di un potere di rappresentanza (Cass. n. 7682/2002);
- l'affidamento ad una struttura nazionale della funzione delle operazioni di affari (management) da parte di società non avente sede in Italia, anche se riguardante una certa area di operazioni, comporta l'acquisto, da parte di tale struttura, della qualità di stabile organizzazione ai fini delle imposte sul reddito e di centro di attività stabile ai fini Iva (Cass. n. 3368/2002 e n. 7682/2002);
- l'accertamento dei requisiti del centro di attività stabile o stabile organizzazione, ivi compresi quello di dipendenza e quello di partecipazione alla conclusione di contratti, deve essere condotto non solo sul piano formale, ma anche - e soprattutto - su quello sostanziale (Cass. n. 3368/2002 e n. 7682/2002).

2 L'aggiornamento del 2005 del modello Ocse e la confutazione della teoria della "stabile organizzazione plurima" avanzata nelle sentenze 3367 e 3368 della Cassazione.

Il Comitato affari fiscali dell'Ocse, nel 2005, ha varato una versione aggiornata del modello Ocse di convenzione contro le doppie imposizioni e del relativo Commentario. E' necessario specificare che il Comitato affari fiscali ritiene coerentemente che eventuali modifiche al modello Ocse o al Commentario non debbano essere interpretate nel senso che la precedente versione avesse necessariamente un diverso significato: molte modifiche del testo, infatti, hanno semplicemente uno scopo di chiarificatorio e non innovativo.

Fra gli argomenti affrontati nel nuovo Commentario, particolare risalto assumono gli approfondimenti sulla nozione di stabile organizzazione. In particolare, gli ultimi emendamenti portati al punto 41 del Commentario all'articolo 5 confutano la teoria della « stabile organizzazione plurima » (161) avanzata nelle citate sentenze n. 3367 e 3368 ( Philip Morris), e in altre di analogo tenore, della Cassazione. L'individuazione di una eventuale stabile organizzazione di una società di un gruppo multinazionale deve essere effettuata separatamente per ciascuna società del gruppo.

L'esistenza nello Stato di una stabile organizzazione di una società del gruppo non può essere sufficiente a consentire la presunzione che questa sia stabile organizzazione dell'intero gruppo e, quindi, di tutte le società del gruppo. Inoltre, vengono forniti gli elementi per distinguere il caso in cui una società di un gruppo operi in uno Stato mediante una stabile organizzazione situata presso i locali di una consociata, da quello in cui la consociata si limiti a eseguire prestazioni di servizi ( ad esempio, management services) a favore della società estera, senza che sorga una stabile organizzazione. Se la consociata effettua i servizi utilizzando proprio personale in propri locali non si può affermare che i locali siano « a disposizione » della società estera e, pertanto, non si verifica un fondamentale presupposto per l'insorgere della stabile organizzazione. Anche questa precisazione trae certamente spunto da alcuni confusi passaggi delle sentenze 3367 e 3368 citate.

Nel caso esaminato dalla Cassazione, una società italiana del gruppo multinazionale prestava servizi a favore delle società estere del gruppo ( attività di controllo sull'esatta esecuzione dei contratti stipulati fra tali società e un soggetto residente in Italia). Infine, viene chiarito che il semplice fatto che un dipendente di una società abbia partecipato alle trattative per la stipulazione di un contratto fra una consociata estera e una società residente nello Stato non è sufficiente a far ritenere che la società sia " agente" dotato del potere di concludere contratti a nome della società estera e quindi, quando manchi il requisito della indipendenza, ne diventi una stabile organizzazione. Può essere, però, un elemento da prendere in considerazione, insieme ad altri, per verificare l'esatta funzione svolta dalla persona per conto dell'impresa estera. Anche questo era, invece, stato

---

161 S. Guglielmi, Il caso "Philip Morris nelle recenti modifiche al Commentario Ocse, in "Fiscalità internazionale" marzo-aprile 2006, pag. 150.

considerato un indizio importante dell'esistenza di una stabile organizzazione in Italia del gruppo Philip Morris nelle citate sentenze della Cassazione, in quanto era risultato che personale della consociata italiana aveva attivamente partecipato alla negoziazione dei contratti fra le società estere del gruppo Philip Morris e una controparte residente. Non vi era, però, prova che questo personale avesse i poteri per impegnare le società estere nei confronti del contraente italiano<sup>162</sup>).

---

<sup>162</sup> Il sole 24 ore, L'Ocse cambia le convenzioni, 8 settembre 2005.

## CAPITOLO 6

### GLI ASPETTI OPERATIVI E GLI ADEMPIMENTI CONTABILI E FISCALI

SOMMARIO: 1. Il concetto di forza di attrazione della stabile organizzazione – 2. La determinazione del reddito della stabile organizzazione – 3. Gli adempimenti contabili della stabile organizzazione – 4. Rapporto OCSE sull'attribuzione dei profitti ad una stabile organizzazione

#### 1 Il concetto di forza di attrazione della stabile organizzazione

La forza di attrazione della stabile organizzazione è un concetto strettamente legato al problema della ripartizione del reddito tra due o più unità produttive situate in stati diversi, a sua volta legato a quello dell'individuazione della fonte delle diverse componenti reddituali.

Con l'espressione "forza di attrazione" di una stabile organizzazione, si intende l'attribuzione ad essa di componenti di reddito la cui fonte effettiva non è la stabile organizzazione stessa. I diversi ordinamenti tributari risolvono il problema dell'attribuzione dei redditi ad una stabile organizzazione secondo due diversi principi: quello della "forza di attrazione piena" e quello della "forza di attrazione limitata". Secondo il principio della "forza di attrazione piena" la semplice esistenza all'interno del territorio dell'altro Stato di una unità produttiva qualificabile come stabile organizzazione fa sì che tutti i redditi da essa prodotti siano considerati come localizzati entro il territorio dello Stato e sottoposti all'ordinario regime impositivo del reddito d'impresa previsto per i soggetti imprenditori residenti. Il principio alla base di questo trattamento è che l'operatore straniero ha raggiunto un livello di penetrazione economica tale da equipararlo agli imprenditori residenti. Il principio di "forza di attrazione limitata" distingue, invece, tra quei redditi che derivano "effettivamente" e "direttamente" dall'esercizio delle attività considerate produttive di reddito d'impresa e che, conseguentemente sono oggetto delle norme di materia di reddito d'impresa, e quei redditi che, invece non derivano effettivamente o direttamente dall'esercizio delle attività considerate produttive di reddito d'impresa ed il cui trattamento è autonomo o "isolato". Con l'espressione "trattamento isolato" si intende la disciplina delle diverse componenti

di reddito in relazione alla loro "fonte effettiva"; alle diverse fattispecie reddituali vengono applicati dunque criteri di localizzazione e trattamenti differenti ed autonomi che possono essere distinti da quelli previsti per i redditi di impresa.

