



Dipartimento di Impresa e Management
Corso di Laurea Magistrale in Consulenza Professionale e
Revisione Aziendale
Cattedra di Diritto Tributario dell'Impresa

*La Stabile Organizzazione nell'era della Digital Economy
e della Web Tax*

RELATORE
Prof. Fabio Marchetti

CANDIDATO
Dalila Di Mascolo
Matricola 690801

CORRELATORE
Prof. Marco Sepe

Anno Accademico 2017/2018

INDICE

INTRODUZIONE	5
1. LA STABILE ORGANIZZAZIONE	7
1.1 Premessa	7
1.2 L'origine della nozione di stabile organizzazione	10
1.2.1 L'evoluzione normativa nazionale e internazionale	13
1.3 Il reddito d'impresa	15
1.4 I criteri di localizzazione del reddito	17
1.6 La stabile organizzazione	25
1.6.1 La stabile organizzazione nel Modello OCSE	29
1.6.2 La stabile organizzazione nella normativa fiscale italiana	34
1.7 La stabile organizzazione materiale	36
1.7.1 La <i>positive list</i>	42
1.7.2 La stabile organizzazione materiale senza consistenza fisica	46
1.7.3 La stabile organizzazione “da cantiere”	51
1.7.4 Le attività a carattere preparatorio o ausiliario: la <i>negative list</i>	55
1.7.5 La nuova <i>anti-fragmentation rule</i>	63
1.8 La stabile organizzazione personale.....	65
1.8.1 Il ruolo dell'agente dipendente.....	69
1.8.2 L'agente indipendente e il rapporto di controllo con la casa madre	72
1.8.3 Il caso del raccomandatario e del mediatore marittimo	74
1.9 La determinazione del reddito della stabile organizzazione.....	74
1.9.1 La determinazione del reddito della stabile organizzazione secondo i principi dell'OCSE	82
1.10 La stabile organizzazione ai fini IVA	84
1.10.1 La definizione di stabile organizzazione: il Regolamento 282/2011/UE	86

1.10.2 La Direttiva IVA 2002/38/CE sul commercio elettronico diretto	90
2. LA STABILE ORGANIZZAZIONE NELL'ERA DELLA DIGITAL ECONOMY ALLA LUCE DEL PROGETTO BEPS	92
2.1 Premessa	92
2.2 L'imposizione diretta nell'economia digitale	95
2.3 I cambiamenti derivanti dalla digitalizzazione dell'economia e la nascita del Progetto BEPS	97
2.4 Il Progetto BEPS	100
2.4.1 Gli obiettivi del Progetto BEPS e l' <i>Action Plan</i>	104
2.4.2 L' <i>Action 1</i> del Progetto BEPS: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy.....	111
2.4.3 L' <i>Action 7</i> del Progetto BEPS: <i>Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status</i>	119
2.5 Casi pratici: Amazon e Stanleybet	126
2.6 La Direttiva UE n. 72/2018: <i>norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa</i>	131
3. LA WEB TAX	133
3.1 Premessa	133
3.2 Le precedenti proposte del legislatore italiano	134
3.3 La procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata: la <i>web tax</i> transitoria .	136
3.3.1 L'adesione e la responsabilità penale	141
3.4 La "soluzione" italiana alla tassazione delle imprese digitali	142
3.4.1 La <i>web tax</i> italiana	144
3.4.2 Criticità della tassazione dei servizi digitali	147
3.5 La Direttiva UE n. 73/2018: <i>un sistema comune d'imposta sui servizi digitali</i>	149
3.6 La <i>web tax</i> in ottica internazionale	153
RIFLESSIONI CONCLUSIVE	155

INTRODUZIONE

L'economia digitale ha rivoluzionato le modalità con cui le imprese erogano beni e servizi e si relazionano con il mercato: è cambiato totalmente il modo di esercitare le attività imprenditoriali. Le imprese digitali crescono a ritmi molto più sostenuti rispetto alle imprese tradizionali e rispetto all'economia nel suo complesso e questo *trend* è destinato a crescere incontrastabilmente.

Le tecnologie digitali hanno offerto alle imprese della *new economy* la possibilità di rendere più efficienti i loro processi produttivi, determinando un abbattimento dei costi di struttura e, al contempo, gli hanno consentito di raggiungere mercati dapprima inesplorati per effetto dell'abbattimento delle barriere all'entrata.

Inoltre, mediante l'impiego delle nuove tecnologie, è divenuto possibile creare valore in un determinato territorio senza ivi localizzare una sede fissa di affari che abbia i requisiti della fissità e della materialità, previsti dall'attuale disciplina fiscale affinché si configuri nel territorio dello Stato una stabile organizzazione. In sostanza, lo sfruttamento delle tecnologie digitali, consente di evitare la tassazione nel territorio dello Stato in cui effettivamente i beni sono venduti e i servizi erogati, cioè nel mercato in cui la società è sostanzialmente attiva. Ciò ha consentito ai grandi colossi del *web* di ridurre drasticamente la pressione fiscale sui propri profitti.

Pertanto, il dilagare dell'economia digitale ha posto una sfida ai legislatori internazionali, ai quali spetta l'arduo compito di adeguare la nozione di stabile organizzazione ai nuovi modelli di business dell'economia digitale, al fine di evitare che vengano posti in essere fenomeni di *aggressive tax planning*.

Nel primo capitolo si procederà ad esaminare la nozione di stabile organizzazione, in tutte le sue sfaccettature, alla luce delle novità introdotte nel Modello di Convenzione OCSE e degli interventi operati con la Legge di bilancio 2018.

Nel secondo capitolo sarà descritto il Progetto BEPS, elaborato dall'OCSE sin dal 2013 su commissione del G20, che affronta le problematiche relative all'evasione fiscale internazionale delle imprese multinazionali e individua 15 Azioni per contrastare lo spostamento di profitti verso i Paesi *black list*, tentando di fissare regole uniche e armonizzate a livello globale. Si procederà poi ad analizzare il contenuto della proposta di Direttiva n. 72 del 2018, concernente *norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa*.

Infine, nel terzo e ultimo capitolo si descriverà il processo mediante cui si è giunti all'attuale disciplina della *web tax* domestica, delineandone i relativi presupposti, sebbene non sia stato ancora emanato il relativo Decreto attuativo, per poi delineare i tratti fondamentali dell'*Imposta sui Servizi Digitali* (ISD) elaborata in sede europea nella proposta di Direttiva n. 73 del 2018.

CAPITOLO I

LA STABILE ORGANIZZAZIONE

Sommario: **1.1** Premessa **1.2** L'origine della nozione di stabile organizzazione **1.2.1** L'evoluzione normativa nazionale e internazionale **1.3** Il reddito d'impresa **1.4** I criteri di localizzazione del reddito **1.5** La nozione di residenza fiscale **1.6** La stabile organizzazione **1.6.1** La stabile organizzazione nel Modello OCSE **1.6.2** La stabile organizzazione nella normativa fiscale italiana **1.7** La stabile organizzazione materiale **1.7.1** La *positive list* **1.7.2** La stabile organizzazione materiale senza consistenza fisica **1.7.3** La stabile organizzazione "da cantiere" **1.7.4** Le attività a carattere preparatorio o ausiliario: la *negative list* **1.7.5** La nuova *anti-fragmentation rule* **1.8** La stabile organizzazione personale **1.8.1** Il ruolo dell'agente dipendente **1.8.2** L'agente indipendente e il rapporto di controllo con la casa madre **1.8.3** Il raccomandatario e il mediatore marittimo **1.9** La determinazione del reddito della stabile organizzazione **1.9.1** La determinazione del reddito della stabile organizzazione secondo i principi dell'OCSE **1.10** La stabile organizzazione ai fini IVA **1.10.1** La definizione di stabile organizzazione: il Regolamento 282/2011/UE **1.10.2** La Direttiva IVA 2002/38/CE sul commercio elettronico diretto

1.1 Premessa

In un contesto economico in cui è massimizzata la liberalizzazione degli scambi e in cui il progresso tecnologico ha sostanzialmente reso nulle le distanze, assume sempre più rilevanza il riparto del potere impositivo tra gli Stati in cui ciascuna impresa opera localizzando una o più attività.

Nella concezione tradizionale, il fenomeno tributario si traduceva in un obbligo impositivo connesso alle fonti reddituali localizzate all'interno del territorio nazionale, per cui non era difficile individuare i redditi da sottoporre a tassazione; inoltre, l'eventuale gettito proveniente da reddito prodotto all'estero dai contribuenti residenti veniva

considerato irrilevante.

Ad oggi, l'imposizione fiscale si declina in modo differente a seconda che il contribuente sia un soggetto residente o non residente nel territorio dello Stato. Per quanto concerne i soggetti residenti, l'evoluzione dei mercati ha portato verso un sistema di tassazione basato sul *worldwide taxation principle* che lega l'imposizione tributaria al collegamento soggettivo del contribuente con lo Stato, il che implica che vengano tassati tutti i redditi del residente indipendentemente da dove siano prodotti; la regola della tassazione globale dei redditi del soggetto residente scaturisce dal generale principio di extraterritorialità della potestà impositiva, tale per cui la sovranità dello Stato in materia tributaria si estende anche al di fuori dei confini territoriali, non subendo alcun limite di diritto internazionale, in forza del collegamento materiale del contribuente con il territorio dello Stato.¹

Per i soggetti non residenti viene adottata una prospettiva ben differente fondata sul principio della tassazione alla fonte, comunemente indicato anche come principio di territorialità: i soggetti non residenti nel territorio dello Stato vengono assoggettati ad imposta per i redditi ivi prodotti ossia per i redditi derivanti da fonti localizzate nel territorio dello Stato. Il focus è posto sull'origine economica del reddito per cui è evidente come lo Stato assoggetti ad imposizione tutti i redditi che presentano un nesso economico con il proprio territorio, a prescindere dal fatto che il reddito stesso sia prodotto da soggetti residenti o non residenti.

É in questo contesto che emerge la nozione di stabile organizzazione. La stabile organizzazione è un istituto di diritto tributario che assume rilevanza nell'imposizione dell'attività internazionale delle imprese.² Il vigente ordinamento attribuisce allo Stato la potestà di tassare i redditi di impresa prodotti da un soggetto non residente quando è possibile localizzarne l'ubicazione della fonte nel suo territorio, attraverso la configurazione di una stabile organizzazione. In questo senso la stabile organizzazione rappresenta una "formula risolutoria" ovvero costituisce uno dei criteri di collegamento per identificare l'ubicazione della fonte di reddito e nello specifico un "criterio di

¹ La grande maggioranza degli ordinamenti ha optato per l'utilizzo del criterio della residenza, essendo questo l'indice più idoneo a garantire l'effettivo radicamento del soggetto nel sistema socio-economico statale. Alcuni ordinamenti, come quello statunitense, hanno ritenuto più adatto il criterio della cittadinanza, poiché il dovere tributario costituirebbe una conseguenza dell'appartenenza ad un determinato Stato.

² C. Garbarino, *Stabile organizzazione*, in Riv. dir. trib., 1998, p. 365.

attrazione” al territorio dello Stato dei redditi in esso prodotti attraverso una struttura fiscalmente stabile nel tempo.³

In particolare, la stabile organizzazione, ha rappresentato un importante strumento per garantire ad un Paese la possibilità di imporre tasse a imprese residenti in altro Stato contraente: riconoscere la presenza della stabile organizzazione nel territorio dello Stato comporta la nascita di una pretesa impositiva da parte dello Stato stesso. In sostanza è per mezzo della stabile organizzazione che l'imprenditore non residente assume una presenza fiscale significativamente qualificata, sostanziale e permanente, in grado di equipararlo operativamente alle imprese residenti.⁴

Pertanto, per definire puntualmente la stabile organizzazione risulta fondamentale localizzare correttamente i redditi prodotti dalle imprese non residenti e eliminare le forme di doppia imposizione che gravano sui flussi di reddito transfrontalieri; infatti, non poche sono le ipotesi in cui una determinata fattispecie risulti collegata a più ordinamenti giuridici, per cui ha luogo un prelievo tributario sovrapposto dovuto alla sussistenza di norme contemporaneamente vigenti in diversi Stati, la cui applicazione congiunta non risulta coordinata.

In particolare, la doppia imposizione può essere definita come giuridica o economica e interna o internazionale. Per doppia imposizione giuridica si intende la tassazione plurima dello stesso reddito nei confronti dello stesso soggetto mentre per doppia imposizione economica si fa riferimento al caso in cui lo stesso reddito sia tassato in capo a soggetti diversi.

Si parla di doppia imposizione interna quando lo stesso ente impositore assoggetta a tassazione due o più volte il medesimo presupposto d'imposta; la doppia imposizione internazionale, invece, si verifica quando i presupposti di imposta in due o più Stati si sovrappongono e le norme fiscali nazionali assoggettano a tassazione più volte la stessa ricchezza.

In particolare, i fenomeni di doppia imposizione internazionale risultano sempre più intensi per effetto dell'internazionalizzazione dell'economia con una conseguente diffusione delle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, quali strumenti di politica internazionale tributaria atti ad evitare il fenomeno per cui lo stesso reddito sia soggetto a tassazione in due diversi Stati (lo Stato di residenza del contribuente e lo Stato

³ A. Fantozzi, *Corso di diritto tributario*, Torino, 2003.

⁴ Toma Giangaspere Donato, *La stabile organizzazione: alcune problematiche di interesse risolte dalla giurisprudenza tributaria*, in “Diritto e Diritti dal 1996”, 2006.

della fonte del reddito). Tuttavia, è opportuno considerare che al momento di negoziare una Convenzione contro le doppie imposizioni si valutano innanzitutto i rapporti economici esistenti tra i due Paesi e l'assetto delle norme fiscali nazionali di entrambi; considerando però che la Convenzione è destinata a produrre i suoi effetti in un momento futuro, in un contesto sempre più mutevole e in cui gli scenari economici, giuridici e tecnologici sono caratterizzati da repentini cambiamenti, un accordo adeguato in un determinato periodo potrebbe divenire obsoleto in tempi relativamente brevi e per motivi non necessariamente legati alla fiscalità, determinando una diversa distribuzione del reddito tra i Paesi contraenti.

La stessa stabile organizzazione risulta essere un fenomeno soggetto a possibili mutamenti, soprattutto alla luce delle innovazioni spinte dalla *digital economy*. Tale fenomeno è da sempre stato oggetto di dibattiti e di continue modifiche nel tempo e, proprio per la rilevanza che possiede, sorge la necessità di affrontare un particolare studio dell'istituto analizzando gli sviluppi che si sono verificati negli ultimi anni alla luce del nuovo assetto economico improntato sulla globalizzazione, sulla digitalizzazione e sulle nuove forme di gestione dei business.

1.2 L'origine della nozione di stabile organizzazione

La nozione di stabile organizzazione è emersa per la prima volta nell'ordinamento prussiano nella prima metà del 1800 con l'obiettivo evitare fenomeni di doppia imposizione e, in particolare, si voleva evitare che sugli imprenditori gravassero le imposte di più comuni dello Stato prussiano, cioè del comune di residenza e di quello di esercizio dell'attività d'impresa. Come già accennato, è evidente come l'istituto della stabile organizzazione rappresenti uno strumento per la risoluzione di fenomeni di doppia imposizione.

La nozione di stabile organizzazione nasce nel contesto economico della seconda rivoluzione industriale, epoca in cui si assiste ad un mutamento delle forme di investimento e, in particolare, l'impiego di risorse in capitale circolante si riduce drasticamente a favore degli investimenti in immobilizzazioni. E' in questo momento storico che i fattori produttivi assumono il ruolo di veri e propri complessi industriali e si assiste all'incontrastabile avvento del commercio internazionale per effetto della crescente domanda di beni prodotti con materie prime non ancora disponibili nei Paesi

industrializzati; il tutto è stato inoltre favorito dalla costruzione delle ferrovie e dall'affermazione del battello a vapore, i quali hanno notevolmente ridotto i tempi di trasporto e hanno favorito gli scambi transfrontalieri.

Già nel diciannovesimo secolo, quindi, inizia a prendere forma quella che successivamente sarà definita come stabile organizzazione materiale, caratterizzata dalla necessaria presenza di una localizzazione fisica in un territorio diverso da quello in cui si aveva la residenza e la riconoscibilità dell'intenzione di svolgervi un'attività imprenditoriale.⁵ L'enfasi viene posta sul carattere della fissità, che tutt'ora domina l'istituto: sono le grandi e complesse iniziative imprenditoriali, che si svolgono in una sede fissa o sono ad essa riferibili, ad assumere rilevanza ai fini dell'analisi dell'istituto della stabile organizzazione; le piccole attività commerciali o artigiane restano sostanzialmente estranee a questa complessa problematica tributaria.

Solo in seguito degli sviluppi teorici dei sistemi nazionali, si percepisce l'esigenza di individuare anche una definizione di stabile organizzazione personale, per tale intendendosi una persona che abitualmente esercita in uno Stato estero il potere di concludere contratti in nome dell'impresa non residente, poiché emerge il sospetto che anche da una connessione di tipo personale possa scaturire l'assoggettamento ad imposizione alla fonte.

Dal 1909, la nozione di stabile organizzazione presente nell'ordinamento prussiano non ha subito variazioni fino al 1977. Al termine del primo conflitto mondiale si rese ancora più forte la necessità di contenere i fenomeni di doppia imposizione al fine di favorire un recupero degli elevati costi di guerra. Di conseguenza, aumentarono notevolmente gli accordi e le convenzioni a tal fine. A seguito dei due conflitti mondiali, si comincia a sentire il bisogno di controllare e eventualmente limitare la tassazione alla fonte. In particolare, viene introdotto il *productivity test*, in base al quale la struttura estera dell'impresa è considerata stabile organizzazione solamente se utilizzata per svolgere un'attività produttiva, cioè un'attività che determina un incremento degli utili complessivi. Nel 1921, la Società delle Nazioni, organizzazione intergovernativa *leader* nel contrasto ai fenomeni di doppia imposizione internazionale, nominò un comitato di esperti a cui venne affidato l'arduo compito di stabilire i principi teorici fondamentali del sistema impositivo internazionale e di identificare i principi sulla base dei quali la doppia imposizione internazionale poteva essere eliminata. E' proprio per effetto di questi studi

⁵ P. Franzoni, *Stabile organizzazione nelle imposte sui redditi*, EGEA, 2014, p. 38.

che si è verificata un'inversione di rotta: il luogo privilegiato di imposizione è divenuto lo Stato di residenza a discapito dello Stato alla fonte.

Due anni più tardi, nel 1923, venne costituito un gruppo di rappresentanti delle Amministrazioni tributarie di diversi Paesi, il *Group of Technical Experts*, che nel 1925 sottolinea l'inadeguatezza dei trattati fino ad allora vigenti. Cominciarono a diffondersi modelli di convenzione contro la doppia imposizione, contenenti una prima definizione di stabile organizzazione; è nel 1927 che la Società delle Nazioni pubblicò la prima bozza di modello di convenzione contro la doppia imposizione.⁶

Di notevole importanza sono stati i Modelli di Convenzione del Messico nel 1943 e di Londra nel 1946 nei quali la nozione di stabile organizzazione è stata modificata con fini esemplificativi: il tratto distintivo di tale definizione era rappresentato dal carattere produttivo che doveva avere la stabile organizzazione ossia, in altri termini, doveva contribuire a formare gli utili complessivi dell'impresa.

Al termine della seconda guerra mondiale, si assistette ad un crescente numero di Convenzioni stipulate, all'interno delle quali comparvero diverse e parziali definizioni di stabile organizzazione. Per questo motivo emerse la necessità di formulare un'unica e univoca definizione di stabile organizzazione; tale compito fu affidato al Comitato fiscale dell'OCSE, il quale elaborò il primo Modello di Convenzione fiscale OCSE, nel quale abbandonò il riferimento al carattere produttivo della stabile organizzazione, la quale da allora venne definita come una sede fissa degli affari.⁷

Nel secondo dopoguerra, l'Italia e la gran parte dei Paesi industrializzati, hanno stipulato vari accordi bilaterali (tutti ispirati al Progetto di Londra del 1946) i quali stabilivano che l'imposizione delle imprese dovesse avvenire nel Paese in cui le stesse esercitavano un'attività d'impresa per il tramite di una stabile organizzazione.

⁶ L'art. 5 del prevedeva che «i redditi di tutte le imprese industriali, commerciali e agricole e di tutte le professioni sono imponibili negli Stati dove si trovano gli stabilimenti fissi. Sono considerati come stabilimenti fissi le sedi di direzione effettive, succursali, imprese minerarie e petrolifere, fabbriche, laboratori, agenzie, magazzini, uffici e depositi. Non costituisce uno stabilimento fisso per un'impresa l'avere in un Paese straniero un agente veramente autonomo. Se l'impresa ha degli stabilimenti fissi nei due Stati contraenti, ciascuno dei due Stati percepisce l'imposta afferente alla parte di reddito prodotto sul proprio territorio. Le amministrazioni competenti dei due Stati contraenti s'intenderanno per stabilire le regole di divisione. Tuttavia, i redditi delle imprese di navigazione marittima ed aerea sono imponibili solamente nello Stato dove si trova la direzione effettiva»;

⁷ A. Lovisolo, *La stabile organizzazione*, cit, pp. 297; OECD, *Rapport du Comité fiscal. Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune. Commentaires sur les articles du projet de convention*, Parigi, 1963.

La prima modifica al Modello OCSE risale al 1963 e la successiva al 1977. Successivamente però, si decise di procedere con emendamenti alle singole disposizioni piuttosto che modificare interamente il Modello. Tra le più rilevanti revisioni del Modello OCSE vi è indubbiamente quella che risale al 2002, quando l'OCSE ha ritenuto necessario discutere e revisionare il concetto di stabile organizzazione tenendo conto delle conseguenti derivanti dallo sviluppo del commercio elettronico.

L'avvento di un contesto economico sempre più smaterializzato e digitalizzato ha reso il Modello OCSE, e la stessa definizione di stabile organizzazione, inadatti a ripartire il potere impositivo tra le diverse autorità fiscali; per questi motivi le organizzazioni internazionali continuano a emendare il Modello OCSE per predisporre una disciplina all'avanguardia che consenta di sfruttare i vantaggi derivanti dall'economia 4.0 ma, al contempo, garantisca una ripartizione equa del gettito.

1.2.1 L'evoluzione normativa nazionale e internazionale

La legislazione italiana ha sviluppato solo nel 2004 una propria definizione di stabile organizzazione anche se tale istituto è stato più volte richiamato dalle diverse norme fiscali per identificare il presupposto per l'imposizione del reddito d'impresa nell'ipotesi in cui l'attività sia esercitata nel territorio dello Stato da parte di imprenditori non residenti. Dall'introduzione del Testo Unico delle Imposte sui Redditi ci sono voluti ben 45 anni per introdurre una definizione di stabile organizzazione nella legislazione domestica, mutuandola dalle raccomandazioni a livello internazionale e, in particolare, dal Modello OCSE.

Infatti, a partire dalla seconda metà del Novecento, è proprio l'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico; in inglese OECD Organization for Economic Cooperation and Development) ad occuparsi maggiormente di questa tematica internazionale. Il Modello OCSE del 1963 è stato elaborato per far sì che rappresentasse un paradigma di riferimento tale da poter essere adottato come uno standard internazionale in materia di armonizzazione fiscale a cui potessero far riferimento i Governi. L'interazione tra i Governi ha portato alla determinazione di criteri prestabiliti, contenuti nella prima stesura dell'articolo 5 del Modello OCSE, ai fini dell'individuazione della stabile organizzazione. È per questo che la nozione di stabile organizzazione accolta dall'ordinamento italiano coincide con quella di *permanent*

establishment ed *établissement stable* previste nei Progetti e nelle Convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione sui redditi predisposti da organismi internazionali.

Il suddetto art. 5 del Modello OCSE delinea due fattispecie di stabile organizzazione: la stabile organizzazione materiale e la stabile organizzazione personale.

Fino ad allora il concetto di stabile organizzazione non era ufficialmente riconosciuto nell'ordinamento giuridico italiano e si tendeva a fare riferimento alla nozione di sede secondaria dell'impresa, disciplinata dall'articolo 2197 del codice civile. È solo con il D. Lgs. 344/2003, in vigore dal 1 gennaio 2004, che viene ufficialmente introdotto l'art. 162 del TUIR che definisce la stabile organizzazione ai fini delle imposte dirette.

Nei Paesi industrializzati, in particolare in Italia, la nozione di stabile organizzazione viene considerata come centro di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive e determina l'assoggettamento a tassazione del non residente che opera in Italia con tale forma organizzativa. La stabile organizzazione integra, pertanto, il presupposto impositivo dato da un'attività economica svolta da un non residente sul territorio e permette di separare l'attività imponibile qui svolta da quella esercitata all'estero”⁸. Tuttavia, è necessario sottolineare che la stabile organizzazione non si connota, come un soggetto passivo autonomo non possedendo i requisiti di indipendenza e autonomia giuridica che caratterizzano la casa madre. A livello nazionale, questa circostanza è chiaramente affermata dall'art.73 del TUIR, il quale non annovera la stabile organizzazione tra i soggetti passivi IRES (Imposta sul reddito delle società), facendo esclusivamente riferimento alle società e agli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato al comma 1, lettera d).⁹

La nozione di stabile organizzazione è rimasta pressoché immutata per ben 13 anni a seguito dei quali, con la Legge di bilancio per il 2018, il legislatore ha provveduto a modificare l'art. 162 ampliando la nozione di stabile organizzazione al fine di poter applicare, a partire dal 2019, la così detta *web tax* di cui si discuterà nell'ultimo capitolo di questo elaborato. In particolare, la Legge di bilancio per il 2018, ha modificato le norme in merito alla stabile organizzazione, stabilendo che è stabile organizzazione nel territorio dello Stato anche una “*significativa e continuativa presenza*” nel territorio stesso, anche

⁸ G. D'Alfonso, *La stabile organizzazione fa il suo esordio in Italia*, in A&F, p.10, 2003.

⁹ P. Consiglio, A. Nuzzolo, *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 Fisco, 2004, pp. 5120.

in mancanza di una “consistenza fisica”.¹⁰ E’ evidente che l’intento del legislatore sia proprio quello di colpire le attività che sostanzialmente vengono realizzate via web che non comportano la necessità di avere nel territorio dello Stato una sede fissa.

1.3 Il reddito d’impresa

Nel linguaggio del Testo Unico, con “reddito di impresa” si fa riferimento al reddito di impresa commerciale: per il legislatore fiscale vi è equivalenza di significato tra “attività produttive di redditi d’impresa” ed “esercizio di impresa commerciale”.

Inoltre, per i soggetti la cui intera attività è considerata per definizione attività d’impresa, le società e gli enti commerciali, non si pone la necessità di qualificare il loro reddito perché, per forza di legge, è da considerarsi sempre come reddito d’impresa. A sancirlo è l’articolo 55 del TUIR, il quale stabilisce che *“sono redditi di impresa quelli che derivano dall’esercizio di imprese commerciali”*. Ciò nonostante non mancano eccezioni per:

- a) le società di persone commerciali e società a responsabilità limitata costituite da imprenditori agricoli, qualora svolgano solamente attività di manipolazione, conservazione, trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli ceduti dai soci, in quanto vengono considerate fiscalmente come imprese agricole;
- b) le società di persone commerciali, a responsabilità limitata e cooperative che assumono la qualifica di società agricole optando per l’imposizione dei redditi con metodo catastale.

Al contrario, per le persone fisiche e per enti non commerciali, non tutti i redditi prodotti sono redditi d’impresa ma è necessario individuare l’attività commerciale ed i beni relativi all’impresa.

Per la tassazione dei redditi di impresa si prende in considerazione il principio della competenza economica, per cui sono tassati a prescindere dall’effettiva percezione, ad eccezione dei casi in cui sia la stessa norma fiscale a prevedere espressamente il criterio di cassa (i redditi sono tassati al momento della percezione).

¹⁰ Circolari 24 Fisco, *Stabile organizzazione: si amplia la platea*, 13 febbraio 2018.

Fatte queste premesse, si procede ad esaminare l'art. 55 del TUIR che contiene la definizione legislativa di esercizio di impresa commerciale, la quale non coincide con la definizione civilistica ma risulta più ampia ed elaborata. In particolare, l'art. 55 stabilisce che *“sono redditi d'impresa quelli che derivano dall'esercizio di imprese commerciali. Come tale si intende l'esercizio abituale, ancorché non esclusivo, delle attività elencate dall'art. 2195 c.c., nonché l'esercizio delle attività agricole elencate all'art. 32, c. 2, lett. b) e c), D.P.R. 917/1986 oltre il limite ivi previsto, anche se non organizzate in forma di impresa, o in ogni caso lo svolgimento di attività agricole da società di persone o capitali”*.¹¹

Pertanto, per effetto del rinvio all'art. 2195 c.c., è considerato produttivo di reddito d'impresa l'esercizio delle seguenti attività:

- l'attività industriale diretta alla produzione di beni o servizi;
- l'attività intermediaria nella circolazione dei beni;
- l'attività di trasporto per terra, acqua e aria;
- l'attività bancaria o assicurativa;
- le attività ausiliarie alle precedenti.

In secondo luogo, costituiscono esercizio d'impresa ai fini fiscali alcune attività connesse all'agricoltura ossia le attività indicate alle lettere b) e c) dell'art. 32 quando superano determinati limiti dimensionali:

-l'attività di allevamento di animali con mangimi ottenibili per meno di 1/4 dal terreno;

-l'attività di trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli e zootecnici che non rientrino nell'esercizio normale dell'agricoltura o che abbiano per oggetto prodotti ottenuti per meno del 50% dal terreno o dagli animali su di esso allevati;

¹¹ Con R.M. 20.6.2002, n. 204/E, l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto che può costituire attività d'impresa anche un singolo affare, se si concretizza in una serie coordinata di atti economici.

-l'attività di coltivazione di vegetali realizzata con strutture fisse o mobili, anche provvisorie, quando la superficie adibita alla produzione eccede il doppio di quella del terreno su cui la produzione stessa insiste.

Sono inoltre considerati redditi d'impresa i redditi derivanti dall'attività di sfruttamento di miniere, cave, torbiere, saline, laghi, stagni e altre acque interne.

La norma fiscale precisa infine che le attività commerciali sono tali anche se non organizzate in forma d'impresa (per il diritto civile invece affinché ci sia impresa deve sussistere un minimo di organizzazione).¹² Al contrario, ci sono ipotesi in cui è proprio l'organizzazione in forma d'impresa ad attribuire ad un soggetto la qualifica di imprenditore commerciale ai fini fiscali nonostante l'attività svolta non sia considerata un'attività commerciali ai fini civilistici. Sono infatti redditi d'impresa *“i redditi derivanti dall'esercizio di attività organizzate in forma d'impresa dirette alla prestazione di servizi che non rientrano nell'articolo 2195 del codice civile”*.¹³

1.4 I criteri di localizzazione del reddito

Come già anticipato, negli odierni ordinamenti tributari, incluso quello italiano, si distinguono due differenti principi impositivi: il principio della tassazione globale del reddito e il principio della tassazione alla fonte. In particolare, è sulla base del *worldwide taxation principle* che sono tassati i soggetti residenti nel territorio dello Stato; in base a questo principio sono tassati tutti i redditi del soggetto residente a prescindere da dove essi vengano prodotti. Al contrario, il *source taxation* è il principio che si applica ai soggetti non residenti, i quali sono assoggettati a tassazione in Italia solo per i redditi ivi prodotti. Risulta evidente che mentre il principio della tassazione globale dei redditi consente di tassare i redditi prodotti dai soggetti passivi per i quali opera il criterio di collegamento di tipo personale con lo Stato impositore, il *source taxation* si applica a coloro i quali sono caratterizzati da un collegamento di tipo territoriale dei redditi prodotti. In particolare, il *source taxation*, si fonda su criteri di collegamento di tipo reale, poiché

¹² Ai sensi dell'art. 2082 del codice civile, è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

¹³ F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, Parte speciale, Decima edizione, Utet giuridica, 2016, pp.73.

la fonte del reddito si identifica in uno specifico bene collocato in una precisa posizione in un Paese.

Occorre pertanto comprendere quando i redditi si considerano prodotti nel territorio dello Stato. In particolare, i criteri in base ai quali viene determinato il luogo in cui un reddito è prodotto sono finalizzati a comprendere se il reddito di un soggetto residente è prodotto all'estero, ai fini del riconoscimento del credito per le imposte assolate all'estero, e al contempo per assoggettare a tassazione in Italia i redditi dei soggetti non residenti.¹⁴

I criteri di localizzazione dei redditi sono disciplinati dall'art. 23 del TUIR, il quale definisce i casi in cui un reddito può considerarsi prodotto in Italia attraverso criteri di collegamento di un cespite con il territorio dello Stato. Ogni categoria reddituale ha il proprio criterio di collegamento:

- Per i redditi di origine patrimoniale, rileva il luogo in cui è situata la fonte reddituale; pertanto, i redditi fondiari sono tassati in Italia quando l'immobile è ivi situato e i redditi di capitale sono tassati in Italia quando sono erogati dallo Stato, da un soggetto residente nel territorio italiano o da una stabile organizzazione (c.d. criterio della localizzazione del pagatore)¹⁵.
- Per i redditi che derivano dallo svolgimento di un'attività, rileva il luogo in cui viene svolta tale attività. Pertanto, i redditi da lavoro autonomo e da lavoro dipendente sono tassati in Italia quando la prestazione lavorativa è ivi svolta; i redditi d'impresa, invece, sono tassati in Italia quando sul territorio si trova la stabile organizzazione dell'impresa.
- Per i redditi diversi rileva il luogo in cui vengono svolte le attività o in cui si trovano i beni da cui derivano; si considerano inoltre prodotte nel territorio dello Stato le plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso di partecipazioni in società residenti in Italia.

Inoltre, si considerano prodotti in Italia i redditi tassati sulla base del principio di trasparenza fiscale, cioè i redditi delle società di persone o degli enti assimilabili, nonché

¹⁴ F. Tesaro, *Istituzioni di diritto tributario*, Parte speciale, Decima edizione, Utet giuridica, 2016 pp.174.

¹⁵ L'art 23 del TUIR specifica che sono esclusi, per cui non si considerano prodotti nel territorio dello Stato, gli interessi e gli altri proventi derivanti da depositi e conti correnti bancari e postali.

i redditi delle società di capitali che hanno volontariamente optato per il regime di trasparenza fiscale. In questo caso la società o l'ente è equiparato a uno "schermo trasparente" e non è considerato un autonomo soggetto passivo: i redditi della società sono imputati per trasparenza in capo ai soci a prescindere dall'effettiva distribuzione e in proporzione alla quota di partecipazione agli utili. In questo modo il legislatore ha inteso contrastare i fenomeni di doppia tassazione del reddito in capo alla società (al momento della produzione del reddito) e in capo ai soci (al momento della distribuzione).

Infine, si devono considerare prodotti nel territorio dello Stato, se corrisposti da soggetti residenti o da una stabile organizzazione italiana, le pensioni e le indennità di fine rapporto, i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente, i compensi per l'utilizzazione di opere di ingegno, brevetti e marchi industriali e i compensi percepiti per prestazioni artistiche e professionali.

1.5 La nozione di residenza fiscale

È l'art. 23 del TUIR a sancire che *i redditi d'impresa di soggetti non residenti si considerano prodotti in un Paese se derivano da attività ivi svolte tramite una stabile organizzazione*. La residenza fiscale funge da criterio di collegamento tra un soggetto e un ordinamento fiscale, per cui, prima di affrontare i profili definitori della stabile organizzazione, appare opportuno approfondire la nozione di residenza fiscale sia per le persone fisiche che per gli enti collettivi.

Le persone fisiche fiscalmente residenti nel territorio dello Stato vengono tassate per tutti i loro redditi, ovunque prodotti, mentre i redditi dei non residenti sono tassati solo se prodotti nel territorio dello Stato, in virtù del criterio di collegamento reale. La nozione di residenza fiscale "rilevante" è quella utilizzata in via generale dal sistema delle imposte sui redditi e integrata dalle norme convenzionali.

L'art. 2 del TUIR, il quale delinea i soggetti passivi dell'Imposta sul reddito delle persone fisiche, stabilisce al secondo comma che *ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile*.

Pertanto, si considerano residenti coloro che per la maggior parte del periodo di imposta soddisfano alternativamente uno dei seguenti requisiti:

- sono iscritti all'anagrafe della popolazione residente;
- hanno nel territorio dello Stato il domicilio;
- hanno nel territorio dello Stato la residenza.

L'iscrizione all'anagrafe di un Comune è un criterio di collegamento formale. Se un soggetto è iscritto all'anagrafe di un determinato luogo si presume che dimori abitualmente in tale luogo, pertanto un soggetto che ha stabilito la sua dimora abituale all'estero, ma non abbia provveduto alla cancellazione dall'Anagrafe della popolazione residente, viene considerato residente in Italia per presunzione assoluta.¹⁶ Inoltre, l'iscrizione di un soggetto nell'anagrafe dei residenti all'estero, non è sufficiente a rescindere il collegamento di natura personale con l'ordinamento tributario italiano.¹⁷

Il comma 2-bis dell'art. 2 del T.U.I.R. sancisce che *si considerano altresì residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori diversi da quelli individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale.*

È necessario sottolineare che il legislatore, al fine di contrastare il fenomeno dei trasferimenti fittizi di residenza in paradisi fiscali, ha stabilito che si considerano residenti in Italia i cittadini italiani cancellati dall'anagrafe della popolazione residente ed emigrati in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato, i cosiddetti paradisi fiscali. Il suddetto comma 2-bis introduce una presunzione legale relativa di permanenza della residenza fiscale in Italia, quando un cittadino italiano si trasferisce in un paese *black list* e sarà quindi onere del contribuente provare che il trasferimento è effettivamente avvenuto, nonché provare che non ha conservato in Italia né la dimora abituale (residenza) né il centro dei propri affari o interessi (domicilio).¹⁸

Gli altri due requisiti fissati dall'art. 2 del T.U.I.R. presuppongono che il soggetto abbia il domicilio o la residenza nel territorio dello Stato e a tal proposito la norma specifica che rilevano le nozioni civilistiche di residenza e domicilio. In particolare, con il termine

¹⁶ Sul punto si confrontino, in sede di prassi, la Circolare 2 dicembre 1997, n° 304/E, nonché le Risoluzioni 28 marzo 1975, n° 12/934; 10 febbraio 1999, n° 17/E e Risoluzione 14 ottobre 1988, n° 8/1329. In ambito giurisprudenziale si confrontino Cass. Civ., sent. 20 aprile 2006, n°9318; Cass.civ.,sent. 15 aprile 2004, n° 7175; Cass. Civ., sent, 26 giugno 2003, n° 10179; Cass.civ.,sez. Trib., sent. 19 maggio 2010, n°12259.

¹⁷ Per ulteriori osservazioni si veda C. Grimaldi, *“Non sempre l'iscrizione all'AIRE è sufficiente per perdere la soggettività passiva di imposta”*, in *Corriere tributario* n° 24 del 2000, p. 1753.

¹⁸ F. Tesauero, *Compendio di diritto tributario*, V ed., Milano, 2014, p. 256.

domicilio si fa riferimento al luogo dove una persona ha stabilito la “sede principale dei propri affari ed interessi”. Bisogna sottolineare che non è necessaria la presenza fisica del soggetto in quel luogo, ma rileva la volontà, da esso manifestata, di voler stabilire in quel luogo la sede principale dei propri affari. Il concetto di sede principale, in assenza di una definizione generale, viene stabilito caso per caso in base a elementi quantitativi e qualitativi; la giurisprudenza tende a tal fine a dare preminenza non solo alla sfera economica e patrimoniale del soggetto, bensì anche alla sfera familiare e sociale.¹⁹

Con il termine residenza si intende il luogo in cui la persona fisica ha la “dimora abituale” e presuppone una presenza effettiva del soggetto in un determinato luogo. In particolare, *la dimora è il luogo in cui un soggetto permane con stabilità, e diventa residenza in virtù dell’abitualità del suo utilizzo.*²⁰

Di conseguenza il domicilio potrebbe non corrispondere con la residenza della persona fisica.

Anche per gli enti collettivi, il presupposto territoriale fondamentale per l’assoggettamento a tassazione in Italia del reddito prodotto dalle società o dagli enti commerciali formalmente residenti all’estero, è la corretta individuazione della residenza fiscale del soggetto passivo di imposta.²¹

Come rilevato dalla dottrina “*le norme sulla residenza fiscale delle persone giuridiche riguardano le relazioni economico-giuridiche delle stesse, stabilendo una serie di test in base ai quali una persona giuridica è residente ovvero non residente in un certo Stato. Se la persona giuridica è residente in uno Stato, quest’ ultimo sarà lo Stato della residenza ed applicherà le norme sostanziali in base ai rinvii operati dalla norma formale sulla residenza*”.²²

Più nel dettaglio per collegare fiscalmente le persone giuridiche al territorio nazionale, la normativa prevede tre criteri, uno di carattere formale e due di carattere sostanziale. In particolare, ai fini delle imposte sui redditi, si considerano residenti, ai sensi del comma

¹⁹ Si confrontino a tal proposito, in particolare, Cass.civ.,sent. 15 aprile 2004, n° 7175 e Cass. Civ., sent. 26 giugno 2003, n° 10179.

²⁰ Si veda L. Miele, G. Rolle, V. Russo., *Società estere: regime delle CFC ed esteroinvestizione*, Milano,2011, p. 95.

²¹ C. Sacchetto, *Esterovestizione societaria, Disciplina tributaria e profili tecnico-operativi*, Torino,2013.

²² C. Garbarino, *Manuale di tassazione internazionale*, II ed., Milano,2008, p. 273.

3 dell'art. 73 del T.U.I.R., le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta abbiano alternativamente nel territorio dello Stato:

- la sede legale;
- la sede dell'amministrazione;
- l'oggetto principale.

A questi requisiti, si aggiunge un requisito di carattere temporale, ossia la permanenza del requisito formale e sostanziale per la maggior parte del periodo di imposta²³.

La "sede legale" configura un criterio di collegamento di tipo meramente formale e si identifica con la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o nello statuto; in merito, l'art. 2328 c.c. prevede che l'atto costitutivo della società indichi la sede della società e le eventuali sedi secondari.

La nozione di "sede dell'amministrazione" presenta invece connotazioni prevalentemente sostanziali e consiste nel luogo in cui vengono assunte le decisioni fondamentali ai fini dell'amministrazione della società o ente, a prescindere dalla formale sede sociale.²⁴ La sede dell'amministrazione non viene definita con chiarezza dal legislatore per cui si tende a considerare tale l'ufficio amministrativo e a far riferimento alle indicazioni contenute su fatture e documenti.²⁵

Pertanto, la sede dell'amministrazione coincide tendenzialmente con il luogo in cui opera l'organo amministrativo della società. Tuttavia non pochi sono stati i casi in cui i soggetti passivi di imposta hanno localizzato all'estero la loro sede legale, quando in realtà, la sede dell'amministrazione, e quindi il complesso degli impulsi decisionali, delle strategie aziendali, nonché la direzione ed il coordinamento, venivano posti in essere in territorio italiano, ove era situato il quartier generale dell'impresa estera, al fine di beneficiare di regimi fiscali privilegiati (imprese con sede legale all'estero e sede dell'amministrazione in Italia). In tali circostanze la sede dell'amministrazione della società si identifica con la

²³ Ai sensi dell'art. 76 del TUIR, *"il periodo d'imposta è costituito dall'esercizio o periodo di gestione della società o dell'ente, determinato dalla legge o dall'atto costitutivo. Se la durata dell'esercizio o periodo di gestione non è determinata dalla legge o dall'atto costitutivo, o è determinata in due o più anni, il periodo di imposta è costituito dall'anno solare"*. Pertanto, il periodo d'imposta non coincide con l'anno solare a differenza di ciò che accade per le persone fisiche.

²⁴ Si confrontino a tal proposito Commissione Tributaria Centrale Decisione 10 ottobre 1996, n° 4992 e Commissione Tributaria provinciale di Belluno, sez. I, 14 gennaio 2008, n° 174.

²⁵ M. Leo, F. Monacchi, M. Schiavo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, tomo II, VI edizione, Milano, 1999.

“sede effettiva” (c.d. *place of effective management*) che di fatto non sempre coincide con la sede legale dell’impresa. In merito la Corte di Cassazione ha affermato che “*per sede effettiva delle persone giuridiche è da intendere il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell’ente e si convocano le assemblee e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato per l’accentramento, nei rapporti interni e con i terzi, degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell’attività dell’ente*”.²⁶ Sempre la Corte di Cassazione ha precisato che “*la sede effettiva non coincide con il luogo in cui si trova un recapito della persona giuridica, ma si identifica nel luogo dove si svolge la preminente attività direttiva ed amministrativa dell’impresa*”.²⁷ Quindi sotto il profilo fiscale, il *place of effective management* è il luogo in cui gli amministratori si riuniscono abitualmente per stabilire le strategie, cioè il luogo da cui provengono le direttive e nel quale sono assunte le decisioni più importanti.

Infine, per “oggetto principale”, ai sensi del comma 4 dell’art. 73 del TUIR, si intende l’attività essenziale perseguita per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall’atto costitutivo o dallo statuto, laddove esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata e in mancanza, l’oggetto principale è determinato in base all’attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato per cui la società o l’ente sarà considerato fiscalmente residente in Italia se ivi svolge detta attività essenziale. I medesimi criteri per l’individuazione della residenza fiscale delle persone giuridiche, trovano applicazione anche per le società di persone e le società ed associazioni equiparate, come disposto dal comma 3 dell’art. 5 del TUIR.

La residenza è quindi il criterio di discriminare per l’attrazione dei redditi realizzati all’estero da una società, nell’ambito della potestà impositiva nazionale. Tuttavia, non è certo un segreto che le imprese con funzioni in più Stati vogliano valorizzare quelle situate nei Paesi in cui la tassazione è notevolmente ridotta o addirittura inesistente. L’evasione fiscale ha ormai una dimensione transnazionale e per questo la lotta all’evasione e all’elusione internazionale può realizzarsi solamente mediante la concreta collaborazione tra gli Stati. È vero che, se sorge il sospetto che una società sia “esterovestita”, è necessario individuare innanzitutto in quale luogo è ubicata la residenza fiscale effettiva della stessa, che apparentemente è localizzata all’estero. In particolare, *esterovestizione* o *Foreign-dressed companies*, è un termine di recente formazione per

²⁶ Cass., Sez. Civ., 16 giugno 1984, n° 3604, in *Il Fisco*, n° 41/2008, pp. 2-7432.