Le norme di attribuzione, quindi, possono consistere in una regola generale di attribuzione ed in tal caso si verifica forza di attrazione piena oppure possono consistere in più regole distinte che imputano determinati redditi alla stabile organizzazione. Dette norme definiscono "nessi" tra questa e le attività produttive di quei redditi. In questo secondo caso si verifica forza di attrazione limitata". Vi è, dunque, "trattamento isolato" dei redditi che hanno la propria fonte nel territorio dello Stato soltanto: a) se la forza di attrazione della stabile organizzazione è limitata" (quindi solo i redditi che non sono oggetto della forza di attrazione sono oggetto di trattamento isolato), oppure b) se non esiste la stabile organizzazione in Italia del soggetto non residente.

Si è osservato (163) che "la transizione da sistemi caratterizzati dalla forza di attrazione piena a sistemi caratterizzati dalla forza di attrazione modificata (164) è evidente nello sviluppo delle Convenzioni contro le doppie imposizioni"; a norma dell'art. 7 del Modello OCSE, il reddito conseguito da un'impresa è di regola imponibile nello Stato di residenza, a meno che tale impresa non svolga un'attività economica in un altro Stato per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata. In tal caso, gli utili dell'impresa sono imponibili nello Stato in cui è situata la stabile organizzazione, ma soltanto nella misura in cui gli utili siano attribuibili alla stabile organizzazione stessa.

Nell'ordinamento italiano, si deve osservare che la stabile organizzazione si qualifica come "particolare modalità di produzione" del reddito d'impresa, dal momento che rileva solamente il reddito direttamente riconnesso alla stabile organizzazione; qualora il soggetto non residente eserciti un'attività commerciale nel territorio dello Stato mediante una stabile organizzazione, infatti, tutti i componenti di reddito provenienti da fonti italiane, e derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante la stabile organizzazione, vengono assoggettati a tassazione secondo le disposizioni in materia di reddito d'impresa. Infatti il comma 1, lettera e) dell'articolo 20 del testo unico dispone che si considerano prodotti nel territorio dello Stato ai fini dell'applicazione dell'imposta nei confronti dei non residenti, i "redditi d'impresa" derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni. Se la stabile organizzazione non sussiste, i redditi sono suscettibili soltanto di trattamento isolato.

L'art. 113, comma 2 del testo unico, dispone, infatti, che in mancanza di stabili organizzazioni nel territorio dello Stato i redditi che concorrono a formare il reddito complessivo sono determinati secondo le disposizioni del Titolo I del testo unico relative alle varie categorie di reddito. Se, invece, la stabile organizzazione sussiste, detti redditi sono suscettibili di trattamento isolato solo se non si accerta l'esistenza del nesso tra le attività e la stabile organizzazione. Quindi, nel caso sussista la stabile organizzazione e si individui un nesso tra essa e le attività, i redditi da essa derivanti sono redditi d'impresa. Inoltre, dal combinato disposto dell'art. 112, comma 2 e dell'art. 20, comma 1, lettera e) del testo unico si evince che si considerano prodotti nel territorio dello Stato i redditi indicati nell'art. 20 stesso, tenendo conto, per i redditi d'impresa, anche delle plusvalenze e delle minusvalenze dei beni "destinati o comunque relativi" alle attività commerciali esercitate nel territorio dello Stato ancorché non conseguite attraverso la stabile organizzazione. Dunque, per tali redditi l'esercizio in Italia delle attività

---

163 Garbarino, La tassazione del reddito transnazionale, Padova, pag.189.

164 Altro modo per intendere la forza di attrazione limitata.

produttive di reddito a cui i beni plusvalenti sono destinati o relativi integra di per sé gli estremi della forza attrattiva della stabile organizzazione, mentre per gli altri componenti positivi di reddito (segnatamente i ricavi e le sopravvenienze) è necessario il requisito del conseguimento degli stessi mediante o attraverso la stabile organizzazione. Infine, l'attrazione di componenti positivi alla stabile organizzazione è disposta dall'articolo 45, comma 1 del testo unico, da cui si evince che gli interessi corrisposti a stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti sono localizzati e tassabili in Italia (165).

## 2 La determinazione del reddito della stabile organizzazione

Ai fini della determinazione del reddito della stabile organizzazione, è necessario individuare preliminarmente un "patrimonio" di riferimento poiché le regole per la determinazione del patrimonio precedono logicamente quelle relative alla determinazione del reddito. La stabile organizzazione costituisce un esempio di "oggettivizzazione" del patrimonio, quindi per questo istituto, ai fini dell'individuazione della situazione patrimoniale e della selezione delle modificazioni patrimoniali rilevanti ai fini della determinazione del reddito, non risulta adeguato il criterio soggettivo, per il quale le situazioni giuridiche che concorrono a formare il patrimonio iniziale (e le sue successive variazioni) sono quelle aventi il medesimo centro soggettivo d'imputazione. Al criterio soggettivo occorrerà dunque affiancare un ulteriore "indice" idoneo a discriminare quelle fra le situazioni giuridiche imputabili ad un soggetto che siano anche "pertinenti" al patrimonio (o alla sua frazione) oggettivamente considerato. Tale "indice" dovrebbe essere, in linea di principio, fissato in funzione degli interessi di volta in volta rilevanti per la cui realizzazione il patrimonio viene considerato isolatamente.

Per la determinazione del patrimonio dunque, l'indice in ragione del quale dovrebbero essere individuati i rapporti giuridici attivi e passivi costituenti il patrimonio della stabile organizzazione dovrebbe essere rappresentato dal nesso di strumentalità o funzionalità della situazione giuridica rispetto all'attività territorialmente considerata. La stessa nozione di stabile organizzazione - intesa quale criterio per isolare, rispetto alla complessiva attività d'impresa, quella parte che possa essere riferita ad un determinato territorio - impone di ricorrere ad un indice "funzionale" - in quanto il rapporto con l'attività costituisce il parametro più congruo ai fini di quanto si vuole "misurare" - e, al tempo stesso, evidenzia l'insufficienza di questo indice isolatamente considerato e la necessità di integrarlo con la dimensione "territoriale" poiché altrimenti, essendo l'attività riferita alla stabile organizzazione mera articolazione della complessiva attività imputabile al soggetto non residente, non sarebbe possibile distinguere i rapporti giuridici di pertinenza della stabile organizzazione da quelli propri del soggetto passivo

---

165 C. Garbarino, Forza di attrazione della stabile organizzazione e trattamento isolato dei redditi, in "Rassegna tributaria" n. 6/1990, Parte prima, pag.428.

in generale. Questa deduzione logica sembrerebbe trovare una diretta conferma sul nell'art. 151, comma 2, del Tuir che contempla la possibile esistenza di plusvalenze relative a beni del soggetto non residente esistenti nel territorio dello Stato, ma relativi ad attività commerciali che, pur essendo imputabili a tale soggetto, non sarebbero esercitate tramite le stabili organizzazioni dello stesso.