²⁷ Cass., Sez. Lav., 9 giugno 1988, n° 3910, in *Il Fisco*, n° 20/2008, pp. 1-3637.

indicare chi utilizza tecniche di pianificazione fiscale internazionale, costituendo società o stabili organizzazioni in paradisi fiscali, al solo scopo di sottrarsi dall'assoggettamento alla tassazione dello Stato in cui sono residenti.²⁸ L'illiceità sta proprio nella finalità di “vestire” un soggetto che è solo strumentale, per avvantaggiarsi di un regime fiscale più vantaggioso di quello interno e per evitare gli obblighi imposti dalla normativa fiscale italiana.

Si tratta di un fenomeno particolarmente diffuso negli Stati ad incidenza fiscale medio elevata (e quindi la gran parte degli Stati industrializzati) e scaturisce dalla globalizzazione economica, che pur avendo generato numerosi vantaggi, ha prodotto effetti collaterali, quali la diffusione dei fenomeni di esterovestizione societaria.

Per questi motivi, il legislatore ha introdotto, mediante i commi 5-bis e 5-ter dell'art. 73 del TUIR, due presunzioni relative di esterovestizione.

La prima presunzione di esterovestizione, introdotta dal D.L. 223/2006, e contemplata dal comma 5-bis dell'art. 73 del TUIR, stabilisce che *salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359 c.c., comma 1, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1 se in alternativa:*

- sono controllati, anche indirettamente da soggetti residenti nel territorio dello Stato;
- sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

Il comma successivo, il 5-ter dell'art. 73 del T.U.I.R., specifica poi che *“ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 5-bis, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato”*.

La nuova presunzione di esterovestizione è stata introdotta con l'art. 82, comma 22, D.L. n. 112/2008, che ha modificato l'art. 73 del TUIR aggiungendovi il nuovo comma 5-

²⁸ Cass. Civ., Sez. Trib., 07/02/2013, n. 2869. La Corte di Cassazione, con tale sentenza, afferma che non può considerarsi esterovestita, e quindi non è fiscalmente residente in Italia, una società di diritto lussemburghese partecipata al 99,9% da una società stabilita nel territorio nazionale, giacché la sua sede legale e amministrativa sia all'estero. Questo perché la sentenza *Cadbury Schweppes* del 12.09.2006 (C-196/04), con riferimento alla libertà di stabilimento sancita dal Trattato, afferma che la *“circostanza che una società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per sé stessa un abuso di tale libertà”*. In altri termini, l'insediamento in un altro Stato membro non costituisce di per sé una pratica abusiva qualora la società ossia svolga nel paese straniero un'effettiva attività economica per una durata di tempo indeterminata. Pertanto, il fatto che la società sia stata costituita in Stato membro per fruire di una legislazione fiscale più vantaggiosa non costituisce di per sé una pratica elusiva se l'insediamento in quel territorio è giustificato da valide ragioni economiche.

quater. La disposizione prevede che: “salvo prova contraria, si considerano residenti nel territorio dello Stato le società o gli enti il cui patrimonio sia investito in misura prevalente in quote di fondi di investimento immobiliari chiusi di cui all’articolo 37 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e siano controllati direttamente o indirettamente, per il tramite di società fiduciarie o per interposta di persona, da soggetti residenti in Italia”.

Le norme che introducono le presunzioni relative di esterovestizione hanno carattere essenzialmente procedurale e svolgono la funzione di invertire l’onere della prova a carico delle società o degli enti esteri, gestiti o controllati, anche indirettamente, da parte di soggetti di imposta italiani.²⁹

1.6 La stabile organizzazione

Il concetto di stabile organizzazione deriva dalla legislazione fiscale internazionale e indica l’insediamento in uno Stato di un’impresa non residente. In via generale, la stabile organizzazione assume rilevanza in merito all’esercizio di attività commerciali all’estero: si tratta di un istituto di diritto tributario relativo alla tassazione di quelle imprese multinazionali che esercitano attività d’impresa al di fuori dei confini dello Stato di residenza, introdotto dal legislatore al fine di “collegare” ad uno Stato il reddito che deriva da un’attività economica svolta sul suo territorio da un’impresa non residente. In altri termini la stabile organizzazione rappresenta la soglia minima su cui si poggia la ripartizione convenzionale del potere impositivo tra lo Stato della fonte, ossia lo Stato in cui il reddito d’impresa è prodotto, e lo Stato della residenza fiscale dell’impresa; una volta integrata tale “soglia minima”, lo Stato della fonte, in cui è localizzata la stabile organizzazione, è legittimato a tassare i redditi ivi prodotti dall’impresa non residente.³⁰ Pertanto, la stabile organizzazione si qualifica come una struttura che localizza in un territorio il reddito prodotto da un’impresa non residente rappresentando una sua articolazione organizzativa con una propria autonomia funzionale e gestionale, tale da

²⁹ In applicazione della presunzione relativa introdotta dal D.L. 223/2006, il soggetto estero, si considera a tutti gli effetti residente nel territorio dello Stato per cui i redditi conseguiti dal soggetto esterovertito saranno comunque tassati in Italia.

³⁰ S. Mayr, B. Santacroce, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA Manuali, II Edizione 2016.

rappresentare un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche fiscalmente rilevanti. Inoltre, la stabile organizzazione permette di separare l'attività imponibile svolta nel territorio dello Stato di residenza rispetto a quella esercitata all'estero.

Come anticipato, il concetto di *permanent establishment* è nato a seguito dei numerosi studi elaborati dalle Organizzazioni internazionali volti a determinare le modalità per eliminare i fenomeni di doppia imposizione internazionale. La prima a utilizzare la nozione di stabile organizzazione è stata la Società delle Nazioni nel Modello di Convenzione del 1927 e sin da allora la stabile organizzazione ha rappresentato l'istituto chiave per la ripartizione della potestà impositiva tra il c.d. Paese di origine, accezione con cui nelle Convenzioni ci si riferisce allo Stato in cui il soggetto è residente (*Residence State*) e il Paese della fonte del reddito, cioè lo Stato in cui è localizzata la stabile organizzazione (*Source State*). Pertanto, la disciplina tributaria nazionale si è allineata al principio per cui il reddito di impresa è assoggettato a tassazione in Italia (Stato della fonte) solo se ivi è situata la stabile organizzazione, poiché solo in questa circostanza l'impresa estera può essere considerata effettivamente parte della vita economica del nostro Paese e, in quanto tale, assoggettabile a tassazione. In caso contrario, ossia qualora non sia presente una stabile organizzazione nel territorio italiano, l'impresa estera è considerata estranea al sistema economico del Paese per cui non subisce l'imposizione fiscale in Italia ma il reddito d'impresa è tassato nello Stato in cui il contribuente è fiscalmente residente.

Sia la normativa convenzionale che quella domestica, richiedono che sussista un effettivo radicamento dell'impresa non residente nel sistema economico dello Stato della fonte tale da giustificare l'assoggettamento a tassazione. Tuttavia, l'abolizione delle frontiere doganali e la libera circolazione tra le diverse giurisdizioni, in particolare nel mercato unico europeo, hanno determinato un incremento della mobilità delle persone e delle imprese e hanno favorito il processo di globalizzazione. In questo contesto i tradizionali Modelli bilaterali di Convenzione contro le doppie imposizioni risultano sempre meno adeguati e soprattutto richiederebbero il superamento dei concetti di residenza fiscale e di permanenza stabile. Nel corso degli ultimi anni, gli esperti di fiscalità internazionale si sono confrontati, sia in sede di contestazione di accertamenti fiscali alle grandi imprese multinazionali sia in occasione della stipula di nuovi accordi contro le doppie imposizioni, per tentare di risolvere le problematiche relative ai criteri di localizzazione del reddito che risultano sempre più obsoleti. Inoltre, alla luce della velocità con cui cambiano i business nell'era del digitale e considerando i tempi troppo lunghi necessari per la

negoziazione e la ratifica delle Convenzioni bilaterali, sarebbe necessario che queste venissero sostituite da nuovi accordi multilaterali per poter dare una risposta rapida alle esigenze di gettito degli Stati e a quelle delle imprese multinazionali.³¹ In ogni caso, non sarà facile definire un efficace strumento fiscale multilaterale: proprio in questi anni in cui sono sempre più evidenti le differenze economiche, sociali e culturali degli Stati membri dell'Unione Europea e in cui rappresenta sempre più un'utopia l'immagine di un Europa unita e coesa, è improbabile il raggiungimento di un accordo fiscale condiviso dalla maggioranza dei Paesi industrializzati ed è sempre maggiore la necessità di contrastare l'atteggiamento dei Governi a mantenere la propria "competizione fiscale".³² Ciò nonostante, ad oggi, il Modello OCSE di Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni rappresenta il benchmark di riferimento per la stipula di questi accordi e prevede l'imposizione esclusiva del reddito della stabile organizzazione nel Paese in cui suddetto reddito viene prodotto; nell'ipotesi in cui sia situata una stabile organizzazione in uno Stato differente da quello di residenza, al contribuente viene riconosciuto nel Paese in cui è fiscalmente residente un credito d'imposta per le imposte assolate all'estero oppure

³¹ Non si possono non considerare anche gli aspetti patologici: alcuni Stati potrebbero intenzionalmente voler restare fuori dagli accordi multilaterali per garantire i benefici alle imprese esterovestite, ossia le imprese che scelgono fittiziamente di localizzarsi nei c.d. paradisi fiscali. In altri termini è facilmente intuibile che se da un lato le imprese sono interessate ad investire negli Stati in cui la fiscalità è più favorevole, le Amministrazioni finanziarie avrebbero tutto l'interesse a continuare la "competizione fiscale dannosa"; questo perché in un'economia internazionale il differente regime fiscale rappresenta uno dei parametri fondamentali per la complessiva valutazione degli investimenti posti in essere dalle imprese multinazionali il che implica la necessità di considerare, oltre alle variabili economico-strutturali proprie dell'investimento estero, l'impatto tributario connesso alle scelte di internazionalizzazione. Tuttavia, questo è un ambito di competenza dei Governi e delle organizzazioni multilaterali che avranno il compito di trovare gli strumenti idonei a contrastare la sottrazione di reddito imponibile e a combattere l'evasione fiscale, evitando il proseguimento della corsa ai paradisi fiscali. Già il lavoro dei BEPS ha individuato alcuni strumenti per dissuadere l'utilizzo di norme fiscali di favore ma potrebbero esserne necessarie di più incisive. Per le imprese potrebbe essere proprio l'incertezza dell'imposizione fiscale il più efficace metodo di persuasione a localizzare i loro redditi in Stati o territori diversi rispetto a quelli che godono di un regime fiscale privilegiato, soprattutto in considerazione del fatto che un accertamento di imposte non pagate genererebbe un danno forse irreparabile in termini reputazionali.

³² Così come emerso dalle conclusioni del G20 ad Hangzhou del 5 settembre del 2016, si dovrebbe stilare una lista delle giurisdizioni fiscali non cooperative in materia fiscale cioè una *black list* che colpisca la reputazione delle giurisdizioni. In particolare, nel comunicato si afferma "*we will continue our support for international tax cooperation to achieve a globally fair and modern international tax system and to foster growth, including advancing on-going cooperation on base erosion and profits shifting, exchange of tax information, tax capacity-building of developing countries and tax policies to promote growth and tax certainty. (...) We also welcome the progress made on effective and widespread implementation of the internationally agreed standards on tax transparency and reiterate our call on all relevant countries including all financial centers and jurisdictions, which have not yet done so to commit without delay to implementing the standards of automatic exchange of information by 2018 at the latest and to sign and ratify the Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*".

è prevista l'esclusione da tassazione del reddito di impresa prodotto mediante la stabile organizzazione.

È opportuno specificare che la nozione di stabile organizzazione non è univoca, in quanto ciascuno Stato può stipulare specifici accordi in sede di contrattazione delle Convenzioni bilaterali. Occorre sottolineare che quanto sancito negli accordi bilaterali circa la nozione di stabile organizzazione ha efficacia *inter partes*, per cui regola i rapporti tra i soli Stati contraenti anche in presenza di una differente definizione di stabile organizzazione adottata nelle rispettive normative domestiche. In ogni caso, si può parlare di stabile organizzazione solo quando questa è in grado di produrre reddito autonomo, cioè deve essere in grado di contribuire a incrementare gli utili della casa madre.

In sintesi, è ragionevole precisare che con l'istituto della stabile organizzazione le Organizzazioni internazionali hanno voluto introdurre un criterio di collegamento che consenta di tassare la ricchezza prodotta in un qualsiasi Stato con una stabile organizzazione, tramite l'esercizio di un'attività d'impresa o il compimento di uno o più atti, in modo autonomo.

Pertanto, è necessario individuare gli elementi essenziali della nozione di stabile organizzazione al fine di chiarire quando sussistono i presupposti affinché il reddito d'impresa di un soggetto non residente sia assoggettabile a tassazione in Italia e come determinare la ricchezza imponibile derivante dall'esercizio di un'attività commerciale all'estero.

Numerose sono le fonti che disciplinano la stabile organizzazione (nelle due fattispecie di stabile organizzazione materiale e personale):

- Modello OCSE di Convenzione bilaterale, art.5;
- Testo Unico delle Imposte sul Reddito, art.162 (introdotto con il D. Lgs. 344/2003 in conformità alla legge delega n° 80 del 2003 di riforma dell'Imposta sul reddito delle società e in vigore dal 1 gennaio 2004);
- D.P.R. 633/1972 (c.d. Decreto Iva), art.7 ter e seguenti;
- Regolamento di esecuzione (UE) 282/2011 relativo alla stabile organizzazione ai fini IVA;

Si procederà innanzitutto analizzando la definizione di stabile organizzazione nella normativa convenzionale, dalla quale discende la norma fiscale interna, per poi descrivere

le fattispecie di stabile organizzazione individuate dall'art. 162 del TUIR. Infine, si procederà a delineare il ruolo della stabile organizzazione ai fini IVA.

1.6.1 La stabile organizzazione nel Modello OCSE

La stabile organizzazione è l'istituto giuridico accolto come “presupposto per l'imposizione di un'attività economica d'impresa svolta in un dato Paese dallo straniero” e consente di localizzare un'impresa in un determinato Stato (il c.d. Paese della fonte del reddito), nonostante risulti fiscalmente residente in un altro Paese, rendendo imponibile il reddito d'impresa ivi prodotto dall'impresa mediante una stabile organizzazione.³³

Per periodo di tempo piuttosto lungo la normativa fiscale domestica ha assunto una posizione atipica in quanto, nonostante facesse riferimento alla nozione di stabile organizzazione, sia ai fini delle imposte sui redditi che ai fini IVA, non ne forniva alcuna definizione *ad hoc*; per questo si è fatto riferimento alle Convenzioni contro le doppie imposizioni per delineare la fattispecie della stabile organizzazione e, in particolare, al Modello OCSE.

L'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), definita in inglese *Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD), è un'organizzazione internazionale che si occupa di implementare studi economici e commerciali per i Paesi aderenti ossia i Paesi industrializzati caratterizzati dal fatto di avere in comune un'economia di mercato e una forma di governo democratica.

L'OCSE svolge prevalentemente un ruolo di assemblea consultiva volta a favorire il confronto tra i diversi Stati con lo scopo di risolvere i problemi comuni e coordinare le politiche locali e internazionali. La nascita dell'OCSE, inizialmente definito OECE (Organizzazione per la cooperazione economica europea), risale al secondo dopoguerra

³³ Il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE cita “*The main use of the concept of a permanent establishment is to determine the right of a Contracting State to tax the profits of an enterprise of the other Contracting State. Under Article 7 a Contracting State cannot tax the profits of an enterprise of the other Contracting State unless it carries on its business through a permanent establishment situated therein*”.

e si è sviluppato con il preminente obiettivo di usufruire al meglio degli aiuti statunitensi dell'*European Recovery Program*, meglio noto come Piano Marshall.³⁴

Il Modello OCSE consiste in accordi per lo più bilaterali fra gli Stati aderenti, originariamente nato per prevenire i fenomeni di doppia imposizione internazionale i quali ostacolano la vita economica internazionale.³⁵ Si vince chiaramente, che le misure

³⁴ Il 14 dicembre del 1960 fu firmata a Parigi la nuova Convenzione sostitutiva dell'OECE da cui nacque l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), entrata in vigore il 30 settembre 1961.

³⁵ F. Tesaro, *Istituzione di diritto tributario*, Parte speciale, Decima edizione 2016, p. 385 ss.; il Modello di Convenzione OCSE è diviso in sette capitoli: il primo capitolo determina il perimetro applicativo delle convenzioni stabilendo i soggetti e le imposte assoggettati al Modello. In particolare, le norme contenute nella Convenzione si applicano alle persone residenti in uno o in entrambi gli Stati contraenti.

Nel secondo capitolo sono fornite una serie di definizioni tra cui quella di residenza fiscale e di stabile organizzazione; per persona residente in uno o in entrambi gli Stati contraenti si intende qualunque soggetto che è assoggettato ad imposta nel suddetto Stato in forza di un legame di tipo personale (quale ad esempio il domicilio, la residenza o la sede amministrativa); al contrario, non è residente colui che è soggetto ad imposta solo per i redditi che derivano da fonti situate in uno degli Stati contraenti. Sono le norme domestiche a determinare quando un soggetto è residente ai fini fiscali nel territorio dello Stato contraente mentre è nel Modello convenzionale che si indicano i criteri da seguire per risolvere problemi di doppia residenza. Tali criteri sono anche conosciuti come *tie-breaker rule* e devono essere applicati in base ad un ordine di priorità. In particolare, il comma 2 dell'art 4 stabilisce che quando una persona è fiscalmente residente in entrambi gli Stati contraenti i criteri da seguire per determinare la residenza fiscale e quindi ripartire il potere impositivo sono i seguenti:

1. detta persona è considerata residente dello Stato contraente nel quale ha un'abitazione permanente. Quando essa dispone di un'abitazione permanente in ciascuno degli Stati contraenti, è considerata residente dello Stato contraente nel quale le sue relazioni personali ed economiche sono più strette (centro degli interessi vitali);
2. se non si può determinare lo Stato contraente nel quale detta persona ha il centro dei suoi interessi vitali, o se la medesima non ha abitazione permanente in alcuno degli Stati contraenti, essa è considerata residente dello Stato contraente in cui soggiorna abitualmente;
3. se detta persona soggiorna abitualmente in entrambi gli Stati contraenti ovvero non soggiorna abitualmente in alcuno di essi, essa è considerata residente dello Stato contraente del quale ha la nazionalità;
4. se detta persona ha la nazionalità di entrambi gli Stati contraenti o se non ha la nazionalità di alcuno di essi, le autorità competenti degli Stati contraenti risolvono la questione di comune accordo.

Il primo criterio è quello dell'abitazione permanente o *permanent home*; il secondo è il criterio del centro degli interessi vitali o *centre of vital interests*, quello della dimora abituale o *habitual abode* e in ultimo quello della nazionalità. Nel caso in cui, nonostante l'applicazione dei suddetti criteri non si dovesse risolvere il problema, allora si applica la procedura amichevole prevista dall'art. 25 dello stesso Modello OCSE.

Il terzo capitolo contiene le "norme di distribuzione" in materia di imposte reddituali, dove per norme di distribuzione si intendono quelle che ripartiscono il potere impositivo tra gli Stati, volte a eliminare i fenomeni di doppia imposizione internazionale. Qualora due Stati pretendano dal contribuente tributi identici o simili per il medesimo presupposto, si è davanti ad un fenomeno di doppia imposizione.

La doppia imposizione internazionale può verificarsi in tre ipotesi: a) quando l'imposizione personale dello Stato della residenza concorre con l'imposizione reale dello Stato della fonte; b) quando un soggetto risulti residente fiscalmente in più Stati (concorso di imposte persali); c) in ultimo, si ha concorso di imposte reali, dovuto all'utilizzo di diversi criteri di localizzazione dei redditi adottati da parte degli Stati contraenti.

unilaterali contro i fenomeni di doppia imposizione non rappresentino un rimedio adeguato per prevenirli. Tuttavia, mentre nella prima fase storica il Modello era per lo più incentrato sulla regolamentazione dei fenomeni di doppia imposizione, il contenuto si è progressivamente ampliato nel tempo disciplinando altre materie e contemplando soprattutto strumenti di collaborazione tra gli Stati aderenti per contrastare i tentativi di evasione e elusione fiscale.

Le Convenzioni internazionali costituiscono una fonte di diritto per effetto delle leggi che ne autorizzano la ratifica; trattandosi di norme a carattere speciale in linea di principio prevalgono sulle norme giuridiche interne.³⁶ Tuttavia, è necessario specificare che, ai sensi dell'art. 169 del TUIR le norme interne *“si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione”* per cui le norme di natura convenzionale hanno finalità intrinsecamente agevolativa: si applicano solo se consentono un trattamento fiscale più favorevole per il contribuente rispetto a quello che subirebbe applicando le norme fiscali interne.

La maggior parte delle Convenzioni contro le doppie imposizioni concluse dall'Italia con Paesi esteri contengono un articolo sulla stabile organizzazione al fine di disciplinare la tassazione dei non residenti che esercitano in Italia un'attività d'impresa per il suo tramite. Tuttavia, fino al 2004, in ogni Convenzione italiana si tendeva a ricalcare la definizione di stabile organizzazione contenuta nell'articolo 5 della prima versione del Modello OCSE del 1963, nonostante le modifiche apportate al Modello nel 1977. Solo nel 2004, anno in cui è entrato in vigore l'art. 162 del TUIR, che ha introdotto una definizione di stabile organizzazione nell'ordinamento interno, fondata su parametri oggettivamente idonei a individuare la stabile organizzazione nel rispetto del principio dell'assoluta reciprocità di trattamento tra gli Stati contraenti, i negozianti italiani hanno iniziato a revisionare l'art. 5 delle Convenzioni fiscali ispirandosi alla nuova e aggiornata versione del Modello OCSE. Ciò nonostante la maggior parte delle Convenzioni fiscali vigenti stipulate dall'Italia con Paesi stranieri sono rimaste allineate al Modello OCSE del 1963.

Il quarto capitolo disciplina le imposte sul patrimonio; il quinto capitolo dispone i metodi per eliminare la doppia imposizione (il credito d'imposta e il metodo dell'esenzione). Il sesto capitolo riguarda la non discriminazione, le procedure amichevoli, lo scambio di informazioni e l'assistenza in materia di riscossione. Il settimo capitolo contiene le disposizioni finali, le quali regolano l'entrata in vigore e la cessazione delle convenzioni. Infine, il Modello OCSE è corredato da un Commentario, redatto dagli esperti del Comitato affari fiscali che rappresentano i Governi degli Stati membri.

³⁶ Ciò è confermato dall'art. 75 d.p.r. 600/1973 secondo cui *“nell'applicazione delle disposizioni concernenti le imposte sui redditi sono fatti salvi gli accordi internazionali resi esecutivi in Italia”*.

In particolare, nel Modello OCSE la *permanent establishment* è una sede fissa di affari attraverso la quale un'impresa esercita in tutto o in parte la propria attività nel territorio di uno Stato (stabile organizzazione materiale); costituisce una stabile organizzazione anche un soggetto che agisce nel territorio dello Stato per conto di un'impresa non residente e stipula contratti in nome e per conto del non residente (stabile organizzazione personale).

L'originaria struttura dell'art. 5 del Modello OCSE del 1963, a cui restano allineate la gran parte delle Convenzioni fiscali italiane, si caratterizza per 3 differenze sostanziali rispetto a quella definita nel 1977:

1. è presente una sola *positive list* che individua le fattispecie che costituiscono una stabile organizzazione;
2. è presente una lista di casi per cui è esclusa la sussistenza di una stabile organizzazione (*negative list*);
3. è presente una clausola relativa all'agente indipendente.

In particolare, nel Modello del 1963 l'elenco delle ipotesi che a priori costituiscono una stabile organizzazione nel Paese della fonte, la c.d. *positive list*, era interamente contenuta nel paragrafo 2, incluso l'esempio del cantiere di costruzione, che a seguito, nel Modello del 1977, è stato inserito nel paragrafo successivo. Per ciascuna delle fattispecie indicate nella *positive list* sussiste una presunzione legale tale per cui vengono considerate stabili organizzazioni tutte le sedi fisse di affari delineate nella lista; ciò è particolarmente rilevante in un eventuale fase accertativa poiché l'Amministrazione finanziaria considera a prescindere l'installazione sul territorio dello Stato come una stabile organizzazione lasciando ricadere sul contribuente l'onere di dimostrare il contrario. Tale lista, tuttavia, non ha carattere esaustivo e non completa l'individuazione di tutte le ipotesi in cui può sussistere una stabile organizzazione nel territorio dello Stato in cui è esercitata l'attività d'impresa ma ha una funzione meramente esemplificativa: possono costituire una stabile organizzazione tutte quelle sedi fisse di affari che, seppure non contenute nella *positive list*, rispondano positivamente ai test disciplinati dal paragrafo 1 dello stesso art. 5 del Modello (installazione d'affari, permanenza connessione con l'attività dell'impresa non residente).³⁷ Tuttavia, nel 1977 si è assistito allo spostamento nel paragrafo 3 dell'ipotesi di stabile organizzazione da cantiere di costruzione, di montaggio o di installazione,

³⁷ S. Mayr, B. Santacroce, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA Manuali, II Edizione 2016, p. 8.

poiché i Governi aderenti all'OCSE hanno ritenuto superflua, per questa fattispecie, la verifica dei requisiti della stabile organizzazione che appaiono evidenti. Il presupposto affinché il cantiere costituisca una stabile organizzazione è rappresentato dalla circostanza che abbia una durata superiore a 3 mesi. Ciò ha determinato un'inversione dell'onere della prova rispetto alla versione precedente: è solo nell'ipotesi in cui vi sia nel territorio dello Stato un cantiere di costruzione, di montaggio o di installazione per una durata superiore a 3 mesi che sussiste a priori una stabile organizzazione con la conseguenza che solo in questo caso il contribuente ha l'onere di provare il contrario. Pertanto, nell'applicare un articolo 5 redatto nella versione del Modello OCSE del 1977, l'Amministrazione fiscale non sarebbe più legittimata a "sfruttare" la presunzione relativa in relazione alla presenza di stabili organizzazioni dell'impresa estera ma avrebbe l'onere di dimostrare i presupposti che ne integrano la sussistenza. Tuttavia, nel 1977 l'ordinamento italiano, che era carente di una disciplina domestica, non ha aderito alla suddetta interpretazione, mantenendo una sola *positive list* a carattere presuntivo senza l'eccezione del cantiere di costruzione. L'Italia ha esplicitamente espresso la propria posizione al paragrafo 43 del Commentario sull'art. 5 nelle versioni del Modello OCSE pubblicate dal 1977 al 2010: bisognava considerare le fattispecie delineate nel paragrafo 2 come stabili organizzazioni a priori. L'osservazione di cui al paragrafo 43 del Commentario sull'art. 5 ha creato non poche difficoltà in fase di negoziazione con i diversi Stati contraenti per cui, nel 2004, il legislatore italiano ha redatto i paragrafi 2 e 3 del dell'art. 162 in linea con quanto previsto nell'aggiornata versione del Modello OCSE; ai fini pratici, l'Amministrazione finanziaria non può prescindere da una verifica dei presupposti che costituiscono una stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

Il paragrafo 4 del Modello OCSE delinea invece i casi di esclusione ossia le ipotesi che, in ragione del loro carattere preparatorio e ausiliario, costituiscono esempi di attività che non rappresentano stabili organizzazioni e che costituiscono la c.d. *negative list*. Nella versione del Modello OCSE del 1977 viene introdotta una novità nella disposizione relativa alle ipotesi di esclusione introducendo la nuova lettera f) che ha previsto una nuova ipotesi di esclusione qualora si realizzi il cumulo delle attività di carattere preparatorio o ausiliario delineate nelle 5 precedenti ipotesi di esclusione della stabile organizzazione. Il Commentario chiarisce che il cumulo delle suddette attività non costituisce di per sé una stabile organizzazione ma è indubbia sia la difficoltà di individuazione del carattere ausiliario di queste attività sia il fatto che un'impresa ponendo in essere un sistema di attività secondarie possa dar vita ad un vero e proprio

complesso economico distinto. Pertanto, anche in relazione alle ipotesi di esclusione, l'Amministrazione finanziaria non potrà esimersi dal verificare concretamente caso per caso la sussistenza dei presupposti che integrano la nozione di stabile organizzazione. La terza particolarità delle Convenzioni italiane è ravvisabile nella clausola relativa al c.d. agente indipendente, inserita nel paragrafo 5 del Modello OCSE a partire dal 1977, che riconosce la sussistenza di una stabile organizzazione personale nel caso in cui vi sia un soggetto che agisca per conto di un'impresa non residente e stipuli abitualmente compresi in suo nome, ad eccezione del caso in cui le attività da esso svolte non rientrino nella *negative list*. Al contrario, l'art. 162 del TUIR in vigore fino al 31 dicembre 2017, al comma 6 prevedeva che l'agente indipendente costituisse una stabile organizzazione personale ad eccezione del caso in cui le sue attività fossero limitate all'acquisto di beni e merci per l'impresa.

1.6.2 La stabile organizzazione nella normativa fiscale italiana

Per definire la stabile organizzazione, il legislatore aveva disposto che la sua introduzione avvenisse “sulla base dei criteri desumibili dagli accordi internazionali contro le doppie imposizioni” senza fornire ulteriori e dettagliate linee guida. Il legislatore ha quindi mutuato la norma domestica facendo riferimento al Modello OCSE disciplinando il tipo di stabile organizzazione che risultava più frequente nelle Convenzioni fiscali contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia.³⁸

L'attuale art. 162 del TUIR, in vigore dal 1 gennaio 2018 e ispirato all'aggiornata versione dell'art. 5 del Modello OCSE, assume connotazioni del tutto particolari e in parte in contrasto con la maggior parte delle convenzioni finora stipulate dall'Italia. La norma, che sarà analizzata nei paragrafi che seguono, risulta molto più ampia delle linee guida tracciate dall'OCSE e abbastanza favorevole per le imprese che vogliono istituire una loro sede in Italia.³⁹ La Legge di bilancio per il 2018 ha determinato importanti

³⁸ La Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 16 giugno 2004 n. 25/E cita “*tenuto conto che la legge delega imponeva al legislatore l'utilizzazione di criteri desumibili dagli accordi internazionali contro le doppie imposizioni, il dettato dell'art. 162 riprende sostanzialmente il testo più recente dell'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE, discostandosene solo in alcuni punti, in considerazione delle interpretazioni contenute nel commentario a detto modello concordate tra gli Stati membri*”.

³⁹ *Stabile organizzazione*, in “Il Sole 24 ore”, Approfondimenti Sistema Frizzera, Scheda aggiornata al 23 maggio 2017.

modifiche alla disciplina della stabile organizzazione ed ai criteri per la sua determinazione, riformulando le due tipologie della stabile organizzazione materiale e personale. In particolare:

- viene introdotta una nuova norma che ravvisa una stabile organizzazione in Italia anche in *“una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio dello stesso”*;
- viene modificata l’elencazione delle ipotesi che non costituiscono stabile organizzazione (*negative list*);
- viene aggiunta una regola anti-frammentazione delle attività e dei contratti;
- vengono aggiornate le definizioni relative alla stabile organizzazione personale.

40

Le ragioni che giustificano questo profondo intervento del legislatore nel contenuto dell’art. 162 che definisce la stabile organizzazione, innanzitutto scaturiscono dalla necessità di adeguare l’ordinamento per l’introduzione della c.d. *web tax*, cioè l’imposta sulle transazioni digitali che colpisce le prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici, che sarà in vigore a partire dal 2019. Inoltre, l’intervento del legislatore trova le sue premesse fondamentali nell’attuazione del Progetto BEPS e della Convenzione Multilaterale OCSE per l’adeguamento dei trattati fiscali contro le doppie imposizioni sottoscritta a luglio 2017 dagli Stati aderenti.⁴¹

Prima di procedere ad analizzare l’art. 162 è opportuno specificare l’ambito di applicazione soggettivo e oggettivo della norma stessa.

⁴⁰ B. Ferroni, *Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la “continuativa presenza economica”*, in *“il fisco”* n. 7 del 2018, pag. 1-632.

⁴¹ Nel Commentario all’art. 5 del Modello OCSE si legge *“Changes to this Commentary related to the addition of paragraph 4.1 and the modification of paragraphs 4, 5 and 6 of the Article that were made as a result of the adoption of the Report on Action 7 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project were, however, prospective only and, as such, do not affect the interpretation of the former provisions of the OECD Model Tax Convention and of treaties in which these provisions are included, in particular as regards the interpretation of paragraphs 4 and 5 of the Article as they read before these changes (see paragraph 4 of that Report)”*.

Sotto il profilo soggettivo l'articolo opera sia nei riguardi dei soggetti non residenti sia nei riguardi dei soggetti residenti titolari di redditi commerciali provenienti dall'estero. Inoltre, per ciò che concerne l'ambito di applicazione, l'introduzione di una nozione domestica di stabile organizzazione è limitata: l'art. 162 si applica in assenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni o nel caso in cui la Convenzione preveda un trattamento maggiormente favorevole per il contribuente.⁴²

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione oggettivo, la nozione di stabile organizzazione definita dall'art. 162 trova applicazione ai fini IRES ma anche ai fini IRPEF E IRAP per effetto della sua collocazione nel Titolo III del TUIR che contiene le disposizioni comuni alle diverse tipologie di imposte; al contrario, la suddetta norma non si applica ai fini dell'imposta sul valore aggiunto che viene disciplinata in un altro contesto poiché, trattandosi di un'imposta di origine comunitaria, rispetto a quest'ultima è necessaria l'elaborazione di una nozione autonoma in armonia con la normativa europea.

Inoltre, il legislatore italiano ha recepito sia l'elenco delle esemplificazioni positive (*positive list*) che costituiscono una stabile organizzazione e le ipotesi di esclusione (*negative list*), sia la distinzione tra stabile organizzazione materiale e stabile organizzazione personale, entrambe dicotomie di natura convenzionale.

1.7 La stabile organizzazione materiale

L'art. 162 del TUIR comincia a definire al primo comma la tipologia di stabile organizzazione c.d. materiale, sancendo che *“ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive 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”*.

⁴² Come anticipato nei precedenti paragrafi, l'art. 75 del d.p.r 600/1973 sancisce che nell'applicazione delle disposizioni concernenti le imposizioni delle imposte sui redditi sono fatti salvi gli accordi internazionali in Italia. Questo afferma che si tratta di norme speciali e per questo prevalgono sulle norme interne ordinarie. Le norme delle Convenzioni private “vincono” sulle norme interne perché si attribuisce ad esse una finalità agevolativa per cui non possono tradursi in un trattamento meno favorevole per il contribuente di quello previsto dalla disciplina interna.

Questa definizione riprende la definizione di stabile organizzazione materiale contenuta nell'articolo 5 del Modello OCSE al paragrafo 1 che si limita ad affermare *“the term permanent establishment means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on”* non facendo espresso riferimento al *“territorio dello Stato”*, a differenza della norma domestica, la quale tende invece a evidenziare il fatto che i redditi d'impresa derivanti dall'esercizio dell'attività mediante la stabile organizzazione sono assoggettati a tassazione in Italia solamente se questa agisce sul territorio italiano, escludendo così tutte quelle attività esercitate al di fuori dei confini nazionali.

Dalla norma risulta evidente che i presupposti necessari affinché sussista una stabile organizzazione materiale sono tre:

- la presenza di una sede di affari;
- la circostanza che tale sede sia fissa e permanente;
- il fatto che tramite la suddetta stabile organizzazione l'impresa non residente svolga, in tutto o in parte, la propria attività nel territorio dello Stato; la locuzione *“sede d'affari”* evidenzia per l'appunto il collegamento funzionale tra la sede fissa e l'attività del soggetto estero di cui è espressione.

Nella locuzione *“sede di affari”* sono inclusi tutti i locali, le infrastrutture e le installazioni utilizzati per l'esercizio dell'attività industriale o commerciale dell'impresa estera.

Perché sussista una stabile organizzazione materiale non è rilevante il *“tipo”* di sede di affari: come specificato nel Commentario all'art. 5 del Modello OCSE può esserci una stabile organizzazione anche se l'impresa non residente dispone nel territorio dello Stato di un determinato spazio, di un'area in un deposito doganale o a cielo aperto e può addirittura trattarsi unicamente di un macchinario o di un'attrezzatura. In altri termini la sede d'affari può consistere in qualsiasi sistema di beni materiali utilizzati per lo svolgimento dell'attività d'impresa nel territorio dello Stato.

Non è rilevante invece il titolo giuridico in virtù del quale l'impresa non residente utilizza tale sede di affari per cui è irrilevante la presenza di un diritto di proprietà; è sufficiente che la sede di affari sia nella piena disponibilità dell'impresa estera, cioè che sia a sua disposizione quando e se necessario. La mancanza di un titolo di proprietà della sede di affari non preclude l'integrazione di questi requisiti. Per questo motivo può sussistere una sede di affari anche quando l'impresa estera occupi abusivamente lo spazio mediante il

quale svolge il proprio business, in considerazione del fatto che gli elementi rilevanti sono rappresentati dalla fissità e dall'ubicazione nel territorio dello Stato.

Allo stesso modo, non è rilevante la presenza di risorse umane, se non richieste per l'esercizio dell'attività svolta nella sede di affari, affinché siano integrati i presupposti della stabile organizzazione;⁴³ al contrario, in ambito IVA, il concetto di stabile organizzazione presuppone sia l'impiego di risorse materiali che di risorse umane.

Inoltre, deve ritenersi integrata la fattispecie della stabile organizzazione materiale qualora l'attività sia svolta per il tramite di macchinari automatici il cui montaggio e la cui manutenzione sono effettuati dall'impresa non residente. Al contrario, qualora l'impresa estera si limitasse a montare i macchinari per poi darli in locazione a terzi, non sono da ritenersi integrati i requisiti della stabile organizzazione materiale; infatti, il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica che nel caso in cui beni materiali o immateriali siano concessi in locazione, affitto o concessione d'uso, tale attività si intende posta in essere per il tramite di una stabile organizzazione solo se è esercitata tramite una sede fissa di affari e purché il contratto sia limitato al mero affitto.⁴⁴

Il secondo requisito richiesto dall'art. 162 è rappresentato dalla circostanza che la sede di affari sia "fissa" e il requisito della fissità deve essere inteso sia in senso spaziale sia in senso temporale. Il requisito spaziale si riferisce alla presenza della sede di affari in un determinato luogo, quello temporale alla permanenza.

La stabilità della sede, in relazione allo spazio, è intesa come presenza della stabile organizzazione in un determinato luogo con un certo grado di permanenza: deve esserci un legame tra la sede fissa di affari e un determinato "punto geografico" in cui essa è localizzata affinché possa sussistere la soglia minima necessaria tale da giustificare il potere impositivo dello Stato sui redditi della stabile organizzazione. È opportuno sottolineare che, alla luce del fatto che possono costituire una sede di affari anche i macchinari e le attrezzature, perché sia integrato il requisito della fissità non è necessario

⁴³ Ad esempio, con la Sentenza del 30 ottobre 1996, II, R, 12/92, la Corte Federale Tedesca ha ritenuto sussistente una stabile organizzazione materiale nel caso di un oleodotto appartenente ad una società residente nei Paesi Bassi e funzionante nel territorio tedesco senza l'impiego di personale.

⁴⁴ Il Commentario stabilisce che *"If an enterprise of a State lets or leases facilities, ICS equipment, buildings or intangible property to an enterprise of the other State without maintaining for such letting or leasing activity a fixed place of business in the other State, the leased facility, ICS equipment, building or intangible property, as such, will not constitute a permanent establishment of the lessor provided the contract is limited to the mere leasing of the ICS equipment"*.

che le attrezzature e i macchinari siano infissi al suolo essendo sufficiente che restino in un luogo determinato.⁴⁵

Rispetto al requisito temporale il Commentario OCSE all'art. 5 ha specificato quando questo è da ritenersi integrato affermando che sussiste una stabile organizzazione materiale:

- quando la sede fissa di affari viene costituita per un fine temporaneo ma viene utilizzata per un periodo che non può effettivamente essere considerato come temporaneo (c.d. permanenza effettiva);
- quando la sede fissa di affari, inizialmente destinata a finalità durevoli nel tempo, viene chiusa prematuramente a causa di circostanze impreviste (c.d. permanenza effettiva).⁴⁶

Pertanto, la problematica più rilevante è proprio quella di comprendere quando la sede di affari ha carattere temporaneo e quando invece, al contrario, è caratterizzata da una certa permanenza nel tempo tale da integrare i presupposti della stabile organizzazione materiale; è necessario verificare l'intenzionalità del carattere di permanenza della sede fissa di affari poiché, se così fosse, sarebbe configurabile una stabile organizzazione materiale anche se la sede risulti di breve durata per effetto di circostanze impreviste. Va specificato però che né le norme interne né quelle di natura convenzionale specificano a quanto dovrebbe ammontare la durata minima superata la quale si considererebbe esistente nel territorio dello Stato la stabile organizzazione materiale, salvo il caso della stabile organizzazione da progetto cantiere, di cui al comma 3 dell'art. 162 del TUIR. A tal proposito il Commentario OCSE si è limitato a precisare che il periodo minimo di permanenza della stabile organizzazione materiale, tale da giustificare il potere impositivo dell'Amministrazione fiscale, dovrebbe essere almeno pari a 6 mesi. A tale

⁴⁵ Sul punto il Commentario all'art. 5 specifica *"According to the definition, the place of business has to be a "fixed" one. Thus in the normal way there has to be a link between the place of business and a specific geographical point. It is immaterial how long an enterprise of a Contracting State operates in the other Contracting State if it does not do so at a distinct place, but this does not mean that the equipment constituting the place of business has to be actually fixed to the soil on which it stands. It is enough that the equipment remains on a particular site"*.

⁴⁶ S. Mayr, B. Santacroce, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA Manuali, II Edizione 2016, p. 21.

regola, tuttavia, farebbero eccezione le attività c.d. ricorrenti ossia quelle attività che per loro natura sono di breve durata.⁴⁷

In relazione al giorno rispetto al quale viene a costituirsi la stabile organizzazione materiale, è opportuno sottolineare che il *dies a quo* deve essere fatto coincidere con il momento in cui l'impresa estera inizia a esercitare la propria attività d'impresa nel territorio dello Stato per cui non sono rilevanti ai fini del computo i giorni impiegati nell'allestimento della sede fissa di affari; di conseguenza, la stabile organizzazione cessa di esistere solo qualora termina la propria attività.⁴⁸

In ogni caso, non sono rilevanti le interruzioni temporanee dell'attività se l'impresa estera riprende la propria attività nella medesima sede fissa di affari.⁴⁹

⁴⁷ Il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica: “*Since the place of business must be fixed, it also follows that a permanent establishment can be deemed to exist only if the place of business has a certain degree of permanency, i.e. if it is not of a purely temporary nature. A place of business may, however, constitute a permanent establishment even though it exists, in practice, only for a very short period of time because the nature of the business is such that it will only be carried on for that short period of time. It is sometimes difficult to determine whether this is the case. Whilst the practices followed by member countries have not been consistent in so far as time requirements are concerned, experience has shown that permanent establishments normally have not been considered to exist in situations where a business had been carried on in a country through a place of business that was maintained for less than six months (conversely, practice shows that there were many cases where a permanent establishment has been considered to exist where the place of business was maintained for a period longer than six months). One exception has been where the activities were of a recurrent nature; in such cases, each period of time during which the place is used needs to be considered in combination with the number of times during which that place is used (which may extend over a number of years). (...) That exception is illustrated by the following example. An enterprise of State R carries on drilling operations at a remote arctic location in State S. The seasonal conditions at that location prevent such operations from going on for more than three months each year but the operations are expected to last for five years. In that case, given the nature of the business operations at that location, it could be considered that the time requirement for a permanent establishment is met due to the recurring nature of the activity regardless of the fact that any continuous presence lasts less than six months; the time requirement could similarly be met in the case of shorter recurring periods of time that would be dictated by the specific nature of the relevant business*”.

⁴⁸ Il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica: “*A permanent establishment begins to exist as soon as the enterprise commences to carry on its business through a fixed place of business. This is the case once the enterprise prepares, at the place of business, the activity for which the place of business is to serve permanently. The period of time during which the fixed place of business itself is being set up by the enterprise should not be counted, provided that this activity differs substantially from the activity for which the place of business is to serve permanently. The permanent establishment ceases to exist with the disposal of the fixed place of business or with the cessation of any activity through it, that is 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)*”.

⁴⁹ In tal senso il Commentario all'art 5 del Modello OCSE specifica “*temporary interruptions of activities do not cause a permanent establishment to cease to exist. Similarly, where a particular place of business is used for only very short periods of time but such usage takes place regularly over long periods of time, the place of business should not be considered to be of a purely temporary nature*”.

Per verificare la sussistenza del requisito della permanenza si effettua un test di durata, volto a verificare se il requisito della fissità è integrato per un periodo sufficientemente prolungato, anche se non continuativo.

Rispetto al secondo requisito che integra la stabile organizzazione materiale è necessario un ultimo chiarimento: nel rapporto tra requisito spaziale e temporale dovrebbe prevalere quello spaziale poiché se un collegamento con un determinato punto geografico è assente, allora risulta irrilevante il tempo durante il quale l'impresa estera permane in un determinato Stato.