Pertanto, questa disposizione, per un verso, implicitamente esclude che la riferibilità del bene alla stabile organizzazione discenda dalla mera localizzazione dello stesso (il che, d'altra parte, appare del tutto evidente per i beni mobili i quali potrebbero appartenere alla stabile organizzazione pur non essendo localizzati in Italia) e, per l'altro verso, indica indirettamente nella relazione fra il bene e l'attività il criterio in base al quale occorre determinarne la sua appartenenza al patrimonio della stabile organizzazione. Un'ulteriore conferma di questa impostazione sembrerebbe, poi, desumibile dalla disposizione di cui all'art. 117, comma 2, lettera b), che consente l'applicazione della disciplina del consolidato nazionale agli enti non residenti che esercitano l'attività nel territorio dello Stato tramite una stabile organizzazione là dove le partecipazioni risultino "effettivamente connesse" alla stabile organizzazione medesima. Tale requisito della "effettiva connessione" sembra, infatti, dover essere inteso, appunto, quale sussistenza del nesso di strumentalità rispetto all'attività propria della stabile organizzazione.

A questo punto si pone il problema della traduzione in termini monetari delle posizioni giuridiche soggettive. Questo problema, però, riguarda essenzialmente le situazioni giuridiche soggettive "reali", poiché per quelle "relative" il criterio di riferimento è usualmente quello del loro valore nominale. In particolare, per quanto riguarda le stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti, sembra possibile distinguere, innanzitutto, il caso dei beni che pervengono alla stabile organizzazione per effetto di un atto di destinazione da quello in cui i beni sono acquistati. Là dove ricorra un atto di destinazione, si deve osservare che il problema presenta molti punti di contatto con quello del passaggio di beni dal patrimonio personale a quello aziendale dell'imprenditore individuale. In alcuni casi limite, si potrebbe parlare addirittura di identità come è nell'ipotesi in cui si tratti, appunto, della stabile organizzazione di un'impresa individuale di un soggetto non residente alla quale vengano destinati beni provenienti dal suo patrimonio personale. Ma l'analogia resta anche nei casi, certo più frequenti, in cui i beni destinati alla stabile organizzazione fossero già destinati allo svolgimento dell'attività d'impresa (individuale o societaria) di un contribuente non residente. Infatti, anche in tali ipotesi, per effetto della mancanza di una stabile organizzazione, rispetto all'ordinamento italiano tali beni erano certamente esclusi dal regime dei beni d'impresa e potevano risultare totalmente irrilevanti sotto il profilo tributario ovvero, al più, soggetti al regime proprio dei beni personali. La loro destinazione, alla stabile organizzazione, pertanto, implica l'assoggettamento al regime dei beni d'impresa di situazioni giuridiche prima escluse da tale disciplina, esattamente come nell'ipotesi dell'imprenditore individuale.

Nel caso in cui si abbia un atto di destinazione, si può ulteriormente differenziare l'ipotesi dei beni già esistenti in Italia e confluiti successivamente nella stabile organizzazione (per effetto della relativa destinazione), da quello dei beni "trasferiti" dalla casa madre. Per i beni già esistenti in Italia, proprio per l'analogia che intercorre fra questa situazione e quella della destinazione dei beni all'impresa individuale, sembrerebbe opportuno applicare la regola generale valida per gli atti di destinazione,

consistente nell'attribuzione agli stessi del valore normale determinato alla data dell'atto di destinazione.

Tale regola subisce due sole eccezioni. La prima è quella prevista dall'art. 65, comma 3-bis, che impone il riferimento, per i beni strumentali, al costo storico. La seconda, invece, riguarda l'ipotesi dei beni non strumentali, ma suscettibili di dar luogo a plusvalenze, destinati al patrimonio della stabile organizzazione "dopo" la sua "costituzione". La deroga alla regola generale sembrerebbe giustificata dal fatto che questi beni sarebbero suscettibili di generare plusvalenze ai sensi dell'art. 151, comma 2, del Tuir e, poiché si deve ritenere che tali plusvalenze siano solo quelle "realizzate", l'applicazione del criterio del valore normale per gli atti di destinazione relativi agli stessi comporterebbe un salto d'imposta. Ne consegue che, per ragioni di coerenza complessiva del sistema, appare anche qui più opportuno fare riferimento al costo storico. Per tutti i beni "trasferiti" dal patrimonio estero della casa madre alla sua stabile organizzazione in Italia sembra invece più opportuno fare riferimento in ogni caso al valore normale in quanto il criterio del costo storico risulta avere, nell'ambito dello stesso art. 65 del Tuir, una portata residuale. Diverso, come si diceva, è il caso dei beni successivamente acquistati. In tale ipotesi, in particolare, in tanto si può parlare di "acquisto" in quanto il bene "entra" a far parte del patrimonio della stabile organizzazione per effetto di una modificazione patrimoniale (qualitativa) della stessa. In pratica, cioè, l'acquisto consiste nello scambio fra un diritto già incluso nel patrimonio della stabile organizzazione ed un diritto appartenente a terzi ed è proprio questo scambio che esclude l'esigenza di un ulteriore atto di destinazione per l'inclusione nel patrimonio della stabile organizzazione del nuovo bene. Proprio per le caratteristiche di tale vicenda patrimoniale, allora, il valore da attribuire al bene acquistato coinciderà con il valore precedentemente riferito al bene che costituisce il corrispettivo dell'acquisto.

Per quanto riguarda la stabile organizzazione all'estero di un soggetto passivo residente, non sembra che sussistano, invece, questioni di rilievo. Le posizioni giuridiche soggettive pertinenti alle stabili organizzazioni andranno, infatti, individuate sempre secondo il criterio funzionale spaziale prima indicato e, ove si tratti di elementi patrimoniali già inclusi nella situazione patrimoniale della casa madre, essi continueranno a mantenere il relativo valore anche a seguito della loro "destinazione" alla stabile organizzazione. Nel caso di posizioni giuridiche trasferite da soggetti diversi, esse saranno valorizzate al costo di acquisto. Il problema che, piuttosto, si pone in queste situazioni è quello del passaggio da valori monetari espressi (almeno di norma) in valuta estera a valori espressi in euro. Per quanto riguarda la determinazione del reddito delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti, vi è un problema da analizzare che è quello della possibilità di applicare le regole sul transfer price ai "rapporti" che si svolgono fra stabile organizzazione e casa madre al posto dell'applicazione dell'articolo 10, comma 7. L'attribuzione di un diritto, già incluso nel patrimonio della stabile organizzazione, al patrimonio della casa madre, dipenderà, alla luce di quanto si è detto in precedenza, dal venir meno del vincolo di funzionalità del bene all'esercizio dell'attività della stabile organizzazione medesima, ossia da un fenomeno di destinazione alle finalità proprie di un'impresa (territorialmente) diversa.

E le medesime considerazioni valgono anche là dove l'esclusione del diritto si accompagna all'inclusione nel patrimonio della stabile organizzazione di un nuovo diritto trasferito alla stessa dalla casa madre. Poiché, in considerazione dell'unicità del soggetto, non sembra possibile parlare, in questa fattispecie, di una vicenda patrimoniale riconducibile allo schema dello scambio negoziale, appare più corretto ritenere di essere

in presenza di un doppio atto di destinazione: da parte della stabile organizzazione a favore della casa madre e da parte di questa a favore della stabile organizzazione. Sebbene, a rigore, la disciplina specifica dei fenomeni di "eterodestinazione" riguardi solo i casi in cui si realizza l'eliminazione di ogni vincolo funzionale di un bene ad un'attività economica organizzata, essa ha, secondo l'opinione assolutamente prevalente, valore di principio generale. In questo modo, non sembrerebbe doversi dubitare della possibilità di attribuire rilevanza sotto il profilo reddituale a tali operazioni di "eterodestinazione" con la conseguente valutazione del diritto destinato alla casa madre al relativo valore normale. Bisogna però fare un inciso e descrivere brevemente la disciplina del transfer price. Essa è rivolta a consentire la sostituzione del prezzo praticato per una determinata transazione commerciale con il valore di mercato del bene o del servizio che ne costituisce l'oggetto. Si tratta, quindi, di regole che non appare del tutto appropriato applicare nelle ipotesi in cui l'operazione è, per definizione, priva di corrispettivo.

Questa impostazione ci sembra risolvere il problema là dove le operazioni "intrasocietarie" riguardino beni, mentre la stessa soluzione non può applicarsi alle ipotesi in cui oggetto dell'operazione sia un servizio. È evidente, in queste ipotesi, che il costo sostenuto per le operazioni in questione dalla stabile organizzazione non possa considerarsi deducibile, non essendo stato sostenuto in funzione dell'esercizio della sua attività, ovvero che esso debba essere riaddebitato alla casa madre (soluzione che, sotto il profilo quantitativo, è identica a quella della indeducibilità del costo). Ove, però, si ritenesse applicabile la disciplina di cui all'art. 110, comma 7, del Tuir, si dovrebbe anche includere nel reddito della stabile organizzazione un mark up corrispondente alla differenza fra il costo sopportato ed il prezzo che sarebbe stato praticato nel caso in cui il servizio fosse stato reso fra soggetti giuridicamente ed economicamente "indipendenti". Un noto autore (166) tuttavia esclude la possibilità di ritenere applicabili le regole sul transfer price per motivi che riguardano la stessa nozione di stabile organizzazione. In verità, si può parlare di un servizio reso alla casa madre, in quanto gli atti compiuti (e, quindi, i relativi sacrifici patrimoniali) appaiono essere strumentali rispetto all'attività della casa madre medesima e, quindi, essi sono per definizione estranei all'attività territorialmente rilevante della stabile organizzazione e, per ciò stesso, non suscettibili di essere sottoposti a tassazione in Italia. Ciò non significa, però, che la disciplina sul transfer price non trovi mai applicazione. Sembra corretto ritenere, invece, che le disposizioni di cui all'art. 110, comma 7, del Tuir debbano essere riferite alle operazioni intercorrenti fra la stabile organizzazione e le controllate o le controllanti del soggetto non residente cui fa capo la stabile organizzazione stessa. Qui, infatti, ricorrono pacificamente tutte le condizioni oggettive e soggettive previste dalla legge, ossia uno specifico rapporto societario ed un negozio corrispettivo.

Per continuare ad analizzare la determinazione del reddito di una stabile organizzazione in Italia di soggetti non residenti, è stato analizzato un ulteriore problema dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che è quello delle spese sostenute dalla casa madre nell'interesse della stabile organizzazione. In proposito occorre operare nuovamente una distinzione(167). Vengono innanzitutto in rilievo le spese sostenute dalla casa madre

---

166 G. Franson, La determinazione del reddito delle stabili organizzazioni, in "Rassegna Tributaria" n. 1 del 2005, pag. 73.

167 F. Tundo, I redditi d'impresa nel modello di convenzione Ocse, in "Trattato di diritto tributario internazionale", coordinato da Victor Uckmar, Padova 2002, pag. 277.

nell'esclusivo interesse della stabile organizzazione. Se, come si è detto, le spese consistono in una decurtazione patrimoniale correlata al compimento di un determinato atto, l'esclusività dell'interesse significa, a ben vedere, diretta ed univoca funzionalizzazione dell'atto all'attività territorialmente riferibile alla stabile organizzazione. Pertanto, il problema sembrerebbe, in tale ipotesi, risolto a priori dall'identificazione del criterio per la individuazione delle modificazioni patrimoniali rilevanti rispetto alla stabile organizzazione. La funzionalizzazione dell'atto all'attività implica necessariamente, cioè, l'imputazione dei relativi effetti (ossia della correlata decurtazione patrimoniale) al patrimonio della stabile organizzazione. Questo fenomeno potrebbe apparire meno evidente là dove la decurtazione patrimoniale sembra riguardare un diritto in precedenza riferito esclusivamente alla casa madre (e non alla stabile organizzazione). Ma, quando ciò avviene, è solo per effetto di una non corretta rappresentazione della vicenda medesima. Infatti, in conseguenza della funzionalizzazione dell'atto all'attività della stabile organizzazione, l'elemento patrimoniale modificato o estinto risulta, implicitamente, destinato alla stabile organizzazione e quindi se ne dovrebbe più correttamente evidenziare sia la previa acquisizione al patrimonio di questa, sia la successiva decurtazione.

Una seconda tipologia di spese è costituita da quelle in cui l'interesse perseguito riguarda l'impresa nel suo complesso, ossia quelle per le quali manca un nesso univoco e immediato con l'attività territorialmente riferibile alle stabili organizzazioni. Rispetto a questa ipotesi, la soluzione potrebbe essere diversa da quella indicata per le spese "specifiche" solo se si ritenesse che la generalità dell'interesse escluda di per sé la possibilità di ripartire pro quota la spesa stessa imputandola anche al patrimonio delle stabili organizzazioni. Questa conclusione appare, tuttavia, immediatamente eccessiva. In realtà è evidente che l'atto - al quale si collega la spesa - può perfettamente trovarsi in rapporto di strumentalità sia con l'attività d'impresa considerata nel suo complesso sia con quella territorialmente delimitata. Anzi, in realtà, questa affermazione è vera per tutti i costi direttamente riferibili alla stabile organizzazione in quanto essi, per definizione, sono sempre relativi ad atti rilevanti (anche) per l'attività d'impresa nel suo complesso (come risulta evidente nel caso delle stabili organizzazioni all'estero di soggetti residenti). Il problema, come evidenziato dalla dottrina pressoché unanime, consiste, allora, solo nell'affidabilità degli indici utilizzati per determinare la "misura" in cui l'atto (ed il costo ad esso connesso) sia strumentale all'attività della stabile organizzazione. Ed è proprio la congruità di tali indici che potrà essere sindacata dall'Amministrazione finanziaria. Ciò non significa, peraltro, che l'Amministrazione non possa anche negare la deducibilità del costo per difetto del requisito dell'inerenza, ma solo che, sotto questo profilo, la tipologia dei costi in questione non si differenzia in alcun modo da qualunque altro costo dovendosi in ogni caso risolvere il problema dell'inerenza applicando le stesse regole generali. Ovviamente, i criteri di riparto della spesa generica non potranno che essere indiretti e, in questa prospettiva, sembra certamente ammissibile<sup>168</sup> il ricorso, per esempio, alla regola marittima (fondata sul rapporto fra chilometri e posti relativi all'attività territorialmente individuata e chilometri e posti totali) la cui applicazione è invece esclusa per la determinazione complessiva del