L'ultimo requisito richiesto dall'art. 162 del TUIR è rappresentato dalla circostanza che l'impresa estera svolga la propria attività, in tutto o in parte, per mezzo della suddetta sede fissa di affari: è mediante la sede fissa di affari che deve essere svolto il business.⁵⁰ In altri termini, la sede fissa di affari deve essere strumentale per l'esercizio dell'attività d'impresa da parte del contribuente non residente, il che implica che non sussista una stabile organizzazione qualora l'attività della sede fissa non sia strumentale allo svolgimento degli affari dell'imprenditore estero. Secondo la giurisprudenza prevalente, il requisito della strumentalità è integrato se l'attività svolta dalla sede fissa di affari, in cui l'impresa svolge in tutto o in parte la propria attività, rientra nel normale business dell'impresa non residente.

Per ciò che concerne la tipologia di attività che devono essere svolte dalla sede fissa di affari, sia le norme domestiche sia quelle convenzionali non forniscono alcuna indicazione. Da ciò si desume che la stabile organizzazione materiale possa essere impiegata anche per svolgere una singola attività o funzione.

Inoltre, in considerazione del fatto che ricorre l'ipotesi di stabile organizzazione materiale solo quando per il tramite della sede fissa di affari viene esercitata un'attività d'impresa, dovrebbe ritenersi irrilevante, ai fini della sussistenza di una stabile organizzazione, la mera presenza di investimenti in cespiti patrimoniali utilizzati al solo fine di ricavare "passivamente" reddito (è il caso di mero possesso di immobili non strumentali all'esercizio dell'attività d'impresa). Viceversa, un immobile potrebbe costituire una stabile organizzazione qualora assumesse la connotazione di immobilizzazione, ossia qualora fosse un cespite strumentale all'esercizio dell'attività d'impresa.

⁵⁰ Lo si evince chiaramente dal primo comma dell'art. 5 del Modello OCSE che descrive la fattispecie della stabile organizzazione materiale come *"a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on"*.

Infine, merita menzione la tendenza della dottrina a considerare un quarto elemento rilevante ai fini della presenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato: l'idoneità della stessa a generare profitti. Era proprio sull'idoneità produttiva, ossia sulla capacità di contribuire alla formazione degli utili dell'impresa madre, che si fondava il concetto di stabile organizzazione elaborato dalla Società delle Nazioni. La dottrina ha per lungo tempo discusso in merito al fatto che la stabile organizzazione dovesse avere la capacità di produrre reddito per qualificarsi come tale. Si tratta di un'argomentazione che ha creato non pochi dibattiti ma si tende a ritenere che, per configurare una stabile organizzazione non è necessario che questa abbia carattere "produttivo" né è necessaria la presenza di personale dipendente: indispensabile risulta il presupposto della fissità territoriale, spaziale e temporale.⁵¹

La stessa linea interpretativa è stata assunta dalla giurisprudenza e, in particolare in una delle sentenze relative al caso *Philip Morris*, la Corte di Cassazione ha affermato che non è necessario che la stabile organizzazione produca dei profitti.⁵²

1.7.1 La *positive list*

Il secondo comma dell'articolo 162 contiene un'elencazione positiva di installazioni che costituiscono una stabile organizzazione materiale, per tale intendendosi tutte le sedi fisse di affari strumentali per l'esercizio dell'attività di impresa, il cui elemento caratteristico è la fissità, cioè il collegamento con uno specifico luogo geografico.

Materialità e fissità sono le caratteristiche che ricorrono nella *positive list* dell'art. 5, comma 2 del Modello OCSE, il quale fornisce a titolo esemplificativo una lista di esempi di sede fisse di affari che rappresentano una stabile organizzazione materiale, quali, la presenza sul territorio di uno Stato di una sede di direzione, succursale, ufficio, officina, laboratorio, luogo di estrazione di risorse naturali (miniera, pozzo di petrolio o di gas, cava). È dalla *positive list* che si coglie il terzo requisito necessario affinché un'installazione sul territorio dello Stato si configuri come una stabile organizzazione materiale: la strumentalità della sede in rapporto all'esercizio dell'attività tipica

⁵¹ Dott.ssa Cristina Rigato – Dott.ssa Gianna Lazzarato, Sottocommissione fiscalità internazionale ODCEC Padova quadriennio 2013-16 (in *Il Sole* 24 ore del 6/02/2017)

⁵² Corte di Cassazione, Sezione TRI civile Sentenza 25 maggio 2002, n. 7682: “La giurisprudenza di questa Suprema Corte ha, infatti, più volte escluso (sentenze 27 novembre 1987, n. 8815 e 8820; 19 settembre 1990, n. 5580) che la struttura organizzativa de qua debba necessariamente essere di per sé produttiva di reddito ovvero dotata di autonomia gestionale o contabile, requisiti che invece hanno le succursali o sedi secondarie previste dall' art. 2506 c.c., le quali costituiscono solo una species tipica di stabile organizzazione”.

dell'impresa non residente. Di qui l'irrilevanza, ai fini della definizione di stabile organizzazione materiale delle attività di carattere preparatorio o ausiliario, contenute nella c.d. *negative list*.⁵³

Tale elencazione determina una serie di esempi di sedi fisse di affari, non tassativi e non esaustivi, che costituiscono una stabile organizzazione materiale. L'elencazione considera:

- a) *una sede di direzione;*
- b) *una succursale;*
- c) *un ufficio;*
- d) *un'officina;*
- e) *un laboratorio;*
- f) *una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali anche in zone situate al di fuori delle acque territoriali in cui, in conformità al diritto internazionale consuetudinario ed alla legislazione nazionale relativa all'esplorazione ed allo sfruttamento di risorse naturali, lo Stato può esercitare diritti relativi al fondo del mare, al sottosuolo ed alle risorse naturali.*

Per *sede di direzione* si intende il luogo in cui vengono svolte attività di direzione di impresa, cioè le attività aventi carattere manageriale. Bisogna specificare che la nozione di "sede di direzione" non coincide con quella di "sede di direzione effettiva" da cui dipende la residenza fiscale del contribuente: la nozione di residenza è incompatibile con quella di stabile organizzazione essendo quest'ultima rilevante ai fini della tassazione della sola impresa non residente, ossia l'impresa che non ha nel territorio dello Stato il proprio "oggetto principale".⁵⁴ Inoltre, la sede di direzione viene menzionata separatamente nell'elencazione rispetto agli uffici in considerazione del fatto che, essendo la sede di direzione il luogo da cui promanano le decisioni manageriali può anche essere costituita da uno spazio di minime dimensioni.⁵⁵

⁵³ S. Guarino, *La nozione di stabile organizzazione nell'era dell'economia digitale*, in "Corriere Tributario" n. 9 del 2018, pag. 716.

⁵⁴ M. Cerrato, *Sui confini tra esteroinvestizione societaria e stabile organizzazione*, in *Rivista di diritto tributario*, 2013, parte V, p. 55-72.

⁵⁵ Il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica "*The term "place of management" has been mentioned separately because it is not necessarily an "office". However, where the laws of the two*

Con il termine *succursale* o *branch* ci si riferisce ad un segmento, fisicamente e territorialmente separato dalla sua sede principale, dotata di indipendenza economico-commerciale. Non esistendo una definizione normativa domestica di succursale, viene solitamente fatto rinvio al concetto di “sede secondaria di rappresentanza stabile”, di cui agli articoli 2197 e 2508 c.c., i quali rispettivamente prescrivono l’obbligo di iscrizione nel registro delle imprese delle sedi secondarie con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato e l’assoggettamento ad imposizione fiscale delle sedi secondarie delle società estere con sede secondaria nel territorio dello Stato italiano.

Le altre fattispecie di stabile organizzazione delineate dall’art. 162 del TUIR hanno comportato minori problematiche interpretative.

In relazione all’attività ivi svolta, la nozione di *ufficio* si sovrappone a quello di sede di direzione e di succursale, per cui è inteso come un’unità organizzativa da cui promanano atti amministrativi. L’*officina* e il *laboratorio* sono sedi fisse di affari in cui vengono svolti i processi produttivi.

La *miniera*, il *giacimento petrolifero o di gas naturale*, la *cava* e ogni *altro luogo di estrazione di risorse naturali* si configurano come qualsiasi luogo su cui si realizza un’attività di estrazione finalizzata allo sfruttamento industriale.⁵⁶

È opportuno sottolineare che il suddetto elenco non preclude la possibilità che altre fattispecie, non espressamente menzionate dal secondo comma dell’art. 162, possano dar luogo ad una stabile organizzazione: il Commentario all’art. 5 del Modello OCSE specifica che questa elencazione è da intendersi meramente esemplificativa in quanto comprende una lista di esempi caratteristici che a priori possono configurare una stabile organizzazione; di conseguenza è il contribuente ad avere l’onere di provare che non sussistono i requisiti affinché si possa considerare presente nel territorio dello Stato una stabile organizzazione ad esso imputabile.⁵⁷

Contracting States do not contain the concept of “a place of management” as distinct from an “office”, there will be no need to refer to the former term in their bilateral convention”.

⁵⁶ Nel Commentario si legge “Subparagraph f) provides that mines, oil or gas wells, quarries or any other place of extraction of natural resources are permanent establishments. The term “any other place of extraction of natural resources” should be interpreted broadly. It includes, for example, all places of extraction of hydrocarbons whether on or off-shore”.

⁵⁷ Il secondo paragrafo del Commentario all’art 5 del Modello OCSE esordisce “this paragraph contains a list, by no means exhaustive, of examples of places of business, each of which can be regarded as constituting a permanent establishment under paragraph 1 provided that it meets the requirements of that paragraph”.

Tale elenco, come anticipato, ricalca la lista esposta nell'articolo 5 del Modello OCSE, seppure con delle differenze. In particolare, l'Italia, discostandosi da quanto previsto dallo stesso art. 5, ha esercitato l'opzione prevista nel Commentario al Modello tale per cui ha esteso l'ambito di applicazione della lettera f) anche alle "zone situate al di fuori delle acque territoriali" e quindi al fuori del territorio dello Stato.⁵⁸ Questa previsione rappresenta una deroga all'art. 23 del TUIR, in tema di tassazione dei soggetti non residenti per i redditi prodotti nel territorio dello Stato, che, in particolare, indica i criteri in base ai quali si localizzano i redditi. Ciò implica un'estensione del principio di territorialità, giustificata dalla considerazione che se lo Stato italiano può esercitare il diritto di sfruttamento del fondo del mare, del suo sottosuolo e delle risorse naturali anche al di fuori dei confini territoriali, allora sarà altrettanto legittimato ad esercitare la propria potestà impositiva al di fuori degli stessi.⁵⁹

Un'ulteriore peculiarità sta nel fatto che, a differenza di molte Convenzioni contro le doppie imposizioni siglate dallo Stato italiano, ancora conformi alla vecchia versione del Modello OCSE del 1963, sia l'attuale articolo 162 del TUIR sia il vigente art. 5 del Modello OCSE non menzionano nell'elenco la c.d. fattispecie di "stabile organizzazione da cantiere" che viene disciplinata separatamente nel comma terzo.

Per ciò che concerne la funzione da attribuire alla *positive list*, bisogna rilevare che secondo l'interpretazione fornita dal Commentario del Modello OCSE (paragrafo 2) le fattispecie previste nell'elencazione configurano stabili organizzazioni solo se posseggono i requisiti di fissità, spaziale e temporale, e strumentalità propri della stabile organizzazione materiale. L'Italia, fino alla versione del Commentario del 2008, non aderiva a questa linea interpretativa ritenendo che le fattispecie delineate nella lista avrebbero dovuto costituire a priori una stabile organizzazione. È solo a partire dal 2010 che l'Italia ha fatto propria la tesi dell'OCSE attribuendo una valenza meramente procedimentale-probatoria alla lista: la *positive list* ha carattere meramente

⁵⁸ La medesima lettera f) dell'art. 5 del Modello OCSE si limita a citare "*a mine, an oil or gas well, a quarry or any other place of extraction of natural resources*". Dal Commentario si legge "*Subparagraph f) refers to the extraction of natural resources, but does not mention the exploration of such resources, whether on or off shore. Therefore, whenever income from such activities is considered to be business profits, the question whether these activities are carried on through a permanent establishment is governed by paragraph 1. Since, however, it has not been possible to arrive at a common view on the basic questions of the attribution of taxation rights and of the qualification of the income from exploration activities, the Contracting States may agree upon the insertion of specific provisions*".

⁵⁹ S. Mayr, B. Santacroce, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA Manuali, II Edizione 2016, p. 31.

esemplificativo e si deve in ogni caso procedere a verificare la sussistenza dei requisiti previsti dal primo comma dell'art. 162. Pertanto, qualora sussista una delle fattispecie contenute nell'elencazione, si ritiene esistente la stabile organizzazione nel territorio dello Stato, salvo che il contribuente superi la presunzione legale e dimostri l'assenza di uno degli elementi essenziali.

1.7.2 La stabile organizzazione materiale senza consistenza fisica

Come anticipato nei paragrafi antecedenti, i presupposti necessari perché si possa considerare esistente nel territorio dello Stato una stabile organizzazione materiale sono così riassumibili:

- Una sede fissa di affari;
- La fissità della sede di affari, ovvero la stabilità territoriale e spaziale;
- La condizione che l'impresa non residente svolga, in tutto o in parte, la propria attività nel territorio dello Stato per il tramite della sede fissa di affari (nesso di strumentalità).

Da ciò si evince come uno degli elementi essenziali della stabile organizzazione delineati dall'art. 162 del TUIR sia rappresentato dal collegamento con un determinato "punto geografico", e ciò nel mondo prima di *Internet* comportava la necessità che le imprese disponessero nel territorio dello Stato di una sede fissa di affari o di un agente dipendente.⁶⁰

Tuttavia, in un contesto economico globalizzato in cui aumentano a livelli esponenziali le transazioni aventi ad oggetto beni e servizi digitali ed immateriali, lo sviluppo dell'*ecommerce* ha comportato non poche problematiche per la dottrina di diritto tributario internazionale relative all'identificazione del territorio in cui l'attività d'impresa viene di fatto esercitata e quindi dovrebbe essere tassata. Infatti, le imprese digitali si definiscono tali poiché sono in grado di raggiungere sostanzialmente ogni luogo senza necessità di costituirvi sedi fisse di affari, muovendosi nella nuova geografia c.d. "virtuale". In altri termini, possono erogare beni e servizi mediante lo sfruttamento del

⁶⁰ S. Guarino, *La nozione di stabile organizzazione nell'era dell'economia digitale*, in "Corriere Tributario" n. 9 del 2018, pag. 716.

cyberspazio, costituendo un collegamento con un territorio o con un mercato senza localizzarvi una stabile organizzazione materiale o personale.

A queste esigenze ha dovuto fornire una risposta il legislatore della Legge di bilancio 2018 al quale è stato affidato il difficile compito di rielaborare la nozione di stabile organizzazione con l'obiettivo di ricomprendere al suo interno quelle fattispecie riconducibili all'ambito del commercio elettronico, seppure nella consapevolezza di quanto ciò sia arduo considerando la sua dimensione virtuale e immateriale piuttosto lontana dagli elementi distintivi della stabile organizzazione. La modifica sembra trovare origine nella necessità di superare l'impostazione per cui la qualifica di stabile organizzazione è da ritenersi ricollegabile all'insediamento di una struttura fisica (materiale o personale) nel territorio dello Stato. Tale impostazione risulta obsoleta se si considera il crescente sviluppo di attività completamente digitali o multidimensionali che consentono alle imprese di operare senza una presenza fisica sul territorio o, al più, avvalendosi di strutture "leggere".⁶¹

Tra le modifiche apportate alla nozione domestica di stabile organizzazione dalla Legge di bilancio 2018, la prima novità è rappresentata dall'introduzione al comma 2 dell'art. 162 del TUIR, contenente le esemplificazioni di sede fisse di affari che costituiscono una stabile organizzazione materiale, della nuova lettera f-bis), volta a comprendere nella *positive list* *"una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio dello stesso"*. Tale modifica, che amplia la definizione "in positivo" di stabile organizzazione, è stata fatta per ricomprendere nella predetta definizione anche i soggetti, tipicamente le società che operano nel commercio elettronico, che per lo svolgimento della propria attività non necessitano di una sviluppata presenza fisica sul territorio.⁶²

La norma scaturisce dall'esigenza di eseguire le specifiche direttive impartite dall'Action 1 nell'ambito del Progetto BEPS per l'economia digitale, argomento che sarà trattato nello specifico nel capitolo successivo. Inoltre, la nuova declinazione dell'art. 162 risulta coerente con la previsione di un'imposta sulle transazioni digitali relative a prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici, in quanto ha lo scopo di *"alleviare il nesso, finora imprescindibile, tra presenza fisica di un'attività nel territorio dello Stato e*

⁶¹ T. Gasparri, *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza*, Note e studi, Assonime, 15, 2017, a commento del Rapporto finale 2015 alla Action 1 del progetto BEPS.

⁶² M. Piazza, A. Trainotti, *Stabile organizzazione: nuova definizione e implicazioni più rilevanti*, in "Il Sole 24 ore" Norme e tributi mese del 6/03/2018, p. 32-43.

assoggettabilità alla normativa fiscale”, valorizzando di converso gli altri elementi distintivi della stabile organizzazione: la stabilità, la ricorrenza e la dimensione economica dell’attività con l’intento di contrastare manovre abusive volte a evitare la determinazione dell’esistenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

Inoltre, l’aggiunta della lettera *f-bis*) al secondo comma dell’art. 162 è avvenuta contestualmente all’abrogazione del previgente comma 5 dell’art. 162, in base al quale non costituiva di per sé stabile organizzazione la disponibilità di elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari per la raccolta e la trasmissione di dati e informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi.

La nuova fattispecie delineata dalla lettera *f-bis*) dell’art.162, peraltro, appare allineata ai recenti interventi legislativi, concernenti l’introduzione della procedura di *cooperazione e collaborazione rafforzata*, di cui all’articolo 1 bis del D.L. del 24 aprile 2017, n. 50, che ha introdotto un procedimento opzionale di contraddittorio preventivo tra multinazionali e Amministrazione finanziaria, in base al quale le società multinazionali che ritengono possibile che l’attività d’impresa da essi esercitata in Italia possa costituire una stabile organizzazione possono richiedere all’Amministrazione finanziaria una valutazione della sussistenza dei relativi presupposti nonché presentare un’istanza finalizzata all’accesso al regime dell’adempimento collaborativo. Qualora siano integrati i presupposti della stabile organizzazione, ne potranno essere definiti i relativi debiti tributari i quali, se scaduti i termini per la relativa dichiarazione, potranno essere assolti con un regime sanzionatorio premiale.

Il nuovo art. 162 del TUIR contempla quale presupposto necessario per giustificare la potestà impositiva dello Stato, al fine di determinare in modo appropriato la base imponibile alla luce dell’avvento della *digital economy*, la ***significativa e continuativa presenza economica***, con l’intento di rappresentare proprio quelle situazioni in cui l’impresa partecipa alla vita economica di un Paese in modo regolare e continuativo senza avervi una presenza “fisica” grazie all’utilizzo dei mezzi tecnologici che hanno minimizzato le distanze.

Lo scopo del legislatore è quello di delineare una fattispecie di stabile organizzazione “virtuale” cioè svincolata per definizione dal requisito della fisicità, così da intercettare i grandi colossi che, operando tramite il *web*, sfuggono con facilità all’imposizione dei redditi prodotti in Italia a causa dell’assenza di una sede fissa di affari nel territorio dello Stato.

Pertanto, risulta fondamentale individuare degli indicatori che siano idonei a configurare una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato di una stabile organizzazione, la cui sussistenza può far presupporre un'interazione significativa con il sistema economico di quel determinato Paese mediante lo sfruttamento della tecnologia *web*.

Innanzitutto, uno degli indicatori della potenziale esistenza di un nesso con il territorio dello Stato è rappresentato dalla ricorrenza sistematica di rilevanti ricavi derivanti da transazioni realizzate in remoto. Tuttavia, il volume dei ricavi derivanti da vendite online deve essere considerato insieme ad altri indicatori di carattere tecnico quali l'utilizzo di un nome di dominio locale, una caratterizzazione locale della piattaforma digitale in termini di lingua e tradizioni dei consumatori, ovvero l'utilizzo di metodi di pagamento locali per prezzi espressi in valuta locale e comprensivi di tasse, dazi e altri oneri; inoltre, si devono considerare i fattori come quelli legati al bacino di utenza, come il numero di utenti mensili attivi (*Monthly Active Users* - MAU), la regolare conclusione di contratti *online* con gli utenti e il volume di dati raccolti presso gli utenti o i clienti abitualmente residenti in quello Stato.⁶³

Elementi immateriali e a-fisici, come il sito *web*, costituito dalla combinazione di *software* e dati elettronici, seppure costituiscano dei *core assets* per la conduzione dei business digitali, non sono stati giudicati sufficienti ad integrare l'istituto della stabile organizzazione c.d. virtuale. L'aumento delle transazioni effettuate sul *web* aveva spinto la dottrina a porsi quesiti circa la natura giuridica da attribuire a tale spazio virtuale valutando la possibilità di attribuirgli la connotazione di sede fissa di affari e, di conseguenza, la potenzialità di configurarsi come una stabile organizzazione. L'OCSE ha eliminato qualsiasi dubbio su tale argomentazione: il sito *web*, essendo uno spazio meramente virtuale, non può essere considerato una stabile organizzazione, a causa della sua natura intangibile e immateriale connessa al *software* e ai dati che lo compongono.⁶⁴

⁶³ B. Ferroni, *Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la "continuativa presenza economica"*, in "il fisco" n. 7 del 2018, pag. 1-632.

⁶⁴ Dall'apposito paragrafo sull'Ecommerce contenuto nel Commentario all'art. 5 del Modello OCSE si legge "*The distinction between a web site and the server on which the web site is stored and used is important since the enterprise that operates the server may be different from the enterprise that carries on business through the web site. For example, it is common for the web site through which an enterprise carries on its business to be hosted on the server of an Internet Service Provider (ISP). Although the fees paid to the ISP under such arrangements may be based on the amount of disk space used to store the software and data required by the web site, these contracts typically do not result in the server and its location being at the disposal of the enterprise, even if the enterprise has been able to determine that its web site should be hosted on a particular server at a particular location. In such a case, the enterprise does not even have a physical presence at that location since the web site is not*

Nel Modello OCSE del 2014, l'approccio al commercio elettronico è condizionato da una impostazione fisicistica. Sin dalla prima fase della *digital economy*, la dottrina e la prassi tributaria internazionale hanno considerato il *server* come punto di ancoraggio su cui fissare la tradizionale costruzione del concetto di stabile organizzazione. Dal Commentario si evince come il *server*, a prescindere dalla necessaria presenza di personale dipendente in loco, costituisca una stabile organizzazione qualora le funzioni da esso svolte siano essenziali per lo svolgimento dell'attività e, di converso, non si prefigurino come meramente ausiliarie o preparatorie alla stessa. Infatti, è proprio attraverso il *server* che si verifica la connessione con i clienti per cui la sua funzionalità è essenziale per consentire l'accesso ai siti web su cui sono commercializzati i prodotti e i servizi. Secondo l'Agenzia delle Entrate, configura stabile organizzazione un *server* installato fisicamente in Italia, qualora la macchina sia interamente gestita, quanto ad operatività e manutenzione, dal soggetto non residente e non dal provider italiano, che si limita ad "ospitarla" presso i locali di proprietà.⁶⁵

Supponiamo per chiarezza che due siti web erogino gli stessi prodotti e servizi e si relazionino con i medesimi clienti nello stesso Paese: il Paese in cui costituiscono una stabile organizzazione dipende dal luogo in cui è stato fisicamente fissato il *server* che li contiene. Bisogna specificare che per un'impresa che vende prodotti e servizi online, la localizzazione di un *server* in un determinato Stato costituisce una stabile organizzazione solo se in tale luogo sono svolte anche le funzioni tipiche di vendita (la conclusione del contratto con il cliente, la gestione del pagamento e la consegna dei prodotti).⁶⁶ Di converso, non si configura una stabile organizzazione se tramite il *server* vengono svolte

tangible. In these cases, the enterprise cannot be considered to have acquired a place of business by virtue of that hosting arrangement. However, if the enterprise carrying on business through a web site has the server at its own disposal, for example it owns (or leases) and operates the server on which the web site is stored and used, the place where that server is located could constitute a permanent establishment of the enterprise if the other requirements of the Article are met".

⁶⁵ Ris. Agenzia Entrate 28.5.2007 n. 119 avente ad oggetto l'attività di commercio elettronico svolta da un soggetto non residente per mezzo di un *server* localizzato in Italia - Requisiti per la sussistenza della stabile organizzazione.

⁶⁶ Dall'apposito paragrafo sull'Ecommerce contenuto nel Commentario all'art. 5 del Modello OCSE si legge *"an Internet web site, which is a combination of software and electronic data, does not in itself constitute tangible property. It therefore does not have a location that can constitute a "place of business" as there is no "facility such as premises or, in certain instances, machinery or equipment" as far as the software and data constituting that web site is concerned. On the other hand, the server on which the web site is stored and through which it is accessible is a piece of equipment having a physical location and such location may thus constitute a "fixed place of business" of the enterprise that operates that server"*.

solo funzioni accessorie e ausiliarie alla vendita (la pubblicizzazione *online* dei beni e servizi commercializzati, la raccolta di informazioni di mercato).

Pertanto, se da un lato si esclude che un sito internet, in considerazione della sua immaterialità, possa costituire una stabile organizzazione, dall'altro lato il server, proprio per il fatto che è imprescindibile la sua presenza ai fini dello svolgimento delle operazioni di commercio elettronico, si qualifica come stabile organizzazione, anche in riferimento a quelle transazioni esclusivamente effettuate via web.

Nonostante l'OCSE, con il nuovo Modello e Commentario del 2017, sia intervenuto sul tema del *physical ecommerce*, tuttavia non ne ha esteso la portata ai modelli a-fisici adottati dalle multinazionali della *digital economy*.⁶⁷

Dunque, nonostante l'intervento operato dal legislatore, è evidente come la normativa fiscale non riesca stare al passo con i nuovi modelli di business dell'economia digitale, per cui la nozione di stabile organizzazione appare oggi ancora troppo ancorata ai requisiti della materialità e fissità si rivela inadatta a "colpire" quelle multinazionali che esercitano attività d'impresa mediante una sola presenza digitale nel Paese estero.

1.7.3 La stabile organizzazione "da cantiere"

Come previsto nel paragrafo 3 dell'art. 5 del Modello OCSE, il legislatore ha espressamente disciplinato al comma 3 dell'art. 162 la fattispecie della c.d. stabile organizzazione "di progetto" o "da cantiere". In particolare, ai sensi del comma 3 dell'art. 162 *"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"*. Il suddetto comma 3 dell'articolo 162 riconosce una vera e propria tipologia di stabile organizzazione in aggiunta alla dicotomia "materiale" e "personale", la stabile organizzazione "da cantiere", differente rispetto alle prime due fattispecie e, in particolare, rispetto alle generali previsioni in tema di stabile organizzazione materiale; la stabile organizzazione da cantiere si configura come una fattispecie a sé che, in quanto tale, è indicata in un

⁶⁷ S.Guarino, *La nozione di stabile organizzazione nell'era dell'economia digitale*, in "Corriere Tributario" n. 9 del 2018, pag. 716.

apposito comma dell'art. 162, ma in sostanza non è altro che un elemento aggiuntivo della *positive list*.

In particolare, il requisito della stabilità sarebbe automaticamente assicurato dalla sussistenza della condizione temporale richiesta dalla norma.⁶⁸ Il requisito temporale previsto dal legislatore quale presupposto perché vi sia nel territorio dello Stato una stabile organizzazione da cantiere, sostituisce il requisito della “stabilità” richiesto per la stabile organizzazione materiale.⁶⁹

In altri termini, la sussistenza di una stabile organizzazione da cantiere è subordinata al soddisfacimento del presupposto identificato dalla normativa domestica, la quale sancisce che il periodo minimo affinché il cantiere costituisca una stabile organizzazione sia pari a tre mesi. In ogni caso, però, non sussiste una stabile organizzazione quando nel cantiere vengono svolte meramente attività preparatorie e ausiliarie.

Pertanto, superato il termine previsto *ex lege*, il cantiere costituisce una stabile organizzazione di progetto *ex tunc*, in modo retroattivo sin dall'inizio e non cessa di esistere finché il lavoro viene ultimato o definitivamente abbandonato.

Il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica che un cantiere inizia ad esistere il giorno in cui l'appaltatore inizia la propria attività, data che, in termini pratici, si sostanzia nel giorno in cui è inviato il primo dipendente o, se precedente, nel giorno in cui è inviato il materiale necessario al progetto; nel determinare il *dies a quo* si devono considerare anche le attività preparatorie, quali ad esempio l'installazione di un ufficio di progettazione.⁷⁰ Inoltre, secondo il Commentario, nell'ipotesi di subappalto di parte dell'attività ad un'impresa subappaltatrice, il tempo speso presso il cantiere rileva per entrambe ai fini del computo della *duration clause*. Al contrario, qualora il cantiere di durata superiore a 3 mesi fosse costituito da più imprese, alcune delle quali partecipano ai lavori per un periodo inferiore alla *duration clause*, rispetto a queste ultime il cantiere non dovrebbe costituire una stabile organizzazione.

⁶⁹ E. Ceriana., *Il cantiere quale stabile organizzazione: nozione e i principi internazionali*”, in “Fiscalità internazionale”, 2005; Mayr S., “Società estera con cantiere edile in Italia: vi è stabile organizzazione?”, in “Corriere tributario”, 1990, pag. 2279

⁷⁰ Il Commentario specifica “A site exists from the date on which the contractor begins his work, including any preparatory work, in the country where the construction is to be established, e.g. if he installs a planning office for the construction”.

Inoltre, secondo la dottrina vi è una stabile organizzazione da cantiere anche qualora il superamento della soglia temporale si verifichi a cavallo tra due diversi periodi di imposta.

Per ciò che concerne la chiusura del cantiere, bisogna specificare che non sono rilevanti, ai fini del computo dei giorni necessari per il soddisfacimento della soglia temporale minima di tre mesi, le interruzioni temporanee del cantiere che dipendono, ad esempio, dalle condizioni climatiche o dall'approvvigionamento delle materie prime. La chiusura del cantiere di norma coincide con l'abbandono dello stesso da parte del personale dipendente o con la rimozione degli *asset* produttivi.⁷¹

Per determinare la durata si deve specificare che ogni cantiere deve essere considerato come una singola unità per cui, ai fini del raggiungimento della soglia temporale, non è ammesso sommare la durata di più cantieri connessi alla medesima impresa se privi di una connessione tra loro.⁷²

La medesima fattispecie è prevista anche dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni siglate dall'Italia, seppure con una c.d. "*duration clause*" tendenzialmente superiore rispetto ai 3 mesi previsti dalla norma interna. Appare opportuno evidenziare che la durata di 3 mesi, prevista per i cantieri, è notevolmente più breve rispetto ai 12 mesi previsti dall'art. 5 del Modello OCSE del 1977 e conseguentemente, rispetto ai termini previsti normalmente nelle Convenzioni in vigore (il riferimento ai 3 mesi è presente solo

⁷¹ Il Paragrafo 3 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica "*In general, a construction site continues to exist until the work is completed or permanently abandoned. The period during which the building or its facilities are being tested by the contractor or subcontractor should therefore generally be included in the period during which the construction site exists. In practice, the delivery of the building or facilities to the client will usually represent the end of the period of work, provided that the contractor and subcontractors no longer work on the site after its delivery for the purposes of completing its construction. A site should not be regarded as ceasing to exist when work is temporarily discontinued. Seasonal or other temporary interruptions should be included in determining the life of a site. Seasonal interruptions include interruptions due to bad weather. Temporary interruption could be caused, for example, by shortage of material or labour difficulties. Thus, for example, if a contractor started work on a road on 1 May, stopped on 1 November because of bad weather conditions or a lack of materials but resumed work on 1 February the following year, completing the road on 1 June, his construction project should be regarded as a permanent establishment because thirteen months elapsed between the date he first commenced work (1 May) and the date he finally finished (1 June of the following year)*".

⁷² Il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica "*The twelve-month test applies to each individual site or project. In determining how long the site or project has existed, no account should be taken of the time previously spent by the contractor concerned on other sites or projects which are totally unconnected with it. A building site should be regarded as a single unit, even if it is based on several contracts, provided that it forms a coherent whole commercially and geographically*".

in alcuni Paesi in via di sviluppo).⁷³ Pertanto, mentre secondo la normativa domestica la durata minima affinché sussista una stabile organizzazione da cantiere è di 3 mesi, nel Modello OCSE e in quello USA ammonta a dodici mesi e nel Modello ONU il termine è di sei mesi.

Il Commentario del Modello OCSE specifica quale attività rientrano nella casistica dei cantieri di costruzione, di montaggio o di installazione specificando con l'accezione "*building site or construction or installation project*" si fa riferimento anche alla costruzione e al rinnovamento di immobili, strade, ponti, canali, oleodotti e all'installazione o al montaggio di macchinari complessi, sia all'interno sia all'esterno di un edificio.⁷⁴

Inoltre, l'art. 162 considera espressamente quale sede fissa di affari anche l'attività di supervisione connessa con il cantiere di costruzione, montaggio o installazione. In altri termini, anche un'attività di supervisione effettuata da un soggetto terzo, rispetto a quello che gestisce il cantiere, integrerebbe i presupposti della stabile organizzazione, purché l'attività di supervisione sia connessa al cantiere stesso.⁷⁵

Sebbene l'attività di supervisione non sia espressamente indicata dall'art. 5 del Modello OCSE, il Commentario concede ai singoli Stati la facoltà di prevederla espressamente nelle Convenzioni bilaterali (l'Italia si è avvalsa di tale opzione in 19 Convenzioni).⁷⁶

Inoltre, qualora una delle sedi fisse di affari indicate nella *positive list* di cui al par. 2 dell'art. 5 del Modello OCSE, sia presente presso un cantiere che tuttavia non superi la *duration clause* di dodici mesi ivi prevista, tali installazioni non integrerebbero i requisiti della stabile organizzazione materiale generalmente intesi.

⁷³ Il Paragrafo 3 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica "*The paragraph provides expressly that a building site or construction or installation project constitutes a permanent establishment only if it lasts more than twelve months*".

⁷⁴ Il Paragrafo 3 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica "*The term 'building site or construction or installation project' includes not only the construction of buildings but also the construction of roads, bridges or canals, the renovation (involving more than mere maintenance or redecoration) of buildings, roads, bridges or canals, the laying of pipe-lines and excavating and dredging. Additionally, the term 'installation project' is not restricted to an installation related to a construction project; it also includes the installation of new equipment, such as a complex machine, in an existing building or outdoors*".

⁷⁵ A. Nuzzolo, 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. 1-5120.

⁷⁶ In tal senso il Commentario afferma "*On-site planning and supervision of the erection of a building are covered by paragraph 3. States wishing to modify the text of the paragraph to provide expressly for that result are free to do so in their bilateral conventions*".

1.7.4 Le attività a carattere preparatorio o ausiliario: la *negative list*

Sia l'art. 162 del TUIR sia l'art. 5 del Modello OCSE indicano una serie di attività c.d. preparatorie o ausiliarie, ritenute *ex lege* non integranti i presupposti della stabile organizzazione. In particolare, si tratta di un'elencazione negativa di casi in cui, pur essendoci una sede fissa di affari, tale sede è utilizzata per attività non destinate alla produzione di reddito. Infatti, la *ratio* alla base dell'esclusione delle attività di carattere preparatorio o ausiliario, che delimita la definizione generale di stabile organizzazione, deve essere ravvisata nella circostanza che *"the services it performs are so remote from the actual realization of profits that it is difficult to allocate any profit to the fixed place of business in question"*.

Occorre specificare che cosa si intende per atti con carattere preparatorio o ausiliario: si tratta di quegli atti imprescindibili per il conseguimento dell'attività principale dell'impresa estera; l'ausiliarietà deve essere valutata in relazione alla singola tipologia di impresa che svolge la propria attività per il tramite della sede fissa di affari. In altri termini, si deve verificare se l'attività dell'impresa estera possa essere portata avanti senza lo svolgimento delle presunte attività a carattere preparatorio.

Pertanto, le attività con carattere preparatorio e ausiliario si considerano lontane dalla realizzazione di profitti direttamente attribuibili alla sede fissa di affari, non rappresentando una parte imprescindibile e significativa dell'attività principale dell'impresa estera.

Il Commentario chiarisce che un'attività presenta carattere preparatorio e ausiliario anche qualora la sede fissa da cui promana contribuisca effettivamente alla produttività dell'impresa estera, ma i servizi forniti non siano in grado di realizzare dei profitti direttamente attribuibili a tale sede.⁷⁷

Il nuovo testo del Commentario OCSE chiarisce meglio il concetto di attività preparatorie ed ausiliarie precisando che l'attività ha carattere preparatorio, nel caso in cui preceda

⁷⁷ Da una massima della sentenza della Corte di Cassazione n. 7682 del 25 maggio 2002, Sezione TRI civile, si legge: *"In tema di imposte sui redditi, ai fini della sussistenza in Italia di una stabile organizzazione di società estera - la cui nozione è delineata dall'art. 5 del modello di convenzione O.C.S.E. contro le doppie imposizioni (recepito dalla convenzione tra Italia e Repubblica federale di Germania in materia, conclusa il 18 ottobre 1989 e ratificata con legge 24 novembre 1992, n. 459) - , va escluso che la struttura organizzativa debba essere di per sé produttiva di reddito, ovvero dotata di autonomia gestionale o contabile. Inoltre, l'accertamento dei requisiti della stabile organizzazione, ivi compresi quello di dipendenza e nome della società estera (anche se al di fuori di un potere di rappresentanza in senso proprio), deve essere condotto non solo sul piano formale, ma anche - e soprattutto - su quello sostanziale"*.

l'attività principale e abbia una durata limitata nel tempo, ausiliario nel caso in cui le attività non siano parte dell'attività caratteristica ma supportino l'attività principale dell'impresa, senza comportare però un impiego di assets e dipendenti.⁷⁸

Lo stesso Commentario specifica come sia spesso complesso individuare nella pratica la sussistenza del carattere ausiliario, ravvisando quale criterio distintivo di massima la circostanza che l'attività svolta dalla sede fissa di affari costituisca di per sé una parte “essenziale e significativa” dell'attività dell'impresa nella sia interezza tale per cui la sede fissa di affari integrerebbe i presupposti della stabile organizzazione.⁷⁹ In altri termini, *“Il discrimen, ai fini della valutazione, circa la natura accessoria, o meno, di tali attività risiede nella essenzialità e significatività, in termini quantitativi e qualitativi delle attività cui è preposta alla sede fissa, verifica che comporta un'analisi concreta, caso per caso, non potendo delineare in astratto una nozione generalmente valida”*.⁸⁰

Pertanto, non è semplice valutare la sussistenza del carattere preparatorio o ausiliario. A tal proposito, la giurisprudenza si è più volte esposta e la questione è stata oggetto di diverse sentenze della Corte di Cassazione relative al caso *Philip Morris*, tra cui la sentenza n° 3367 del 7 maggio 2002, dalla quale emergono i seguenti principi di diritto: *“una società di capitali con sede in Italia può assumere il ruolo di stabile organizzazione plurima di società estere appartenenti allo stesso gruppo e perseguenti una strategia unitaria. In tal caso la ricostruzione dell'attività posta in essere dalla società nazionale, al fine di accertare se si tratti o meno di attività ausiliaria o preparatoria, deve essere unitaria e riferita al programma del gruppo unitariamente considerato”*; e ancora *“in tema di imposte sui redditi, l'attività di controllo sull'esatta esecuzione di contratti tra*

⁷⁸ Nel Paragrafo 4 del Commentario all'art. 5 si legge *“To a considerable degree, these provisions limit the definition in paragraph 1 and exclude from its rather wide scope a number of fixed places of business which, because the business activities exercised through these places are merely preparatory or auxiliary, should not be treated as permanent establishments. It is recognised that such a place of business may well contribute to the productivity of the enterprise, but the services it performs are so remote from the actual realisation of profits that it is difficult to allocate any profit to the fixed place of business in question”*.

⁷⁹ Nel Paragrafo 4 del Commentario all'art. 5 si legge *“it is often difficult to distinguish between activities which have a preparatory or auxiliary character and those which have not. The decisive criterion is whether or not the activity of the fixed place of business in itself forms an essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole. Each individual case will have to be examined on its own merits. In any case, a fixed place of business whose general purpose is one which is identical to the general purpose of the whole enterprise does not exercise a preparatory or auxiliary activity”*.

⁸⁰ P. Marongiu, *Il concetto di stabile organizzazione nel nuovo Testo Unico*, in *Boll. trib.*, 2006, p. 126.

soggetto residente e soggetto non residente non può considerarsi, in linea di principio, ausiliaria e, come tale, non suscettibile di far assumere alla società incaricata il ruolo di stabile organizzazione in Italia della società straniera, ai sensi dell'art. 5, par. 4, del modello di convenzione O.C.S.E. contro le doppie imposizioni e dell'art. 5, par. 3, lett. e), della Convenzione tra Italia e Repubblica federale di Germania per evitare le doppie imposizioni, conclusa il 18 ottobre 1989 e ratificata con legge 24 novembre 1992, n. 459". La Corte di Cassazione ha quindi affermato che l'attività di controllo sulla regolare esecuzione di un contratto non può essere considerata di natura ausiliaria essendo funzionale alla produzione del reddito e allo svolgimento del business da parte della casa madre.

In questi termini, per verificare se una determinata attività presenti il carattere preparatorio e ausiliario occorre valutare il suo peso all'interno della "catena del valore" della società.

È opportuno ricordare che per effetto delle modifiche dell'art. 5 del Modello OCSE derivanti dall'approvazione del *Final Report* dell'Action 7 del BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), di cui si discuterà ampiamente nel secondo capitolo, è stata riformulata l'elencazione delle attività che *ex lege* non costituiscono una stabile organizzazione. In particolare, l'intervento del legislatore nazionale è conforme alla formulazione recata dall'opzione A dell'art. 13 della Convenzione Multilaterale BEPS, in base alla quale, per escludere la sussistenza di una stabile organizzazione, è necessario che l'attività inclusa nella c.d. *negative list* abbia carattere preparatorio e ausiliario, ovvero, se vengono svolte più attività, è necessario che l'attività nel suo complesso abbia carattere preparatorio e ausiliario.⁸¹ Infatti, la formulazione delle lett. e) ed f) del comma 4 dell'art. 162 del TUIR è stata modificata evitando di menzionare esplicitamente il carattere preparatorio o ausiliario di suddette attività con l'obiettivo di specificare indirettamente che il carattere preparatorio o ausiliario deve essere riscontrabile in tutte le attività elencate al comma 4 affinché queste sedi fisse di affari non costituiscano una stabile organizzazione. In questo modo si è passati da una disapplicazione "automatica" ad una valutazione di tipo "casistico", con la conseguenza che la *negative list* ha una finalità meramente esemplificativa.⁸²

⁸¹ B. Ferroni, *Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la "continuativa presenza economica"*, in "il fisco" n. 7 del 2018, pag. 1-632.

⁸² S. Mayr, B. Santacroce, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA Manuali, II Edizione 2016, p. 61.

A questo obiettivo risponde il nuovo comma 4-bis dell'art. 162, il quale sancisce che “*le disposizioni del comma 4 si applicano a condizione che le attività di cui alle lettere da a) a e) o, nei casi di cui alla lettera f), l'attività complessiva della sede fissa d'affari siano di carattere preparatorio o ausiliario*”; in sostanza il comma 4-bis dispone espressamente che l'esclusione della sussistenza della stabile organizzazione sia accordata solo se tali attività, o l'esercizio combinato delle stesse, abbiano natura preparatoria o ausiliaria.

In tal modo, si rende esplicito come il profilo funzionale della sede fissa di affari vada comunque valutato caso per caso valutando se l'attività da essa svolta sia rilevante per il business svolto dall'impresa estera ai fini della capacità di produrre ricchezza nel territorio dello Stato.

Tornando all'analisi della c.d. *negative list*, il comma 4 dell'articolo 162 del TUIR, stabilisce quali sono le attività aventi carattere preparatorio e ausiliario, delineando così le sedi di affari che non costituiscono una stabile organizzazione:

- a) l'uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;*
- b) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;*
- c) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;*
- d) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa;*
- e) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dello svolgimento, per l'impresa, di ogni altra attività;*
- f) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e).*

La lettera a) si riferisce all'utilizzo dell'installazione ai soli fini di deposito, di consegna o di esposizione di beni o merci appartenenti all'impresa e in sostanza fa riferimento ai

depositi e ai magazzini che non configurano stabile organizzazione.⁸³ Circa l'attività di deposito, la norma fa riferimento a magazzini a disposizione dell'impresa estera utilizzati per lo stoccaggio dei propri beni.⁸⁴ Secondo il Commentario OCSE, questa fattispecie comprende anche i cosiddetti "depositi doganali".

L'attività di esposizione di merci consiste nell'utilizzo di uno spazio a fini espositivi (è il caso, ad esempio, di uno *stand* in una fiera) e, in considerazione del fatto che è carente del requisito della fissità prescritto dall'art. 162, non configura stabile organizzazione salvo che non vengano ivi raccolti ordini o vendite dei beni commercializzati.

Con il riferimento all'attività di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa si intende la circostanza in cui il magazzino venga utilizzato dall'impresa estera esclusivamente per la consegna dei beni ai clienti e, di converso, non venga utilizzato per la raccolta degli ordini e delle vendite. In altri termini viene creato nel territorio dello Stato una sede fissa con l'unico mero fine di mantenimento di un determinato *stock* di merci.

Inoltre, non costituiscono stabili organizzazioni quelle che esercitano attività accessorie al deposito, all'esposizione e alla consegna, come l'attività di confezionamento.

⁸³ Il Commentario OCSE specifica "*Subparagraph a) relates to a fixed place of business constituted by facilities used by an enterprise for storing, displaying or delivering its own goods or merchandise. Whether the activity carried on at such a place of business has a preparatory or auxiliary character will have to be determined in the light of factors that include the overall business activity of the enterprise. Where, for example, an enterprise of State R maintains in State S a very large warehouse in which a significant number of employees work for the main purpose of storing and delivering goods owned by the enterprise that the enterprise sells online to customers in State S, paragraph 4 will not apply to that warehouse since the storage and delivery activities that are performed through that warehouse, which represents an important asset and requires a number of employees, constitute an essential part of the enterprise's sale/distribution business and do not have, therefore, a preparatory or auxiliary character*".