---

<sup>168</sup> Come ritenuto anche da Cass. civ., Sez. trib., sent. 1° agosto 2000, n. 10062, in "RFI" n. 2-01 allegato a "il fisco" 20/2001, pag. 7455.

reddito in ragione della già affermata esclusività dell'applicazione del metodo diretto o analitico(169).

In merito alla determinazione del reddito delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti resta ancora da osservare che il rinvio contenuto nell'art. 152(170), comma 1, alle "disposizioni della sezione I del capo II del titolo II" per la determinazione del relativo reddito risulta impreciso sia per difetto che per eccesso. Da un lato, infatti, devono secondo me ritenersi pacificamente applicabili anche le "Disposizioni comuni" di cui al titolo III del Tuir come, ad esempio, quelle di cui all'art. 164 che limitano la deducibilità delle spese relative ai mezzi di trasporto a motore.

Per espressa previsione del già citato art. 117 del Tuir, sono poi applicabili alle stabili organizzazioni le disposizioni in merito al consolidato nazionale contenute, però, nella sezione II del capo II del titolo II del Tuir. Dall'altro lato, è ovviamente esclusa, con riguardo alle stabili organizzazioni, l'applicazione del principio, implicito nell'art. 81 del Tuir, della tassazione del reddito su base "mondiale".

Più dubbia è, poi, l'applicazione di alcune regole contenute nella sezione I del citato capo II del titolo II del Tuir. È questo il caso, per limitarci all'esempio più significativo, della disciplina della thin capitalization. Probabilmente, la soluzione più equilibrata è quella di applicare analogicamente l'art. 63 del Tuir, nella parte in cui dispone che il riferimento, contenuto nell'art. 98, "al socio si intende all'imprenditore" ossia alla casa madre. La questione maggiormente dibattuta in proposito riguarda se esso confluisca in quello della casa madre in modo aggregato(171) (ossia come utile della stabile organizzazione) ovvero in modo disaggregato(172).

Per comprendere meglio i termini dell'alternativa, occorre evidenziare, in primo luogo, che l'art. 14 del D.P.R. n. 600 del 1973 impedisce di ipotizzare che la disaggregazione del risultato della stabile organizzazione possa essere totale, ossia che i componenti positivi e negativi di reddito riferibili alla stabile organizzazione possano essere del tutto indistinti rispetto agli altri componenti. Tale norma prevede, infatti, l'obbligo, per coloro che esercitano attività commerciali all'estero mediante stabili organizzazioni, di "rilevare distintamente nella contabilità i fatti di gestione relativi alle stabili organizzazioni, determinando separatamente i risultati dell'esercizio relativi a ciascuna di esse".

La rilevazione distinta, infatti, implica almeno l'obbligo di creare appositi "conti" dedicati ai fatti di gestione propri delle stabili organizzazioni, sia pure all'interno dell'unica contabilità. E, d'altra parte, nemmeno la lettura maggiormente riduttiva della prescrizione di una determinazione separata del risultato della stabile organizzazione – ossia quella che attribuisce valore alla disposizione solo nell'ottica dell'accertamento – consente comunque di negare che tale determinazione, anche se non immediatamente e direttamente rilevante sul piano sostanziale, debba essere il riflesso di un impianto contabile che nel complesso "isoli" i fatti di gestione della casa madre rispetto a quelli della stabile organizzazione. Tuttavia, l'aver escluso la possibilità di una disaggregazione

---

169 Come ritenuto anche da Cass. civ., Sez. trib., sent. 1° agosto 2000, n. 10062, in "RFI" n. 2-01 allegato a "il fisco" 20/2001, pag. 7455.

170 F. Carriolo, La stabile organizzazione nel quadro della riforma fiscale del 2004, in "il fisco" n. 3 del 19 gennaio 2004, pag.351.

171 A.M. Gaffuri, La determinazione del reddito della stabile organizzazione, in "Rass. Trib.", n. 1/2002, pagg. 87e seguenti.

172 F. Gallo, Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno, in "Riv. dir. fin. sc. fin.", I, pagg. 403 e seguenti e E. Della Valle, Contributo alla studio della stabile organizzazione nel sistema di imposizione sul reddito, Roma, 2004, pagg. 135 e seguenti.

totale, non conduce necessariamente al risultato opposto, potendosi comunque parlare di determinazione su base "disaggregata" dei risultati complessivi della stabile organizzazione e della casa madre anche là dove i documenti contabili di fine esercizio (ossia lo stato patrimoniale ed il conto economico) costituiscano il consolidamento di tutti i conti patrimoniali ed economici - singolarmente considerati - propri delle diverse articolazioni dell'impresa. Una prima chiara indicazione in tale senso si ottiene ove si consideri, da un lato, che ai sensi dell'art. 83, il reddito d'impresa è determinato a partire da un unico risultato civilistico e, dall'altro lato, che, proprio per effetto di tale disposizione, sussiste il ben noto rapporto di presupposizione delle regole proprie della determinazione dell'utile civilistico rispetto alle disposizioni sul reddito d'impresa. Ne consegue, innanzi tutto, che oggetto delle possibili riprese in aumento e diminuzione è necessariamente un unico risultato civilistico e, in secondo luogo, che - essendo le regole contabili civilistiche necessariamente improntate alla determinazione unitaria dell'utile o della perdita, in base quantomeno al consolidamento conto per conto dei documenti contabili della casa madre e della stabile organizzazione - una possibile "aggregazione" del risultato potrebbe solo costituire la conseguenza a posteriori di (assai complesse e scarsamente utili) variazioni in aumento o in diminuzione operate, rispetto ad un risultato unitario, in applicazione di norme esclusivamente tributarie. Occorrerebbe, cioè, un'espressa disposizione volta a realizzare la "aggregazione" di un risultato già incluso, in forma disaggregata, nel conto economico unitario di cui è evidente però l'assenza. La tesi proposta sembra trovare conferma nella previsione di cui all'art. 110, comma 2, ai sensi del quale, come noto, "la conversione in euro dei saldi di conto delle stabili organizzazioni all'estero si effettua secondo il cambio della data di chiusura dell'esercizio e le differenze rispetto ai saldi di conto dell'esercizio precedente non concorrono alla formazione del reddito". In effetti, a testimonianza di una formulazione del testo normativo non del tutto chiaro, la disposizione citata è stata interpretata come una conferma di entrambe le tesi contrapposte. Tuttavia, ad una più attenta considerazione, essa appare maggiormente compatibile con la tesi della determinazione del reddito della stabile organizzazione in forma disaggregata. A tal fine occorre considerare che la prima parte della disposizione - quella, cioè, che stabilisce quale sia il tasso da applicare per la conversione in euro dei saldi di conto - pone ad oggetto della conversione in euro non il risultato finale emergente a livello della stabile organizzazione, bensì tutti i singoli conti, presupponendo, quindi, la confluenza nel bilancio della casa madre di ciascun conto isolatamente considerato [e non del solo risultato netto espresso originariamente in valuta (173)]. Questa conclusione è ulteriormente confermata dalla seconda parte della disposizione in commento - ossia quella che prevede l'irrelevanza delle differenze di conversione fra i conti dell'esercizio precedente e quelli dell'esercizio corrente.