⁸⁴ L'Agenzia delle Entrate, nella Risoluzione n. 41/E del 9 marzo 2007, ha ritenuto non integrati i presupposti della stabile organizzazione nel caso di una sede fissa di affari di una società spagnola attiva nella "commercializzazione di capi di abbigliamento e di accessori", residuata a seguito di un'operazione di fusione transnazionale, dedicata esclusivamente al controllo qualità, alla suddivisione in lotti e allo stoccaggio dei beni acquistati e successivamente consegnati al cliente. In particolare, l'Agenzia delle Entrate ha evidenziato come "*tale sede fissa di affari appare destinata a svolgere un ruolo meramente ausiliario rispetto all'attività commerciale di vendita di capi di abbigliamento svolta dalla società istante, limitandosi a ritirare tutta la merce dai fornitori italiani, anche tramite terzi trasportatori, a stoccare la merce stessa presso i propri magazzini, a predisporre i singoli lotti da consegnare ai clienti (previo controllo di qualità e di conformità della merce da consegnare), a consegnare la merce così predisposta da ALFA oppure direttamente ai clienti della medesima ALFA (sempre tramite terzi trasportatori) ed infine a raccogliere e trasmettere ad ALFA i dati relativi al confronto tra gli ordini di acquisto formulati dai clienti italiani e le vendite eseguite. In altri termini, l'installazione che residuerebbe sul territorio italiano ad esito della prospettata operazione di fusione sembrerebbe configurarsi come mero deposito utilizzato sostanzialmente per la consegna dei capi di abbigliamento che la società di diritto spagnolo commercializza sul territorio spagnolo*".

La lettera b) concerne l'ipotesi in cui i beni o le merci appartenenti all'impresa non residente siano immagazzinati ai soli fini di *deposito, esposizione, consegna* (questa ipotesi riguarda il mantenimento dei beni in un determinato luogo). Bisogna specificare che a differenza dell'ipotesi disciplinata dalla lettera a) in cui il soggetto estero ha una sede fissa ai soli fini di deposito delle merci, questa fattispecie fa riferimento al caso in cui i beni vengono raggruppati in un magazzino per essere depositati, esposti o consegnati.⁸⁵

La lettera c) riguarda l'ipotesi in cui i locali in cui vengono stoccati i beni dell'impresa sono di proprietà di un'altra impresa dalla quale saranno trasformati per conto del non residente; pertanto, i locali che fungono da depositi e appartengono all'impresa incaricata della trasformazione di beni e merci, non costituiscono una stabile organizzazione. Applicando il medesimo criterio, analoga esclusione dovrebbe valere per l'impresa estera, qualora i beni fossero stoccati presso il magazzino di un soggetto terzo.⁸⁶

⁸⁵ Il Commentario OCSE specifica “*Subparagraph b) relates to the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise. This subparagraph is irrelevant in cases where a stock of goods or merchandise belonging to an enterprise is maintained by another person in facilities operated by that other person and the enterprise does not have the facilities at its disposal as the place where the stock is maintained cannot therefore be a permanent establishment of that enterprise. Where, for example, a logistics company operates a warehouse in State S and continuously stores in that warehouse goods or merchandise belonging to an enterprise of State R to which the logistics company is not closely related, the warehouse does not constitute a fixed place of business at the disposal of the enterprise of State R and subparagraph b) is therefore irrelevant. Where, however, that enterprise is allowed unlimited access to a separate part of the warehouse for the purpose of inspecting and maintaining the goods or merchandise stored therein, subparagraph b) is applicable and the question of whether a permanent establishment exists will depend on whether these activities constitute a preparatory or auxiliary activity*”.

⁸⁶ Il Commentario specifica “*Subparagraph c) covers the situation where a stock of goods or merchandise belonging to one enterprise is processed by a second enterprise on behalf of, or for the account of, the first-mentioned enterprise. As explained in the paragraph 65, the mere presence of goods or merchandise belonging to an enterprise does not mean that the fixed place of business where these goods or merchandise are stored is at the disposal of that enterprise. Where, for example, a stock of goods belonging to RCO, an enterprise of State R, is maintained by a toll-manufacturer located in State S for the purposes of processing by that toll-manufacturer, no fixed place of business is at the disposal of RCO and the place where the stock is maintained cannot therefore be a permanent establishment of RCO. If, however, RCO is allowed unlimited access to a separate part of the facilities of the toll-manufacturer for the purpose of inspecting and maintaining the goods stored therein, subparagraph c) will apply and it will be necessary to determine whether the maintenance of that stock of goods by RCO constitutes a preparatory or auxiliary activity. This will be the case if RCO is merely a distributor of products manufactured by other enterprises as in that case the mere maintenance of a stock of goods for the purposes of processing by another enterprise would not form an essential and significant part of RCO's overall activity. In such a case, unless paragraph 4.1 applies, paragraph 4 will deem a permanent establishment not to exist in relation to such a fixed place of business that is at the disposal of the enterprise of State R for the purposes of maintaining its own goods to be processed by the toll-manufacturer*”.

Qualora fosse l'impresa proprietaria dei beni a procedere alla loro trasformazione, allora la sede fissa di affari costituirebbe una stabile organizzazione materiale poiché tale attività non sarebbe altro che un'attività compresa nel processo produttivo.

La lettera d) si riferisce all'ipotesi in cui una sede di affari venga utilizzata con il solo fine di acquistare beni o merci o reperire informazioni per l'impresa estera. Nella circostanza in cui la sede fissa di affari si occupi esclusivamente dell'acquisto di beni o della raccolta di informazioni, senza svolgere anche altre attività, allora non costituisce *ex lege* una stabile organizzazione. Pertanto, l'“ufficio acquisti” non costituisce una stabile organizzazione se si limita ad acquistare i beni e non anche a commercializzarli o venderli.⁸⁷

Per quanto riguarda l'attività di raccolta di informazioni, il Commentario OCSE fa esplicito riferimento al caso dell'ufficio stampa della testata giornalistica che si limita a raccogliere notizie ed informazioni per la casa madre editrice, la quale si occuperà in prima persona della stesura degli articoli. Bisogna specificare, tuttavia, che qualora l'attività di ricerca sia l'oggetto esclusivo e principale dell'impresa estera, la sede fissa di affari a cui è demandato il compito di raccogliere le informazioni si configura come una stabile organizzazione materiale.⁸⁸

⁸⁷ Il Ministero delle Finanze, nella R.M. n. 12/533 del 21 luglio 1983 relativa al caso di una società svizzera con l'ufficio acquisti in Italia, ha ritenuto integrato il requisito della stabile organizzazione poiché per il tramite della sede di affari la società non si limitava ad acquistare merci ma, seppure in minima parte (10%), vendeva i prodotti acquistati a terzi, previa trasformazione lavorazione ed imballaggio. In tal senso il Ministero delle Finanze si è espresso in merito al Trattato tra Italia e Svizzera: “La condizione di cui alla lettera d) del citato punto 3), che si identifica nel semplice acquisto di beni, non può non avere carattere esclusivo proprio per contravvenire allo spirito della normativa in argomento che dispone la non configurabilità dell'esistenza di una stabile organizzazione limitatamente a quelle sedi fisse di affari che svolgono solamente operazioni preparatorie o ausiliarie per conto della casa madre”.

⁸⁸ Il Commentario OCSE specifica “The second part of subparagraph d) relates to a fixed place of business that is used solely to collect information for the enterprise. An enterprise will frequently need to collect information before deciding whether and how to carry on its core business activities in a State. If the enterprise does so without maintaining a fixed place of business in that State, subparagraph d) will obviously be irrelevant. If, however, a fixed place of business is maintained solely for that purpose, subparagraph d) will be relevant and it will be necessary to determine whether the collection of information goes beyond the preparatory or auxiliary threshold. Where, for example, an investment fund sets up an office in a State solely to collect information on possible investment opportunities in that State, the collecting of information through that office will be a preparatory activity. The same conclusion would be reached in the case of an insurance enterprise that sets up an office solely for the collection of information, such as statistics, on risks in a particular market and in the case of a newspaper bureau set up in a State solely to collect information on possible news stories without engaging in any advertising activities: in both cases, the collecting of information will be a preparatory activity”.

Le previgenti *lettere e)* ed *f)* del comma 4 escludevano che potesse configurarsi una stabile organizzazione qualora la sede fissa di affari svolgesse attività di carattere preparatorio o ausiliario. La lettera *e)* fa riferimento all'ipotesi in cui la sede fissa di affari venga utilizzata ai fini dello svolgimento di ogni altra attività da parte dell'impresa. Il Commentario OCSE fornisce quali esempi di sedi fisse di affari che non integrano i presupposti della stabile organizzazione se esercitano attività a carattere preparatorio o ausiliario, quelle utilizzate esclusivamente:

- a fini pubblicitari;
- per la fornitura di informazioni;
- per la ricerca scientifica;
- per i servizi legati ad un brevetto o quelli ad un contratto di *know-how*.

È necessario tuttavia fare delle precisazioni; rispetto all'attività di fornitura di informazioni è necessario precisare che una determinata sede operativa che viene utilizzata per la fornitura di informazioni integra i presupposti della stabile organizzazione se ha anche lo scopo di sviluppare veri e propri piani appositamente per le necessità di singoli clienti; rispetto all'attività di ricerca scientifica bisogna sottolineare che il centro di ricerca costituisce una stabile organizzazione se è strettamente legato all'attività produttiva; infine, in merito alle attività legate a brevetti e *know-how*, se coincidono con l'attività principale di un'impresa, la sede fissa di affari da cui promanano costituisce una stabile organizzazione.

In linea generale, una sede fissa di affari che ha la funzione di gestire o amministrare un'impresa (o una parte di essa) non si può considerare che svolga attività preparatorie o ausiliarie in quanto il livello manageriale richiesto sarebbe tale da qualificarla come stabile organizzazione.

La norma, come anticipato, è stata modificata eliminando il riferimento al carattere preparatorio e ausiliario per evidenziare che, affinché possa escludersi la sussistenza di una stabile organizzazione, questo deve sussistere in relazione a tutte le esemplificazioni delle sedi fisse di affari contenute nella *negative list*, nonché alle sedi di affari utilizzate per l'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da *a)* ad *e)*, ossia quelle attività che comunemente presentano il carattere preparatorio o ausiliario. In termini

pratici, risulta quindi necessario procedere a verificare caso per caso la sussistenza del carattere di ausiliarietà dell'attività svolta dalla sede fissa di affari.

La predetta modifica, ha lo scopo di evitare che l'elenco delle ipotesi c.d. "negative", abbia valenza di presunzione assoluta, senza che sia necessario valutare caso per caso se l'attività svolta abbia realmente natura preparatoria o ausiliaria.⁸⁹ Ciò rende la *negative list* non esaustiva, per cui le attività indicate dal comma 4 devono considerarsi meramente esemplificative in considerazione del fatto che si tratta di attività che solitamente presentano il carattere preparatorio e ausiliario.⁹⁰

1.7.5 La nuova *anti-fragmentation rule*

Con la modifica del quinto comma dell'art. 162 del TUIR, il legislatore ha sostituito la norma che escludeva la sussistenza di una stabile organizzazione a fronte della mera disponibilità di elaboratori e impianti per la raccolta e la trasmissione dei dati e delle informazioni finalizzata alla vendita di beni con la c.d. "*anti-fragmentation rule*", ossia una norma che impone di analizzare l'attività svolta dalla sede d'affari italiana congiuntamente con il *business* svolto dalla controllante straniera, per valutare se l'attività svolta dalla sede di affari sia complementare al *business* dell'impresa controllante estera, costituendone una stabile organizzazione, oppure se al contrario si tratti di un'attività avente carattere preparatorio e ausiliario.

In particolare, l'attuale comma 5 dell'art. 162, che appare tutt'altro che di facile lettura, stabilisce che *"il comma 4 non si applica ad una sede fissa d'affari che sia utilizzata o gestita da un'impresa se la stessa impresa o un'impresa strettamente correlata svolge la sua attività nello stesso luogo o in un altro luogo nel territorio dello Stato e lo stesso luogo o l'altro luogo costituisce una stabile organizzazione per l'impresa o per l'impresa strettamente correlata in base alle previsioni del presente articolo, ovvero l'attività complessiva risultante dalla combinazione delle attività svolte dalle due imprese nello*

⁸⁹ M. Piazza, A. Trainotti, *Stabile organizzazione: nuova definizione e implicazioni più rilevanti*, in "Il Sole 24 ore" n. 3 del 6/03/2018, p. 32-43.

⁹⁰ Il Commentario OCSE, in relazione al contenuto della lettera e) del comma 4, specifica *"the wording of this subparagraph makes it unnecessary to produce an exhaustive list of the activities to which the paragraph may apply, the examples listed in subparagraphs a) to d) being merely common examples of activities that are covered by the paragraph because they often have a preparatory or auxiliary character"*.

stesso luogo, o dalla stessa impresa o da imprese strettamente correlate nei due luoghi, non sia di carattere preparatorio o ausiliario, purché le attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa, o dalle imprese strettamente correlate nei due luoghi, costituiscano funzioni complementari che siano parte di un complesso unitario di operazioni d'impresa". Trattasi, evidentemente, di una norma volta a impedire lo "spezzettamento" dell'attività tra più imprese, quando invece se la medesima attività fosse esercitata da un'unica impresa quest'ultima configurerebbe la stabile organizzazione della casa madre estera.

Questa regola, definita "*anti-fragmentation*" ed esposta nel Modello convenzionale così come riportata dall'*Action 7* del Progetto BEPS, è stata introdotta nella normativa domestica dal legislatore della Legge di bilancio 2018 con lo scopo di contrastare la parcellizzazione di attività presso soggetti differenti operanti nello stesso Stato, con il solo obiettivo di farle apparire agli occhi dell'Amministrazione finanziaria come mere attività preparatorie o ausiliarie ed evitare la qualificazione dell'attività complessivamente svolta nell'alveo di quelle che integrano i presupposti della stabile organizzazione. In altri termini, questa regola contrasta l'eventuale tentativo elusivo delle imprese multinazionali di evitare che nel territorio dello Stato italiano si costituisca una stabile organizzazione mediante la suddivisione strumentale e artificiosa di un *business* unitario in numerose e più piccole operazioni che, qualora fossero considerate singolarmente, presenterebbero il carattere preparatorio o ausiliario e rientrerebbero tra le attività c.d. "escluse.

Pertanto, le fattispecie elencate dalla *negative list* di cui al comma 4 dell'art. 162 del TUIR, per le quali è esclusa la sussistenza di una stabile organizzazione, non trovano applicazione qualora una sede fissa d'affari sia utilizzata o gestita dall'impresa o da altra impresa ad essa "strettamente correlata" che svolge attività sul territorio dello Stato, nello stesso luogo o in altri, integrando i presupposti della stabile organizzazione. Inoltre, l'esclusione prevista dal comma 4 non si applica nei casi in cui l'attività di tali soggetti, se considerata nel suo complesso, non presenti il carattere preparatorio o ausiliario ma sia parte di un più vasto insieme coordinato di operazioni d'impresa.

Il criterio per valutare l'eventuale sussistenza di una stabile organizzazione in capo alla società che apparentemente risulta svolgere solo attività ausiliarie e preparatorie, consiste nel verificare che le attività svolte dalle due imprese localizzate nello stesso luogo nel territorio dello Stato, ovvero che le attività svolte dall'impresa o dalle imprese

strettamente correlate a questa, anche in luoghi diversi “*costituiscano funzioni complementari che siano parte di un complesso unitario di operazioni d’impresa*”.

La stessa Corte di Cassazione non ha mancato di ribadire a tal proposito la propria “linea dura”, precisando che la prova dell’esistenza di una stabile organizzazione potrebbe essere ricavata anche da elementi *indiziari* “*quali ad esempio l’identità delle persone fisiche che agiscono per l’impresa straniera e per quella nazionale, ovvero la partecipazione a trattative o la stipulazione di contratti, indipendentemente dal conferimento dei poteri di rappresentanza*”.⁹¹ In sostanza, con la Legge di bilancio 2018, viene di fatto trasposto in legge l’orientamento della Corte di Cassazione sul tema.

Inoltre, ai fini dell’individuazione del rapporto di correlazione menzionato dal comma 5, il legislatore ha introdotto il comma 7-bis, il quale prevede che un soggetto deve considerarsi strettamente correlato a un’impresa se, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze rilevanti, l’uno ha il controllo dell’altra o entrambi sono controllati da uno stesso soggetto. In ogni caso, un soggetto è considerato strettamente correlato ad un’impresa se sussiste un rapporto di controllo, ossia se l’uno possiede direttamente o indirettamente più del 50% della partecipazione dell’altra o, nel caso di una società, più del 50% del totale dei diritti di voto e del capitale sociale, o se entrambi sono partecipati da un altro soggetto, direttamente o indirettamente, per più del 50% della partecipazione o, nel caso di una società, per più del 50% del totale dei diritti di voto e del capitale sociale. Inoltre, il nuovo testo del Commentario OCSE, alla luce del sempre maggiore utilizzo dei canali online per l’acquisto di beni e servizi, chiarisce che la localizzazione sul territorio di uno Stato di depositi (c.d. *very large warehouse*) mantenuti per stoccaggio e per la successiva spedizione di beni venduti *on line* dall’impresa estera, costituisce una stabile organizzazione e, di converso non rientra nell’ambito della *negative list*, considerando il ruolo fondamentale che tali magazzini assolvono nel *physical e-commerce*.

1.8 La stabile organizzazione personale

Per completare il quadro normativo di riferimento occorre descrivere la seconda fattispecie di stabile organizzazione disciplinata dal legislatore: la stabile organizzazione personale

⁹¹ Nella sentenza della Cassazione del 7.10.2011 n. 20597, si è riconosciuta la sussistenza di una stabile organizzazione italiana di una società sanmarinese che aveva frazionato l’attività di vendita in 20 imprese italiane, anziché “concentrarla” su un unico soggetto.

disciplinata dai commi da 6 a 8 dell'articolo 162 del TUIR. Questa tipologia di stabile organizzazione si connota per la presenza di un'attività negoziale a favore dell'impresa estera, non sporadica od occasionale, posta in essere abitualmente da agenti dipendenti. In particolare, il comma 6 stabilisce che costituisce una stabile organizzazione personale dell'impresa non residente *“il soggetto che agisce nel territorio dello Stato per conto di un'impresa non residente e abitualmente conclude contratti o opera ai fini della conclusione di contratti senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa e detti contratti sono in nome dell'impresa, oppure relativi al trasferimento della proprietà, o per la concessione del diritto di utilizzo, di beni di tale impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare, oppure relativi alla fornitura di servizi da parte di tale impresa”*.

È evidente quindi che configura una stabile organizzazione personale un soggetto che:

- agisce nel territorio dello Stato per conto di un'impresa non residente;
- abitualmente conclude contratti, o opera ai fini della conclusione di contratti senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa non residente (o comunque sono contratti relativi alla fornitura di beni o servizi da parte di tale impresa).⁹²

Se sussistono questi presupposti allora si considera che l'impresa non residente abbia una stabile organizzazione nel territorio italiano *“in relazione a ogni attività svolta dal suddetto soggetto per conto dell'impresa”*.

La ratio della norma è quella di evitare che un soggetto estero, eludendo i presupposti necessari affinché un soggetto estero abbia nel territorio dello Stato una stabile organizzazione materiale, si avvalga comunque di tale configurazione sfruttando le strutture e il personale di terzi soggetti. Pertanto, la stabile organizzazione personale può configurarsi solo nel caso in cui non siano già integrati i presupposti perché si costituisca nel territorio dello Stato una stabile organizzazione materiale. Infatti, nel caso della stabile organizzazione personale, il requisito della “sede fissa di affari” viene sostituito dall'abitudine nella conclusione dei contratti da parte dell'agente. Dunque, il tratto fondamentale affinché sussista una stabile organizzazione personale è quello dell'abitudine poiché solo per mezzo di tale stabilità rappresentativa l'imprenditore straniero è in grado di agire sul mercato estero a condizioni di sostanziale parità con le imprese domestiche.⁹³ È stato osservato in dottrina come la non occasionalità

⁹² B. Ferroni, *Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la “continuativa presenza economica”*, in “il fisco” n. 7 del 2018, pag. 1-632.

⁹³ In merito al requisito dell'abitudine dell'attività svolta dall'agente dipendente, il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE al paragrafo 5 specifica *“The use of the term “permanent establishment”*

dell'esercizio del potere dell'agente venga determinata in maniera differente a seconda della tipologia di attività oggetto dei contratti stipulati dall'agente, motivo per cui il carattere dell'abitudine deve essere accertato *case by case* considerando la natura dei contratti e l'attività del preponente.⁹⁴

La nuova formulazione del comma 6 dell'art. 162 del TUIR appare conforme a quanto previsto dal primo paragrafo dell'art. 12 della Convenzione Multilaterale, rispetto al quale, tuttavia, l'Italia ha esercitato l'opzione per la sua integrale disapplicazione. Infatti, il 7 giugno 2017 l'Italia ha deciso di non aderire alle proposte di modifica della definizione di stabile organizzazione personale contenuta nei propri trattati nonostante abbia firmato a Parigi, insieme ai Governi di altri 67 Paesi, un accordo multilaterale in applicazione dell'Action 15 del Progetto BEPS, in forza del quale si assisterà a un cambiamento a livello mondiale di più di 1100 trattati contro le doppie imposizioni.

La convenzione è infatti finalizzata a modificare simultaneamente il testo dei singoli trattati al fine di evitare l'abuso dei trattati stessi e migliorare l'efficacia delle procedure amichevoli. Tuttavia, nonostante alcune previsioni dell'accordo debbano essere necessariamente adottate dai Paesi che hanno aderito al BEPS, vi sono ulteriori disposizioni a cui gli Stati hanno la facoltà di aderire, in tutto o in parte. Tra queste rientrano le proposte previste dall'articolo 12 della convenzione multilaterale, volte a modificare la definizione di stabile organizzazione personale; in particolare, l'obiettivo è quello di superare gli aspetti formali connessi al potere di concludere contratti in nome dell'impresa estera, per cui, affinché sussista una stabile organizzazione personale, sarebbe sufficiente assumere il ruolo principale che porta alla conclusione dei contratti, indipendentemente dal fatto che questi vengano formalmente conclusi dal soggetto stesso. Un'ulteriore modifica sarebbe quella apportata ai criteri per definire l'agente indipendente che, in quanto tale, non configura una stabile organizzazione personale, prevedendo che non vi possa essere indipendenza nell'ipotesi in cui tra le imprese sussista un rapporto di controllo.

Nonostante l'Italia abbia esercitato la riserva volta a non recepire i contenuti dell'art. 12, in sostanza la Legge di bilancio 2018 non ha fatto altro che ricalcare quanto previsto in ambito OCSE in materia di stabile organizzazione personale⁹⁵. In particolare, il *Final*

in this context presupposes, of course, that the conclusion of contracts by that person, or as a direct result of the actions of that person, takes place repeatedly and not merely in isolated cases".

⁹⁴ C. Garbarino, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2008, p. 335.

⁹⁵ Il comma 5 dell' art. 5 del Modello OCSE enuncia *"Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2 but subject to the provisions of paragraph 6, where a person is acting in*

Report dell'OCSE muove dalla constatazione che la formulazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni (e del Modello OCSE) ha di fatto consentito che sfuggisse al “tipo” della stabile organizzazione personale la figura del *commissionaire*, pure in presenza di un intermediario che avrebbe di fatto partecipato attivamente alla regolare conclusione di contratti nel Paese in cui si trovano i clienti dell'impresa non residente.⁹⁶ La tematica del “commissionario” è stata oggetto di non pochi dibattiti alla luce delle numerose contestazioni delle Autorità fiscali, motivo per cui l'OCSE ha previsto che possa sussistere una stabile organizzazione personale qualora il soggetto che esercita la sua attività nel territorio dello Stato, indipendentemente dal fatto che i contratti siano conclusi in nome della impresa non residente, assuma un ruolo decisivo nella fase di negoziazione dei contratti a cui l'impresa estera non apporta sostanziali modifiche (la nuova formulazione del paragrafo 5 dell'art. 5 del Modello OCSE parla di “*the principal role leading to the conclusion of contracts*”)⁹⁷.

Le misure dell'OCSE avrebbero un impatto significativo sui commissionari e più in generale sugli agenti poiché le attività che questi svolgono, pur non comportando la firma dei contratti in nome del proprio committente, potrebbero essere considerate rilevanti ai fini della conclusione degli stessi e pertanto ai fini della sussistenza di una stabile organizzazione personale nel territorio dello Stato. Il rischio sarebbe peraltro ancora

a Contracting State on behalf of an enterprise and, in doing so, habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise, and these contracts are

a) in the name of the enterprise, or

b) for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or

c) for the provision of services by that enterprise,

that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business (other than a fixed place of business to which paragraph 4.1 would apply), would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph”.

⁹⁶ D. Avolio, *La nuova definizione di stabile organizzazione*, in “*Corriere Tributario*” n. 4 del 2018, pag. 266.

⁹⁷ Il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE, rispetto al ruolo principale dell'agente dipendente nella conclusione dei contratti, afferma “*The phrase “or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise” is aimed at situations where the conclusion of a contract directly results from the actions that the person performs in a Contracting State on behalf of the enterprise even though, under the relevant law, the contract is not concluded by that person in that State*”.

maggiore per le società che fanno parte di gruppi multinazionali poiché in questo caso gli intermediari locali non potrebbero essere considerati agenti indipendenti.⁹⁸

1.8.1 Il ruolo dell'agente dipendente

Osservando il nuovo comma 6 dell'art. 162 è evidente come il legislatore abbia rinnovato il concetto di stabile organizzazione personale e la figura dell'agente dipendente e indipendente, formulando una disciplina in linea con le conclusioni dell'Action 7 del Progetto BEPS e, ricalcando quanto previsto in ambito internazionale, abbia ricollegato l'esistenza di una stabile organizzazione "personale" alla circostanza che l'impresa estera disponga di un soggetto (persona fisica, giuridica o altro) che agisca nel territorio dello Stato e per suo conto e concluda contratti o operi abitualmente ai fini della conclusione di contratti.

In base al nuovo testo del comma 6 dell'art. 162 del TUIR, l'agente dipendente agisce "per conto" della casa madre e conclude contratti "in nome" della casa madre stessa.⁹⁹ Pertanto, ai fini della qualifica di "agente dipendente" idoneo a costituire una stabile organizzazione personale, i contratti da esso stipulati devono essere alternativamente:

- conclusi in nome e per conto dell'impresa non residente;
- relativi al trasferimento della proprietà, o alla concessione del diritto di utilizzo, di beni dell'impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare;
- relativi alla fornitura di servizi da parte dell'impresa.

In precedenza, la norma si limitava a prevedere che l'agente dipendente concludesse contratti in nome dell'impresa, omettendo la specificazione per cui lo stesso operasse per conto dell'impresa non residente. A tal proposito il Commentario all'art. 5 del Modello

⁹⁸ G. Albano, M. Bellini, *Stabile organizzazione, per commissionari e agenti il perimetro resta invariato*, in "Quotidiano del Fisco" del 18/07/2017.

⁹⁹ In relazione all'attività svolta "per conto" della casa madre non residente, il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica che, affinché si qualifichi come tale, è necessario che l'impresa non residente ne subisca le conseguenze direttamente o indirettamente; in particolare, il Commentario afferma *"A person is acting in a Contracting State on behalf of an enterprise when that person involves the enterprise to a particular extent in business activities in the State concerned. This will be the case, for example, where an agent acts for a principal, where a partner acts for a partnership, where a director acts for a company or where an employee acts for an employer. A person cannot be said to be acting on behalf of an enterprise if the enterprise is not directly or indirectly affected by the action performed by that person"*.

OCSE sosteneva che, più che la circostanza formale, costituita dal fatto che l'agente concludesse materialmente il contratto vincolante per la casa madre, ad essere rilevante è l'aspetto sostanziale per cui l'agente definisce, in forza dell'autonomia concessagli dalla casa madre, le clausole contrattuali che la vincolano; di fatto la casa madre si limita ad accettare solamente i contratti non intervenendo nella loro stesura.¹⁰⁰ A tal proposito, il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica che affinché l'agente si qualifichi come dipendente, non è necessario che sia l'agente stesso a firmare i contratti che vincolano la casa madre ma è sufficiente che conduca le trattative e invii alla casa madre le proposte di contratto perché queste vengano materialmente firmate. Pertanto, il riferimento del testo normativo ai contratti conclusi "in nome" dell'impresa estera non restringe l'ambito di applicazione della norma alle ipotesi in cui i contratti siano effettivamente conclusi in nome dell'impresa.¹⁰¹

La giurisprudenza nazionale ha spesso interpretato diversamente la necessità della sussistenza del potere di rappresentanza; numerose sono le sentenze in cui la sussistenza della stabile è stata valutata meramente in relazione al coinvolgimento sostanziale dell'intermediario nella fase di negoziazione, oltre che alla dipendenza economica. In particolare, nelle sentenze della Corte di Cassazione relative al caso Philip Morris, la formale attribuzione del potere di firma non riveste carattere essenziale affinché il soggetto si qualifichi come agente dipendente. In altri termini, a rilevare non è la circostanza che il contratto sia formalmente stipulato dall'agente ma il potere di concludere contratti potrebbe essere inteso in senso lato in termini di partecipazione alle trattative.

È opportuno specificare che la giurisprudenza tributaria tende a escludere la presenza di una stabile organizzazione personale in Italia per il solo fatto che la casa madre imponga all'agente direttive stringenti sulla propria capacità operativa.¹⁰² Pertanto, in tali

¹⁰⁰ In tal senso il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica *"The phrase 'concludes contracts' focusses on situations where, under the relevant law governing contracts, a contract is considered to have been concluded by a person. A contract may be concluded without any active negotiation of the terms of that contract; this would be the case, for example, where the relevant law provides that a contract is concluded by reason of a person accepting, on behalf of an enterprise, the offer made by a third party to enter into a standard contract with that enterprise"*.

¹⁰¹ G. Odetto, L. Corso, *Le novità della Legge di bilancio 2018 e del D.L. collegato*, in *Guide Eutekne* del 4.01.2018.

¹⁰² La C. T. Reg. Lombardia 23.11.2017 n. 4871/17, relativa al caso di una società di diritto inglese e ad una s.r.l. italiana (senza rapporti partecipativi) che avevano stipulato un contratto per la fornitura in Italia di servizi di gestione e di vendita di software prodotti dalla società straniera. La C. T. Reg. ha osservato che non sussiste una stabile organizzazione personale in considerazione del fatto che il contratto non prevede alcuna rappresentanza diretta e sussiste un espresso divieto, a carico della s.r.l. italiana, di concludere contratti in nome e per conto della referente inglese; non rileva quindi il fatto

circostanze l'impresa non residente si considera in possesso di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato in relazione a ogni attività svolta dall'agente per suo conto.

Sempre secondo la Corte di Cassazione (sentenza 29.5.2012 n. 20678), non è necessario, affinché sussista una stabile organizzazione personale, che l'agente possieda un'effettiva struttura con locali fiscalmente ubicati nel territorio dello Stato, essendo sufficiente che possa concludere i contratti per conto della casa madre estera.

È evidente che le modifiche apportate dalla Legge di bilancio 2018 sembrano accogliere l'orientamento della Corte di Cassazione, formalizzando la circostanza per cui l'elemento determinante ai fini della qualifica di agente dipendente è il fatto che il contratto sia concluso da questo per conto della casa madre. Rispetto al previgente testo normativo, la novità consiste proprio nel fatto che l'agente dipendente si qualifica come tale anche quando assume un ruolo rilevante nel portare a conclusione i contratti, i quali sono poi finalizzati alla casa madre.¹⁰³ L'espressione "*opera ai fini della conclusione di contratti*", di cui al comma 6 dell'art. 162, è stata inserita nel nuovo testo normativo con la finalità di includere nella fattispecie della stabile organizzazione personale anche quelle circostanze in cui il contratto venga concluso senza che sia intervenuta una negoziazione attiva da parte dell'agente.

Infine, diversamente dalla formulazione precedente, che escludeva che potessero rappresentare agenti dipendenti gli intermediari che concludevano contratti aventi ad oggetto l'acquisto di beni, il nuovo comma 6 include espressamente tutti i contratti relativi al trasferimento della proprietà o alla concessione del diritto di utilizzo di beni dell'impresa.

L'agente dipendente, quindi, dispone del potere di concludere contratti vincolanti per l'impresa residente all'estero e, affinché si qualifichi come tale, è necessario che lo eserciti abitualmente svolgendo attività che non abbiano mero carattere preparatorio e/o

che il dipendente della s.r.l. facesse diretto riferimento alla società straniera. Inoltre, circa le limitazioni contrattuali a carico della società-agente italiana, rileva la previsione secondo cui la s.r.l. può agire in piena discrezione in merito a modalità e mezzi con i quali eseguire i servizi; l'obbligo di reporting, previsto in capo alla s.r.l. italiana, rappresenta un normale adempimento da parte di un prestatore di servizi; il riferimento contrattuale alla legislazione inglese, quale normativa applicabile tra le parti è normalmente imposto dal contraente più forte (la società inglese), senza che da ciò possa derivarsi l'esistenza di una stabile organizzazione in capo al soggetto più debole (la società italiana).

¹⁰³ Il Paragrafo 5 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE in tal senso afferma "*Therefore, paragraph 5 proceeds on the basis that only persons habitually concluding contracts that are in the name of the enterprise or that are to be performed by the enterprise, or habitually playing the principal role leading to the conclusion of such contracts which are routinely concluded without material modification by the enterprise, can lead to a permanent establishment for the enterprise*".

ausiliario.¹⁰⁴ Infatti, nel nuovo testo del comma 6 il legislatore pone un'eccezione nel caso in cui il suddetto agente si limiti a svolgere le attività di carattere preparatorio e ausiliario, indicate nella *negative list*, di cui al comma 4 dell'art. 162, circostanza in cui l'agente non costituisce una stabile organizzazione personale.¹⁰⁵

1.8.2 L'agente indipendente e il rapporto di controllo con la casa madre

Il nuovo testo del comma 7 dell'art. 162 del TUIR si occupa di delineare la nozione di agente indipendente, precisando che non si intendono integrati i presupposti della stabile organizzazione personale, di cui al comma 6, in presenza di un soggetto che svolge la propria attività nel territorio dello Stato in qualità di agente indipendente e agisce per conto dell'impresa non residente “*nell'ambito della propria ordinaria attività*”. Pertanto, non configura una stabile organizzazione personale un soggetto che:

- svolge la propria attività in qualità di agente indipendente;
- agisce per l'impresa nell'ambito della propria attività ordinaria.

L'indipendenza dell'agente dovrebbe essere valutata sia sotto il profilo giuridico sia sotto quello economico e a tal proposito il Commentario OCSE si era limitato ad osservare che, in linea di principio, maggiore è il numero di committenti, maggiori sarebbero le possibilità di sostenere l'indipendenza economica dell'agente¹⁰⁶. Infatti, per evitare

¹⁰⁴A tal proposito il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica “*Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2, where a person – other than an agent of an independent status to whom paragraph 6 applies – is acting on behalf of an enterprise and has, and habitually exercises, in a Contracting State an authority to conclude contracts in the name of the enterprise, that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business, would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph*”.

¹⁰⁵ Il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica “*the maintenance of a fixed place of business solely for the purposes of preparatory or auxiliary activities is deemed not to constitute a permanent establishment, a person whose activities are restricted to such purposes should not create a permanent establishment either. Where, for example, a person acts solely as a buying agent for an enterprise and, in doing so, habitually concludes purchase contracts in the name of that enterprise, paragraph 5 will not apply even if that person is not independent of the enterprise as long as such activities are preparatory or auxiliary*”.

¹⁰⁶ OECD, *Public Discussion Draft - Beps Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status* (31 October 2014 - 9 January 2015).

manovre abusive, il legislatore ha specificato che un soggetto non deve essere considerato indipendente se opera esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di una o più imprese a cui è strettamente correlato. Come anticipato nel precedente paragrafo, è il comma 7-bis a specificare che un soggetto è da ritenersi strettamente correlato all'impresa qualora sussistano vincoli di controllo e, in particolare, il rapporto di stretta correlazione consiste nel possesso, diretto o indiretto, da parte di uno dei due soggetti, o di un terzo che controlli entrambi, del 50% delle partecipazioni o dei diritti di voto e del capitale sociale.

Pertanto, alla luce della novellata norma, l'agente monomandatario controllato dall'impresa estera si presume che costituisca una stabile organizzazione personale. Tuttavia, il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE specifica che si tratta di una presunzione relativa, rispetto alla quale è ammessa prova contraria tenuto conto di tutte le circostanze che caratterizzano l'attività dell'intermediario (percentuale dell'attività svolta nei confronti delle imprese del gruppo, durata del mandato per le operazioni infragruppo). Pertanto, se un soggetto opera in modo professionale con una pluralità di clienti, fissa in modo autonomo i corrispettivi dovuti e non ha rapporti di dipendenza gerarchica dall'impresa estera, si versa nella situazione tipica dell'agente indipendente, che non configura una stabile organizzazione.¹⁰⁷ Nel caso intermedio in cui il soggetto abbia stipulato pochi contratti o un unico contratto con l'impresa estera ma sia in grado di dimostrare la sua l'indipendenza economica rispetto a quest'ultima, si qualifica comunque come agente indipendente. Infine, se il soggetto agisce sulla base di direttive e ordini impartiti dall'impresa estera, indubbiamente il soggetto si qualifica come agente dipendente e, di conseguenza, costituisce una stabile organizzazione personale.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE, ai fini della qualifica di agente indipendente, specifica: *"Another factor to be considered in determining independent status is the number of principals represented by the agent. As indicated in paragraph 111, independent status is less likely if the activities of the agent are performed wholly or almost wholly on behalf of only one enterprise over the lifetime of the business or a long period of time. However, this fact is not by itself determinative. All the facts and circumstances must be taken into account to determine whether the agent's activities constitute an autonomous business conducted by him in which he bears risk and receives reward through the use of his entrepreneurial skills and knowledge. Where an agent acts for a number of principals in the ordinary course of his business and none of these is predominant in terms of the business carried on by the agent, dependence may exist if the principals act in concert to control the acts of the agent in the course of his business on their behalf"*.

¹⁰⁸ Il Commentario all' art. 5 del Modello OCSE precisa *"The last sentence of paragraph 6 provides that a person is not considered to be an independent agent where the person acts exclusively or almost exclusively for one or more enterprises to which it is closely related. That last sentence does not mean, however, that paragraph 6 will apply automatically where a person acts for one or more ordinary course of that business. Independent status is less likely if the activities of the person are performed wholly or almost wholly on behalf of only one enterprise (or a group of enterprises that are closely*

1.8.3 Il caso del raccomandatario e del mediatore marittimo

L'ultima fattispecie che esclude la sussistenza di una stabile organizzazione personale è delineata dal comma 8 dell'art. 162 del TUIR, il quale stabilisce che, indipendentemente da quanto previsto dai commi precedenti relativamente alla stabile organizzazione personale, non si è in presenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato italiano per il solo fatto che l'impresa estera eserciti l'attività in Italia per il tramite di raccomandatari marittimi, di cui alla L. 4.4.77 n. 135, o di mediatori marittimi di cui alla L. 12.3.68 n. 478.

In considerazione del fatto che nella stesura del comma 8 dell'art. 162 il legislatore ha esordito con *“nonostante quanto previsto dal comma 7”* è evidente che abbia voluto introdurre una deroga rispetto a quanto previsto per la generalità degli intermediari, per i quali non è ravvisabile il carattere dell'indipendenza se essi agiscono al di fuori dell'ordinaria attività.

L'introduzione di tale previsione normativa è scaturita dai numerosi contenziosi che nel corso degli anni hanno interessato queste figure professionali a cui le imprese di navigazione solitamente si rivolgono nella fase di approdo, affinché esercitino attività di natura amministrativa, quale l'assistenza e la mediazione con le autorità locali.

Il legislatore ha voluto specificare che è esclusa la presenza di una stabile organizzazione personale, sotto forma di raccomandatario o mediatore marittimo, nei confronti di tutte le imprese di navigazione estere, circostanza valida anche per i residenti in Paesi con i quali l'Italia non ha stipulato uno specifico Trattato, in considerazione del fatto che tale previsione è contenuta in una norma interna.

1.9 La determinazione del reddito della stabile organizzazione

Al momento che viene configurata nel territorio dello Stato una stabile organizzazione, dal contribuente o dall'Amministrazione finanziaria, si pone il problema relativo all'attribuzione di un giusto quantitativo di reddito alla *branch*, in considerazione del fatto

related to each other) over the lifetime of that person's business or over a long period of time. Where, however, a person is acting exclusively for one enterprise, to which it is not closely related, for a short period of time (e.g. at the beginning of that person's business operations), it is possible that paragraph 6 could apply. As indicated in paragraph 109 above, all the facts and circumstances would need to be taken into account to determine whether the person's activities constitute the carrying on of a business as an independent agent”.

che la presenza nel territorio dello Stato di una stabile organizzazione, materiale o personale, costituisce il presupposto affinché i redditi che scaturiscono dall'esercizio dell'attività d'impresa esercitata in Italia siano assoggettati ad IRES e IRAP. Fino a tempi piuttosto recenti la normativa domestica, la prassi e la giurisprudenza hanno spesso delineato regole confuse riguardanti la determinazione del reddito della stabile organizzazione assumendo posizioni poco chiare. Nella maggior parte dei casi era l'Amministrazione finanziaria ad accertare il reddito attribuibile alla stabile organizzazione mediante criteri indiretti e approssimativi e senza ricorrere a metodologie analitiche. Da qui è scaturita l'esigenza di apportare un rilevante intervento normativo, realizzatosi con il D. Lgs. n. 147/2015.

Tuttavia, appare necessario fare un breve *excursus* e delineare i tratti essenziali del regime *ante* D. Lgs. n. 147/2015. Secondo la previgente normativa, in mancanza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato, il reddito complessivo della società o dell'ente commerciale non residente era costituito dai singoli redditi come determinati dalle norme del Titolo I del TUIR (le disposizioni sull'IRPEF). In presenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato il reddito della società o ente commerciale non residente era invece determinato secondo le norme sull'IRES. Pertanto, per le società ed enti commerciali non residenti rilevavano i medesimi principi di territorialità applicabili agli altri soggetti non residenti: i redditi che potevano concorrere alla formazione del reddito complessivo assoggettabile a tassazione in Italia erano quelli indicati dall'art. 23 del TUIR e a ciascuna categoria reddituale si applicavano le relative norme delineate dal TUIR (principio del trattamento isolato del reddito). Il reddito della stabile organizzazione doveva essere quantificato in base ad un apposito conto economico applicando la normativa del reddito d'impresa dei soggetti IRES residenti. Inoltre, le norme non specificavano se la stabile organizzazione doveva considerarsi come un autonomo soggetto di diritto distinto dalla casa madre, lacuna non poco rilevante ai fini dell'attribuzione del reddito.

La normativa riguardante la determinazione del reddito della stabile organizzazione in Italia dei soggetti esteri ha recentemente subito modifiche normative a seguito delle quali sono stati introdotti nel nostro ordinamento importanti principi di diritto fra cui il *functionally separate entity approach* e l'applicazione delle metodologie di *transfer pricing* per la quantificazione del reddito imputabile alla stabile organizzazione.

In particolare, l'art.12 della Legge 11 marzo 2014, n. 23 (*"delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita"*) ha

conferito una delega al Governo affinché introducesse norme volte alla razionalizzazione della determinazione del reddito di impresa e *“per favorire l'internazionalizzazione dei soggetti economici operanti in Italia, in applicazione delle raccomandazioni degli organismi internazionali e dell'Unione europea”*.

Pertanto, il Governo ha emanato il D. Lgs. 14 settembre 2015, n. 147, il c.d. Decreto di internazionalizzazione, che ha profondamente inciso sulla disciplina fiscale delle operazioni transfrontaliere, con particolare riferimento al regime di tassazione delle stabili organizzazioni italiane situate all'estero e di quelle di soggetti non residenti insediate nel territorio dello Stato italiano.

A tal proposito è opportuno specificare che mentre la razionalizzazione delle disposizioni applicabili alle società commerciali non residenti è avvenuta riformulando l'art. 151 del TUIR, inglobandovi tutte le disposizioni che prima erano incluse negli art. 151 e 152 del TUIR, il cambiamento delle regole concernenti la determinazione del reddito della stabile organizzazione domestica è avvenuto tramite la riformulazione integrale dell'art. 152 del TUIR.

La novellata normativa, così come specificato dal comma 4 dell'art. 7 del D. Lgs. n. 147/2015, non ha effetto retroattivo ma si applica a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del decreto (7 ottobre 2015) e, pertanto, a decorrere dal periodo d'imposta 2016.

L'art. 151 del TUIR, titolato dal Decreto di internazionalizzazione *“Reddito complessivo delle società e degli enti commerciali non residenti”*, stabilisce al primo comma che *“il reddito complessivo delle società e degli enti commerciali non residenti di cui alla lettera d) del comma 1 dell'articolo 73 è formato soltanto dai redditi prodotti nel territorio dello Stato, ad esclusione di quelli esenti da imposta e di quelli soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta o ad imposta sostitutiva. Si considerano prodotti nel territorio dello Stato i redditi indicati nell'articolo 23”*. Rispetto al previgente testo normativo è stato modificato il secondo comma eliminando la seconda parte del “vecchio” art. 161 che stabiliva che ai fini dell'individuazione dei redditi prodotti nel territorio dello Stato indicati dall'art. 23 del TUIR si dovesse tener conto *“per i redditi d'impresa, anche delle plusvalenze o delle minusvalenze dei beni destinati o comunque relativi alle attività commerciali esercitate nel territorio dello Stato, ancorché non conseguite attraverso le stabili organizzazioni, nonché gli utili distribuiti da società ed enti di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 73 e le plusvalenze indicate nell'art. 23, comma 1, lettera f)”*.

L'art. 151 esplicita che per assoggettare a tassazione in Italia il reddito di società e enti commerciali non residenti:

- è sostanzialmente ribadito nel nostro ordinamento il principio del “trattamento isolato del reddito”;
- è stato eliminato il principio della forza di attrazione della stabile organizzazione;
- è stato introdotto il *functionally separate entity approach* per la determinazione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione.

In particolare, il primo comma dell'art. 151 del TUIR prevede che la tassazione del reddito prodotto dai non residenti avvenga su base isolata, senza compensazioni reciproche e secondo le disposizioni del Titolo I del TUIR relative alle singole categorie reddituali, con l'esclusione dei redditi esenti da imposta, dei redditi assoggettati a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta o ad imposta sostitutiva. In altri termini, i non residenti devono individuare i singoli redditi che ai sensi dell'art. 23 del TUIR si considerano prodotti nel territorio dello Stato e assoggettarli a tassazione ciascuno in maniera separata secondo le norme del TUIR dettate per ciascuna categoria reddituale. Di conseguenza, il legislatore ha abrogato il principio che per lungo tempo ha dominato la scena della regolamentazione fiscale della stabile organizzazione domestica: il “principio della forza di attrazione della stabile organizzazione”, il quale implicava che la disciplina del reddito d'impresa dei soggetti IRES residenti si applicasse anche alle società o enti commerciali non residenti con stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato per tutti i redditi di fonte italiana e non solo per quelli realizzati per il tramite della stabile organizzazione. In altri termini, al reddito d'impresa della stabile organizzazione venivano attratti redditi che non erano affatto prodotti attraverso l'uso di risorse della stabile organizzazione o per via del suo reale intervento. Così, nel reddito prodotto dalla stabile organizzazione e risultante dal suo conto economico, confluivano, redditi di tutt'altra specie; la cancellazione del suddetto principio è stata necessaria poiché risultava contrastante con gli orientamenti dell'OCSE e con le disposizioni contenute nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni.

Il legislatore ha posto un'eccezione per il reddito d'impresa prodotto in Italia tramite una stabile organizzazione, stabilendo da un lato che si considerano prodotti nel territorio dello Stato i redditi indicati nell'articolo 23, ma dall'altro ha sancito che i redditi d'impresa saranno assoggettati a tassazione sulla base dell'art. 152 del TUIR. Con la riformulazione posta dal Decreto di internazionalizzazione, il reddito d'impresa della società estera assoggettabile ad imposta in Italia è esclusivamente quello prodotto nel

territorio dello Stato tramite la stabile organizzazione ed è determinato in base agli utili e alle perdite ad essa “riferibili”.

Fino al periodo d'imposta in corso al 7.10.2015, l'art. 152 del TUIR prevedeva che la tassazione delle stabili organizzazioni di società e enti non residenti avvenisse sulla base del conto economico e dei criteri disciplinati per il reddito d'impresa, stabilendo che la tassazione attraesse anche i redditi delle altre attività produttive eventualmente svolte in Italia e, quindi, anche i redditi prodotti tramite una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato.

Secondo quanto previsto dal novellato art. 152 del TUIR, a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 7.10.2015, la determinazione del reddito della stabile organizzazione italiana della società o ente commerciale non residente, imponibile ai fini IRES e IRAP, deve avvenire sulla base degli utili e delle perdite ad essa riferibili e sulla base di un apposito rendiconto economico e patrimoniale, redatto secondo i principi contabili adottati da un'impresa residente con analoghe caratteristiche, salva quella dell'emissione di strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in mercati regolamentati di qualsiasi Stato membro dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico di cui all'art. 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al D. Lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998.¹⁰⁹ Dalla nuova stesura dell'art 152 del TUIR è evidente che pur non approvando un vero e proprio bilancio, la stabile organizzazione di soggetti non residenti situata in Italia è tenuta a redigere un apposito rendiconto che evidenzi la situazione economica e patrimoniale separatamente rispetto alla documentazione contabile della casa madre estera. Rispetto alla precedente versione dell'art. 152 viene richiesta la predisposizione di un rendiconto dal quale emerga anche la situazione patrimoniale, e quindi l'insieme degli *assets* mobili e immobili impiegati nel processo produttivo, al fine di potersi avvalere di un insieme di norme agevolative (si pensi ad esempio al Patent box); sul tema gli orientamenti dell'OCSE sono limitati e affermano che il sistema contabile dell'impresa dovrebbe assicurare la separazione dei risultati attribuibili alla stabile organizzazione e quelli riferibili alla casa madre da cui promana. Inoltre, vengono indicati i principi contabili sulla base dei quali redigere il rendiconto

¹⁰⁹ L'aspetto più rilevante è costituito dall'aggettivo “riferibili” relativo alle perdite e agli utili della stabile organizzazione; il legislatore ha voluto evidenziare che gli utili e le perdite rilevanti ai fini della tassazione della stabile organizzazione domestica sono solo quelli funzionalmente attribuibili alla branch. In altri termini, il potere di tassazione dell'Amministrazione fiscale italiana non può estendersi agli utili dell'impresa non residente non attribuibili alla stabile organizzazione, anche qualora fossero utili prodotti in Italia.

stesso, facendo riferimento ai “*principi contabili previsti per i soggetti residenti aventi le medesime caratteristiche*”. Ciò nonostante risulta incerto a chi debbano essere riferite le medesime caratteristiche: non è chiaro se debbano essere riferite alla stabile organizzazione italiana o alla casa madre. La prevalente interpretazione richiede un confronto di forma legale tra casa madre e omologhi soggetti residenti: se i principi contabili sono delineati per le società che redigono il bilancio d’esercizio sulla base delle norme civilistiche, le caratteristiche rilevanti dei soggetti residenti da comparare con quelle, necessariamente simili, del soggetto non residente avente stabile organizzazione in Italia, sarebbero proprio quelle di essere una società o un ente commerciale tenuto alla redazione di un bilancio secondo determinati principi contabili.¹¹⁰

In considerazione del fatto che la norma si limita a richiedere un rendiconto che evidenzi le risultanze economiche della *branch* separatamente da quelle del contribuente non residente, non appare necessario che siano predisposti gli ulteriori documenti richiesti dall’art. 2423 c.c. per la redazione del bilancio d’esercizio (nota integrativa e rendiconto finanziario).

Infine, in relazione al periodo amministrativo rispetto al quale deve essere predisposta questa documentazione, nel silenzio della norma, si ritiene che debba coincidere con il periodo d’imposta della casa madre estera.

Il secondo comma dell’art. 162 sancisce inoltre che la stabile organizzazione debba considerarsi come “entità separata o indipendente” dalla casa madre, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o simili, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati. In quanto soggetto autonomo, e in considerazione del fatto che l’art. 152 del TUIR prevede la predisposizione di un rendiconto dal quale emerga anche la situazione patrimoniale, è da porsi in correlazione con la previsione di un fondo di dotazione riferibile alla stabile organizzazione, determinato in piena conformità con i principi delineati dall’OCSE, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati. È opportuno specificare che alla luce dell’introduzione della finzione giuridica della “entità separata e indipendente”, operata dall’ D. Lgs. 147/2015, la necessità di determinare un adeguato fondo di dotazione, ossia una grandezza rappresentativa del capitale di rischio non produttivo di interessi, si è resa necessaria. Infatti, nel regime *ante* riforma, il fatto che la stabile organizzazione non fosse neppure fittiziamente considerata come soggetto

¹¹⁰ S. Mayr, B. Santacroce, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA Manuali, II Edizione 2016, p. 345.

giuridicamente autonomo, ha fatto sì che si verificassero difficoltà pratiche nell'attribuire contabilmente i finanziamenti alle varie *branch* dell'impresa. Il principio del *functionally separate entity* implica la necessità di determinare, anche solo convenzionalmente, una struttura del capitale adeguata alle funzioni svolte dalla stabile organizzazione: una volta quantificato l'adeguato livello del fondo di dotazione, per "differenza", si potrà quantificare l'ammontare di risorse finanziarie aggiuntive "nozionalmente" attribuibili ai finanziamenti e quindi la quantità di interessi passivi attribuibili alla stabile organizzazione. Per esigenze di certezza del diritto è previsto che l'individuazione dei metodi idonei per la quantificazione del capitale di rischio spetti all'Agenzia delle entrate così come enunciato dal comma 3 dell'art. 7 del D. Lgs. N. 147/2015, il quale prevede che *"i metodi di calcolo del fondo di dotazione sono individuati con uno o più provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, il primo dei quali da emanare entro 90 giorni dall'entrata in vigore del presente decreto"*.

Come anticipato, per effetto dell'intervento normativo che ha inciso sull'art. 152, da un punto di vista giuridico vi è identità tra la stabile organizzazione e la casa madre mentre, ai soli fini dell'attribuzione del reddito, la *branch* viene trattata come se fosse un'entità autonoma rispetto al soggetto estero a cui appartiene; la Relazione Governativa allo Schema di decreto legislativo approvato dal Governo il 21 aprile 2015 afferma che *"Ai fini della determinazione del reddito della stabile organizzazione, il medesimo comma dell'articolo 152, nella nuova formulazione, conferma ed esplicita l'applicazione del principio/finzione elaborato in ambito OCSE, che vede la stabile organizzazione quale functionally separate entity"*. Sebbene la stabile organizzazione con costituisca giuridicamente un soggetto autonomo ma funga semplicemente da collegamento territoriale con il soggetto non residente, di cui ne costituisce un'estrinsicazione, ai fini fiscali, sulla base del *functionally separate entity approach*, la stabile organizzazione si qualifica come un'entità separata e indipendente rispetto alla casa madre e, in quanto tale, è direttamente soggetta ad obblighi dichiarativi autonomi e di tenuta della contabilità; ciò nonostante sarà solo il contribuente non residente a costituire l'unico centro di imputazione dei rapporti giuridici.¹¹¹ In forza di questo principio, il reddito attribuibile alla stabile organizzazione va determinato a seguito di una specifica analisi funzionale volta ad individuare le funzioni svolte dalla stabile organizzazione, i rischi assunti e gli *asset* impiegati.

¹¹¹ A. Cirillo, C. Atzeni, *Imposizione diretta sulla stabile organizzazione in Italia di una società estera*, in "Bilancio e reddito d'impresa", 6/2017, p. 39.

Ricapitolando, la nuova norma è sufficientemente chiara nel prevedere che:

- la stabile organizzazione deve essere considerata, sulla base di una mera finzione, come se fosse un'entità separata e indipendente dalla casa madre;
- la finzione giuridica è valida solamente ai fini dell'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione il che implica che a tutti gli altri fini, la stabile organizzazione la stabile organizzazione non è distinguibile dall'impresa non residente da cui promana.
- deve essere condotta un'analisi funzionale volta ad individuare le funzioni svolte, i rischi assunti e i beni impiegati dalla *branch*;

Una volta completata l'analisi funzionale, la quantificazione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione deve essere effettuata mediante l'impiego delle metodologie per la determinazione dei prezzi di trasferimento previsti dall'OCSE in base al principio della libera concorrenza (c.d. *on an Arm's Length principle*). In altri termini, il principio dell'entità separata e indipendente della stabile organizzazione rispetto alla casa madre non residente deve essere letto in correlazione con l'ulteriore principio introdotto dalla riforma dal comma 3 dell'art. 152, il quale sancisce che “*i componenti di reddito attribuibili alle stabili organizzazioni relativamente alle transazioni e alle operazioni tra la stabile organizzazione e l'entità cui a medesima appartiene sono determinati ai sensi dell'art. 110, comma 7*”, norma antielusiva che delinea la disciplina del *transfer pricing* relativa alle operazioni tra società facenti parte dello stesso gruppo. Infatti, la normativa sui prezzi di trasferimento si applica alle transazioni realmente esistenti che sono poste in essere tra imprese associate tra loro ma giuridicamente distinte. Occorre sottolineare che la stabile organizzazione non è un autonomo soggetto di diritto e non può essere giuridicamente considerata come un'entità distinta dalla casa madre, motivo per cui non si dovrebbe parlare di operazioni infragruppo. Tuttavia, alla luce della finzione suddetta si deve ritenere che, ai soli fini dell'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione sussistano tali transazioni tra la stabile organizzazione e la casa madre che devono essere valorizzate ex art. 110, comma 7 del TUIR.¹¹²

¹¹² Il Commentario all' art. 7 del Modello OCSE enuncia “*any transactions with associated enterprises attributed to the permanent establishment are priced in accordance with the guidance of the OECD Transfer Pricing Guidelines and these Guidelines are applied by analogy to dealings between the permanent establishment and the other parts of the enterprise of which it is a part*”.

1.9.1 La determinazione del reddito della stabile organizzazione secondo i principi dell'OCSE

Le norme del TUIR disciplinano l'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione solamente in assenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni. La riforma operata dal D. Lgs. N. 147/2015 è profondamente ispirata ai principi delineati dall'OCSE; per questo appare fondamentale dedicare un apposito paragrafo al tema dell'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione secondo le Convenzioni stipulate in linea con il Modello OCSE.

In considerazione del fatto che le Convenzioni hanno come principale obiettivo quello di impedire che si verifichino fenomeni di doppia imposizione, anche lo Stato di residenza deve poter determinare la misura del reddito attribuibile alla stabile organizzazione estera in modo che nello Stato della fonte in cui è insediata la stabile organizzazione, il reddito ad essa attribuito sarà assoggettato alle imposte sui redditi ricadenti nell'ambito di applicazione della Convenzione applicabile, mentre, nello Stato di residenza dell'impresa estera, l'ammontare del reddito attribuito alla stabile organizzazione dovrà essere oggetto di esenzione o, in alternativa, dovrà essere riconosciuto un credito d'imposta per la quota dell'imposta domestica riferibile al reddito attribuibile alla stabile organizzazione (così come determinato nello Stato di residenza). L'Italia, come stato di residenza, ha optato per il metodo del credito d'imposta consentendo alle imprese residenti di optare per il regime dell'esenzione (c.d. *branch exemption*).¹¹³

I principi che disciplinano l'attribuzione dei redditi alla stabile organizzazione sono contenuti nel paragrafo 2 dell'art. 7 del Modello OCSE. Procediamo innanzitutto analizzando il contenuto dell'art. 7 del Modello OCSE, intitolato “*Utili delle imprese*”. L'art. 7 del Modello, al primo paragrafo afferma che “*gli utili di un'impresa di uno Stato contraente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che l'impresa non svolga*

¹¹³ L'articolo 168-ter del TUIR, introdotto dal decreto legislativo 147/2015, prevede la possibilità, per le società italiane che detengono stabili organizzazioni all'estero, di optare per un regime di esenzione degli utili e delle perdite prodotti da tali stabili organizzazioni, il c.d. *branch exemption*. L'opzione si esercita nella dichiarazione dei redditi riferita al periodo di apertura della filiale estera, mentre per le branch già in essere al 7 ottobre 2015 (e per quelle costituite fino al 31 dicembre 2016), si potrà optare nella dichiarazione Redditi 2018, con effetto dal periodo di imposta 2017. L'agenzia delle Entrate ha dettato le regole attuative della disposizione: l'opzione, che deve riguardare tutte le stabili organizzazioni (anche quelle aperte dopo l'opzione), deve essere effettuata nella dichiarazione relativa al periodo di imposta di costituzione della *branch*. Diversamente, il regime non potrà successivamente essere attivato. Gli stessi termini sono previsti per le opzioni riferite a *branch* create dopo il 7 ottobre 2015 e nel 2016. L'efficacia dell'opzione per la *branch exemption* cessa a seguito della chiusura di tutte le *branch*.

un'attività commerciale nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata".¹¹⁴ In questo modo, l'art. 7 sancisce due principi: da un lato attribuisce allo Stato di residenza dell'impresa il potere esclusivo di assoggettare ad imposizione il reddito dell'impresa stessa derivante da attività esercitate nell'altro Stato contraente, dall'altro pone un'eccezione qualora tale impresa svolga attività industriali o commerciali nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione, circostanza in cui sarà anche lo Stato della fonte ad avere un potere di imposizione.¹¹⁵ Pertanto, in assenza di una stabile organizzazione, il reddito realizzato da un'impresa in un altro Stato contraente non è ivi assoggettabile a tassazione ma sarà tassato nel Paese in cui il contribuente ha la residenza ai fini fiscali. Questo principio ha lo scopo di neutralizzare i principali criteri di collegamento che le singole norme domestiche degli Stati contraenti, in qualità di Stati della fonte, possono prevedere per assoggettare ad imposizione i non residenti.¹¹⁶ L'obiettivo dell'OCSE è stato quello di non far partecipare le imprese non residenti alla spesa pubblica dello Stato con cui intrattengono rapporti commerciali finché non dispongano in tale territorio di una "presenza minima" costituita dalla stabile organizzazione.¹¹⁷ Se invece sussiste una stabile organizzazione, lo Stato di insediamento ha un potere di tassazione, sebbene questo sia limitato agli utili attribuibili alla stabile organizzazione, non estendendosi agli utili dell'impresa non residente non attribuibili alla stabile organizzazione, anche se realizzati in tale Stato. Tale previsione esclude l'applicabilità del "principio della forza di attrazione della stabile organizzazione", eventualmente vigente nello Stato della fonte, che implica che gli utili

¹¹⁴ L'art. 7 del Modello OCSE afferma: *"Profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein"*.

¹¹⁵ Dal Commentario all'art. 7 del Modello OCSE si legge "First, it states that unless an enterprise of a Contracting State has a permanent establishment situated in the other State, the business profits of that enterprise may not be taxed by that other State. Second, it provides that if such an enterprise carries on business in the other State through a permanent establishment situated therein, the profits that are attributable to the permanent establishment, as determined in accordance with paragraph 2, may be taxed by that other State".

¹¹⁶ Nel Commentario all'art. 7 del Modello OCSE si legge *"It incorporates the basic principle that unless an enterprise of a Contracting State has a permanent establishment situated in the other State, the business profits of that enterprise may not be taxed by that other State unless these profits fall into special categories of income for which other Articles of the Convention give taxing rights to that other State"*.

¹¹⁷ Nel Commentario all'art. 7 del Modello OCSE si legge *"The first principle (...) has a long history and reflects the international consensus that, as a general rule, until an enterprise of one State has a permanent establishment in another State, it should not properly be regarded as participating in the economic life of that other State to such an extent that the other State should have taxing rights on its profits"*.

realizzati dal non residente “al di fuori” della stabile organizzazione, oppure i dividendi, gli interessi e le royalties che vengono percepite dal non residente all’interno dello stesso Stato di insediamento della stabile organizzazione, siano pienamente e ordinariamente tassabili nel suddetto Stato, a prescindere dal fatto che tali fonti reddituali manifestino un collegamento funzionale con le attività svolte in quello Stato dalla stabile organizzazione.

118

Ciò nonostante, non significa che lo Stato della fonte possa tassare solamente l’utile attribuibile alla stabile organizzazione ma, nelle specifiche circostanze, cioè quando “gli utili comprendono elementi di reddito considerati separatamente in altri articoli”, potrà esercitare il proprio potere impositivo poiché le disposizioni di tali articoli non vengono modificate dall’art. 7. Questo perché la nozione di *business profits* ha una portata molto ampia e include anche quegli elementi reddituali trattati separatamente in altre disposizioni del Modello OCSE, quali dividendi, interessi e royalties, disciplinati rispettivamente dagli artt. 10, 11 e 12 del Modello che rimangono applicabili.¹¹⁹ In questi casi, lo Stato della fonte mantiene, seppur limitatamente e in concorrenza con lo Stato di residenza, un potere impositivo secondo le regole applicabili al singolo elemento reddituale, benché rientrante nella definizione di *business profits*. L’art. 7 torna ad essere applicabile anche a questi elementi reddituali se l’asset generatore dei medesimi (la partecipazione, il credito o il bene immateriale) è effettivamente connesso o è di proprietà economica della stabile organizzazione situata nello Stato della fonte: in questo caso lo Stato della fonte potrà esercitare pienamente il proprio potere impositivo.

1.10 La stabile organizzazione ai fini IVA

¹¹⁸ S. Mayr, B. Santacroce, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA Manuali, II Edizione 2016, p. 431.

¹¹⁹ Il Commentario all’art. 7 del Modello OCSE, in tal senso, afferma “*it has not been found necessary in the Convention to define the term “profits”, it should nevertheless be understood that the term when used in this Article and elsewhere in the Convention has a broad meaning including all income derived in carrying on an enterprise. Such a broad meaning corresponds to the use of the term made in the tax laws of most OECD member countries. Absent paragraph 4, this interpretation of the term “profits” could have given rise to some uncertainty as to the application of the Convention. If the profits of an enterprise include categories of income which are dealt with separately in other Articles of the Convention, e.g. dividends, the question would have arisen as to which Article should apply to these categories of income, e.g. in the case of dividends, this Article or Article 10*”.

La stabile organizzazione ai fini IVA è al centro di un ampio dibattito, sia a livello nazionale che a livello europeo, soprattutto a seguito delle posizioni espresse dalla Corte di Giustizia, le quali nel tempo sono confluite in una definizione omogenea di stabile organizzazione successivamente codificata nel Regolamento 282/2011/UE. Inoltre, lo sviluppo in seno all'OCSE del Progetto BEPS ha introdotto nel dibattito la problematica della *digital economy* e della definizione di stabile organizzazione nello specifico ambito. In particolare, il principio cardine per l'assoggettamento ad IVA delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi è quello della tassazione nel Paese in cui il bene o il servizio viene consumato (c.d. *Destination Principle*), il che sta condizionando in modo rilevante le scelte degli Stati membri che intendono tassare le singole operazioni nello Stato di consumo del bene o del servizio a prescindere da quale sia lo Stato di erogazione. Tuttavia, per giustificare tale scelta e, in particolare, in relazione alle transazioni con i consumatori finali (B2C), sono costretti a richiedere ai soggetti non residenti di assumere nello Stato una minima presenza giuridica o, in altri termini, ad avere nel suddetto territorio una stabile organizzazione.

La nozione di stabile organizzazione ai fini IVA assolve due specifiche funzioni: fissare la territorialità di alcune prestazioni di servizi e individuare il debitore d'imposta e le relative modalità di assolvimento. Per ciò che concerne le prestazioni di servizi, a differenza delle cessioni di beni, la presenza di una stabile organizzazione "attiva", ossia una *branch* che prende parte ad un'operazione, è idonea a radicare la territorialità nel luogo in cui è localizzata, di modo che l'imposta colpisca chi effettivamente fruisce del servizio e che il gettito Iva confluisca nelle casse dello Stato in cui il servizio viene consumato. In altri termini, la stabile organizzazione ai fini IVA è volta ad incardinare la potestà impositiva delle operazioni da essa effettuate nel luogo in cui è insediata, trasferendo il diritto ad esercitare un potere impositivo allo Stato in cui è localizzata la stabile organizzazione.

Nonostante a primo impatto le circostanze idonee a configurare una stabile organizzazione ai fini delle imposte dirette valgano anche in ambito IVA, sussiste una differenza fondamentale tra i due settori impositivi che scaturisce dal diverso presupposto che l'istituto della stabile organizzazione è chiamato ad assolvere. In particolare, ai fini delle imposte dirette, la stabile organizzazione ha la funzione di ripartire la potestà impositiva tra lo Stato della fonte e quello di residenza, assoggettando ad imposta nel Paese in cui è situata la stabile organizzazione i redditi ad essa attribuibili.

In ambito IVA, invece, la stabile organizzazione ha la finalità di garantire il rispetto del *Destination Principle*, in modo tale che l'imposta venga riscossa nel Paese in cui avviene il consumo del bene o del servizio, escludendo così il potere impositivo di qualunque altro Stato. Infatti, in ambito IVA, in virtù del principio di neutralità, non sussiste la possibilità che si verifichino fenomeni di doppia imposizione, in considerazione del fatto che la stabile organizzazione esercita un potere attrattivo in forza del quale la potestà impositiva è trasferita dalla giurisdizione in cui è stabilita la casa madre a quella in cui è situata la stabile organizzazione.

Un'ulteriore differenza tra i diversi settori impositivi risiede nella circostanza che, ai fini Iva, la stabile organizzazione viene considerata come un'unica entità con la casa madre a differenza di ciò che si assume ai fini delle imposte dirette, rispetto alle quali la stabile organizzazione viene considerata come un'entità separata e indipendente per effetto della finzione giuridica. Il fatto che la stabile organizzazione ai fini IVA debba essere considerata come un tutt'uno con la casa madre si riflette nei rapporti *intercompany*, i quali sono privi di rilevanza poiché condotti verso "se stessi". Al contrario, ai fini delle imposte dirette, i rapporti infragruppo producono effetti anche all'esterno e le transazioni devono essere valutate sulla base della disciplina dei prezzi di trasferimento.

Prima di procedere a definire la stabile organizzazione ai fini IVA è opportuno riassumere brevemente le sue caratteristiche essenziali:

- è un'imposta sul consumo che si applica alle cessioni di beni e alle prestazioni di servizi;
- è un'imposta proporzionale al corrispettivo dei beni ceduti e dei servizi forniti;
- è riscossa in ciascuna fase del procedimento di produzione e di distribuzione;
- gli importi pagati in occasione delle fasi precedenti del processo (IVA sugli acquisti) sono detratti dall'imposta dovuta, in modo tale che l'imposta colpisca solo il valore aggiunto in ciascuna fase.

1.10.1 La definizione di stabile organizzazione: il Regolamento 282/2011/UE

La stabile organizzazione costituisce il presupposto per assoggettare a tassazione il reddito imponibile ai fini IVA del fatturato di un'impresa estera sul territorio nazionale,

attribuendolo a un centro di attività stabile.¹²⁰ Per lungo tempo l'ordinamento europeo non ha fornito una definizione di stabile organizzazione ai fini IVA. Tale vuoto normativo è stato colmato dalle pronunce della Corte di Giustizia Europea, formalizzate poi nel Regolamento UE n. 282/2011 del Consiglio del 15 marzo 2011. È stata quindi *in primis* la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea a delineare i tratti essenziali di quella che, nel Regolamento 282/2011, costituirà la nozione di stabile organizzazione ai fini IVA. In particolare, due sono state le sentenze cardine sono, la C-168/8470 e la C-190/9571, in cui la Corte di giustizia ha individuato come preferibile criterio di localizzazione del luogo di stabilimento del soggetto passivo d'imposta, la sede dell'attività economica o la residenza (piuttosto che la sede della stabile organizzazione). Inoltre, la Corte di Giustizia ha dichiarato che il centro di attività stabile diverso dalla sede principale viene preso in considerazione solo se presenti una consistenza minima, ossia, in altri termini, è necessario che sussista una certa permanenza di mezzi umani e tecnici necessari per l'erogazione di particolari servizi, purché tali servizi non siano riconducibili all'attività principale.

Il Regolamento 282/2011 ha modificato prima la Direttiva 2006/112/CE, poi la Direttiva 2008/8/CE, rispondendo all'esigenza di armonizzare la disciplina IVA nei Paesi dell'Unione Europea. È opportuno specificare che, trattandosi di un Regolamento, le norme ivi contenute sono direttamente efficaci in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea senza che essi debbano elaborare un'apposita norma di recepimento. È l'art. 11 del Regolamento 282/2011 a fornire una definizione di stabile organizzazione ai fini IVA, stabilendo che una stabile organizzazione “è qualsiasi organizzazione, diversa dalla sede dell'attività economica di cui all'art. 10, caratterizzata da un grado sufficiente di permanenza e una struttura idonea in termini di mezzi umani e tecnici” a consentire alla stabile organizzazione, nei rapporti B2B, di “ricevere e di utilizzare i servizi che le sono forniti per esigenze proprie di detta organizzazione” e nei rapporti B2C, di “fornire i servizi di cui assicura la prestazione”. Da un'analisi del testo normativo emerge come la stabile organizzazione ai fini IVA si caratterizzi per 4 tratti essenziali:

¹²⁰ Vanni A., “La stabile organizzazione. Gli orientamenti della giurisprudenza nell'ultimo decennio.”, in I “Venerdì di Diritto e Pratica Tributaria”, Fondazione Antonio Uckmar, 11-12 ottobre 2013, Milano.

- poiché la norma fa riferimento a “*qualsiasi organizzazione*” è evidente che affinché si configuri una SO ai fini IVA è irrilevante la forma giuridica/organizzativa;
- deve trattarsi di un’organizzazione diversa dalla sede dell’attività economica (di cui all’art. 10 del Regolamento) ossia deve essere autonomamente identificabile;
- deve avere una certa stabilità (un grado sufficiente di permanenza);
- deve disporre di un’adeguata dotazione umana e strumentale in relazione ai propri scopi.

I requisiti fondamentali affinché, ai sensi dell’art. 11 del Regolamento 282/2011, risulti integrata la stabile organizzazione ai fini IVA sono sostanzialmente due: deve sussistere un sufficiente grado di permanenza dello stabilimento, da intendersi secondo un’accezione legata al tempo (ossia di “consistenza temporale minima” e nello stabilimento deve essere presente una presenza minima di risorse umane e materiali che consentano di ricevere o di fornire servizi, rispettivamente nei rapporti *B2B* e *B2C*. La mancanza di uno dei due requisiti impedisce il realizzarsi dei presupposti che costituiscono la stabile organizzazione ai fini IVA.

È necessario sottolineare la portata della definizione di stabile organizzazione ai fini IVA fornita nel Regolamento; la suddetta nozione si basa sull’erogazione di servizi, prestati ad imprese e consumatori finali (prestazioni di servizi *B2B* e *B2C*). Se si considerasse il contesto in cui la norma è inserita e la necessità di interpretarla in maniera restrittiva, se ne ricaverebbe un’applicazione circoscritta alle sole prestazioni di servizi. Ciò che, secondo la dottrina, giustificerebbe l’estensione dell’ambito di applicazione della norma alle cessioni di beni sarebbe l’utilizzo di tale concetto ai fini dell’applicazione dell’art. 192-bis della direttiva 112/2006, collocato al Titolo XI in cui sono disciplinate le regole volte a individuare i debitori d’imposta verso l’Erario, da applicare sia alle prestazioni di servizi che alle cessioni di beni. Tuttavia, sembra che le posizioni in dottrina non abbiano colto la differenza tra il concetto di stabile organizzazione e l’utilizzo del medesimo: l’art. 11 del Regolamento detta la definizione di stabile organizzazione solo con riferimento ai servizi per cui l’effettuazione di transazioni aventi ad oggetto beni non costituisce una stabile organizzazione. Per quanto riguarda l’utilizzo della nozione di stabile organizzazione ai fini IVA, questa influenza, per ciò che concerne l’individuazione del

soggetto passivo d'imposta, anche le operazioni concernenti i beni in forza del disposto dell'art. 192-bis della Direttiva Iva.¹²¹

In sostanza, la definizione di stabile organizzazione e le condizioni in cui essa sussiste devono essere ricercate esclusivamente nell'art. 11 del Regolamento, motivo per cui rilevano solo le operazioni che hanno ad oggetto servizi. Una volta che viene accertata l'esistenza di una stabile organizzazione capace di rendere servizi, allora la stessa stabile organizzazione viene utilizzata anche nell'ambito delle cessioni di beni al fine dell'individuazione del debitore d'imposta e delle relative modalità di assolvimento.

Per ciò che concerne la ripartizione dell'onere della prova, relativamente alle stabili organizzazioni, si applicano le norme ordinarie del processo tributario. L'accertamento dei requisiti di esistenza di una stabile organizzazione e di partecipazione di un intermediario per la stipula dei contratti in nome della società estera, deve essere condotto sul piano sostanziale: è necessario che le situazioni portate a conoscenza dell'Ufficio esplicitino la volontà di esercitare un'attività economica in maniera abituale per conto di un'impresa estera, affinché il giudice di merito riconosca la sussistenza di una stabile organizzazione. La Corte ha ammesso che si possa operare per presunzioni semplici.

In tema di rapporti tra casa madre e stabile organizzazione, le prestazioni che avvengono tra la casa madre residente in uno Stato membro dell'UE in favore di una struttura secondaria situata in Italia, non sono assoggettabili ad IVA anche se alla struttura secondaria viene addebitato un costo dalla casa madre.¹²²

I non residenti possono agire in Italia in 3 diversi modi per adempiere gli obblighi fiscali e per esercitare i diritti connessi all'IVA:

- mediante l'identificazione diretta del non residente, che avviene a seguito della presentazione di un'apposita dichiarazione e dell'assegnazione di un numero di partita IVA;
- mediante la nomina di un rappresentante fiscale;
- mediante una stabile organizzazione. La presenza di una stabile organizzazione esclude la possibilità per i non residenti di operare mediante identificazione diretta o tramite rappresentante fiscale.

¹²¹ S. Mayr, B. Santacroce, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA Manuali, II Edizione 2016, p. 525.

¹²² Corte di Giustizia, 23 marzo 2006, causa C-210/04, *FCE Bank plc*, in Foro it., 2007, IV, 559; Cass., 12 gennaio 2007, n. 526.

Se un soggetto passivo non residente non ha in Italia una stabile organizzazione, gli obblighi fiscali sono a carico del cessionario/committente residente in Italia, il quale applicherà il *reverse charge* (metodo tale per cui l'impresa residente sottopone ad imposta l'operazione mediante autofattura). Se invece il soggetto non residente ha una stabile organizzazione nel territorio dello Stato italiano, le operazioni compiute dalla stabile organizzazione sono imputabili direttamente alla stessa, in quanto ai fini IVA viene considerata come se fosse un soggetto distinto dalla casa madre che risponde in proprio delle operazioni effettuate. Pertanto, le operazioni effettuate dalla stabile organizzazione devono essere fatturate dalla stabile organizzazione ed è solo tramite la propria stabile organizzazione che il soggetto passivo può recuperare l'imposta pagata sugli acquisti di beni e servizi effettuati in Italia. Nel caso in cui il soggetto non residente effettui operazioni imponibili in Italia nei confronti di consumatori privati (transazioni *B2C*) o nei confronti di imprese (transazioni *B2C*), l'IVA dovrà essere assolta dalla stabile organizzazione italiana anche se l'operazione non è ad essa riferibile. In sostanza, le operazioni compiute direttamente dalla casa madre estera sono "attratte" dalla stabile organizzazione; al contrario, quando la casa madre acquista beni/servizi in Italia, senza l'intervento della stabile organizzazione, il diritto di detrazione è comunque esercitato dalla stabile organizzazione.¹²³

1.10.2 La Direttiva IVA 2002/38/CE sul commercio elettronico diretto

Le tecnologie digitali, hanno radicalmente modificato le dinamiche con cui interagiscono domanda e offerta di beni e servizi. I modelli di business e, in particolare, il "*Go to Market*", ossia la modalità con cui l'offerta viene collocata sul mercato, si sono evoluti repentinamente cambiando i meccanismi di interrelazione tra consumatore e azienda e tra azienda e Pubblica Amministrazione. La rete, infatti, non è solo lo strumento base per realizzare transazioni online, ma è anche un sistema per le Amministrazioni Finanziarie per comunicare con il contribuente, su qualsiasi fattispecie inerente ai rapporti con il fisco: rimborsi, tassazioni, controlli eccetera.¹²⁴

¹²³ F. Tesaurò, *Istituzioni di diritto tributario*, Parte speciale, Decima edizione, Utet giuridica, 2016, p. 270.

¹²⁴ B. Santacroce, S. Ficola, *Lo sviluppo dell'e-commerce fa i conti con Iva e «stabili»*, in "Il Sole 24 ore" del 1.03.2018, p. 22.

Con il termine *e-commerce* si fa riferimento all'insieme delle transazioni per la commercializzazione di beni e servizi tra produttore e consumatore, realizzate tramite il *web*. Si distinguono due tipologie di commercio elettronico: quello diretto e quello indiretto. Nel commercio elettronico indiretto l'acquisto avviene per via elettronica ma la consegna si realizza nelle forme tradizionali; poiché il commercio elettronico indiretto ha ad oggetto la cessione di beni materiali, non configurando quindi una prestazione di servizi, ad esso si applica la disciplina delle c.d. "vendite a distanza".

Nel commercio elettronico diretto tutte le fasi delle transazioni di beni o servizi avvengono *online*, come confermato dall'articolo 7, comma 1, del Regolamento UE 282/2011 che recita: *"I servizi prestati tramite mezzi elettronici, di cui alla Direttiva 2006/112/CE, comprendono i servizi forniti attraverso Internet o i servizi elettronici e la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata, correlata di un intervento umano minimo e impossibile da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione."*. In particolare, la Direttiva 2006/2012 muove da presupposto che tutte le operazioni di commercio elettronico siano da qualificare come prestazioni di servizi e il luogo in cui tali prestazioni devono essere assoggettate ad IVA è quello in cui risiede il cliente, ossia il luogo di utilizzazione o consumo. Di conseguenza, tali operazioni non sono soggette ad IVA se fornite ad un residente in un paese extra-UE; devono, invece, essere tassate se fornite da un operatore extra-UE ad un cliente dell'UE. LE prestazioni di servizi rese da soggetti passivi extracomunitari a favore di consumatori finali italiani, si considerano effettuate, e quindi imponibili, in Italia. È opportuno sottolineare una distinzione operata dalla Direttiva relativa al fatto che si tratti di operazioni B2B o B2C: se gli operatori extracomunitari prestano servizi a consumatori finali comunitari (B2C), devono registrarsi ai fini IVA in uno Stato membro dell'UE e le operazioni sono imponibili in tale Stato. Se invece l'operazione è effettuata da un soggetto passivo extra-UE nei confronti di un soggetto passivo UE (B2B) è quest'ultimo a dover applicare l'imposta mediante autofatturazione.

CAPITOLO II

LA STABILE ORGANIZZAZIONE NELL'ERA DELLA DIGITAL ECONOMY ALLA LUCE DEL PROGETTO BEPS

Sommario: 2.1 Premessa 2.2 L'imposizione diretta nell'economia digitale 2.3 I cambiamenti derivanti dalla digitalizzazione dell'economia e la nascita del Progetto BEPS 2.4 Il Progetto BEPS 2.4.1 Gli obiettivi del Progetto BEPS e l'*Action Plan* 2.4.2 L'*Action 1* del Progetto BEPS: *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy* 2.4.3 L'*Action 7* del Progetto BEPS: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status* 2.5 Casi pratici: Amazon e Stanleybet 2.6 La Direttiva UE n. 72/2018: *norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa*

2.1 Premessa

Con l'avvento della *digital economy*, i modelli di business tradizionali hanno subito notevoli cambiamenti. In particolare, la portata *disruptive* delle innovazioni tecnologiche della nostra era, ha determinato la nascita di nuovi modelli imprenditoriali e, al contempo, ha inciso fortemente anche sui più tradizionali settori dell'economia che fino ad ora erano sembrati "intoccabili". Lo sviluppo e la maggiore accessibilità alle nuove tecnologie ha sostanzialmente stravolto il modo di fare impresa. In quest'ottica appare evidente che la *digital economy* è un fenomeno che va ben oltre ciò che comunemente viene definito come commercio elettronico, inteso come insieme delle transazioni che si realizzano per il tramite della rete *web*; l'*e-commerce* è solo uno dei tanti benefici giunti nell'era del *digital*. In considerazione delle numerose forme in cui si estrinseca la *digital economy* è difficile, forse impossibile, fornire una definizione univoca; basta semplicemente pensare all'utilizzo di nuovi sistemi di pagamento nella forma delle cripto-valute (come il *Bitcoin*), nonché all'affermazione delle piattaforme *peer-to-peer* ("P2P") per ottenere forme di finanziamento in rete.

Nonostante risulti complesso racchiudere la nozione di *digital economy* all'interno di confini delineati e precisi è però pur sempre possibile delinearne le caratteristiche fondamentali. La *digital economy* è, *in primis* una forma di economia "a-territoriale" poiché non presenta alcun nesso tangibile di collegamento con il territorio in cui viene creato valore; ovviamente, poi, la *digital economy* ha natura transnazionale, in virtù della facilità con cui gli operatori possono travalicare i confini nazionali degli Stati utilizzando i mezzi tecnologici. Inoltre, l'economia digitale si caratterizza per la sua sostanziale dematerializzazione, dal momento che si caratterizza per scambi di beni non fisici, cioè beni non inclusi in supporti materiali. Ciò è ben riassunto dalla felice espressione secondo cui "*digitalgood may be everything and nothing*".¹²⁵ In altri termini, mentre nelle forme di economia tradizionale i software, la musica, i libri e i film (ma anche molti altri beni o servizi) venivano scambiati mediante la loro incorporazione in supporti fisici tangibili, ad oggi il loro scambio avviene per lo più in modalità digitale. Si è passati dal libro all'ebook, dal dvd al film in streaming, dal cd audio all'acquisto di musica *online*.¹²⁶

In questo scenario merita menzione l'ascesa di un modello di economia circolare basato sempre di più sulla condivisione dei servizi, la c.d. economia collaborativa o *sharing economy*, in cui i soggetti economici mettono a disposizione beni di cui dispongono in *surplus* (competenze, tempo, beni, servizi e conoscenze) con la finalità di creare legami virtuosi sfruttando le capacità relazionali della tecnologia. Basta pensare al successo che hanno avuto aziende come Car2Go, Airbnb, Spotify e Netflix per comprendere quanto questi modelli siano pervasivi, sottolineando la necessità per le Amministrazioni di regolamentare tali fenomeni, soprattutto a livello fiscale, ambito in cui è forte il timore di un possibile sfruttamento di questi *business model* per scopi meramente elusivi.

Le imprese che attualmente hanno successo sul mercato sono per lo più aziende multinazionali, digitali, e in grado di sfruttare gli *asset* immateriali, i quali costituiscono ad oggi la fonte di un immenso vantaggio competitivo. Con l'accezione "multinazionale" si intendono quelle imprese che hanno una pluralità di articolazioni organizzative, produttive o distributive, in diversi Paesi, intrattenendo rapporti commerciali con contraenti situati all'estero. In particolare, le imprese multinazionali possono optare per la mera esportazione di beni e servizi all'estero, senza ivi localizzare una sede fissa di affari, oppure possono esercitare la loro attività per il tramite di stabili organizzazioni.

¹²⁵ T. Rosembuj, "TaxingDigital", in ElFisco, 2015, pag. 13.

¹²⁶ M. Leo, *Quale tassazione per l'economia digitale*, in "il fisco" n. 21 del 2018, pag. 1-2007.

Infatti, l'avvento della *new economy* e l'implementazione dei processi di digitalizzazione hanno permesso alle imprese di accaparrarsi quote di mercati esteri senza ivi situare una sede fissa di affari, mediante l'impiego di metodi del tutto innovativi e per lo più immateriali che hanno fortemente abbattuto le barriere all'entrata dei mercati.

Tuttavia, il repentino cambiamento del business model delle imprese non è stato susseguito da un altrettanto radicale cambiamento dei sistemi di tassazione, i quali continuano ad essere ancorati al vecchio stampo di impresa. A fronte di una sempre più evidente "transnazionalizzazione" delle attività di business delle imprese multinazionali, si registra il persistere del carattere "nazionale" del diritto, vale a dire delle norme e dei principi giuridici (fiscali) che tali fenomeni devono disciplinare. Il risultato è una sempre più marcata divergenza tra un'economia "transnazionale" e una legislazione (fiscale) di emanazione "statale".¹²⁷ In altre parole, i profitti realizzati dalle imprese multinazionali non sono facilmente collegabili ai mercati in cui esse operano, non risultando spesso attribuibili ad uno specifico territorio. Questo perché i criteri di tassazione internazionale non sono in grado ad oggi di disciplinare *in toto* la corretta imposizione dei redditi delle imprese multinazionali in considerazione del fatto che la politica fiscale di ciascun Paese è elaborata sulla base di esigenze economiche e sociali interne. Il mercato globale, anziché essere regolato da norme internazionali, risulta pervaso dalla presenza di una pluralità di ordinamenti giuridici che non sono spesso in grado assoggettare a tassazione correttamente i redditi derivanti da operazioni transfrontaliere; da ciò scaturisce una sovrapposizione nell'esercizio dei diritti da parte dei contribuenti.

Alla luce di quanto esposto è evidente quanto sia indispensabile che i Governi implementino un'azione comune per evitare che la presenza di una pluralità di ordinamenti, alcuni con norme fiscali più gravose di altri, crei la possibilità per i contribuenti di scegliere quello più conveniente, indirizzando i profitti nei Paesi a fiscalità privilegiata a svantaggio delle casse erariali dei singoli Stati.

Pertanto, gli ordinamenti nazionali e sovranazionali, al fine di evitare che si creino delle aree economiche deregolate, in cui vengano prodotti redditi c.d. "apolidi", cioè redditi che riescono a sfuggire a ogni giurisdizione fiscale, stanno provvedendo ad adeguare le rispettive normative vigenti. In particolare, le Amministrazioni fiscali stanno rispondendo al duplice obiettivo di verificare da un lato l'idoneità delle norme vigenti a regolamentare in modo efficace le nuove forme di impresa, introducendo nuove

¹²⁷ P. Valente, L. Vinciguerra, *Stabile organizzazione occulta*, IPSOA Manuali, 2013.

disposizione qualora venga individuato un vuoto normativo, evitando, dall'altro lato, che le nuove forme di business possano facilitare atti elusivi e pianificazioni fiscali aggressive in ambito internazionale.¹²⁸ Il fenomeno del c.d. *Profit Shifting*, consiste nella pianificazione di un insieme di strategie poste in essere dalle imprese al fine di erodere la base imponibile e sottrarre gettito alle Amministrazioni fiscali; cioè avviene mediante la traslazione di profitti da Paesi a regime fiscale ordinario, in cui il livello di tassazione è medio-alto, a Stati o territori con regime fiscale privilegiato, in cui il livello impositivo è inferiore o addirittura nullo (c.d. Paradisi fiscali). Paradossalmente è proprio lo sfruttamento della normativa dei trattati, scritti e ratificati per evitare fenomeni di doppia imposizione internazionale, a rendere leciti episodi di abuso di diritto.

2.2 L'imposizione diretta nell'economia digitale

Per poter assoggettare ad una corretta imposizione i profitti realizzati dalle imprese multinazionali e affrontare una tematica tanto complessa quanto pervasiva come quella della tassazione dell'economia digitale occorre adottare un nuovo punto di vista.