Al fine di comprendere il senso di questa regola, si deve innanzi tutto precisare che essa si applica solo ai conti dello stato patrimoniale, giacché, essendo i conti "economici" (esclusi quelli relativi alle rimanenze) definitivamente chiusi al termine dell'esercizio, per essi non si pone mai alcun problema di confronto con il saldo del precedente esercizio (se non a fini meramente informativi). Per avere un senso, allora, la disposizione deve presupporre l'adozione di una tecnica contabile in cui i singoli conti patrimoniali in valuta della stabile organizzazione vengano "chiusi" (previa la loro

---

173 T. Di Tanno, Appunti sulle operazioni in valuta nel testo unico delle imposte sul reddito, in "Boll. Trib. inf.", 1988, pag. 22.

conversione in euro) nella contabilità unitaria e poi, all'inizio dell'esercizio, "riaperti" (previa loro conversione in valuta) nella contabilità della stabile organizzazione. Tecnica, questa, ovviamente coerente con la determinazione del reddito in forma disaggregata (nel senso e con i limiti anzi detti). Con riguardo a tale disposizione ci sembra opportuno svolgere due ulteriori rilievi. Il primo attiene all'esclusività o meno di questa particolare modalità di determinazione del reddito. In altri termini, occorre chiedere se le prescrizioni dell'art. 14, ultimo comma, del D.P.R. n. 600 del 1973 sarebbero rispettate pienamente anche se - accanto alla contabilità della stabile organizzazione tenuta nel Paese estero secondo le norme ivi previste - la casa madre istituisse un apposito giornale sezionale tenuto in Italia secondo la normativa vigente, nel quale le singole operazioni della stabile organizzazione venissero iscritte giorno per giorno con relativa conversione in euro al cambio del giorno in cui viene effettuata la rilevazione e, quindi, facendo confluire l'insieme delle rilevazioni nel bilancio d'esercizio finale (174). Questa modalità di rilevazione, pur essendo del tutto diversa da quella presupposta nell'art. 110, comma 2, citato, non è affatto impraticabile.

In realtà, la disposizione in commento dovrebbe essere più correttamente intesa come un implicito riconoscimento - analogo a quello contenuto nell'ultimo periodo del medesimo comma 2, relativamente alla contabilità multivalutaria - della possibilità di tenere un unico giornale nel Paese estero (contemporaneamente conforme alle prescrizioni della legge italiana) con conseguente iscrizione delle operazioni esclusivamente in valuta e conversione solo dei saldi di ciascun conto a fine esercizio. È, cioè, norma che, attraverso la disciplina delle modalità applicative di una particolare tecnica contabile, ne riconosce implicitamente la liceità, ma non ne sancisce l'obbligatorietà. Il secondo rilievo riguarda i rapporti fra questa modalità di contabilizzazione e la disciplina delle perdite sui cambi. Si tratta, più in particolare, di capire se l'irrilevanza ai fini reddituali delle variazioni monetarie dei conti patrimoniali (prescritta dalla disposizione in esame) valga anche per i crediti ed i debiti in valuta. Una simile interpretazione, in realtà, non sarebbe conforme alla ratio della norma che appare rivolta solo a fornire una precisazione - particolarmente utile specie in un contesto, quale quello in cui essa fu originariamente formulata, in cui avevano rilevanza reddituale le plusvalenze "iscritte" - in ordine alla perdurante applicazione del principio secondo cui sono redditualmente rilevanti solo i valori effettivamente realizzati, escludendo, così, l'idoneità a concorrere alla formazione del reddito del maggiore o minor valore di situazioni giuridiche (diritti o obbligazioni) derivanti dalle oscillazioni dei cambi, in conseguenza dell'adozione di un particolare metodo contabile; per contro, essa non dovrebbe escludere la possibilità di rilevare un componente positivo o negativo di reddito là dove vengano in rilievo quelle particolari situazioni giuridiche soggettive (ossia i crediti e debiti in valuta) alle quali è applicabile la regola - da considerare in questo senso "speciale" - intesa a dare rilevanza (sia pure attraverso l'iscrizione di un fondo rischi) a variazioni di valore non realizzate, ma semplicemente presunte. Va da sé che questa interpretazione, riferibile alla disciplina dei crediti e dei debiti in valuta, vigente anteriormente alla riforma del 2003, è valida, a maggior ragione, con riferimento alla nuova formulazione dei commi 3 e 4 dell'art. 110 del Tuir, introdotti per adeguare la disciplina del reddito d'impresa alla nuova formulazione dell'art. 2426, comma 1, n. 8-bis(175).

---

174 Cass. civ., Sez. trib., sent. 23 maggio 2002, n. 7554 in "il fisco", n. 34/2002, fascicolo 1, pag. 5598.

175 G. Fransoni, La determinazione del reddito delle stabili organizzazioni, in "Rassegna Tributaria" n. 1 del 2005, pag. 73 e seguenti.

### 3      Gli adempimenti contabili di una stabile organizzazione

Secondo la nostra normativa fiscale la "stabile organizzazione" sul territorio nazionale deve essere assoggettata agli obblighi contabili previsti dall'art. 14 (ultimo comma) del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600:

"Le società, gli enti e gli imprenditori di cui al primo comma che esercitano attività commerciali all'estero mediante stabili organizzazioni devono rilevare nella contabilità distintamente i fatti di gestione che interessano le stabili organizzazioni, determinando separatamente i risultati dell'esercizio relativi a ciascuna di esse". Specularmente, per un principio di reciprocità, per la stabile organizzazione in Italia di una società straniera, valgono le stesse regole, ai sensi della legislazione fiscale italiana, ai fini della rilevazione distinta dei fatti di gestione(176).