In particolare, ai fini delle imposte sui redditi, il principale ostacolo alla corretta tassazione dei redditi di impresa scaturisce dalla possibilità che le imprese hanno di evitare, mediante lo sfruttamento delle nuove tecnologie, di configurare il criterio di collegamento territoriale, che ne giustifica l'imposizione nello Stato della fonte. Infatti, l'implementazione di processi di dematerializzazione dell'economia consentono facilmente di evitare una *taxable presence* nel territorio dello Stato presso il cui mercato una società è sostanzialmente attiva. Ciò ha consentito ai grandi colossi del web di ridurre drasticamente la pressione fiscale sui propri profitti. Pertanto, alla luce di queste considerazioni, le Amministrazioni fiscali hanno rilevato già nella Legge delega per la riforma fiscale del 2014 (Legge 11 marzo 2014, n. 23), su tale punto rimasta poi effettivamente inattuata, la necessità di introdurre sistemi di tassazione delle attività transnazionali che si basino su adeguati meccanismi di stima delle quote di attività

¹²⁸ S. Mayr, B. Santacroce, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA Manuali, II Edizione 2016, p. 218.

imputabili alla competenza fiscale nazionale, tenendo conto delle raccomandazioni degli organismi internazionali ed europei.¹²⁹

La tassazione degli utili d'impresa prodotti dalle imprese multinazionali mediante l'esercizio di attività riconducibili alla *digital economy* ha fortemente catturato l'attenzione degli studiosi di diritto tributario e dei Governi dei Paesi.

È opportuno ribadire il principio generale dell'ordinamento, sancito dall'art. 23 del TUIR, in forza del quale i soggetti non residenti che esercitano attività di impresa possono essere tassati nello Stato della fonte solo qualora ivi esercitino tale attività mediante una stabile organizzazione. In sostanza la stabile organizzazione costituisce la codificazione di un principio economico in base al quale lo Stato della fonte è legittimato ad esercitare il proprio potere impositivo sui redditi di impresa del contribuente non residente solo qualora quest'ultimo eserciti la propria attività in tale Stato mediante una sede fissa di affari.

Per quanto riguarda la stabile organizzazione personale, di cui abbiamo già ampiamente discusso, bisogna ribadire che questa sussiste se il non residente esercita la propria attività d'impresa nello Stato della fonte non tramite una sede fissa d'affari, ma attraverso un agente che abbia il potere di concludere contratti e che non sia sostanzialmente indipendente dall'impresa mandante.

Alla luce di tutto ciò che è stato descritto in merito alla digitalizzazione dell'industria è evidente che l'economia digitale ha messo in crisi l'originario impianto teorico su cui si fonda la tassazione del reddito di impresa dei non residenti, sviluppatosi sulla nozione di sede di affari e ancorato ai criteri di stabilità e permanenza, proprio in quanto la stessa può operare anche in assenza di qualsiasi presenza fisica nel mercato di sbocco.

Come vedremo, l'Action 1 del Progetto BEPS, dopo averne fornito un quadro generale sugli effetti che le nuove tecnologie hanno portato sull'economia evidenzia che, ai fini delle imposte dirette, la *new economy* pone questioni delicate in termini di:

- a) *nexus*, ossia di individuazione dell'elemento di collegamento di un'impresa con un determinato territorio;
- b) *data* rilevanti per la determinazione del valore generatosi in un dato mercato;
- c) *characterisation*, ovvero qualificazione dei pagamenti relativi alla fruizione dei nuovi prodotti digitali.¹³⁰

¹²⁹ G. Palumbo, *Prospettive di una nuova tassazione dell'economia digitale*, in "il fisco" n. 44 /2017, p. 4257.

¹³⁰ M. Leo, *Quale tassazione per l'economia digitale*, in "il fisco" n. 21 del 2018, pag. 1-2007.

2.3 I cambiamenti derivanti dalla digitalizzazione dell'economia e la nascita del Progetto BEPS

Alla luce dei cambiamenti generati dalla smaterializzazione dell'economia e del nuovo modo di fare impresa, è opportuno sottolineare che nell'ambito di questo scenario economico uno dei temi certamente più dibattuti e senza dubbio relativo al concetto di stabile organizzazione. In particolare, ciò su cui ci si interroga riguarda l'adeguatezza della disciplina domestica e di quella di natura convenzionale ad impedire che, mediante artificiose costruzioni prive di sostanza economica, si localizzino i profitti in Stati o territorio con regime fiscale privilegiato. È l'articolo 5 del Modello di Convenzione OCSE, di cui abbiamo già notevolmente discusso nel precedente capitolo, a disciplinare la nozione di stabile organizzazione a livello internazionale con l'intento di contrastare i fenomeni di doppia imposizione; l'articolo 7 del Modello, anche esso precedentemente descritto, disciplina invece le modalità di attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione.

Le attuali norme che disciplinano la tassazione delle società si fondano sul principio basilare secondo cui gli utili dovrebbero essere assoggettati a tassazione nel Paese in cui è creato il valore dall'impresa. Tuttavia, tali norme sono state predisposte all'inizio del 20° secolo per settori tradizionali e definiscono i presupposti rispetto ai quali sorge in diritto impositivo di uno Stato e indicano quale percentuale del reddito delle società è imputata a un paese ("quanto tassare"), per lo più sulla base del fatto di avere una presenza fisica in tale paese e senza tenere conto del valore creato dalla partecipazione degli utenti in tale giurisdizione.¹³¹ Ciò implica che le persone fiscalmente non residenti in un determinato Stato sono assoggettate ad imposta in un Paese soltanto se hanno ivi stabilito una sede fissa di affari che costituisce una stabile organizzazione. Tuttavia tali norme prendono in considerazione gli effetti dell'economia digitale e non colgono la portata globale delle attività digitali per le quali la presenza fisica non costituisce più un presupposto per erogare servizi. Occorre quindi predisporre nuove norme che stiano al passo con la pervasività delle imprese multinazionali nei mercati esteri ed è necessario che tali norme si basino su idonei indicatori della presenza economica significativa al fine di determinare i diritti di imposizione in relazione ai nuovi modelli di impresa digitali.

¹³¹ Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce norme per la tassazione della società che hanno una presenza digitale significativa, Bruxelles 21/03/2018.

Nell'attuale sistema normativo per attribuire gli utili ad imprese multinazionali che realizzano transazioni *intercompany*, ai fini dell'attribuzione dei suddetti utili alle società si applicano le norme sul *transfer pricing*, in base a un'analisi delle funzioni svolte da ciascuna impresa, degli attivi e dei rischi all'interno della catena del valore del gruppo. Per ciò che concerne, in particolare, la tassazione degli utili di un'impresa realizzati mediante una stabile organizzazione, per effetto della finzione giuridica quest'ultima è considerata un'entità distinta dalla casa madre per cui si applicano per analogia le linee guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento. Tuttavia, ciò che non è stato colto è proprio il fatto che le attuali disposizioni sono state elaborate sulla base dei modelli di impresa tradizionali, non considerando affatto che i *business model* dell'era *digital* hanno caratteristiche diverse da quelli poiché creano valore in modo diverso.

Il dibattito aperto a livello internazionale scaturisce dalle innegabili difficoltà riscontrate dalle Amministrazioni fiscali a coordinarsi riguardo la tematica della tassazione mondiale delle imprese multinazionali, le quali implementano strategie di *aggressive tax planning* sfruttando le distorsioni esistenti nei vari ordinamenti nazionali con lo scopo di ridurre il carico fiscale complessivamente sostenuto dal gruppo, attraverso operazioni formalmente legittime ma sostanzialmente in contrasto con la *ratio* della norma. L'obiettivo dei vari Governi europei e degli organismi internazionali coinvolti è quello di introdurre nuove misure idonee a garantire che i redditi delle imprese multinazionali siano correttamente assoggettati al potere impositivo e alle imposte dei diversi Paesi in cui operano.

È necessario che l'integrazione delle economie e dei mercati nazionali sia sostenuta da un'altrettanta integrazione delle politiche fiscali dei Paesi. Analizzando la disciplina fiscale vigente a livello internazionale e domestico è emerso come fosse necessario elaborare un insieme di linee guida per perfezionare la disciplina preesistente e ripristinare fiducia nel sistema.

Le attuali norme fiscali non sono adeguate al contesto industriale attuale, in cui è agevolato il commercio elettronico transfrontaliero senza presenza fisica. Inoltre, le attività immateriali e, in particolare, i dati degli utenti che acquistano sul web o semplicemente vi transitano, i c.d. *Big Data*, sono divenuti un vero e proprio oggetto di scambio e consentono ai grandi colossi del web, quali Google, Amazon e Apple di realizzare ampi volumi di affari.¹³² Ad oggi è la cessione di dati a generare per le imprese

¹³² Nell'Action 1 del Progetto BEPS si legge "As noted in the BEPS Action Plan, "the spread of the digital economy also poses challenges for international taxation. The digital economy is characterised by an unparalleled reliance on intangibles, the massive use of data (notably personal data), the widespread adoption of multi-sided business models capturing value from externalities generated by

multinazionali ampi margini di profitto, anche perché mediante metodi avanzati di analisi dei dati stessi, i c.d. *Data Analytics*, le imprese costruiscono un'*offering ad hoc* per i loro clienti; nonostante si tratti di *asset* fondamentali per la creazione di valore delle imprese digitali, sono difficili da valutare, il che determina una distorsione della concorrenza e incide negativamente sul gettito erariale. I Big data costituiscono uno degli *assets* più importanti per i colossi del web e, ciò nonostante, che sfuggono oggi ad ogni tassazione; l'acquisizione di questi dati non è gratuita come si tende a pensare ma si realizza mediante un rapporto di "scambio", una vera e propria transazione a titolo oneroso. Pertanto è chiaro che i singoli Stati rappresentano, in tale prospettiva, non solo un "mercato di sbocco" dei servizi offerti da queste imprese, ma anche un "mercato di approvvigionamento".¹³³

La necessità di un intervento volto ad adeguare all'economia digitale le norme relative all'imposta sulle società è riconosciuta a livello internazionale da organismi quali il G20. Per questo motivo l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico ha elaborato il c.d. Progetto BEPS, "*Base Erosion and Profit Shifting*", il quale esamina le problematiche relative all'evasione fiscale internazionale delle imprese multinazionali e individua 15 Azioni per contrastare le politiche di pianificazione fiscale aggressiva e evitare lo spostamento di base imponibile dai Paesi ad alta fiscalità verso i Paesi *black list*, tentando di fissare regole uniche, trasparenti e armonizzate. L'obiettivo dei Governi è quello di aderire a linee guida armonizzate per assicurare che le imprese "*paghino the fair share of tax*' nei diversi Stati in cui operano e non adottino schemi di pianificazione fiscale aggressiva, consistenti nello sfruttamento delle distorsioni esistenti nei vari ordinamenti nazionali mediante la costruzione di strutture artificiose prive di sostanza economica."

free products, and the difficulty of determining the jurisdiction in which value creation occurs. This raises fundamental questions as to how enterprises in the digital economy add value and make their profits, and how the digital economy relates to the concepts of source and residence or the characterisation of income for tax purposes. At the same time, the fact that new ways of doing business may result in a relocation of core business functions and, consequently, a different distribution of taxing rights which may lead to low taxation is not per se an indicator of defects in the existing system. It is important to examine closely how enterprises of the digital economy add value and make their profits in order to determine whether and to what extent it may be necessary to adapt the current rules in order to take into account the specific features of that industry and to prevent BEPS."

¹³³ G. Palumbo, *Prospettive di una nuova tassazione dell'economia digitale*, in "il fisco" n. 44 / 2017, p. 4257.

2.4 Il Progetto BEPS

Il Progetto BEPS, *Base Erosion and Profit Shifting*, è un progetto commissionato dal G20 nel 2013 la cui stesura è stata demandata all'OCSE; concerne l'elaborazione di un piano d'azione costituito da quindici punti, il cui obiettivo, come anticipato, è quello di evitare che si realizzino fenomeni evasivi a livello internazionale. In particolare, con il Progetto BEPS, l'OCSE ha intrapreso la strada per eliminare la doppia imposizione attraverso l'introduzione di norme fiscali armonizzate a livello europeo al fine di raggiungere una totale integrazione dell'assetto normativo in ambito tributario. In particolare, il focus è posto su alcune aree critiche che scaturiscono dai differenti regimi fiscali degli Stati; *in primis* è necessario constatare che molti governi, a fronte del sostenimento di costi più elevati, riescono a percepire gettiti più bassi. Inoltre, è ovvio che quando le norme fiscali prevedono livelli di imposizione meno gravosi sulle aziende, si verificano delle fughe di capitali all'estero e di conseguenza i relativi profitti non sono tassati nel Paese da cui provengono. Infine, è lo stesso *business model* adottato dalle imprese ad implicare il sostenimento di un livello di rischio differente.

Spesso quando le Amministrazioni fiscali elaborano le relative norme non tengono conto degli effetti che scaturiscono dall'interazione con la politica fiscale di altri Paesi, non considerando quanto la mancanza di coordinazione possa essere lesiva degli interessi comuni a tutti gli Stati. Tale mancanza di interazione e di principi armonizzati a livello internazionale determina la nascita di fenomeni di doppia non imposizione e i notevoli vuoti normativi consentono alle imprese di erodere la base imponibile e conseguire vantaggi fiscali indebiti, nonché di indirizzare i profitti in maniera artificiosa verso Paesi a fiscalità privilegiata. Infatti, il preminente obiettivo del Progetto BEPS è proprio quello di modificare le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni le quali, sebbene siano nate per evitare i fenomeni di doppia imposizione internazionale, vengono sempre più spesso sfruttate, mediante operazioni triangolari, per ottenere l'esatto opposto: la doppia non imposizione.

Inoltre, con l'avvento della *digital economy*, che ha ridotto le barriere all'entrata dei mercati esteri, le imprese multinazionali sono state ulteriormente facilitate a implementare piani di *aggressive tax planning* mediante lo sfruttamento delle differenze tra i vari ordinamenti fiscali. Ciò determina una sovrapposizione dei vari regimi di esercizio dei diritti dei contribuenti, con il rischio che i relativi redditi siano assoggettati a doppia imposizione o, al contrario, che si verifichi un *gap* che comporti una parziale o

un'assoluta non tassazione. In entrambi i casi si assiste a una scorretta applicazione della politica fiscale, sia per il singolo contribuente che per i Governi.

Gli standard internazionali vennero creati appositamente per sopperire questi vuoti normativi, indicando quale Paese poteva esercitare il proprio potere impositivo al verificarsi di determinati presupposti.^{[1][SEP]}

Al fine di aumentare l'integrazione delle norme fiscali internazionali, soprattutto alla luce dei nuovi modelli di impresa fortemente globalizzati, è sorta la necessità di elaborare il Progetto BEPS, il quale rappresenta una svolta storica in materia di coordinazione di politica fiscale.^{[1][SEP]} Le norme attuali del diritto fiscale internazionale, elaborate nel secolo scorso dalla Società delle Nazioni, non hanno subito da allora modifiche radicali in grado di cogliere la complessità del problema. Il Progetto si distingue per il suo volume senza precedenti: si prefigge l'obiettivo di aggiornare nel loro insieme le norme del diritto fiscale internazionale.

Nel febbraio del 2013, l'OCSE ha pubblicato il rapporto *"Addressing Base Erosion and Profit Shifting"*, in cui vengono sottolineate le problematiche concernenti l'erosione della base imponibile appena affrontate, suggerendo l'adozione di criteri idonei a contrastare il *Profit Shifting*. Successivamente, il 19 luglio 2013, l'OCSE ha pubblicato l'*"Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting"*, un piano d'azione in cui venivano suggeriti i principali interventi che i Governi nazionali dovevano effettuare, andando ad agire su una moltitudine di aspetti: dalla nozione di stabile organizzazione alle norme sui trasferimenti *intercompany*, dall'abuso dei trattati contro la doppia imposizione al regime fiscale delle *controlled foreign company (CFC)*, fino a giungere alla *digital economy*. Tali principi sono confluiti nella Dichiarazione dei *leader* del G20, predisposta al termine del *summit* di San Pietroburgo il 5 e 6 settembre 2013, in cui è stata ribadita la preminenza della lotta all'evasione fiscale per superare la crisi economica mondiale.

Il Progetto BEPS ha raccolto sin da subito ampi consensi: è stato sostenuto dai Ministri delle Finanze e dai Governatori delle Banche Centrali del G20 che, in occasione dell'incontro dell'8 ottobre 2015 a Lima, hanno ribadito il loro impegno, approvando l'insieme di misure previste per introdurre finalmente una riforma delle regole fiscali internazionali. In data 8 dicembre 2015, anche il Consiglio dell'Unione Europea ha espresso il proprio parere favorevole circa le *Action* proposte dall'OCSE, specificando che alcune delle previsioni in esse disciplinate, in particolare, per quanto concerne le linee guida previste nell'*Action 7* in materia di stabile organizzazione, possono già essere

introdotte dagli Stati membri, in attesa dell'approvazione di uno strumento multilaterale per la modifica delle Convenzioni.¹³⁴

Il 22 giugno 2017 l'OCSE ha pubblicato il documento "*Public Discussion Draft on Additional Guidance on Attribution of Profits to Permanent Establishments*", contenente nuove linee guida concernenti determinazione e l'imputazione dei redditi delle stabili organizzazioni. L'art. 5 del nuovo testo del Modello OCSE, le cui modifiche sono state recepite nella disciplina domestica mediante la Legge di stabilità del 2018, è stato modificato introducendo le suddette linee guida. Tra le novità introdotte di cui si è già ampiamente discusso nel precedente capitolo, sicuramente quella di maggior rilievo consiste nell'introduzione della c.d. *anti-fragmentation rule*, norma volta a evitare che le impresa possano ripartire un insieme di attività presso soggetti differenti operanti nello stesso Stato, al fine di farle apparire agli occhi dell'Amministrazione finanziaria come mere attività preparatorie o ausiliarie, evitando la qualificazione dell'attività complessivamente svolta nell'alveo di quelle che integrano i presupposti della stabile organizzazione. In sostanza, l'eventuale frammentazione delle attività svolte da imprese sorelle comporterà la configurazione di una *stabile organizzazione* qualora suddette attività costituiscano funzioni complementari di una medesima attività economica complessivamente esercitata dal gruppo. A riguardo, il nuovo testo del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE, fornisce al paragrafo 60 alcuni chiarimenti in merito ai criteri in base ai quali stabilire se un'attività è preparatoria o ausiliaria. In particolare, il Commentario suggerisce che:

- il carattere preparatorio solitamente implica che la durata dell'attività sia più breve rispetto alla durata dell'attività principale (sebbene siano ammesse alcune eccezioni);

¹³⁴ Dalle conclusioni all'Action 15 si legge "*Some provisions of the treaty-based portion of the BEPS Project require broad participation in order to successfully address BEPS concerns. Thus, to ensure a level playing field and fairly shared tax burdens, flexibility and respect for bilateral relations will need to be balanced against core commitments that reflect new international standards that countries are urged to meet and for which the multilateral instrument is a facilitative tool. (...) Negotiation of the multilateral instrument must be speedy to avoid uncertainty. It is quite important for measures countering BEPS to be agreed and put in place quickly, so that business may adjust to the new reality and continue to support growth, create jobs, and foster innovation. At the same time, it is worth underlining that putting some issues within a multilateral instrument could in principle slow the ability to address BEPS, by extending the timetable for responding to other parts of the BEPS agenda. In this context, a targeted multilateral instrument with a well-defined scope and a precise timetable for negotiation is key*".

- la natura ausiliaria è riscontrabile in tutte quelle attività di supporto all'attività essenziale e significativa dell'impresa nel suo complesso;
- è incompatibile che una determinata attività abbia natura ausiliaria se ad essa devono necessariamente essere destinati molti uomini e mezzi di cui l'impresa dispone.

Inoltre l'ulteriore modifica apportata dalla Legge di Stabilità 2018, sulla base di quanto predisposto dal Progetto BEPS, riguarda la nozione di agente dipendente, delineata attribuendo rilievo ad aspetti di natura sostanziale con riguardo alla relazione tra il soggetto e l'impresa, così da individuare efficacemente anche fattispecie che ad una prima analisi non consentirebbero di qualificare il soggetto quale stabile organizzazione personale dell'impresa.¹³⁵

In particolare, l'art. 5 del Modello OCSE introduce una significativa novità con riferimento alla nozione di agente dipendente, attribuendo rilevanza alle ipotesi in cui un soggetto, operando per conto di un'impresa e al di fuori dell'esercizio di una propria attività indipendente:

- stipuli abitualmente contratti o svolga un ruolo significativo ai fini della conclusione di contratti che sono poi stipulati dall'impresa senza che questa apporti modifiche materiali;
- concluda contratti in nome dell'impresa, o tali contratti abbiano ad oggetto il trasferimento di proprietà o altro diritto d'uso, con riferimento a beni di proprietà dell'impresa o di cui la stessa abbia il diritto all'utilizzazione, ovvero riguardino la prestazione di servizi da parte dell'impresa.

È in questi casi che si configurerà una stabile organizzazione personale nel territorio dello Stato.

L'insieme delle *Action* che costituiscono il Progetto BEPS sono state elaborate in tempi piuttosto ristretti, circa due anni, coinvolgendo oltre 60 Paesi per individuare i gruppi di esperti chiamati a formulare tali indirizzi, in considerazione dell'urgenza con cui doveva

¹³⁵ P. Valente, *Il nuovo Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, in "il fisco" n. 6/2018, p. 557.

essere ripristinata la fiducia nel sistema e con l'obiettivo di minimizzare le probabilità che gli Stati adottassero norme domestiche che influissero sulla stabilità dei *framework* internazionali. Il Progetto BEPS costituisce il primo vero cambiamento degli standard fiscali internazionali dell'ultimo secolo.

2.4.1 Gli obiettivi del Progetto BEPS e l'Action Plan

L'OCSE ha pubblicato il “*Rapporto BEPS*” e l’“*Action Plan*” in cui viene indicato il relativo insieme di azioni da implementare e i principali interventi che i Governi devono necessariamente attuare per contrastare i fenomeni elusivi e di *Profit Shifting*. In particolare, le *Action* sono chiamate a individuare i punti deboli del sistema di tassazione internazionale, prevedendo un complesso di regole adeguate a coordinare la politica fiscale internazionale in considerazione del fatto che gli ordinamenti fiscali non sono stati al passo con i cambiamenti dell'economia digitale che hanno consentito alle imprese di spostare i profitti nei Paradisi fiscali.¹³⁶ In particolare, il *Rapporto BEPS* ha individuato quattro aree chiave nell'ambito della tassazione transfrontaliera:

- 1) la potestà impositiva;
- 2) il *transfer pricing*;
- 3) la leva finanziaria;

¹³⁶ Nel capitolo 3 del documento *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* si legge “*Globalisation is not new, but the pace of integration of national economies and markets has increased substantially in recent years. The free movement of capital and labour, the shift of manufacturing bases from high-cost to low-cost locations, the gradual removal of trade barriers, technological and managing risk and of developing, protecting and exploiting intellectual property, have had an important impact on the way MNEs are structured and managed. This has resulted in a shift from country-specific operating models to global models based on matrix management organizations and integrated supply chain that centralize several functions at a regional or global level. Moreover, the growing importance of the service component of the company, and of digital products that often can be delivered over the Internet, has made it possible for businesses to locate many productive activities in geographic locations that are distant from the physical location of their customers. In today's MNEs the individual group companies undertake their activities within a framework of group policies and strategies that are set by the group as a whole. The separate legal entities forming the group operate as a single integrated enterprise following an overall business strategy. Management personnel may be geographically dispersed rather than being located in a single central location, with reporting lines and decision-making processes going beyond the legal structure of the MNE. Global value chains (GVCs), characterized by the fragmentation of production across borders, have become a dominant feature of today's global economy, encompassing emerging as well as developed economies*”.

4) le regole anti-abuso.

Come anticipato nel precedente capitolo in relazione ai diversi criteri di tassazione per i residenti e per i non residenti, i quali vengono rispettivamente assoggettati ad imposizione in forza del principio della tassazione su base mondiale (*worldwide principle*) e su quello della tassazione nello Stato della fonte (*principle of source*), in un'ottica internazionale risulta fondamentale ripartire la potestà impositiva degli Stati al fine di evitare che si assista a fattispecie di doppia imposizione o di doppia non imposizione.

L'Action Plan si propone quindi di introdurre impattare fortemente sul sistema di imposizione internazionale, introducendo cambiamenti riguardanti norme antielusive, finalizzate a prevenire l'erosione della base imponibile, nonché intende ripristinare gli effetti e i benefici degli standard internazionali e delle convenzioni contro le doppie imposizioni, adeguandole al nuovo modo di fare impresa per effetto dello sviluppo tecnologico dei *business*.

Tuttavia è opportuno sottolineare che le misure previste nel Progetto BEPS sono in ogni caso *de iure condendo*, ossia dovranno essere recepite dai singoli Stati, i quali avranno l'onere di introdurle sia negli ordinamenti domestici che nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni, possibilmente mediante una modifica multilaterale delle Convenzioni (Action 15).

Inoltre, l'adeguamento delle norme domestiche dovrebbe comunque avvenire in armonia con le eventuali modifiche alle Convenzioni bilaterali, secondo le indicazioni delle varie *Actions* del Progetto BEPS, o in caso contrario le previsioni unilaterali dei legislatori, fondate su prelievi basati su soglie di "presenza digitale significativa", potrebbero risultare superflue. Questo perché, come sottolinea il Rapporto BEPS, tali misure domestiche potranno essere anche adottate unilateralmente o in via convenzionale, ma in ogni caso è fortemente necessario che non interferiscano con l'applicazione delle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni, che prevalgono sulle norme interne quando sono più favorevoli per il contribuente.

L'Action Plan, costituito da 15 distinte azioni, ciascuna delle quali è finalizzata a combattere un particolare aspetto dell'elusione fiscale internazionale. L'Action Plan è stato formulato nel corso del 2013 ed è stato presentato in occasione dell'incontro del G20 a Mosca, il 19 e 20 luglio 2013, a seguito della stesura, il 12 febbraio 2013, di un primo *report* concernente l'"Addressing Base Erosion And Profit Shifting". Ciò perché nel 2012 il G20 si era rivolto all'OCSE affinché analizzasse le cause e predisponesse un

set di possibili soluzioni ai fenomeni dell'erosione e dello spostamento dei profitti all'estero posti in essere da una moltitudine di imprese multinazionali, per effetto dell'incontrastabile sviluppo del settore delle telecomunicazioni e della tecnologia, che hanno indubbiamente abbattuto le barriere all'entrata e facilitato la traslazione di capitali in Stati esteri. Se da un lato il processo di globalizzazione ha incoraggiato gli investimenti diretti esteri in molti Paesi, dall'altro ha implicato l'aumento dei fenomeni di doppia imposizione e di doppia non imposizione internazionale a causa della mancata armonizzazione tra le norme fiscali domestiche dei vari Paesi. In questo contesto è emersa la necessità di estendere il fenomeno della globalizzazione anche all'ambito fiscale attraverso una normativa internazionale che supportasse la crescita economica globale dei mercati e delle imprese multinazionali. L'*Action plan* si propone in sostanza di riallineare i vari ordinamenti fiscali colmando i vuoti legislativi causati dalle loro interazioni, seppur non andando a ledere il fondamentale principio della potestà impositiva di ogni singolo Stato. L'insieme di linee guida che si proponevano di discutere tali tematiche è stato pubblicato nel settembre del 2014, per poi essere susseguito nel 2015 dal c.d. "*Final report*", cioè la versione definitiva del progetto. Il piano predisposto dal BEPS è stato condiviso dai più importanti Paesi al mondo (Regno Unito, Stati Uniti, Germania, Francia e Italia) che hanno assunto consapevolezza circa la circostanza che l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti verso i Paradisi fiscali, in cui la fiscalità è privilegiata, scaturiscono dalle asimmetrie impositive dei vari sistemi tributari nazionali, generando fenomeni di doppia imposizione e di doppia non imposizione, che le norme fiscali internazionali non sono in grado di disciplinare. Pertanto, il piano di azione individua un insieme di principi per riallineare i principi della tassazione internazionale al mutato contesto globale e ai modi di "fare impresa" delle imprese multinazionali.

Gli obiettivi del piano d'azione sono 3:

- identificare le azioni necessarie per coordinare il Progetto BEPS;
- stabilire delle scadenze per implementare tali azioni;
- identificare le risorse e le metodologie necessarie per implementarle.

Procederemo analizzando brevemente le 15 azioni previste nel Progetto BEPS, per poi concentrare l'attenzione sull'*Action 1* e sull'*Action 7*. Tra le *Action* si distinguono:

1. Action 1 “*Address the tax challenges of the digital economy*”

L’Action 1 del Progetto BEPS riguarda proprio i cambiamenti dei sistemi impositivi internazionali necessari alla luce dell’avvento dell’economia digitale. L’obiettivo del BEPS è proprio quello di introdurre idonei principi di tassazione che siano indipendenti dalla presenza di una *taxable presence*, cioè una stabile organizzazione caratterizzata dai requisiti della permanenza e della fissità, assoggettando a tassazione i redditi delle imprese multinazionali nei Paesi in cui tali società digitali sono attive; ciò scaturisce dal disallineamento tra il Paese in cui avviene la vendita dei beni o l’erogazione dei servizi, in cui si crea il valore, e quello in cui avviene la tassazione. Una possibile soluzione potrebbe essere rappresentata dall’introduzione della nozione di stabile organizzazione virtuale con presenza digitale significativa. Un’ipotesi alternativa potrebbe essere quella di suddividere i profitti di un gruppo multinazionale, assoggettandoli a tassazione nei diversi Paesi in cui le società del gruppo operano.

2. Action 2 “*Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*”

L’obiettivo dell’Action 2 è quello di assicurare unitarietà e armonia ai criteri di tassazione del reddito d’impresa a livello internazionale, mediante la previsione di clausole e raccomandazioni che possano neutralizzare l’effetto di pratiche asimmetriche ibride (*Hybrid mismatch arrangements*) come la doppia non imposizione, la doppia deduzione, il differimento a lungo termine del pagamento delle imposte.

3. Action 3 “*Design effective CFC rules*”

L’obiettivo dell’Action 3 è quello di rafforzare le regole che disciplinano il regime fiscale delle società estere controllate (*Controlled Foreign Company* o CFC) attraverso specifiche raccomandazioni.

4. Action 4 “*Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments*”

L’obiettivo dell’Action 4 è quello di prevedere delle raccomandazioni riguardanti le *best practices* che delineino principi volti a prevenire i fenomeni di erosione della base imponibile mediante la deduzione degli interessi passivi e di altri oneri relativi ad operazioni di *intercompany loan agreement*.

5. Action 5 “Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance”

L’obiettivo dell’Action 5 è quello di eliminare le pratiche fiscali elusive tentando di aumentare la trasparenza, privilegiando la reale sostanza economica delle transazioni attraverso metodi condivisibili che determinino degli standard minimi da rispettare se si vuole usufruire dei regimi fiscali agevolativi, implementando un monitoraggio continuo e incentivando lo scambio spontaneo d’informazioni tra le Amministrazioni fiscali.

6. Action 6 “Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances”

L’obiettivo dell’Action 6 è quello di prevenire l’abuso delle Convenzioni contro le doppie imposizioni, riallineando le norme domestiche ai principi internazionali per impedire che le imprese godano di indebiti benefici. In particolare, l’Action 6 definisce delle linee guida per evitare il c.d. *treaty shopping*, fenomeno a cui si assiste quando un soggetto non residente in nessuno dei due Stati contraenti tenta comunque di ottenere i benefici fiscali derivanti dall’accordo, mediante costruzioni artificiali nel territorio di uno dei due Stati, cioè società fittizie con un profilo sostanziale inconsistente (c.d. “*letterboxes*”, “*shell company*” o “*conduits*”).

7. Action 7 “Prevent the artificial avoidance of PE status”

L’Action 7 del Progetto BEPS mira a prevenire che si verifichino fenomeni di l’elusione artificiale della fattispecie di stabile organizzazione, attuata mediante accordi su commessa, *splitting-up* dei contratti e strategie simili che conducono al medesimo risultato. ^[1]_{SEP}

L’OCSE ha predisposto 3 Action, le numero 8, 9 e 10, per procedere a revisionare la disciplina sui prezzi di trasferimento (*transfer pricing*) alla luce della tendenza delle imprese multinazionali di allocare i profitti in Paesi diversi da quelli in l’attività economica è concretamente svolta, attraverso una inappropriata allocazione di rischi, degli asset intangibili e dei capitali. Emerge pertanto la necessità di prevedere adeguati

principi per garantire un'equa allocazione dei profitti nei Paesi in cui viene creato il valore.

8. Action 8 “*Aligning transfer pricing outcomes with value creation*”

L'obiettivo dell'Action 8 è quello di introdurre delle regole volte a prevenire la pratica dell'erosione della base imponibile e del trasferimento dei profitti mediante il trasferimento dei beni immateriali tra i membri del gruppo. Insieme alle due Action successive, l'Action 8 si propone di migliorare le regole di *transfer pricing* a cui sono assoggettate le imprese multinazionali, affinché avvenga un'allocazione e una tassazione corretta dei profitti sulla base delle attività economiche da cui derivano.

9. Action 9 *Aligning transfer pricing outcomes with value creation*”

L'Action 9 concerne l'adozione di previsioni *ad hoc* sulla deducibilità delle spese finanziarie, sulle modalità di trasferimento dei rischi e sull'allocazione del capitale tra i membri del gruppo con lo scopo di garantire la corretta attribuzione dei ritorni economici agli effettivi beneficiari.

10. Action 10 “*Aligning transfer pricing outcomes with value creation*”

L'Action 10 pone il proprio *focus* sulle aree di elevata rischiosità rispetto alle quali potrebbero essere facilitati i fenomeni di erosione della base imponibile, ad esempio realizzando strategie fittizie come l'incremento infondato dei costi di gestione rispetto alla dimensione reale.

11. Action 11 “*Measuring and monitoring BEPS*”

L'Action 11 individua un insieme adeguato di indicatori che misurano gli effetti fiscali del Progetto BEPS ed è contemplata per verificare i dati e i risultati conseguiti attraverso l'Action Plan in modo tale da elaborare tempestivamente le conseguenti raccomandazioni.

12. Action 12 “*Mandatory disclosure rules*”

L'Action 12 riguarda le metodologie usate per venire a conoscenza di fenomeni di pianificazione aggressiva posti in essere dalle imprese multinazionali.

L'obiettivo primario è quello di aumentare la trasparenza del sistema e fornire alle Amministrazioni fiscali di raccogliere tempestivamente le informazioni.

13. Action 13 “Transfer pricing documentation and Country-by-Country reporting”

L'obiettivo dell'Action 13 del progetto BEPS è quello di Migliorare la trasparenza per le amministrazioni fiscali e rafforzare la certezza e la prevedibilità per i contribuenti attraverso il miglioramento della documentazione dei prezzi di trasferimento e un modello per paese per paese dichiarante.

14. Action 14 “Making dispute resolution mechanism more effective”

L'Action 14 si propone di introdurre meccanismi efficaci che facilitino la risoluzione delle controversie, apportando modifiche al Modello di Convenzione OCSE in modo tale da far venir meno le incertezze interpretative che ostacolano l'attivazione di procedure amichevoli delle controversie fiscali (c.d. *Mutual agreement procedure*).

15. Action 15 “Developing a multilateral instrument to modify bilateral tax treaties”

L'obiettivo dell'Action 15 è quello di analizzare le norme fiscali internazionali, relative allo sviluppo di uno strumento multilaterale che consenta alle giurisdizioni interessate l'implementazione delle linee guida previste dal BEPS. Consente quindi di evitare di dover sottoscrivere trattati bilaterali, al fine di favorire una maggiore uniformità e armonia delle norme fiscali internazionali e rimanere al passo con i repentini cambiamenti del contesto economico.

I Paesi dell'Unione Europea hanno accolto favorevolmente i principi delineati nel Progetto BEPS nel tentativo di individuare adeguate soluzioni ai fenomeni erosivi della base imponibili e alle politiche fiscali aggressive.^[1] Alcune previsioni contenute nelle diverse Action sono immediatamente applicabili mentre per altre è necessario apportare delle modifiche alle normative nazionali e ai trattati bilaterali. La fiscalità continua a fondarsi sulla potestà impositiva nazionale, ma è innegabile la necessità di prevedere accordi tra Stati che limitino i fenomeni elusivi ed evasivi.

2.4.2 L'Action 1 del Progetto BEPS: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy

Il dibattito internazionale circa l'effetto della *digital economy* sui modelli di business delle imprese e, di conseguenza, sulla necessità di adeguare le norme fiscali per evitare che le imprese multinazionali pongano in essere fenomeni di *aggressive tax planning* sfruttando le lacune normative che scaturiscono da una mancata armonizzazione delle legislazioni nazionali, è particolarmente acceso. I vertici politici, i mass-media e le società civili dei Paesi industrializzati di tutto il mondo, hanno ribadito spesso una sempre più crescente preoccupazione riguardo l'inadeguatezza delle regole fiscali vigenti per tassare i redditi delle imprese multinazionali, che utilizzano in modo sempre più massiccio i vuoti normativi determinati dall'interazione dei differenti ordinamenti per ridurre il reddito imponibile o per effettuare lo spostamento dei profitti in Paesi a fiscalità privilegiata, nei quali vengono costituite società fittizie in cui viene concretamente svolta solo una minima parte dell'attività economica.¹³⁷

Non è un caso che l'OCSE abbia deciso di dedicare proprio la prima delle 15 azioni del Progetto BEPS alla discussione delle problematiche fiscali riguardanti l'economia digitale. Sin dalle prime pagine dell'Action 1 del BEPS, si rileva come l'economia digitale stia sempre più diventando l'economia stessa, per cui sarebbe difficile, se non impossibile, isolare l'economia digitale dal resto dell'economia dal punto di vista fiscale.¹³⁸

La prima questione che l'Action 1 affronta, concerne proprio necessità di aggiornare la definizione di stabile organizzazione alla luce delle innovazioni apportate dall'era digitale al mondo dell'economia, domandandosi se sussistono le condizioni per introdurre, oltre alla definizione di "significativa presenza fisica" nel territorio dello Stato, anche quella di "significativa presenza digitale", sicuramente più allineata con il nuovo modo di fare business.

¹³⁷ Nell'introduzione all'Action 1 si legge "*Political leaders, media outlets, and civil society around the world have expressed growing concern about tax planning by multinational enterprises (MNEs) that makes use of gaps in the interaction of different tax systems to artificially reduce taxable income or shift profits to low-tax jurisdictions in which little or no economic activity is performed. In response to this concern, and at the request of the G20, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) published an Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS Action Plan, OECD, 2013) in July 2013. Action 1 of the BEPS Action Plan calls for work to address the tax challenges of the digital economy*".

¹³⁸ Nell'introduzione all'Action 1 si legge "*Because the digital economy is increasingly becoming the economy itself, it would be difficult, if not impossible, to ring-fence the digital economy from the rest of the economy for tax purposes*".

Come più volte ribadito un'impresa deve versare le imposte dirette nel Paese in cui è residente ai fini fiscali (art. 2 comma 2 del TUIR) salvo che non eserciti la propria attività all'estero tramite una sede fissa di affari che integri i presupposti della stabile organizzazione. Pertanto, il presupposto necessario affinché sussista una stabile organizzazione in un determinato Paese è costituito dall'esistenza di un collegamento dell'impresa con suddetto territorio; tale collegamento territoriale giustifica la tassazione dei redditi di impresa prodotti tramite la stabile organizzazione nello Stato della fonte. Individuare un collegamento territoriale per le imprese digitalizzate risulta essere un'impresa ostica proprio in considerazione del fatto che non sussiste una presenza fisica sul territorio dello Stato, in quanto tali imprese esercitano la loro attività per lo più in modalità remota, attraverso l'utilizzo di una rete internet.

Le attuali norme fiscali, devono essere aggiornate al fine di individuare un valido criterio per assoggettare a tassazione i redditi delle imprese multinazionali nel territorio in cui sono concretamente svolte le attività economiche da cui promanano e devono essere in grado di quantificare esattamente suddetti redditi.

È proprio l'Action 1 a introdurre il concetto di "presenza economica significativa", ritenuta sussistente qualora siano presenti determinate condizioni relative ai ricavi, ai fattori digitali (c.d. *digital factor*) e ad ulteriori fattori che dipendono dal contributo degli utenti digitali (c.d. *user-based factor*).

Il conseguimento di ricavi tramite piattaforme digitali, si considera fiscalmente rilevante da clienti esteri qualora eccedano un ammontare determinato. In ogni caso, il criterio di collegamento con detto Stato è ravvisabile solo se le Amministrazioni finanziarie sono in grado di identificare e misurare le vendite a distanza.

Con il termine *digital factor* si fa riferimento possibilità di far riferimento, ad esempio, all'attivazione di un nome a dominio, di una piattaforma digitale o all'impiego di strumenti di pagamento locali. Infine, per gli *user-based factor* si intende ogni elemento connesso alla localizzazione degli utenti finali attivi, il luogo di conclusione di contratti on-line o di raccolta dei dati.¹³⁹

I documenti dell'OCSE riguardanti la tassazione dell'economia digitale (*Public Discussion Draft – BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy; Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/G20 BEPS*) hanno accuratamente descritto i *trend* registrati negli ultimi anni nel

¹³⁹ M. Leo, *Quale tassazione per l'economia digitale*, in "il fisco" n. 21 del 2018, pag. 1-2007.

settore *dell'Information Technology*, individuando i conseguenti effetti sui modelli di business delle imprese multinazionali.¹⁴⁰ In particolare, le considerazioni dell'OCSE si fondano sulle c.d. *key features* dell'economia digitale, cioè le caratteristiche intrinseche specifiche che non possono non essere rilevate in ambito fiscale e con le quali si sono scontrati i legislatori fiscali. Indubbiamente tra tali caratteristiche rientra la “mobilità”, che è propria non solo dei beni che solitamente costituiscono l'oggetto delle transazioni digitali (c.d. beni *intangibles*), ma è anche relativa agli attori stessi che partecipano alle operazioni (c.d. *users*) e alla localizzazione delle funzioni dei diversi attori in gioco (l'innovazione tecnologica delle comunicazioni ha di fatto reso possibile un ampio spaccettamento delle funzioni operative dell'impresa permettendone la loro collocazione anche all'interno di diversi Stati).¹⁴¹ Altra caratteristica rilevata dall'OCSE è la “volatilità” delle imprese che l'economia digitale ha generato. Infatti, le innovazioni tecnologiche hanno consentito alle imprese di dotarsi di strutture dei costi molto più flessibili e hanno abbattuto le barriere all'ingresso di mercati; ciò consente alle imprese di passare da una fase di *start-up* al raggiungimento di una posizione dominante nel settore in tempi così brevi da rendere spesso difficoltosa la loro esatta localizzazione. La facilità con cui le imprese possono ripartire le funzioni i rischi e gli *assets* nel territorio di diversi Paesi rende complesso il verificarsi dei presupposti che integrano la nozione di stabile organizzazione “classica”, la cui caratteristica è essenzialmente incentrata sulla presenza fisica. Inoltre anche qualora si riuscisse a collegare l'impresa con un determinato territorio, integrando i presupposti della stabile organizzazione, si porrebbe il problema di imputare a tale eventuale stabile organizzazione il corretto reddito imponibile. È per questi motivi che l'Action 1 del Progetto BEPS ha valutato l'ipotesi di introdurre una nuova nozione di stabile organizzazione “virtuale”, collegandola alla “significativa presenza digitale”, piuttosto che alla significativa presenza fisica di un'impresa all'interno del territorio di uno Stato. Naturalmente, la decisione di introdurre in via ufficiale il concetto di “significativa presenza digitale” all'interno delle Convenzioni

¹⁴⁰ Nell'introduzione all'Action 1 si legge “*The digital economy and its business models present however some key features which are potentially relevant from a tax perspective. These features include mobility, reliance on data, network effects, the spread of multisided business models, a tendency toward monopoly or oligopoly and volatility. The types of business models include several varieties of e-commerce, app stores, online advertising, cloud computing, participative networked platforms, high speed trading, and online payment services. The digital economy has also accelerated and changed the spread of global value chains in which MNEs integrate their worldwide operations.*”

¹⁴¹ S. Mayr, B. Santacroce, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA Manuali, II Edizione 2016, p. 220.

vigenti, presuppone ovviamente la previa soluzione di alcune problematiche operative. Inoltre non si può non considerare l'impatto che avrebbe sugli equilibri che nel tempo si sono lentamente creati nella ripartizione del reddito d'impresa tra Stato fonte e Stato di residenza. È innegabile che il concetto di significativa presenza digitale favorirebbe lo Stato della fonte in termini di gettito fiscale e comporterebbe anche un rischio di sovrapposizione con i criteri che, ai fini delle imposte indirette, regolamentano il luogo della tassazione.

Volendo considerare cosa comporterebbe in termini pratici l'introduzione del concetto di "significativa presenza digitale" bisogna innanzitutto domandarsi se la presenza digitale può essere ritenuta sussistente qualora si accerti che contenuti digitali di una impresa (sito Internet, informazioni, beni o servizi) siano accessibili ad un utente localizzato in uno Stato diverso da quello in cui l'impresa stessa risiede fiscalmente. Ancora superiore è la difficoltà a quantificare tale presenza al fine di comprendere quando questa sia tale da potersi qualificare come "significativa". Diverse sono state a tal proposito le potenziali soluzioni proposte in sede OCSE:

- l'individuazione di un significativo numero di contratti stipulati con utenti residenti fiscalmente nello Stato in cui sono destinati i beni/servizi digitali;
- l'utilizzazione di beni o servizi forniti dall'impresa prevalentemente all'interno di uno Stato diverso rispetto a quello in cui risiede fiscalmente;
- il significativo ammontare dei pagamenti in favore dell'impresa da parte di consumatori presenti in altro Stato rispetto a quello in cui l'impresa risiede fiscalmente;
- la presenza all'interno dello Stato di destinazione di una struttura connessa con l'impresa estera che, sebbene non sia configurabile come una stabile organizzazione materiale, svolga essenzialmente attività di promozione dei beni forniti da quest'ultima;
- la raccolta regolare e sistematica da parte dell'impresa estera di dati relativi ad utenti fiscalmente residenti nell'altro Stato.¹⁴²

¹⁴² S. Mayr, B. Santacroce, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA Manuali, II Edizione 2016, p. 223.

Infatti, nell'introduzione del *Public Discussion Draft* dell'Action 1, l'OCSE ha individuato quelle che saranno le attività da implementare in relazione all'economia digitale, così come delineate anche nel Final Report della medesima Action 1, affermando *«Identificare le principali difficoltà che l'economia digitale pone per l'applicazione delle norme fiscali internazionali esistenti e sviluppare opzioni dettagliate per affrontare queste difficoltà, prendendo un approccio olistico e considerando la tassazione diretta e indiretta. Le questioni da prendere in esame si configurano, sebbene non siano in queste circoscritte, nella capacità di una società di avere una presenza digitale significativa per l'economia di un altro Paese senza essere assoggettata ad imposta a causa della mancanza di nesso sotto le vigenti norme internazionali, l'attribuzione di valore creato dalla localizzazione commerciale di data rilevanti attraverso l'utilizzo di prodotti e servizi digitali, la caratterizzazione del reddito derivante da nuovi modelli di business, l'applicazione delle regole relative alla fonte, e come garantire l'effettiva riscossione dell'IVA / GST rispetto alle transazioni cross-border di beni e servizi digitali. Tale lavoro richiederà un'analisi approfondita dei diversi modelli di business in questo settore»*.¹⁴³

Nella riunione tra i leader del G20, avvenuta a San Pietroburgo il 5 e il 6 settembre 2013, questi hanno pienamente accolto tutti gli obiettivi prefissati con l'Action Plan del progetto BEPS, rilasciando la seguente dichiarazione relativa al BEPS: *“in un contesto di grave consolidamento fiscale e disagio sociale, in molti Paesi assicurare che tutti i contribuenti paghino la loro giusta quota di tasse è più che mai una priorità. L'evasione fiscale, le pratiche nocive e la pianificazione fiscale aggressiva devono essere affrontati. La crescita dell'economia digitale pone anche sfide per l'imposizione internazionale. Noi approviamo pienamente il piano d'azione ambizioso e globale – originato dall'OCSE – volto ad affrontare l'erosione della base imponibile e del profitto, spostando con vari meccanismi volti ad arricchire il Piano nel modo più appropriato. Accogliamo con favore*

¹⁴³ Nell'Action 1 si legge *“Address the tax challenges of the digital economy Identify the main difficulties that the digital economy poses for the application of existing international tax rules and develop detailed options to address these difficulties, taking a holistic approach and considering both direct and indirect taxation. Issues to be examined include, but are not limited to, the ability of a company to have a significant digital presence in the economy of another country without being liable to taxation due to the lack of nexus under current international rules, the attribution of value created from the generation of marketable location relevant data through the use of digital products and services, the characterisation of income derived from new business models, the application of related source rules, and how to ensure the effective collection of VAT/GST with respect to the cross-border supply of digital goods and services. Such work will require a thorough analysis of the various business models in this sector”*.

*l'istituzione del Progetto G20/OCSE BEPS e incoraggiamo tutti i Paesi interessati a partecipare. I profitti dovrebbero essere tassati dove sono svolte le attività economiche da cui essi derivano e dove si crea valore [...]”.*¹⁴⁴

Al fine di individuare i problemi chiave dell'economia digitale a livello europeo e presentare una serie di possibili soluzioni per contrastare i fenomeni di profit shifting, è stato nominato un gruppo di esperti che costituiscono la c.d. “*Task Force on the Digital Economy*” (TFDEU), un organo sussidiario del *Committee on Fiscal Affairs* (CFA – Commissione per gli affari fiscali), a cui i Paesi del G20 non aderenti all'OCSE partecipano in qualità di associati in condizione di parità con i Paesi membri dell'OCSE. La *Task Force* è stata fondata nel settembre del 2013 affinché predisponesse un rapporto riguardante le rilevanti questioni che erano sollevate in merito all'economia digitale, e quindi proporre possibili soluzioni a partire da settembre 2014.¹⁴⁵ La *Task Force* si è prima di tutto confrontata con le parti interessate, proponendo diversi progetti alle imprese, alle società civili, al mondo accademico e ai Paesi in via di sviluppo. La prima riunione della *Task Force* si è svolta dal 29 al 31 ottobre del 2013, durante la quale si è discusso dei punti chiave del lavoro, ascoltando il parere di esperti in materia di economia digitale. La *Task Force* ha riconosciuto l'importanza del lavoro svolto in passato su tale argomento, considerandolo quale punto di partenza rispetto al quale implementare azioni ancora più efficienti. In particolare, la *Task Force* ha evidenziato e discusso dei risultati a cui si era giunti nella Conferenza Ministeriale di Ottawa sul commercio elettronico del 1998, in cui i ministri hanno accolto con favore la relazione denominata “*Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions*”, la quale individua una serie di principi rispetto ai quali dovrebbe risultare conforme ogni nuova misura adottata in ambito fiscale.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Nella dichiarazione dei leader del G20 si legge “*In a context of severe fiscal consolidation and social hardship, in many countries ensuring that all taxpayers pay their fair share of taxes is more than ever a priority. Tax avoidance, harmful practices and aggressive tax planning have to be tackled. The growth of the digital economy also poses challenges for international taxation. We fully endorse the ambitious and comprehensive Action Plan – originated in the OECD – aimed at addressing base erosion and profit shifting with mechanism to enrich the Plan as appropriate. We welcome the establishment of the G20/OECD BEPS project and we encourage all interested countries to participate. Profits should be taxed where economic activities deriving the profits are performed and where value is created [...] (G20, 2013) ”.*

¹⁴⁵ Nell'Action 1 si legge “*The Task Force on the Digital Economy (TFDE), a subsidiary body of the Committee on Fiscal Affairs (CFA) was established in September 2013 to carry out the work, with the aim of developing a report identifying issues raised by the digital economy and possible actions to address them by September 2014 ”.*

In particolare, in base a quanto riportato nella Box 1.1 nell'Action 1 del progetto BEPS, i principi elaborati ad Ottawa da osservare in sede di elaborazione di una norma fiscale sono:

- Neutralità: l'imposizione fiscale deve sempre risultare neutrale tra le forme di commercio elettronico e le forme di commercio convenzionale; in altri termini, le decisioni economiche devono prescindere da ragioni fiscali;
- Efficienza: l'imposizione fiscale deve essere tale da minimizzare i costi necessari per la sua attuazione ed osservanza;
- Certezza e semplicità: la regolamentazione delle forme di imposizione deve essere facilmente comprensibile da parte dei contribuenti in modo da tale da consentire che possano applicare correttamente le norme e sapere ex ante quali saranno le conseguenze, in termini fiscali, di una determinata operazione;
- Effettività ed equità: l'imposizione fiscale deve garantire una tassazione nella giusta misura e deve essere tale da assicurare l'effettivo prelievo in capo a ciascun contribuente;
- Flessibilità: l'imposizione fiscale deve essere tale da potersi adattare ai possibili mutamenti che possano interessare il mondo dell'economia.

Box 1.1. Ottawa Taxation Framework Conditions – Principles

Neutrality: Taxation should seek to be neutral and equitable between forms of electronic commerce and between conventional and electronic forms of commerce. Business decisions should be motivated by economic rather than tax considerations. Taxpayers in similar situations carrying out similar transactions should be subject to similar levels of taxation.

Efficiency: Compliance costs for taxpayers and administrative costs for the tax authorities should be minimised as far as possible.

Certainty and Simplicity: The tax rules should be clear and simple to understand so that taxpayers can anticipate the tax consequences in advance of a transaction, including knowing when, where and how the tax is to be accounted.

Effectiveness and Fairness: Taxation should produce the right amount of tax at the right time. The potential for tax evasion and avoidance should be minimised while keeping counteracting measures proportionate to the risks involved.

Flexibility: The systems for taxation should be flexible and dynamic to ensure that they keep pace with technological and commercial developments.

La Task Force ha ritenuto validi tali principi, tanto da affermare che, se integrati adeguatamente alla luce dei fenomeni che scaturiscono dall'economia digitale, essi possono costituire una valida base per elaborare un piano per contrastarli. Ciò nonostante, l'OCSE ha ritenuto che la *digital economy* non abbia sostanzialmente prodotto nuove e specifiche problematiche in termini di erosione della base imponibile e spostamento degli utili, ma abbia in realtà solamente esasperato le modalità attraverso le quali le imprese realizzano i loro intenti evasivi mediante la riduzione della loro presenza fisica nello Stato di destinazione dei beni o servizi affinché non si configuri una presenza significativa ai fini fiscali. In particolare, a questo obiettivo si giunge massimizzando le deduzioni in capo all'impresa situata nel territorio in cui la fiscalità è più elevata, sfruttando le Convenzioni per evitare ritenute relative ai pagamenti effettuati da Stati ad elevata tassazione verso Stati a bassa fiscalità e, infine, suddividendo le funzioni della catena del valore tra i diversi soggetti che intervengono nelle transazioni con l'obiettivo di ridurre l'onere tributario negli Stati in cui operano. In considerazione del fatto che la *digital economy* non ha fatto altro che acuire queste problematiche, i principi esposti hanno assunto in sede OCSE natura facoltativa, nella speranza che le ulteriori azioni introdotti nell'ambito del Progetto BEPS producano gli effetti sperati e mitighino le problematiche connesse all'economia digitale.

Ulteriore oggetto di dibattito concerneva l'attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni e, in particolare, il focus è stato posto sul concetto di sede della direzione e sull'efficacia delle norme dei Trattati nel contesto dell'e-commerce ai fini della corretta attribuzione dei profitti alla *branch*.

In considerazione dell'importanza del contributo fornito dalle parti interessate, cioè le Amministrazioni fiscali degli Stati aderenti al BEPS, l'OCSE ha emesso il 22 novembre del 2013 una richiesta pubblica di contributi, i quali sono stati posti all'ordine del giorno nella seconda riunione della Task Force a febbraio 2014. In particolare, la Task Force ha discusso circa la repentina evoluzione dell'economia digitale e riguardo alle sue caratteristiche chiave, andando a individuare le relative sfide da affrontare in ambito fiscale in un *Public discussion draft*; in particolare il *Public discussion Draft* ha esaminato l'evoluzione e gli effetti economici delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (c.d. ICT) che hanno portato alla nascita di nuovi modelli di business adottati dalle imprese dell'*Industry 4.0*.

All'elevato valore simbolico del rapporto non corrisponde però un contenuto programmatico altrettanto significativo. Il rapporto svolge infatti un'approfondita analisi delle problematiche fiscali scaturite dall'economia digitale e individua le principali sfide da affrontare per adeguare i sistemi fiscali tradizionali alla new economy. Ciò nonostante in sostanza l'Action 1 conclude che è ancora opportuno prevedere una disciplina specifica per la tassazione dell'economia digitale. Sarebbe sufficiente, a tal fine attuare le varie Action plans previste dal Progetto BEPS.

Gli esiti dell'Action 1 sono quindi confluiti nelle conclusioni delle altre Actions:

- l'Action 7 apporta modifiche alla nozione di stabile organizzazione e, in particolare, alla definizione di attività “preparatorie o ausiliarie”, introduce l'anti fragmentation per impedire lo *splitting up* dei contratti; tutte queste misure sono volte a limitare la possibilità di organizzare le attività d'impresa in modo tale che non si configuri una stabile organizzazione nei Paesi di sbocco.
- L'Action 8, in materia di prezzi di trasferimento, raccomanda di focalizzarsi, piuttosto che sulla proprietà legale dei beni immateriali nell'attribuzione degli utili, sulla proprietà economica, che si radica nel luogo di effettivo svolgimento dell'attività di creazione del valore;
- L'Action 3, in materia di CFC, si occupa di rivedere il regime fiscale delle *controlled foreign corporations* per minimizzare la possibilità di accumulo di profitti in Stati o territori con regime fiscale privilegiato, qualora non siano ivi situate reali attività economiche.

Si tratta comunque di misure che dovranno essere recepite dai singoli Stati mediante l'introduzione di norme *ad hoc* negli ordinamenti e/o nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni, eventualmente facendo ricorso allo strumento multilaterale di modifica delle Convenzioni (Action 15).

2.4.3 L'Action 7 del Progetto BEPS: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*

Ad ottobre del 2015 l'OCSE ha pubblicato il *Final Report* dell'Action 7 del BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) concernente le modifiche all'art. 5 del Modello OCSE che

disciplina la stabile organizzazione. A questo risultato si è giunti a seguito della pubblicazione di due *Discussion Draft* con cui sono stati sollecitati gli studiosi di diritto internazionale e i rappresentanti dei Governi.

L'obiettivo che l'OCSE si proponeva di raggiungere mediante la predisposizione dell'Action 7 era quella di modificare la definizione di stabile organizzazione presente nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni, in quanto non ritenuta idonea, alla luce dell'avvento della *digital economy*, ad assicurare una "*fair allocation of taxing rights of business profits*".¹⁴⁷

Nonostante si sia ampiamente parlato delle seguenti tematiche, è opportuno porre ulteriori approfondimenti in merito alle modifiche alla definizione di stabile organizzazione a seguito dell'Action 7 del Progetto BEPS e del relativo recepimento per effetto della Legge di bilancio 2018. Le modifiche all'art. 5 del Modello OCSE sono molteplici e hanno riguardato diversi aspetti.

Innanzitutto, l'Action 7 dell'OCSE si è occupata di novellare la formulazione dell'art. 5 del Modello OCSE con particolare riferimento alla "stabile organizzazione personale" poiché la versione previgente dell'art. 5 ha consentito che sfuggisse al "tipo" della stabile organizzazione personale la figura del commissionario, pure in presenza di un agente che avrebbe concretamente contribuito alla regolare conclusione di contratti con i clienti dell'impresa non residente. Il focus è stato posto sulla locuzione "conclusione dei contratti" ai fini della sussistenza della stabile organizzazione personale (c.d. *Artificial Avoidance of PE status through commissionaire arrangements and similar strategies*). Tale intervento è scaturito dalla constatazione che negli ultimi anni la tematica del "commissionario" è stata oggetto di molti contenziosi, a causa delle frequenti contestazioni delle Autorità fiscali circa la configurabilità, nel territorio dello Stato di una stabile organizzazione personale.

¹⁴⁷ Nell'Action 7 del Progetto BEPS si legge: "*The definition of permanent establishment (PE) must be updated to prevent abuses. In many countries, the interpretation of the treaty rules on agency-PE allows contracts for the sale of goods belonging to a foreign enterprise to be negotiated and concluded in a country by the sales force of a local subsidiary of that foreign country without the profits from these sales being taxable to the same extent as they would be if the sales were made by the distributor. In many cases, this had led enterprises to replace arrangements under which the local subsidiary traditionally acted as a distributor by 'commissionaire arrangements' with a resulting shift of profits out of the country where the sales take place without a substantive change in the functions performed in that country. Similarly, MNEs may artificially fragment their operations among multiple group entities to qualify for the exceptions to PE status for preparatory and ancillary activities*".

Prima che l'Action 7 intervenisse non era mai stata chiara la posizione del "commissionario" rispetto alla locuzione "*conclude contracts in the name of the enterprise*", utilizzata nell'art. 5 del Modello OCSE e nelle Convenzioni. La questione muove, dal dibattito circa il vincolo "giuridico" o "economico" che dovrebbe legare l'impresa estera ed il suo intermediario per ritenere integrata l'ipotesi della c.d. stabile organizzazione personale. L'interpretazione della locuzione "*conclude contracts in the name of the enterprise*" si declinava diversamente a seconda dell'origine dei soggetti che erano chiamati ad analizzare la norma. Infatti, nei Paesi c.d. *common law*, risulta sempre integrata la fattispecie della stabile organizzazione personale ad eccezione dell'ipotesi in cui l'agente sia indipendente dall'impresa non residente; in sostanza, nei paesi *common law* è irrilevante che la rappresentanza sia diretta o indiretta, motivo per cui qualora venisse instaurato un rapporto di agenzia, l'agente vincolerebbe sempre giuridicamente il proprio mandante.

Al contrario, nei c.d. Paesi *civil law*, come l'Italia, la "spendita del nome" è legata al potere di rappresentanza, "diretta" o "indiretta", e con essa al rapporto giuridicamente vincolante che lega il soggetto terzo contraente al mandante. Pertanto, per un interprete *civil law* affinché l'agente vincoli giuridicamente il proprio mandante deve necessariamente spenderne il nome, cioè deve agire "in nome e per conto" del proprio *principal*.

Con l'Action 7 si è inteso chiarire la corretta interpretazione dei paragrafi 5 e 6 dell'art.5 del Modello OCSE:

- da un lato, il paragrafo 5 del Modello OCSE individua la sussistenza della stabile organizzazione personale qualora l'impresa non residente agisca per il tramite di un agente che conclude in maniera abituale "contratti in nome dell'impresa", fatte salve le attività di carattere ausiliario;
- dall'altro lato, il paragrafo 6 pone un'eccezione affermando che non sono da intendersi verificati i presupposti affinché si configuri nel territorio dello Stato una stabile organizzazione personale, se l'agente gode di uno status di indipendenza ed agisce nell'ambito della propria ordinaria attività.

Pertanto, è stato chiarito che può sussistere una stabile organizzazione personale indipendentemente dal fatto che suddetti contratti siano conclusi dall'agente in nome dell'impresa non residente, allorquando tale agente svolga un ruolo decisivo nella

conclusione dei contratti, i quali vengono poi sistematicamente perfezionati da parte dell'impresa estera senza sostanziali modifiche. Infatti, il nuovo testo del paragrafo 5 dell'art. 5 parla di *"the principal role leading to the conclusion of contracts"*.

Per comprendere la presenza o meno di questa fattispecie occorrerà indagare nelle formule contrattuali che vengono proposte e, in particolare, nelle modalità di remunerazione del commissionario. Un adeguato indicatore del ruolo decisivo dell'agente nella conclusione dei contratti è sicuramente rappresentato dalla circostanza che il suo compenso sia proporzionale al fatturato dell'impresa estera.¹⁴⁸ Di contro, dovranno essere escluse dalla possibilità di integrare l'ipotesi di stabile organizzazione le attività di *advertising* e le altre attività promozionali.¹⁴⁹ Allo stesso modo, l'OCSE ha precisato che la mera partecipazione dell'agente nella fase di trattative non integra la condizione di avere svolto un ruolo determinante nella conclusione dei contratti.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Dal paragrafo 32.6 del Final Report si legge: *"The following is another example that illustrates the application of paragraph 5. RCO, a company resident of State R, distributes various products and services worldwide through its websites. SCO, a company resident of State S, is a wholly-owned subsidiary of RCO. SCO's employees send emails, make telephone calls to, or visit large organisations in order to convince them to buy RCO's products and services and are therefore responsible for large accounts in State S; SCO's employees, whose remuneration is partially based on the revenues derived by RCO from the holders of these accounts, use their relationship building skills to try to anticipate the needs of these account holders and to convince them to acquire the products and services offered by RCO. When one of these account holders is persuaded by an employee of SCO to purchase a given quantity of goods or services, the employee indicates the price that will be payable for that quantity, indicates that a contract must be concluded online with RCO before the goods or services can be provided by RCO and explains the standard terms of RCO's contracts, including the fixed price structure used by RCO, which the employee is not authorised to modify. The account holder subsequently concludes that contract online for the quantity discussed with SCO's employee and in accordance with the price structure presented by that employee. In this example, SCO's employees play the principal role leading to the conclusion of the contract between the account holder and RCO and such contracts are routinely concluded without material modification by the enterprise. The fact that SCO's employees cannot vary the terms of the contracts does not mean that the conclusion of the contracts is not the direct result of the activities that they perform on behalf of the enterprise, convincing the account holder to accept these standard terms being the crucial element leading to the conclusion of the contracts between the account holder and RCO"*.

¹⁴⁹ B. Ferroni, *Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la "continuativa presenza economica"*, in *"il fisco"* n. 7 del 2018, pag. 1-632.

¹⁵⁰ Il paragrafo 33 riformulato dal Final Report afferma: *"The requirement that an agent must "habitually" conclude contracts or play the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise reflects the underlying principle in Article 5 that the presence which an enterprise maintains in a Contracting State should be more than merely transitory if the enterprise is to be regarded as maintaining a permanent establishment, and thus a taxable presence, in that State. The extent and frequency of activity necessary to conclude that the agent is habitually concluding contracts or playing the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise will depend on the nature of the contracts and the business of the principal. It is not possible to lay down a precise frequency test. Nonetheless, the same sorts of factors considered in paragraph 6 would be relevant in making that determination"*.

L'Action 7 propone si è anche occupata di modificare il concetto di agente indipendente di cui all'art. 5, comma 6 dell'art. 5 del Modello OCSE, rendendo più stringenti i presupposti per la sussistenza del requisito dell'indipendenza dell'agente, il quale, se integrato farebbe venire meno la "stabile organizzazione personale".¹⁵¹

A questi particolari fini, l'indipendenza dell'intermediario andrebbe apprezzata, sia sotto dal punto di vista giuridico, sia prendendo in considerazione il profilo "economico": tanto più è elevato il numero di committenti, tanto più è probabile che effettivamente l'agente sia indipendente economicamente. Tuttavia, tale fattore non è di per sé sufficiente a far desumere l'indipendenza economica dell'agente essendo rilevanti anche le caratteristiche dell'attività svolta dall'agente e i conseguenti rischi assunti. Ad esempio, la previsione di una remunerazione prefissata o la garanzia concessa dal preponente, della copertura delle eventuali perdite sofferte dall'intermediario sono indicatori della mancanza di indipendenza dell'intermediario.

Al contrario, non è un'ipotesi utopistica che l'agente, all'inizio della propria carriera, cominci a lavorare per una sola impresa e non è chiaro perché automaticamente si debba ritenere che tale soggetto integri i presupposti della stabili organizzazione personale dell'impresa estera. Infatti nella prima bozza di *Discussion Draft* era stato previsto che l'agente si dovesse qualificare come dipendente dall'impresa estera qualora avesse operato esclusivamente per un solo *principal* o per le imprese di un medesimo gruppo, successivamente il *Final Report* dell'OCSE ha modificato tale impostazione, limitandosi a prevedere che tale circostanza è considerato un indicatore sufficiente affinché venga meno l'indipendenza (il nuovo paragrafo 6 dell'art.5 del Modello OCSE parla per l'appunto di "*enterprises to which is closely related*").

¹⁵¹ Action 7 – prevent the artificial avoidance of PE status, p. 16, testo del comma 6 proposto: "*a) Paragraph 5 shall not apply where the person acting in a Contracting State on behalf of an enterprise of the other Contracting State carries on business in the first-mentioned State as an independent agent and acts for the enterprise in the ordinary course of that business. Where, however, a person acts exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is closely related, that person shall not be considered to be an independent agent within the meaning of this paragraph with respect to any such enterprise. b) For the purposes of this Article, a person is closely related to an enterprise if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same persons or enterprises. In any case, a person shall be considered to be closely related to an enterprise if one possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest in the other (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) or if another person possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) in the person and the enterprise*".

Venendo alle modifiche approvate in materia di attività “preparatorie” o “ausiliarie” (*Artificial Avoidance of PE status through the specific activity exemptions*), come anticipato nel precedente capitolo, il paragrafo 4 dell’art. 5 del Modello OCSE individua le ipotesi in cui, pur essendoci tutti gli elementi che integrano la nozione di stabile organizzazione, si deve presumere che questa non sussista. Si sta facendo riferimento a quei casi che costituiscono la c.d. *negative list*, i quali ridimensionano l’ampiezza della nozione di stabile organizzazione togliendo rilevanza, ai fini del “*business activity test*”, ad alcune attività d’impresa: le c.d. attività preparatorie o ausiliarie.

Nell’ambito del progetto BEPS la c.d. “negative list” è oggetto di due interventi che introducono la necessità di svolgere un’analisi “caso per caso” al fine di stabilire se la presenza dell’impresa estera nel territorio dello Stato integri il presupposto della stabile organizzazione.

Il primo intervento riguarda il paragrafo 4 dell’art. 5 del Modello OCSE ed è volto a stabilire che, ai fini dell’esenzione, il carattere “preparatorio o ausiliario” dell’attività deve essere valutato *case by case* sussistere relativamente a tutte le fattispecie che a titolo esemplificativo vengono riportate nei sottoparagrafi da a) a d). In particolare, il carattere preparatorio o ausiliario dell’attività deve essere valutato caso per caso tenendo conto:

- dello scopo generale dell’impresa (criterio del *general purpose*);¹⁵²
- delle attività diverse da quelle preparatorie o ausiliarie, svolte nella stessa “sede fissa d’affari” (criterio delle *other activities*);¹⁵³
- del destinatario dell’attività stessa (criterio del destinatario);
- del carattere dell’attività stessa (criterio dell’attività), la quale in particolare:
 - a) non deve essere quella essenziale e significativa dell’impresa nel complesso (criterio dell’attività essenziale e significativa)

¹⁵² Al paragrafo 21.1 dell’Action 7 si legge “*It is often difficult to distinguish between activities which have a preparatory or auxiliary character and those which have not. The decisive criterion is whether or not the activity of the fixed place of business in itself forms an essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole. Each individual case will have to be examined on its own merits. In any case, a fixed place of business whose general purpose is one which is identical to the general purpose of the whole enterprise, does not exercise a preparatory or auxiliary activity*”.

¹⁵³ Dal paragrafo 30 dell’Action 7 si legge “*Where paragraph 4 does not apply because a fixed place of business used by an enterprise for activities that are listed in that is also used for other activities that go beyond what is preparatory or auxiliary, that place of business constitutes a single permanent establishment of the enterprise and the profits attributable to the permanent establishment with respect to both types of activities may be taxed in the State where that permanent establishment is situated*”.

- b) la deve precedere durando, in generale, per un breve lasso di tempo (criterio dell'attività preparatoria)
- c) la deve supportare, senza esserne parte e senza richiedere una parte significativa dei beni o dei dipendenti dell'impresa (criterio dell'attività ausiliaria).

Il secondo intervento, invece, concerne l'introduzione della c.d. *anti fragmentation rule* nel nuovo paragrafo 4.1 nell'art. 5 del Modello ("*a new anti-fragmentation rule was introduced to ensure that it is not possible to benefit from these exceptions through the fragmentation of business activities among closely related enterprises*").

L'obiettivo dell'OCSE, come già spiegato, è quello di negare l'esenzione anche a specifiche attività allorquando le attività esercitate dall'impresa nel loro complesso oltrepassino il contenuto della natura preparatoria o ausiliaria. Tale secondo intervento, oltre ad essere quello più innovativo, interferisce con uno dei capisaldi della tassazione internazionale: il c.d. "*separate entity approach*" in base al quale ogni entità, pur appartenente ad un Gruppo, deve essere trattata separatamente. Pertanto, l'esclusione prevista dal comma 4 dell'art. 5 non viene applicata qualora l'attività complessivamente considerata intesa di tali soggetti non abbia carattere preparatorio o ausiliario e sia parte di un più ampio complesso unitario di operazioni d'impresa. L'OCSE con questa disposizione ha inteso rinforzare la potestà impositiva dello stato della fonte riducendo l'efficacia delle strategie implementate dai gruppi multinazionali, con l'obiettivo di subentrare nei mercati senza ivi costituire una presenza tassabile, ossia senza integrare i presupposti della stabile organizzazione.

Alla luce della nuova *anti fragmentation rule*, il Commentario all'art. 5 del Modello OCSE è stato modificato e sono stati aggiunti oltre che numerosi esempi di attività che presentano il carattere preparatorio o ausiliario, una nuova sezione ad hoc dedicata al nuovo paragrafo 4.1. Le modifiche dell'art. 5 del Modello OCSE, a fronte di una riduzione della certezza, per effetto della necessità di analizzare le attività caso per caso, ha indubbiamente generato un rafforzamento della potestà impositiva dello Stato della fonte per effetto delle limitazioni poste all'esenzione e dell'ampliamento della nozione di stabile organizzazione.

L'ultimo intervento del BEPS sulla nozione di stabile organizzazione si propone di contrastare l'utilizzo della pratica "abusiva" dello *splitting-up* dei contratti di appalto o di costruzione, al fine di evitare che si verifichi il presupposto, cioè il superamento della soglia temporale, affinché sia integrata la nozione di "stabile organizzazione di progetto".

La scelta dell'OCSE è stata quella di utilizzare il *Principal Purpose Test* disciplinata dall'Action 6 del BEPS (*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*) al fine di contrastare le strategie poste in essere da imprese correlate. Si è provveduto ad introdurre un esplicito esempio per coprire i “casi abusivi”. In alternativa, è stata anche prevista la possibilità di inserire nelle Convenzioni una specifica clausola “*anti-splitting*”, che preveda la possibilità di considerare nel computo dei giorni di durata del cantiere anche i periodi di durata superiore a 30 giorni trascorsi da imprese associate per attività connesse all'attività principale.¹⁵⁴

2.5 Casi pratici: Amazon e Stanleybet

Alla luce di quanto spiegato nei paragrafi precedenti, possiamo affermare che l'*economia digitale* si fonda sulle tecnologie informatiche e comprende tutte le attività che si avvalgono di soluzioni digitali e che ad esse fanno riferimento. Ciò ha notevolmente incrementato le opportunità di business, consentendo alle imprese multinazionali di accaparrarsi quote di mercato, inserendosi in settori nati *in re ipsa* globale, con il beneficio, da un lato, di abbattere i costi operativi e, dall'altro, di intercettare, in maniera tempestiva ed efficace, mercati lontani, altrimenti preclusi, giungendo facilmente al consumatore finale. Tuttavia, in considerazione dell'inadeguatezza delle norme fiscali internazionali, la *new economy* ha rappresentato un'"opportunità" per le imprese

¹⁵⁴ Al Paragrafo 18.1 dell'Action 7 si legge: “*The twelve month threshold has given rise to abuses; it has sometimes been found that enterprises (mainly contractors or subcontractors working on the continental shelf or engaged in activities connected with the exploration and exploitation of the continental shelf) divided their contracts up into several parts, each covering a period of less than twelve months and attributed to a different company which was, however, owned by the same group. Apart from the fact that such abuses may, depending on the circumstances, fall under the application of legislative or judicial anti-avoidance rules, countries concerned with this issue can adopt solutions in the framework of bilateral negotiations. these abuses could also be addressed through the application of the anti-abuse rule of paragraph 7 of Article [X], as shown by example J in paragraph [14] of the Commentary on Article [X]. Some States may nevertheless wish to deal expressly with such abuses. Moreover, States that do not include paragraph 7 of Article [X] in their treaties should include an additional provision to address contract splitting. Such a provision could, for example, be drafted along the following lines: For the sole purpose of determining whether the twelve month period referred to in paragraph 3 has been exceeded, a) where an enterprise of a Contracting State carries on activities in the other Contracting State at a place that constitutes a building site or construction or installation project and these activities are carried on during periods of time that do not last more than twelve months, and b) connected activities are carried on at the same building site or construction or installation project during different periods of time, each exceeding 30 days, by one or more enterprises closely related to the first-mentioned enterprise, these different periods of time shall be added to the period of time during which the first-mentioned enterprise has carried on activities at that building site or construction or installation project*”.

multinazionali, le quali hanno implementato strategie di pianificazione fiscale aggressiva, trasferendo i profitti in Stati o territori a regime fiscale privilegiato o ottenendo profitti dissimulando la presenza di una stabile organizzazione. In sostanza, è mediante l'apertura di branches, operanti nella gran parte dei mercati esteri che le imprese realizzano fenomeni di *profit shifting*.

Proprio per questo l'OCSE, con il Progetto BEPS si è occupato di individuare nuovi criteri di tassazione che siano in grado di assoggettare ad imposta i profitti nei Paesi in cui il valore viene effettivamente creato, andando sostanzialmente a potenziare la capacità impositiva dello Stato della fonte. Inoltre, con la Legge di stabilità 2018 è stato novellato l'art. 162 del TUIR, introducendo la nuova lett. f-bis), in base alla quale si configura stabile organizzazione quando vi è *“una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso”*. In sostanza, la nuova norma consente di assoggettare a tassazione in Italia i redditi prodotti da un'impresa estera, sebbene questa non abbia situato nel territorio dello stato una sede fissa di affari, se tale impresa partecipa in maniera significativa alla vita economica di tale Stato mediante l'impiego di mezzi tecnologici.

Le modifiche apportate dal Progetto BEPS e recepite in Italia mediante la Legge di stabilità 2018, si sono rese necessarie alla luce dei numerosi fenomeni di *Profit Shifting* posti in essere negli ultimi anni dai grandi colossi del *web*, come Google, Facebook e Amazon. Queste grandi multinazionali virtuali, in particolare, hanno spesso utilizzato il trasferimento degli utili in Stati a regime fiscale privilegiato, i c.d. Paradisi fiscali.

In particolare, Amazon è la più nota internet company al mondo, forse la più nota società multinazionale colosso del commercio on line. È una società di origine statunitense fondata da Jeff Bezos nel 1994 e lanciata nel 1995. La capogruppo europea di Amazon, Amazon Eu S.à.r.l., si trova a Lussemburgo, e controlla un ampio network di società in tutto il territorio comunitario.

Già nel 2012 già il *Committee of Public Accounts* della Camera dei comuni britannica ha supposto che la società inglese Amazon.co.uk Ltd, controllata dalla lussemburghese Amazon Eu S.à.r.l., stesse ponendo in essere operazioni di *profit shifting*. In particolare, il Fisco britannico richiedeva al legale rappresentante della società controllante lussemburghese, Amazon.co.uk Ltd, il motivo non avesse versato le imposte nel Regno Unito, in considerazione del fatto che ivi realizzava, mediante la propria controllata britannica, circa il 25% del fatturato del totale delle vendite internazionali al di fuori degli

Stati Uniti. In particolare, la tesi dell'Amministrazione fiscale britannica si fondava sulla constatazione che Amazon disponesse nel territorio britannico di una sede fissa di affari in cui lavoravano oltre 15 mila dipendenti. Il contribuente ha contestato il ricorso affermando che nel 2006, a seguito di una riorganizzazione interna, sono state attribuite esclusivamente alla società controllante lussemburghese tutte le vendite di Amazon realizzate in Europa, che dunque cede beni *online* ad un numero elevatissimo di clienti in 27 diversi Stati europei; al contrario Amazon sottolineava come le altre società controllate europee, inclusa l'inglese Amazon.co.uk Ltd, esercitassero funzioni secondarie nella catena del valore (c.d. "*order fulfilment*") qualificabili come attività preparatorie e/o ausiliarie in quanto considerate come mere funzioni logistiche. Anche ad un occhio piuttosto inesperto, sembra evidente l'intento fraudolento con cui sono stati trasferiti i profitti ottenuti dalle vendite *online* in Lussemburgo, uno dei Paradisi fiscali in cui le imposte sono notevolmente inferiori rispetto alla media europea.

In Italia, la società lussemburghese Amazon EU S.à.r.l. esercita la propria attività dal 2010 per il tramite di due società da essa partecipate in via totalitaria, ottenendo sin da subito grandi risultati: già nel 2011, dopo un solo anno dall'apertura del portale online, è stata registrata un'affluenza di utenti pari a 4 milioni. Tra le società italiane di Amazon si distinguono la società a cui è assegnata la funzione logistica, situata a Castel San Giovanni, e la società a cui è demandata l'area Corporate, a Milano, con centinaia di dipendenti che negoziano i contratti con gli editori e con i distributori per promuovere la vendita di libri ed *e-book online*. Dunque, la società lussemburghese, per il tramite delle controllate italiane, in sostanza vende i propri prodotti in rete sul territorio nazionale, nonché dispone sullo stesso territorio di propri magazzini e di proprie risorse umane addette all'attività di vendita. Inoltre, la fattura di vendita veniva sempre emessa dalla società lussemburghese (Amazon.eu S.à.r.l.) cosicché i relativi costi e ricavi e, di conseguenza l'utile, dell'esercizio venissero imputati direttamente alla società lussemburghese che li rilevava nel proprio bilancio. Pertanto, i relativi profitti venivano tassati in capo alla società lussemburghese con un regime fiscale vantaggioso. Anche il Fisco italiano non ha tardato a contestare al gigante del web un'evasione di circa 130 milioni di euro di IRES relativi ai periodi d'imposta 2009-2014, supponendo la presenza di una stabile organizzazione occulta nel territorio dello Stato. In particolare, la Guardia di Finanza ha contestato alla multinazionale statunitense la presunta evasione fiscale nel processo verbale di constatazione, trasmesso alla procura di Milano, al termine di una verifica fiscale sulle società italiane di Amazon.

A seguito delle contestazioni avvenute nei confronti di Amazon da parte del Fisco italiano, la casa madre lussemburghese ha stabilito che le controllate italiane cominciassero a contabilizzare le loro vendite direttamente, di modo che la tassazione dei relativi redditi avvenisse nei Paesi in cui effettivamente si realizzava la transazione e in cui il valore veniva creato.

Il nuovo *Draft* predisposto dall' OCSE, in merito alla stabile organizzazione ha ridefinito il ruolo ricoperto dal deposito rispetto alle società che svolgono le loro attività tramite piattaforme elettroniche di *ecommerce*. Infatti, prima dell'intervento dell'OCSE, la nozione di stabile organizzazione risultante dalle convenzioni contro le doppie imposizioni, che viene riportata nella gran parte degli ordinamenti domestici, tra cui quello italiano, non considerava il deposito quale sede fissa di affari che integrasse i presupposti della stabile organizzazione; il deposito veniva considerato come un semplice mezzo per lo svolgimento delle attività preparatorie e/o ausiliarie. Per effetto delle modifiche in sede OCSE nel *Draft* del 2014. Al contrario il *Draft* OCSE del 2014, a cui poi hanno fatto seguito le 15 *Action*, rivaluta il ruolo del deposito, riconoscendolo di fatto una struttura essenziale per la realizzazione dell'attività commerciale delle imprese multinazionali che realizzano transazioni digitali. Basta pensare a quanto possa essere importante per una società che vende prodotti sul web la presenza di un deposito merci al fine di poter consegnare i beni in modo efficace ed efficiente su tutto il territorio di uno Stato.

Dunque si potrebbe concludere che la scelta di Amazon di aprire posizioni fiscali in ciascuno Stato europeo potrebbe essere scaturita proprio da questo adeguamento apportato alla nozione di deposito.

Infine, è opportuno fare riferimento al caso Stanleybet e al settore dei giochi e delle scommesse *online*, settore in rapida espansione in tutto il mondo che produce elevatissimi volumi di affari. Stanleybet è una società, la cui sede principale è situata a Malta, accusata più volte dalle Amministrazioni fiscali di evasione fiscale a causa dell'utilizzo di stabili organizzazioni occulte in diversi Paesi. In particolare, la Corte di Cassazione si è pronunciata, con la sentenza n. 26728 del 04/03/2015, in merito al procedimento pendente presso la Procura della Repubblica di Roma; la Corte ha confermato tuttavia l'annullamento del decreto di sequestro, emesso sulla base di una contestazione del Fisco italiano per l'omessa presentazione nelle dichiarazioni dei redditi relative ai *fiscal years* dal 2008 al 2012 dei redditi prodotti sul territorio nazionale grazie all'attività di giochi,

scommesse e lotterie esercitate da una stabile organizzazione occulta denominata Stanley italiana.

I giudici di legittimità hanno, rigettato il ricorso presentato dalla Procura di Roma in quanto ritenuti non presenti i tratti distintivi di una stabile organizzazione, non potendosi configurare nel caso concreto una sede fissa di affari in considerazione del fatto che i centri di trasmissione e di elaborazione dati, c.d. C.t.e. e C.e.d., si occupavano prettamente della gestione di una piattaforma informatica, necessaria per l'esercizio dei giochi *online*, e tale attività era da considerarsi una mera attività ausiliaria non presentando alcun margine di autonomia organizzativa e decisionale. Inoltre la gestione della piattaforma di gioco avveniva all'estero.

Alla luce della mancanza di una normativa generale a carattere omogeneo, dopo soli sei mesi dalla sentenza della Cassazione del 2015, che escludeva l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia di una società di scommesse non residente che operava nel territorio tramite C.t.d. e C.e.d., con la legge di stabilità del 2016 è stata introdotta "*una presunzione di stabile organizzazione nel settore delle scommesse*". In particolare, tale previsione prevede che se la società di scommesse straniera si avvale di uno o più soggetti residenti che svolgono le attività tipiche della gestione (raccolta scommesse, raccolta delle somme puntate, pagamento dei premi) mettendo a disposizione degli scommettitori gli strumenti per effettuare la giocata (apparecchiature telematiche e locali) e nell'arco di sei mesi i relativi flussi finanziari superano la soglia di 500mila euro, l'Agenzia delle Entrate è chiamata a convocare la società affinché questa fornisca la prova contraria circa l'esistenza di una stabile organizzazione. Se la prova contraria non risulterà adeguatamente convincente, l'Agenzia provvederà ad accertare le imposte e sanzioni e gli intermediari finanziari che interverranno nei relativi flussi di pagamento dovranno applicare una ritenuta a titolo di acconto del 25% (da versare entro il 16° giorno del mese successivo). L'inesistenza della stabile organizzazione potrà essere dimostrata anche in sede di interpello, da presentare entro 60 giorni dall'inizio del periodo d'imposta.

Alla luce delle problematiche relative alla tassazione dei redditi delle imprese che esercitano la loro attività per il tramite di mezzi tecnologici, il BEPS si è posto l'obiettivo di introdurre una nozione di stabile organizzazione virtuale, la quale permetterebbe di eliminare questi sistemi evasivi, fondati sulle attuali lacune normative.

2.6 La Direttiva UE n. 72/2018: norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa

La Direttiva UE del 21 marzo 2018 si propone l'obiettivo di delineare una soluzione globale nell'ambito dei regimi di imposta sulle società vigenti negli Stati membri alla luce dei cambiamenti derivanti dalla *digital economy*. In particolare, gli obiettivi che l'UE intende conseguire sono chiaramente espressi nella proposta di Direttiva: *“in primo luogo, la presente proposta definisce norme intese a stabilire un nesso imponibile per le imprese digitali operanti a livello transfrontaliero che hanno una presenza commerciale non fisica (di seguito: “presenza digitale significativa”). È necessario definire nuovi indicatori della presenza digitale significativa per stabilire e proteggere i diritti di imposizione degli Stati membri in relazione ai nuovi modelli d'impresa digitali. In secondo luogo, la presente proposta stabilisce i principi per l'attribuzione degli utili a un'impresa digitale. Tali principi dovrebbero permettere di cogliere con maggiore precisione il valore generato da modelli d'impresa digitali che dipendono in larga misura da attività immateriali”*.

La Direttiva, che in quanto tale dovrà essere recepita negli ordinamenti nazionali degli Stati membri, si applicherà alle attività digitali transfrontaliere all'interno dell'Unione, anche qualora non vengano opportunamente adeguate le Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni. La Direttiva si applicherà anche quando un soggetto stabilito in uno Stato non europeo, dispone di una presenza digitale significativa in uno Stato membro, qualora non sia stata stipulata alcuna convenzione tra lo Stato membro e tale giurisdizione. Considerando che a livello OCSE non è stata elaborata ancora alcuna soluzione concreta per la tassazione delle multinazionali digitali, e ritenendo che gli attuali criteri di localizzazione dei redditi generino distorsioni nella concorrenza, non solo fra Stati, ma anche fra imprese, in relazione al grado di digitalizzazione delle stesse, la Commissione Europea ha introdotto provvisoriamente, in attesa dell'elaborazione di una soluzione condivisa a livello globale, un nuovo tributo europeo, la c.d. *web tax* europea, di cui si discuterà nel capitolo successivo, con aliquota del 3% da applicare ai ricavi annuali derivanti da specifiche attività digitali, quelle rispetto a cui si ritiene maggiore il contributo degli utenti alla creazione di valore per l'impresa.

L'art. 1 della Direttiva ne identifica l'oggetto e stabilisce che *“La presente direttiva stabilisce norme intese ad ampliare il concetto di stabile organizzazione, applicabile ai fini dell'imposta sulle società in ciascuno Stato membro, allo scopo di includere una*

presenza digitale significativa attraverso la quale è esercitata, in tutto o in parte, un'attività. La presente direttiva definisce inoltre una serie di principi per l'attribuzione degli utili a una presenza digitale significativa o in relazione ad essa, ai fini dell'imposta sulle società". La Direttiva esplicita inoltre il concetto di presenza digitale significativa, finalizzato a stabilire un nesso imponibile in una giurisdizione. In particolare, affinché sussista un nesso con una specifica giurisdizione, si deve valutare:

- l'ammontare di ricavi derivanti dalla fornitura di servizi digitali;
- il numero di utenti di servizi digitali;
- il numero di contratti per un servizio digitale.