Occorre sottolineare che la stabile organizzazione di società italiana all'estero si troverà solitamente ad utilizzare due procedure contabili, una in base alla legislazione del paese estero, l'altra in conformità alla legislazione italiana. Infatti, i soggetti residenti che istituiscono una stabile organizzazione all'estero sono tenuti ad aderire, limitatamente ad essa, alla norma locale. La stabile organizzazione non ha un "capitale sociale" bensì un fondo di dotazione, se previsto dalla normativa locale. Questo fondo, a differenza del capitale sociale, non ha alcuna rilevanza per i creditori e può subire modificazioni senza il ricorso a particolari formalità. Si può verificare che lo stesso anche se di fatto non intaccato, può variare contabilmente di anno in anno causa il saldo di conversione valutaria di fine esercizio. Tuttavia, l'effettiva variazione positiva o negativa del fondo di dotazione potrà misurarsi solo all'atto della sua realizzazione, infatti sarà solo al momento di cessazione dell'attività, quando il capitale iniziale sarà restituito od utilizzato concretamente, che potrà misurarsi la sua reale entità di conversione(177). Inoltre, per rendere più agevole l'integrazione della contabilità della branch con quella della casa madre è consigliabile che il piano dei conti della sezione estera sia uniforme con quello della sede centrale nei limiti consentiti dalla normativa locale. La contabilità tenuta localmente avrà come supporto i documenti originali da conservare per il tempo richiesto dalle disposizioni locali.

In considerazione di alcune risoluzioni ministeriali, si può dedurre che la contabilità separata della stabile organizzazione deve essere tenuta nel rispetto dei principi contabili comunemente accettati, deve avere data certa (es. visto di regolarità dei consolati

---

176 G. D'Alfonso, La tenuta della contabilità nella stabile organizzazione, in "il fisco" n. 34 del 2002, pag. 5422.

177 G. D'Alfonso, La tenuta della contabilità nella stabile organizzazione, in "il fisco" n. 34 del 2002, pag. 5426.

Italiani) ed inoltre deve essere integrata a quella generale della casa madre(178). Le scritture contabili minime indispensabili tenute dalla stabile organizzazione italiana all'estero sono rappresentate principalmente dal "libro giornale sezionale" da riepilogare periodicamente (non oltre 60 giorni - art. 22 del D.P.R. n. 600/1973) nel libro giornale della casa madre italiana. Dal libro giornale devono risultare le operazioni che, giorno per giorno, la sede secondaria ha posto in essere nello svolgimento della propria attività gestionale nell'ambito del territorio dello Stato italiano(179). Secondo la risoluzione ministeriale n.9/2398 del 1/02/1983 la contabilità della Branch può essere assemblata a quella della casa madre secondo due metodi: a) Per riepilogazioni periodiche, se esiste all'estero una "contabilità sezionale autonoma e regolarmente tenuta; b) Accorpendo il risultato finale dell'esercizio (al cambio di chiusura) e ciò presupponendo che la contabilità sezionale all'estero sia regolarmente tenuta; previo bilanciamento di tutte le partite attive e passive. In particolare, nel caso in cui presso la stabile organizzazione venga tenuta solo la prima nota, questa ultima deve essere inviata periodicamente (almeno mensilmente in modo da rispettare l'obbligo di registrazione entro 60 gg.) alla sede centrale. Sulla base della prima nota la sede centrale deve tenere un libro giornale sezionale (intestato alla sezione estera) numerato e tenuto a norma della legge italiana. Successivamente a fine esercizio, i saldi dei conti risultanti dal libro giornale sezionale vengono riportati nel libro giornale generale. Oppure la casa madre deve trascrivere le singole operazione in contabilità generale senza adottare libri giornali sezionali. In questo caso però la rilevazione distinta dei fatti di gestione deve essere attuata a livello di schede di mastro (e relativi sottoconti) le quali potrebbero essere intestate distintamente a ciascuna branch estera.

Nel caso in cui la stabile organizzazione tenga localmente un libro giornale è possibile inviare periodicamente i saldi dei conti alla sede centrale. La sede centrale provvede al loro riepilogo nel libro giornale generale (ris. 1/02/1983 n.9/2398 dell'amministrazione finanziaria).

È importante utilizzare una tecnica contabile che consenta di ottenere, sia il conto economico e lo stato patrimoniale generale dell'azienda, sia un conto economico con relativo stato patrimoniale per ciascuna stabile organizzazione, in modo da determinare il reddito sezionale. In questo modo si è in regola con le normative fiscali vigenti. Questi obiettivi possono essere raggiunti grazie ad un sistema contabile che, da un lato rileva i fenomeni esterni di gestione, come se riguardassero un'azienda indivisa, dall'altro rileva i trasferimenti interni di merci, denaro, attrezzature ecc., utilizzando conti specifici (180).Un problema può porsi in merito alla lingua con la quale devono essere tenute le scritture contabili.

La normativa nazionale per la redazione del bilancio delle società italiane prevede per tale documento ordinariamente la lingua italiana e ciò è estensibile anche a tutte quelle scritture contabili che in qualche modo risultano accessorie e funzionali alla redazione del bilancio ed alla tenuta della contabilità. La contabilità di una stabile organizzazione in Italia di società estera (nella fattispecie libro giornale) risulta, infatti, strumentale, alla produzione di un bilancio e, quindi, risente dell'applicazione delle norme interne.

---

178 Il dottore commercialista- professione e cultura, diritto internazionale, marzo-aprile 2006, pag.6.

179 G. D'Alfonso, La tenuta della contabilità nella stabile organizzazione, in "il fisco" n. 34 del 2002, pag. 5422.

180 Il dottore commercialista- professione e cultura, diritto internazionale, marzo-aprile 2006, pag.6.

Un indicativo riferimento normativo per la suddetta previsione può essere dato anche dall'art. 27, comma 5, del D.Lgs. 9 aprile 1991, n. 127 (concernente i casi di esonero dall'obbligo di redazione del bilancio consolidato), in cui si fa esplicito riferimento al bilancio redatto in lingua italiana. Inoltre in base all'art. 2707 del codice civile i libri e le scritture contabili hanno carattere prevalentemente probatorio e come tali devono poter essere utilizzate anche agli effetti processuali.

A questo riguardo, l'art. 122 del codice di procedura civile, prescrive, per gli atti processuali, l'obbligo della lingua italiana. Per questo motivo, ad esempio, la tenuta di scritture contabili in lingua straniera, accompagnata da una legenda in italiano, da parte di una stabile organizzazione in Italia di casa madre estera, non appare in linea con le disposizioni vigenti cui si è fatto cenno ed anche con riguardo ai requisiti formali della contabilità ai sensi dell'art. 9 del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, mentre ben deve ammettersi il contrario e cioè la tenuta dei libri contabili in italiano con apposita legenda in lingua straniera per esigenze della casa madre estera. Un altro aspetto problematico, circa la tenuta della contabilità di una stabile organizzazione, potrebbe essere quello valutario. A questo riguardo la casa madre dovrebbe avere una contabilità, ridotta ad unità, in due valute diverse; infatti le operazioni della stabile organizzazione saranno espresse nella valuta del Paese in cui opera fermo restando successivi problemi di conversione. Il legislatore italiano, a tal fine, ha previsto (art. 76, comma 2, del Tuir, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) che la conversione in euro dei saldi di conto della stabile organizzazione estera si effettui secondo il cambio di chiusura dell'esercizio e le differenze rispetto ai saldi convertiti dell'esercizio precedente non concorrono alla formazione del reddito. Perciò la casa madre potrà tenere durante l'esercizio una contabilità plurimonetaria (e ciò non contrasta con gli artt. 72 e 76 del Tuir), omogeneizzandola alla chiusura. Inoltre il legislatore, non facendo influenzare il reddito dalle differenze di saldo dei conti dovute alla conversione monetaria, non tiene conto delle fluttuazioni monetarie che non sono rappresentative di operazioni economiche; queste, infatti, sono solo differenze contabili di conversione.

#### 4 Rapporto OCSE sull'attribuzione dei profitti ad una stabile organizzazione

Il principio direttivo sul quale si fonda l'attribuzione degli utili ad una stabile organizzazione è contemplato nel modello di Convenzione contro le doppie imposizioni disegnato in sede Ocse nell'articolo 7, paragrafo 2. Esso statuisce che gli utili da attribuire alla stabile organizzazione sono quelli che la medesima avrebbe conseguito qualora la stessa “ (...) instead of dealing with its head office, it had been dealing with an entirely separate enterprise under conditions and at prices prevailing in the ordinary market”. Si tratta, in altre parole, dell'estrinsecazione del c.d. “principio di libera concorrenza” o “arm's length principle”, trasposto nel nostro ordinamento nel concetto di “valore normale” contenuto nell'articolo 9 del Testo Unico. Al fine di quantificare l'esatto ammontare degli utili ascrivibili alla stabile organizzazione dunque, le Autorità fiscali si avvarranno della contabilità commerciale da quest'ultima istituita (181). Il 17

---

181 S. Capolupo, P. Compagnone, L. Vinciguerra, P. Borrelli, Le ispezioni tributarie, Manuale, Ipsoa, 2009, pag. 702 nota a piè di pagina n. 10.

luglio 2008 il Consiglio Ocse ha approvato la pubblicazione della versione definitiva del "Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment". Questa pubblicazione segue l'approvazione del Report da parte della Commissione affari fiscali dell'Ocse del 24 giugno 2008. Il documento rappresenta una guida per la corretta applicazione dei criteri che devono sovrintendere l'attribuzione degli utili alla stabile organizzazione in base all'articolo 7 del Modello Ocse di Convenzione fiscale. Il Report illustra inoltre come avvalersi delle indicazioni e dei principi (in particolare l'arm's length principle) contenuti nelle direttive Ocse del 1995 sulla determinazione dei prezzi di trasferimento tra imprese associate nell'ambito delle "transazioni" tra una stabile organizzazione e il resto dell'impresa a cui appartiene. Il Report si compone di una prefazione e di quattro parti e sostituisce tutte le precedenti bozze, inclusa sia la parte I e la parte III pubblicate in versione provvisoria nel dicembre 2006, che la bozza di discussione sulla parte IV pubblicata nell'agosto 2007.

La parte I introduce delle considerazioni di carattere generale sull'attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni, a prescindere dal settore economico in cui si trovano a esercitare la propria attività. Le parti successive applicano invece l'approccio autorizzato Ocse alle stabili organizzazioni di imprese che operano nel settore finanziario, in cui è frequente l'esercizio dell'attività a livello internazionale tramite branch. In particolare, la parte II è dedicata al settore bancario, la parte III focalizza l'attenzione sulle stabili organizzazioni di imprese attive nel global trading di strumenti finanziari; infine, la parte IV applica l'approccio Ocse alle stabili organizzazioni di imprese che esercitano l'attività assicurativa. La Commissione Affari fiscali dell'Ocse ha scelto di assumere un approccio a due tempi (two track approach) sì da garantire, alle Amministrazioni fiscali che ai contribuenti, il massimo grado di certezza sul metodo e i criteri da adottare per i trattati già in vigore e per la futura stipula di trattati. In un primo momento, per assicurare una maggiore uniformità di interpretazione dei trattati esistenti che incorporano la versione corrente dell'articolo 7 del Modello di Convenzione fiscale, l'Ocse ha scelto di includere nell'aggiornamento 2008 del Modello esclusivamente la revisione del Commentario della versione corrente dell'articolo 7. La revisione accoglie quelle conclusioni del Report che non confliggono con la precedente versione del Commentario. L'approccio autorizzato dall'Ocse si sviluppa in due fasi successive (two step approach). La prima fase si basa sull'ipotesi che la stabile organizzazione eserciti la propria attività come se fosse una entità funzionalmente separata (functionally separate entity) dal resto dell'impresa della quale costituisce una parte. Di conseguenza, l'approccio Ocse presuppone che alla stabile organizzazione vengano attribuiti quei profitti che la stessa avrebbe conseguito svolgendo le medesime o simili funzioni, alla medesime o simili condizioni, qualora fosse una impresa separata e distinta dalla casa madre.

Pertanto, occorre, in primo luogo, effettuare un'analisi fattuale e funzionale per mezzo della quale individuare le funzioni svolte, i rischi assunti e gli asset utilizzati dalla stabile organizzazione, nonché il capitale (cosiddetto fondo di dotazione) attribuito alla stabile organizzazione. Mancando dei contratti giuridicamente vincolanti tra casa madre e la sua branch, sarà necessario, in questa prima fase, effettuare anche il riconoscimento delle transazioni che le due entità pongono in essere. È previsto nello specifico che assumano particolare rilevanza e che vadano identificate le funzioni significative svolte dal personale (people functions); tali funzioni devono poi guidare l'attribuzione degli asset, in particolare di quelli immateriali, e soprattutto dei rischi. La seconda fase dell'approccio, si avvale, per analogia, delle direttive Ocse sui prezzi di trasferimento e

fa riferimento all'arm's lenght principle per determinare i profitti della stabile organizzazione, in quanto, per l'appunto, assumono rilevanza le transazioni tra la branch e la casa madre. Sulla base delle indicazioni fornite dalle direttive Ocse sarà imprescindibile effettuare un'analisi di comparabilità e si applicheranno i metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento elaborati dalle guideline(182).

---

182 [www.nuovofiscooggi.it](http://www.nuovofiscooggi.it), A. Denaro, Profitti alle stabili organizzazioni, approvato il Report Ocse, 8 settembre 2008.