Queste *proxy* consentono di desumere la presenza digitale di un'impresa in un determinato territorio. Gli specifici criteri dovrebbero adeguarsi ai vari tipi di business mode digitali, che assumono forme molto differenziate tra loro. Dal testo della Direttiva si legge, in particolare, che *"alcuni possono avere un'ampia base di utenti; altri, con una base di utenti più limitata, possono tuttavia contare su contributi significativi degli utenti, se ogni utente apporta un contributo di valore elevato. I criteri dovrebbero inoltre garantire un trattamento comparabile nei vari Stati membri, a prescindere dalle loro dimensioni, ed escludere i casi di scarso rilievo. Per i suddetti tre criteri basati sull'utente (ricavi, numero di utenti e numero di contratti) vengono stabilite le rispettive soglie applicabili. Esiste una presenza digitale significativa in uno Stato membro se sono soddisfatti uno o più dei seguenti criteri:*

- *se i ricavi derivanti dalla fornitura di servizi digitali a utenti in una giurisdizione superano 7 000 000 EUR in un periodo d'imposta;*
- *se il numero di utenti di un servizio digitale in uno Stato membro supera i 100.000 in un periodo d'imposta;*
- *se il numero di contratti commerciali per servizi digitali supera i 3.000".*

CAPITOLO III

LA WEB TAX

Sommario: 3.1 Premessa 3.2 Le precedenti proposte del legislatore fiscale italiano 3.3 La procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata: la *web tax* transitoria 3.3.1 L'adesione e la responsabilità penale 3.4 La "soluzione" italiana alla tassazione delle imprese digitali 3.4.1 La *web tax* italiana 3.4.2 Criticità della tassazione dei servizi digitali 3.5 La Direttiva UE n. 73/2018: *un sistema comune d'imposta sui servizi digitali* 3.6 La *web tax* in ottica internazionale

3.1 Premessa

Il processo di globalizzazione e di integrazione dei mercati internazionali, ha consentito alle imprese di riprogettare le loro strutture produttive, con l'obiettivo di migliorare la capacità competitiva e ridurre i costi di gestione, compresi quelli fiscali. L'affermazione di nuove forme di *business*, legate allo sfruttamento di risorse immateriali e intangibili, è stata al centro di ampi dibattiti, soprattutto in ambito tributario, per effetto delle sempre maggiori difficoltà delle Amministrazioni fiscali nel determinare i redditi imponibili di queste imprese mediante l'impiego delle regole fiscali tradizionali e dei tipici metodi accertativi, che devono essere necessariamente aggiornati alla luce della *new economy*. L'economia digitale ha posto ai sistemi impositivi nazionali e internazionali una grossa sfida: riuscire ad assoggettare a tassazione i redditi della società multinazionali nel Paese in cui il valore è effettivamente creato. Infatti, l'economia digitale si caratterizza proprio per il tendenziale *disalign* tra il luogo di stabilimento dei fattori produttivi e quello del consumo.¹⁵⁵ In particolare, è opportuno sottolineare che la mancanza di un collegamento fisico tra gli *assets* immateriali che generano valore, costituendo la fonte del vantaggio competitivo delle imprese multinazionali, con i mercati in cui avviene il relativo consumo, rende complesso associare la tassazione al luogo di realizzazione dei profitti, con

¹⁵⁵ M. Leo, *Quale tassazione per l'economia digitale*, in "il fisco" n. 21 del 2018, pag. 1-2007.

conseguente aumento dei rischi di elusione fiscale o di trasferimento dei profitti verso Stati o territori con regime fiscale privilegiato.¹⁵⁶ Di conseguenza, è spesso difficile comprendere in quale Stato viene creato valore e individuare quale giurisdizione può esercitare la propria capacità impositiva.

Pertanto, possiamo affermare che alla crescente evoluzione della *digital economy* corrisponda, simmetricamente, la crisi dei concetti tradizionali di residenza e di stabile organizzazione, in quanto la dematerializzazione dell'impresa con attività digitale rende particolarmente agevole evitare una *taxable presence* nel territorio dello Stato in cui produce ricchezza.¹⁵⁷

Alla luce di quanto esposto, è emersa la necessità di “aggiornare” le norme fiscali internazionali, e, in particolare, di modificare il concetto di stabile organizzazione per svincolarlo dalla condizione di necessaria fisicità, essendo stato originariamente elaborato nell'ambito di sistemi economici basati sulla produzione di beni fisici e sull'erogazione di servizi facilmente riconducibili al luogo del consumo.

3.2 Le precedenti proposte del legislatore italiano

L'interesse internazionale verso il tema della tassazione dell'economia digitale è progressivamente aumentato nel tempo. Ne è testimonianza l'inclusione di tale tematica nel c.d. Progetto *Base Erosion and Profit Shifting*, di cui si è ampiamente discusso nel capitolo precedente, volto a contrastare le strategie di pianificazione fiscale aggressiva, di modo che i redditi siano assoggettati a tassazione nel luogo in cui le attività stesse sono poste in essere.

Tale necessità è stata percepita anche dal legislatore italiano il quale ha elaborato nel tempo una serie di proposte normative per tassare la ricchezza prodotta da queste imprese. Un primo tentativo è stato implementato con l'art. 1, comma 33, della Legge n. 147/2013 (c.d. Legge di stabilità per il 2014) che prevedeva l'introduzione di una prima versione della *web tax* la quale, nonostante la sua denominazione, non rappresentava una nuova imposta bensì imponeva una serie di obblighi, con l'obiettivo di assoggettare a tassazione in Italia le operazioni *B2B* relative all'acquisto di spazi pubblicitari *online* e di link sulle

¹⁵⁶ G. Sepio, M. D'Orsogna, *La web tax transitoria per le multinazionali digitali (e non solo)*, in "il fisco" n. 31 del 2017, pag. 1-3020.

¹⁵⁷ A. Giovannini, *Ripensare la capacità contributiva*, in Dir. prat. trib., 2016, I, pag. 10021.

pagine che visualizzano i risultati dei motori di ricerca (c.d. servizi di *search advertising*). In particolare, il comma 33 dell'art. 1 della Legge 147/2013, aggiunto come art. 17-bis al D.P.R. 633/1972, stabiliva che *“I soggetti passivi che intendano acquistare servizi di pubblicità e link sponsorizzati online, anche attraverso centri media e operatori terzi, sono obbligati ad acquistarli da soggetti titolari di una partita IVA rilasciata dall'amministrazione finanziaria italiana”*. In sostanza, l'acquisto di tali servizi sarebbe dovuto avvenire esclusivamente dai titolari di partita IVA italiana, con l'obbligo di effettuare i relativi pagamenti esclusivamente con bonifico bancario o postale o con altri strumenti idonei a garantire la tracciabilità delle transazioni e l'indicazione della partita IVA del venditore.

Nonostante fosse stata denominata *web tax* la norma in questione presenta quale unico collegamento con il mondo digitale il fatto che sia sostanzialmente elaborata per far sì che i colossi del web, che si configurano come i principali destinatari di tale procedura volontaria, instaurino un dialogo fruttifero con l'Amministrazione finanziaria circa i potenziali redditi tassabili nel territorio dello Stato qualora si configuri la presenza di una stabile organizzazione. In effetti, a livello internazionale, con il termine *web tax* si fa riferimento all'imposta sui servizi digitali di cui si discuterà nei paragrafi successivi.¹⁵⁸

Tuttavia, l'entrata in vigore della suddetta norma fu rinviata per poi venir definitivamente abrogata senza essere applicata, poiché la Commissione europea contestò il fatto che questa andasse in contrasto con le libertà fondamentali del Trattato e, in particolare, con il principio della libertà di circolazione di beni e servizi, poiché tale regola avrebbe di fatto escluso dal mercato italiano gli operatori sprovvisti di una partita IVA italiana.¹⁵⁹

Successivamente, il legislatore italiano si occupò dell'introduzione di una nuova nozione di stabile organizzazione “occulta” di tipo virtuale, prevedendo l'applicazione di una ritenuta alla fonte da parte degli intermediari finanziari. In particolare, l'obiettivo del legislatore era quello di introdurre una presunzione di esistenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato, qualora un soggetto non residente ivi svolgesse in via continuativa attività digitali dematerializzate, indipendentemente dal fatto che disponesse in Italia di una sede fissa di affari. In sostanza, il presupposto affinché si configurasse una stabile organizzazione era rappresentato dalla circostanza che il non

¹⁵⁸ D. Avolio, D. Pezzella, *La web tax italiana e la tassazione dei servizi digitali*, in “il fisco” n. 6 del 2018, pag. 1-525.

¹⁵⁹ Sul punto si rinvia all'indagine aperta della Commissione Europea e protocollata con il N. CHAP(2014)00001.

residente effettuasse una soglia minima di operazioni, precisamente pari a 500 unità per semestre, percependo almeno un milione di euro durante il semestre stesso. Qualora si fossero verificate queste condizioni, e fosse stata accertata l'esistenza di una stabile organizzazione occulta nel territorio dello Stato, gli intermediari finanziari avrebbero dovuto trattenere una ritenuta a titolo d'imposta, nella misura del 26% sugli importi versati; ovviamente tale ritenuta non sarebbe stata applicata nei confronti degli soggetti non residenti con una stabile organizzazione in Italia.¹⁶⁰

Tali tentativi legislativi rappresentavano soluzioni solamente parziali rispetto alla tematica della tassazione delle imprese digitali; inoltre queste proposte, nel caso in cui fossero state effettivamente approvate rischiavano di non poter essere applicate poiché in contrasto con quanto previsto nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni internazionali e, in particolare, risultavo divergenti rispetto alla nozione di stabile organizzazione e alle norme che disciplinano a quali redditi è possibile applicare la ritenuta alla fonte. In sostanza, le convenzioni internazionali che rappresentano nell'attuale quadro normativo delle "regole a carattere speciale" sarebbero prevalse sulle disposizioni interne in forza del "principio di specialità" (*lex specialis derogat legi generali; lex posterior generalis non derogat legi*) a cui si sarebbero potute appellare le imprese esercenti attività digitali per superare eventuali contestazioni circa la loro residenza fiscale.

3.3 La procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata: la *web tax* transitoria

In considerazione del fatto che le precedenti proposte normative erano apparse inadeguate, il legislatore italiano ha recentemente adottato un approccio mirato ad incentivare l'assunzione di comportamenti virtuosi, assumendo un orientamento alla *tax compliance* mediante l'introduzione di un regime premiale di tipo collaborativo per incrementare il dialogo tra le imprese multinazionali e l'Amministrazione finanziaria, così da far emergere, su spontanea iniziativa dei contribuenti, eventuali redditi derivanti dall'esistenza di stabili organizzazioni.

¹⁶⁰ In particolare, gli artt. 2 e 5 del disegno di legge presentato il 14 settembre 2016, propongono rispettivamente di introdurre un nuovo art. 162-bis nel T.U.I.R. ed un nuovo comma nell'art. 25-bis del D.P.R. n. 600/1973.

È in questo contesto che va collocato il nuovo art. 1-bis del D.L. 24 aprile 2017, n. 50, recante “*Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*”. In particolare, il suddetto art. 1-bis ha introdotto, in sede di conversione nella L. 96/2017 del 21 giugno, in vigore dal 23 giugno del 2017, la c.d. **web tax transitoria**, che consiste in un contraddittorio opzionale tra il contribuente e l’Amministrazione fiscale, avente ad oggetto l’esistenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato italiano, con la previsione di particolari benefici. Tale procedura, attivata spontaneamente dal soggetto non residente, è finalizzata a saldare i debiti fiscali dell’eventuale stabile organizzazione operante in Italia, anche in relazione ai periodi d’imposta pregressi. In quest’ottica, la *web tax* combina le caratteristiche di altri istituti già esistenti nell’ordinamento, come la *voluntary disclosure* e la *cooperative compliance*, al fine di valutare se il business di gruppo possa o meno configurare una stabile organizzazione in Italia così da individuare eventualmente quali siano i redditi da attribuirle.¹⁶¹

È evidente che l’art. 1-bis del D.L. 50/2017, non introduce una nuova forma di prelievo fiscale, bensì prevede l’inserimento nell’ordinamento domestico di un procedimento istruttorio, solo eventualmente accertativo, che potrà essere implementato dalle grandi imprese, a prescindere dal settore di riferimento e indipendentemente dal fatto che siano imprese multinazionali digitali, a differenza di quanto avvenuto con le precedenti proposte normative. Riportiamo di seguito una tabella che, a titolo esemplificativo, descrive i tratti peculiari del suddetto art. 1-bis.¹⁶²

¹⁶¹ G. Sepio, M. D’Orsogna, *La web tax transitoria per le multinazionali digitali (e non solo)*, in “il fisco” n. 31 del 2017, pag. 1-3020.

¹⁶² R. Braga, *Web tax italiana: le nuove regole*, in “Plus Plus 24 fisco”, La settimana fiscale del 6/09/2017, p. 35-38.

Soggetti interessati	Società ed enti, ex art. 73, co. 1, lett. d), D.P.R. 917/1986, appartenenti a gruppi multinazionali, aventi ricavi consolidati annui superiori a € 1 miliardo e che effettuino cessioni di beni e prestazioni di servizi in Italia per oltre € 50 milioni.
Finalità della procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata	Definizione dei debiti per imposte (soprattutto, imposte sui redditi ed Iva) dell'eventuale stabile organizzazione presente in Italia.
Procedura operativa	Occorre presentare un'istanza apposita all'Agenzia delle Entrate per valutare se si è in presenza di una stabile organizzazione al fine di fruire dell'adempimento collaborativo. In caso affermativo, il contribuente è invitato a comparire e a sottoscrivere l'atto di accertamento con adesione.
Effetti del riconoscimento della sussistenza della stabile organizzazione	Se il contribuente sottoscrive l'accertamento con adesione e versa in toto le somme dovute nei termini prescritti, beneficia della riduzione alla metà delle sanzioni amministrative e della non punibilità del reato di omessa dichiarazione e può accedere all'adempimento collaborativo. Inoltre, l'Agenzia delle Entrate informa entro 30 giorni il giudice competente dell'avvenuta estinzione dei debiti tributari della stabile organizzazione.

In particolare, il primo comma dell'art. 1-bis del D.L. 50/2017 indica i soggetti che possono ricorrere alla procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata: la norma fa riferimento alle società e agli enti di cui alla lettera d) del comma 1 dell'art. 73 del TUIR, cioè gli enti e le società non residenti che fanno parte di gruppi multinazionali con ricavi consolidati complessivamente superiori ad 1 miliardo di euro annui e che cedono beni o prestano servizi in Italia, per un ammontare annuo di importo superiore a € 50 miliardi, mediante società o enti residenti o tramite stabili organizzazioni di società non residenti appartenenti al medesimo gruppo.¹⁶³

¹⁶³ Ai sensi del comma 1 dell'art. 1-bis) del D.L. 50/2017 “Le società e gli enti di cui alla lettera d) del comma 1 dell'articolo 73 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, che appartengono a gruppi multinazionali con ricavi consolidati superiori a 1 miliardo di euro annui e che effettuino cessioni di beni e prestazioni di servizi nel territorio dello Stato per un ammontare superiore a 50 milioni di euro annui avvalendosi del supporto dei soggetti di cui alla lettera a) del medesimo comma 1 dell'articolo 73 o di stabili

Tali soggetti possono chiedere, con specifica istanza all'Agenzia delle entrate, di valutare preventivamente se sussistono i presupposti che integrano la fattispecie della stabile organizzazione, per l'accesso al regime dell'adempimento collaborativo di cui al Titolo III del D. Lgs. 128/2015. In sostanza, è lo stesso contribuente a presentare istanza di contraddittorio preventivo, il quale avverrà sulla base delle stesse modalità stabilite per il regime della c.d. *cooperative compliance*.

Tuttavia, la procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata non può essere attivata se il contribuente è formalmente a conoscenza dell'avvio dell'attività accertativa o di procedimenti penali relativi all'oggetto dell'istanza: affinché il contribuente possa presentare tale istanza, è necessario che questo non abbia già avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni e verifiche o dell'inizio di qualunque attività di controllo amministrativo o, ancora, dell'avvio di procedimenti penali in merito alle questioni che possono essere trattate in questo procedimento.¹⁶⁴ Qualora l'impresa non sia venuta a conoscenza di alcuna contestazione nei suoi confronti e presenti l'istanza di contraddittorio all'Agenzia delle entrate, quest'ultima procederà all'istruttoria in contraddittorio e, se effettivamente risultano integrati i presupposti della stabile organizzazione, nonché i relativi redditi, emetterà l'invito per l'accertamento con adesione il quale, ai sensi del comma 1 dell'art. 5 del D. Lgs. n. 218/1997, dovrà indicare gli anni fiscali suscettibili di accertamento, il giorno ed il luogo della comparizione, le maggiori imposte, le sanzioni e gli interessi che si ritengono dovuti ed i motivi alla base della rettifica.¹⁶⁵

organizzazioni in Italia di società di cui alla citata lettera d), appartenenti al medesimo gruppo societario, possono avvalersi della procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata di cui al presente articolo per la definizione dei debiti tributari dell'eventuale stabile organizzazione presente nel territorio dello Stato”.

¹⁶⁴ Ai sensi del comma 11 dell'art. 1-bis) del D.L. 50/2017, “*non possono avvalersi delle previsioni del presente articolo le società e gli enti di cui al comma 1 che abbiano avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni e verifiche, dell'inizio di qualunque attività di controllo amministrativo o dell'avvio di procedimenti penali, relativi all'ambito di applicazione dell'istanza di cui al medesimo comma 1. La preclusione opera anche nelle ipotesi in cui la formale conoscenza delle circostanze di cui al primo periodo è stata acquisita dai soggetti che svolgono le funzioni di supporto di cui al medesimo comma 1*”.

¹⁶⁵ Ai sensi del comma 5 dell'art. 1-bis) del D.L. 50/2017, “*Qualora in sede di interlocuzione con l'Agenzia delle entrate sia constatata la sussistenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato, per i periodi d'imposta per i quali sono scaduti i termini di presentazione delle dichiarazioni, il competente ufficio dell'Agenzia delle entrate invia al contribuente un invito ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 19 giugno 1997, n. 218, al fine di definire, in contraddittorio con il contribuente, i debiti tributari della stabile organizzazione*”.

Pertanto, l'Agenzia delle Entrate invita il contribuente a definire, mediante l'istituto dell'accertamento con adesione, i debiti tributari della stabile organizzazione, relativi alle imposte sui redditi e all'imposta sul valore aggiunto, maturati nei periodi d'imposta rispetto a cui sono decorsi i termini di presentazione delle dichiarazioni. Per ciò che concerne i versamenti atti ad estinguere i debiti tributari emersi nel contraddittorio, il comma 6 dell'art. 1-bis del D.L. 50/2017, rinvia all'art. 8, comma 1, del D. Lgs. n. 218/1997 e ciò implica che il versamento delle imposte, delle sanzioni e degli interessi, debba avvenire, in modo tassativo, entro venti giorni dalla redazione dell'atto di adesione, senza poter accedere ad alcuna rateazione. In considerazione del fatto che il comma 13 dell'art. 1-bis esplicita che sarà emanato un apposito Provvedimento dell'Agenzia delle entrate per definire le modalità attuative della *web tax*, è auspicabile che nell'ambito di tale provvedimento venga valutata la possibilità di applicare le dilazioni normalmente contemplate all'interno dei procedimenti di adesione.

Da una lettura attenta dell'art. 1-bis del D.L. 50/2017 si evince come la norma consenta di gestire l'intero procedimento in modo molto flessibile, sia nella fase istruttoria, che precede l'eventuale emissione dell'invito per l'accertamento con adesione, sia nella fase successiva in cui avviene la notificazione al contribuente. Infatti, il nuovo art. 5 del D. Lgs. n. 218/1997 non ha più la funzione di consentire al contribuente di aderire direttamente all'invito, bensì gli fornisce le informazioni e gli elementi necessari per avviare la procedura di contraddittorio finalizzata all'adesione, la quale dovrà essere formalizzata attraverso uno specifico atto.

La *web tax* transitoria assume connotazione "premiale" poiché l'impresa, versando le somme quantificate in contraddittorio, ottiene uno sconto alquanto elevato di sanzioni amministrative, che vengono ridotte fino ad un sesto dei minimi edittali e, al contempo, il reato di omessa dichiarazione dei redditi prodotti dalla stabile organizzazione italiana diviene non punibile. Dunque, la *ratio* della norma è quella di facilitare forme di dialogo virtuoso tra l'Amministrazione fiscale e quei soggetti che, presentando l'istanza di contraddittorio, dimostrano di aver assunto consapevolezza e introdotto idonei strumenti per gestire il rischio di eventuali accertamenti fiscali.

Nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria verifichi effettivamente che sussiste una stabile organizzazione, qualora il contribuente non sottoscriva l'accertamento per adesione o non proceda a versare o versi solo parzialmente le somme dovute a titolo di imposte, sanzioni ed interessi, il comma 8 dell'art. 1-bis stabilisce che vengono meno i benefici previsti ai fini delle sanzioni amministrative e penali e che il competente Ufficio

dell'Agenzia delle entrate debba accertare le maggiori imposte, gli interessi e le sanzioni entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello di notificazione dell'invito o di redazione dell'atto di adesione.

Al contrario, la norma non fa alcun riferimento all'ipotesi in cui, a seguito della procedura di collaborazione, si ravvisi che non sono integrati i presupposti della stabile organizzazione. In questo caso, il contribuente non residente e l'Amministrazione finanziaria potrebbero comunque dare atto di questa circostanza mediante un apposito verbale.

3.3.1 L'adesione e la responsabilità penale

Un altro aspetto sul quale vale la pena concentrare l'attenzione riguarda gli effetti dell'adesione sulla responsabilità penale. Il comma 7 dell'art. 1-*bis* sancisce che se la società presenta l'istanza prima che inizino nei suoi confronti controlli amministrativi o procedimenti penali, nonché provvede a versare le somme quantificate in contraddittorio, a titolo di imposte, sanzioni e interessi, allora il reato di omessa dichiarazione non è punibile.

La suddetta norma è coerente con quanto previsto dal comma 2 dell'art. 13 del D. Lgs. n. 74/2000, che sancisce l'impunità del reato di omessa dichiarazione se il contribuente procede spontaneamente a presentare la dichiarazione oggetto di omissione entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo di imposta successivo ed estingue il debito tributario.

In entrambe le ipotesi è il contribuente ad attivarsi autonomamente per regolarizzare la propria posizione.

Ciò di cui si discute è se i funzionari incaricati di trattare l'istanza presentata debbano immediatamente procedere ad inoltrare la notizia di reato ai sensi dell'art. 331 c.p.p., qualora ravvisino la presenza di una stabile organizzazione e di utili non tassati in misura superiore alla soglia penalmente rilevante, che attualmente ammonta a 50.000 euro per ogni singolo tributo. Nel silenzio della norma, si ritiene di poter dedurre dal comma 9 dell'art. 1-*bis*, il quale sancisce che l'Agenzia delle entrate comunica all'Autorità giudiziaria l'avvenuta definizione dei debiti tributari della stabile organizzazione entro trenta giorni dall'esecuzione dei versamenti, che l'invio della notizia di reato dovrebbe

essere sospesa, per lo meno fino alla mancata definizione in adesione o all'omesso o insufficiente versamento dell'ammontare definito in contraddittorio.¹⁶⁶

Qualora il contribuente provveda a versare le somme definite nei termini corretti, gli Uffici dovrebbero inoltrare sia la notizia di reato sia la comunicazione dell'avvenuta estinzione dei debiti tributari.

In generale, vista l'assenza di una specifica norma ai fini della *cooperative compliance* e della *web tax*, è incerto se gli Uffici debbano segnalare la notizia di reato, pervenutagli direttamente dal contribuente. Sarebbe necessario introdurre una norma ad hoc circa la necessità di comunicare il reato in considerazione del fatto che si tratta di procedure in cui è il contribuente a presentare l'istanza di contraddittorio e rispetto alle quali è evidente l'assenza di dolo e l'atteggiamento collaborativo. Si tratta comunque di una questione molto delicata poiché l'art. 331 c.p.p. obbliga i pubblici ufficiali ad inviare le notizie di reato "senza ritardo", non lasciando spazio per eventuali valutazioni discrezionali in merito all'opportunità di inviare una notizia di reato posto in essere da un contribuente che spontaneamente sta regolarizzando la propria posizione.¹⁶⁷

3.4 La "soluzione" italiana alla tassazione delle imprese digitali

Come spiegato nei capitoli precedenti, le vigenti norme in materia di imposte sui redditi e di imposta sul valore aggiunto, predisposte all'inizio del ventesimo secolo, sono state dettate per le imprese tradizionali e, proprio per questo, si fondano sul principio secondo cui i profitti dovrebbero essere assoggettati a tassazione nel luogo in cui è effettivamente creato il valore. Tuttavia, il presupposto per assoggettare a tassazione i redditi di una società in un determinato Stato è rappresentato dalla circostanza che il soggetto non residente abbia una presenza fisica in tale Paese, ossia ivi disponga di una sede fissa di affari che costituisce una stabile organizzazione. Tuttavia, tali norme non considerano l'impatto mondiale delle attività digitali, rispetto alle quali non è necessaria una presenza

¹⁶⁶ G. Sepio, M. D'Orsogna, *La web tax transitoria per le multinazionali digitali (e non solo)*, in "il fisco" n. 31 del 2017, pag. 1-3020.

¹⁶⁷ In merito, la posizione più volte assunta dalla Corte di Cassazione è la seguente: "*la polizia giudiziaria ha il compito di procedere alla denuncia di ogni fatto costituente reato quando la situazione risulti integrare una specifica fattispecie astratta prevista dal legislatore da un punto di vista esclusivamente oggettivo; i profili soggettivi e le altre circostanze diverse dalla materialità del fatto, idonei a poter incidere sulla responsabilità penale del soggetto, ivi comprese le cause di estinzione del reato o della pena, sono rimessi alla esclusiva valutazione dell'Autorità giudiziaria*".

fisica per poter fornire servizi digitali. Inoltre, le imprese digitali presentano caratteristiche diverse poiché creano valore proprio per la loro capacità di svolgere attività a distanza e grazie al contributo degli stessi utenti finali, ciò mediante lo sfruttamento di attività immateriali.

Alla luce del dibattito internazionale circa l'economia digitale e l'inadeguatezza delle attuali norme fiscali in materia di imposte societarie, molti dei Paesi europei, tra cui l'Italia, hanno elaborato proprie soluzioni normative, anche in anticipo rispetto al panorama estero, dando un seguito alle conclusioni a cui è giunto il vertice informale Ecofin, tenutosi a Tallin il 15 ed il 16 settembre 2017. L'obiettivo era evidentemente quello delineare una soluzione momentanea in attesa di quella elaborata a livello mondiale che implicherà la necessità di modificare le Convenzioni contro le doppie imposizioni al fine di assoggettare a tassazione i redditi nel luogo in cui le imprese hanno una significativa presenza digitale.

Dopo il primo tentativo di assoggettare a tassazione le imprese multinazionali mediante la *web tax transitoria*, costituente una sorta di “emersione volontaria” della stabile organizzazione in Italia di soggetti non residenti, con la Legge di bilancio 2018 (L. 2015/2017), il legislatore ha “rinnovato” l'art. 162 del TUIR, elaborando una propria definizione di presenza digitale significativa, di cui si è ampiamente discusso nei precedenti capitoli, e ha introdotto un'imposta sulle transazioni digitali, nota come *web tax*, a decorrere dal 2019.

Si tratta di un'imposta indiretta, gravante sulle transazioni digitali che avvengono tra imprese (operazioni B2B) avente ad oggetto le prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici, da individuare con Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze che, ai sensi del comma 1012 dell'art. 1 della L. 2015/2017, avrebbe dovuto essere emanato entro il 30 aprile 2018 per poi essere seguito da uno o più provvedimenti dell'Agenzia delle entrate contenenti gli obblighi dichiarativi e di versamento del relativo tributo.

Tuttavia, il provvedimento del Ministero dell'Economia e delle Finanze, nonostante sia decorso il termine fissato dal comma 1012 (30 aprile 2018), ancora non è stato emanato, motivo per cui c'è molto scetticismo circa l'effettiva applicabilità dell'imposta sui servizi digitali, così come elaborata nella Legge di Bilancio 2018. Ciò scaturisce da due constatazioni: innanzitutto, nelle recenti campagne elettorali, gran parte dei partiti hanno promesso una notevole rivisitazione della *web tax* e, in alcuni casi, addirittura la sua abrogazione. Pertanto, finché il Governo appena insediatosi non concentrerà la propria

attenzione su tale imposta, nell'ordinamento domestico resterà vigente l'imposta istituita dal comma 1011 della manovra di bilancio 2018, la quale prevede la tassazione delle singole transazioni digitali con un'aliquota del 3%. Inoltre, in sede Europea e a livello OCSE si stanno cercando sempre di più delle soluzioni armonizzate non limitate ai singoli Stati. In particolare, il rapporto della Commissione Europea sulla tassazione dell'economia digitale, e la conseguente Comunicazione al Parlamento Europeo del 21 settembre 2017 avente ad oggetto *“Un sistema fiscale equo ed efficace nell’Unione Europea per il mercato unico digitale”*, in una alla collegata proposta di Direttiva *“on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services”* del 21 marzo 2018 (COM (2018) 148), spingeranno il legislatore ad interrogarsi circa il futuro della *web tax*.

L'imposta prevista dalla Commissione Europea, è stata pensata come un'imposta sui ricavi derivanti da specifiche transazioni digitali ed i soggetti passivi dell'imposta sarebbero solamente imprese di grandi dimensioni che prestano servizi in cui il valore è creato dai c.d. *user dat*. Al contrario la *web tax* domestica riguarda tutti coloro, quali che siano le dimensioni, che effettuano più di 3.000 transazioni digitali l'anno, indipendentemente dal loro valore.¹⁶⁸

Nei paragrafi successivi si procederà, quindi, ad analizzare i tratti peculiari della *web tax* introdotta in Italia con la Legge di bilancio 2018 per poi passare all'Imposta sui servizi digitali disciplinata nella Direttiva UE del 21 marzo 2018.

3.4.1 La web tax italiana

Il comma 1011 dell'art. 1 della Legge di bilancio 2018, individua i soggetti passivi della *web tax* stabilendo che: *“É istituita l'imposta sulle transazioni digitali, relative a prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici rese nei confronti di soggetti residenti nel territorio dello Stato indicati all'articolo 23, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, diversi dai soggetti che hanno aderito al regime di cui all'articolo 1, commi da 54 a 89, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, e dai soggetti di cui all'articolo 27 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, nonché delle stabili*

¹⁶⁸ E. Della Valle, *La web tax italiana e la proposta di Direttiva sull'Imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in "il fisco" n. 16 del 2018, pag. 1-1507.

organizzazioni di soggetti non residenti situate nel medesimo territorio. In sostanza, sono soggetti passivi tutti coloro, residenti o non, che prestano servizi tramite mezzi elettronici a favore di soggetti residenti, i quali si qualificano come sostituti d'imposta, ai sensi dell'art. 23 del D.P.R. n. 600/1973, e a favore di stabili organizzazioni di soggetti non residenti. La norma pone un'eccezione per i contribuenti che applicano il regime forfettario, di cui alla Legge n. 190/2014 (Legge di stabilità 2015) e per dei soggetti in regime di vantaggio per "imprenditoria giovanile" e i "lavoratori in mobilità" *ex lege* n. 111/2011. Vista la formulazione della norma risultano escluse dall'applicazione della *web tax* le transazioni digitali rese nei confronti dei privati consumatori (operazioni B2C), non costituendo questi ultimi dei sostituti d'imposta ai sensi dell'art. 23, comma 1, del D.P.R. n. 600/1973. Tuttavia, il tributo non sembrerebbe colpire le sole transazioni B2B poiché tra i sostituti d'imposta menzionati dall'art. 23 del D.P.R. n. 600/1973, rientrano anche gli enti non commerciali ed il condominio.

Quanto alla nozione di servizi prestati tramite mezzi elettronici, si fa riferimento alla definizione prevista dall'art. 7, par. 1, del Reg. UE 282/2011, attuativo della c.d. Direttiva "Rifusione", e pertanto ai *"servizi forniti attraverso Internet o una rete elettronica e la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata, corredata di un intervento umano minimo e impossibile da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione"*.¹⁶⁹ I servizi prestati tramite mezzi elettronici che saranno colpiti dal tributo, dovranno essere indicati dal suddetto Decreto del MEF, così come le modalità applicative dell'imposta, i relativi obblighi dichiarativi e di versamento, nonché gli eventuali casi di esonero dall'applicazione del tributo, così come previsto dal comma 1015 dell'art. 1 della Legge di bilancio 2018.

¹⁶⁹ Il comma 2 dell'art. 7 del Regolamento n. 282/2011 specifica: *"In particolare, rientrano nell'ambito d'applicazione del paragrafo 1:*

a) la fornitura di prodotti digitali in generale, compresi software, loro modifiche e aggiornamenti;
b) i servizi che veicolano o supportano la presenza di un'azienda o di un privato su una rete elettronica, quali un sito o una pagina web;

c) i servizi automaticamente generati da un computer attraverso Internet o una rete elettronica, in risposta a dati specifici immessi dal destinatario;

d) la concessione, a titolo oneroso, del diritto di mettere in vendita un bene o un servizio su un sito Internet che operi come mercato on line, in cui i potenziali acquirenti fanno offerte attraverso un procedimento automatizzato e in cui le parti sono avvertite di una vendita attraverso posta elettronica generata automaticamente da un computer;

e) le offerte forfettarie di servizi Internet (Internet service packages, ISP) nelle quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e subordinato (vale a dire, il forfait va oltre il semplice accesso a Internet e comprende altri elementi, quali pagine con contenuto che danno accesso alle notizie di attualità, alle informazioni meteorologiche o turistiche, spazi di gioco, hosting di siti, accessi a dibattiti on line, ecc.);

f) i servizi elencati nell'allegato I".

L'imposta si applica sul valore della singola transazione con aliquota del 3%. Per valore della transazione si intende il corrispettivo dovuto per le prestazioni, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, indipendentemente dal luogo di conclusione della transazione. Tuttavia, l'imposta si applica nei soli confronti del soggetto prestatore, residente o non residente, che effettua nel corso di un anno solare un numero di transazioni almeno pari a 3000; pertanto non sono assoggettati all'imposta coloro che pongono in essere durante l'anno solare meno di 3000 transazioni, a prescindere dal loro valore.

Il comma 1014 dell'art. 1, stabilisce che l'imposta è prelevata, all'atto del pagamento del corrispettivo, dai committenti dei servizi con obbligo di rivalsa sui prestatori, salvo il caso in cui i soggetti che effettuano la prestazione indichino di non superare le 3.000 transazioni nell'anno solare, nella fattura relativa alla prestazione, o in altro documento idoneo, eventualmente individuato con il suddetto Decreto ministeriale, da inviare contestualmente alla fattura. I medesimi committenti devono versare l'imposta entro 16° del mese successivo a quello del pagamento del corrispettivo.

Pertanto, la "territorialità" del tributo è individuata in funzione del committente del servizio e non del prestatore dello stesso, indipendentemente dal luogo di conclusione della transazione. L'Ufficio parlamentare di bilancio, nel comunicato stampa del 29 dicembre 2017, ha sollevato alcune problematiche relative alle società residenti che, per effetto della Legge di Bilancio 2018, si troveranno a dover pagare tale nuovo tributo, oltre alle già salate imposte dirette, senza la concessione di alcun credito d'imposta, come inizialmente previsto. In sostanza, si configurerebbe uno svantaggio competitivo per le imprese residenti, che verrebbero assoggettate sia alla *web tax* che alle altre imposte dirette. In particolare, l'Ufficio parlamentare, ha sottolineato come la *web tax* *"potrebbe determinare uno svantaggio competitivo delle imprese residenti sia rispetto al mercato tradizionale interno sia rispetto al mercato internazionale. Infatti i ricavi delle imprese digitali residenti sono sottoposti non solo al nuovo tributo, ma anche alle altre imposte dirette con le aliquote vigenti in Italia, con un onere di imposta effettivo più elevato. Al contrario, per le multinazionali non residenti il nuovo tributo potrebbe assolvere definitivamente agli obblighi tributari in Italia continuando a pagare aliquote di imposta irrisorie nei Paesi a fiscalità privilegiata. Inoltre, le grandi multinazionali non residenti, avendo un potere di mercato assai maggiore delle imprese italiane, potrebbero operare più facilmente una traslazione del tributo sui prezzi dei servizi, senza ridurre la loro competitività. D'altra parte, il livello relativamente contenuto dell'aliquota di imposta sembra costituire un compromesso tra la necessità di contrastare l'elusione*

fiscale e l'intento di non penalizzare eccessivamente le imprese residenti". Paradossalmente, nel nostro ordinamento si è venuta a creare una situazione esattamente opposta a quella a cui si è assistito in altri contesti internazionali, in particolare nell'ordinamento britannico ed indiano, in cui, dopo l'introduzione delle relative *web tax*, si è sostenuta l'illegittima introduzione di un vantaggio a favore delle imprese residenti.¹⁷⁰ Ai fini dell'accertamento, delle sanzioni, della riscossione e del contenzioso, si applicano le disposizioni previste in materia di IVA, in quanto compatibili (comma 1016, art. 1, L. 205/2017).

3.4.2 Criticità della tassazione dei servizi digitali

Alla luce dei caratteri che connotano il tributo introdotto dalla Legge di Bilancio 2018, possiamo affermare che assume le sembianze di una *turnover tax* poiché colpisce anche i soggetti non residenti con stabile organizzazione nel territorio dello Stato; proprio per questo, la *web tax* italiana non sembra qualificarsi come una *Equalization Levy*, volta a colpire i profitti delle aziende che non scontano imposte adeguate nel luogo di produzione dei ricavi. Inoltre, è evidente che le imprese saranno tenute a pagare un'imposta che presenta molti dei tratti peculiari dell'IVA, motivo per cui potrebbe essere esposta a giudizi di illegittimità.

Non poche sono le criticità legate alla *web tax* italiana, *in primis* per quanto riguarda la sua giustificazione teorica. Ciò che si discute è la legittimità della norma, in considerazione del fatto che introduce un'imposta settoriale e potenzialmente discriminatoria. A tal proposito, occorre sottolineare che la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 10/2015, ha affermato che *"la Costituzione non impone affatto una tassazione fiscale uniforme, con criteri assolutamente identici e proporzionali per tutte le tipologie di imposizione tributaria"* e che *"non ogni modulazione del sistema impositivo per settori produttivi costituisce violazione del principio di capacità contributiva e del principio di eguaglianza"*, ma *"ogni diversificazione del regime tributario, per aree economiche o per tipologia di contribuenti, deve essere supportata da adeguate giustificazioni, in assenza delle quali la differenziazione degenera in arbitraria discriminazione"*. Pertanto, la Corte Costituzionale è chiamata a verificare che

¹⁷⁰ D. Avolio, D. Pezzella, *La web tax italiana e la tassazione dei servizi digitali*, in "il fisco" n. 6 del 2018, pag. 1-525.

i distinti trattamenti impositivi previsti dal legislatore non violino i principi di uguaglianza e di capacità contributiva, rispettivamente previsti dagli artt. 3 e 53 della Costituzione. Nella sentenza della Corte Costituzionale n. 111/1997, è espressamente affermato che il giudizio di legittimità costituzionale deve fondarsi *“sull’uso ragionevole, o meno, che il legislatore stesso abbia fatto dei suoi poteri discrezionali in materia tributaria, al fine di verificare la coerenza interna della struttura dell’imposta con il suo presupposto economico, come pure la non arbitrarietà dell’entità dell’imposizione”*. Inoltre, non sono pochi i casi in cui il legislatore impone misure impositive superiori, temporanee o permanenti, a carico di alcuni particolari soggetti, ritenute comunque legittime dalla Corte Costituzionale.

Pertanto, è lecito domandarsi se, alla luce delle considerazioni esposte circa il giudizio di legittimità costituzionale, sia legittima la tassazione dei servizi digitali nella forma prevista dalla Legge di bilancio 2018. *In primis* ciò che è discutibile è il fatto che la norma in questione assuma implicitamente che le imprese digitali registrino profitti maggiori rispetto alle imprese tradizionali; questo assunto non è necessariamente realistico, ma è tutto da dimostrare, soprattutto considerando che la *web tax* italiana sembra colpire anche le imprese di piccole e medie dimensioni e non soltanto i c.d. OTT, cioè l’insieme di imprese che agiscono al di sopra delle reti (*Over the TOP*). Comparando i profitti delle grandi imprese tradizionali con quelli delle imprese multinazionali si evince come la distinzione tra queste non risiede nella marginalità quanto nel modo di fare impresa. Inoltre, essendo una *turnover tax*, in sostanza finirà per essere scaricata sui consumatori dei servizi digitali colpiti e si è detto che considerarlo un prelievo transitorio è allo stato mera utopia.¹⁷¹ Pertanto, la *web tax* potrebbe generare un aumento dei prezzi al consumo, stimato tra il 3 e il 5%.

Inoltre, appare poco chiara la motivazione per cui vengono colpiti dalla *web tax* italiana solamente le imprese, avendo questa ad oggetto le sole transazioni B2B; l’unica possibile spiegazione risiede nella maggiore facilità applicativa di un’imposta percepita tramite prelievo alla fonte. Tuttavia, escludere le operazioni B2C dall’ambito soggettivo della *web tax* significa di fatto non regolare la parte prevalente del fenomeno della *digital economy*.

¹⁷¹ E. Della Valle, *La web tax italiana e la proposta di Direttiva sull’Imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in “il fisco” n. 16 del 2018, pag. 1-1507.

Un ulteriore appunto riguarda il fatto che il legislatore abbia escluso dall'applicazione della norma coloro che non superano le 3000 transazioni annue senza considerare il valore della singola operazione; ciò non assicura che vengano di fatto colpiti dall'imposta i collettori ed utilizzatori dei c.d. *Big data*, cioè i veri giganti del web. Ciò potrebbe discriminare coloro che realizzano transazioni di valore unitario irrisorio, ma superando la soglia delle 3000 transazioni annue, i quali vengono sostanzialmente posti sullo stesso piano di coloro che, a parità di transazioni, generano un fatturato nettamente superiore. Il paradosso è che potrebbero essere colpiti dalla *web tax* contribuenti che realizzano ricavi da servizi digitali assai inferiori ad altre imprese che per effetto di una minore parcellizzazione dei corrispettivi unitari, rimangono sotto il limite delle 3.000 transazioni.¹⁷²

Infine, è discutibile il fatto che i servizi digitali colpiti dalla *web tax* dovrebbero essere individuati con il Decreto Ministeriale, il che fa emergere un dubbio circa la violazione della riserva di legge ex art. 23 della Costituzione.

3.5 La Direttiva UE n. 73/2018: un sistema comune d'imposta sui servizi digitali

L'art. 1 della Direttiva n. 73 del 2018 ha introdotto la c.d. *web tax* europea, cioè un'imposta comune sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali. In particolare, la Direttiva introduce un'imposta armonizzata che colpisce le attività digitali nell'UE, elaborata tenendo conto delle caratteristiche distintive delle imprese dell'economia digitale. In particolare, l'art. 1 della suddetta Direttiva, che ne stabilisce l'oggetto, afferma "*La presente direttiva istituisce il sistema comune d'imposta sui servizi digitali («ISD»)»*". Suddetta imposta è applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali. È l'art. 3 della Direttiva ad individuare quali ricavi sono ritenuti imponibili; i ricavi tassati sono quelli generati dalla fornitura di uno dei seguenti servizi:

- a) servizi consistenti nella collocazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti di tale interfaccia (a prescindere dal fatto che l'interfaccia

¹⁷² M. Leo, F. Monacchi, M. Schiavo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, tomo II, VI edizione, Milano, 1999.

digitale sia di proprietà dell'entità responsabile per la collocazione della pubblicità). Quando l'entità che colloca la pubblicità non possiede l'interfaccia digitale, si considera che tale entità, e non il proprietario dell'interfaccia, fornisca un servizio rientrante nella lettera a).

b) servizi consistenti nella messa a disposizione degli utenti di interfacce digitali multilaterali, che possono essere definiti anche come “servizi di intermediazione”, che permettono agli utenti di trovare altri utenti e di interagire con essi e che possono anche agevolare le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti; tale fattispecie non include:

- la messa a disposizione di un'interfaccia digitale il cui fine esclusivo principale consista nella fornitura agli utenti, da parte dell'entità che mette a disposizione l'interfaccia, di contenuto digitale o di servizi di comunicazione o di servizi di pagamento;
- la fornitura da parte di una sede di negoziazione o di un internalizzatore sistematico di uno dei servizi di cui alla direttiva 2014/65/UE, allegato I, sezione A, punti da 1) a 9);
- la fornitura da parte di un fornitore di servizi di *crowdfunding* regolamentati di uno dei servizi di cui alla direttiva 2014/65/UE, allegato I, sezione A, punti da 1) a 9), o di un servizio consistente nell'agevolazione della concessione di prestiti.

c) servizi consistenti nella trasmissione di dati raccolti sugli utenti e generati dalle attività degli utenti sulle interfacce digitali; il paragrafo 1, lettera c), non comprende la trasmissione di dati da parte di una sede di negoziazione, di un internalizzatore sistematico ovvero di un fornitore di servizi di *crowdfunding* regolamentati.

L'imposta si applica sui ricavi lordi che derivano dall'erogazione dei suddetti servizi, al netto dell'IVA e di altre imposte analoghe. L'aliquota, da applicare ai ricavi imponibili è pari al 3%. Tuttavia, non costituiscono ricavi imponibili quelli derivanti da un servizio prestato all'interno di un gruppo consolidato ai fini di contabilità finanziaria.

L'art. 4 della Direttiva individua i soggetti colpiti dall'imposta europea; in particolare, la soggettività passiva prescinde dallo stabilimento dell'impresa digitale in uno Stato

membro ma per “soggetto passivo” si fa riferimento a qualsiasi entità che soddisfi le sole seguenti condizioni:

1. ammontare dei ricavi a livello mondiale dichiarati dall'entità per l'esercizio finanziario pertinente superiore a 750.000.000 Euro; tale soglia ha la funzione di limitare l'ambito di applicazione dell'ISD alle imprese di dimensioni elevate, tale da detenere ampie quote di mercato per effetto delle quali traggono maggiori benefici dalle tecnologie ICT e, in particolare, dai Big Data, basando il loro business sulla “partecipazione” dei clienti. Sono proprio questi i modelli imprenditoriali che il legislatore europeo intendeva colpire con questa imposta.
2. ammontare dei ricavi imponibili ottenuti dall'entità nell'Unione Europea, durante l'esercizio finanziario pertinente, superiori a 50.000.000 EUR. Tale soglia ha la funzione di limitare l'applicazione dell'ISD ai soli casi in cui vi sia una presenza digitale significativa. È opportuno specificare che tale soglia è stata fissata a livello di Unione Europea per non considerare le differenze che scaturiscono dalle dimensioni di mercato che possono esistere al suo interno.

Un'entità, cioè *“qualsiasi persona giuridica o istituto giuridico che svolge la propria attività attraverso una società o una struttura trasparente a fini fiscali”*, con esclusione quindi delle persone fisiche, si qualifica come soggetto passivo ai fini dell'ISD se supera entrambe le soglie. Pertanto, è la capacità economica delle imprese ad esprimere la loro capacità di attirare un elevato numero di utenti, requisito necessario affinché tali modelli imprenditoriali siano redditizi.¹⁷³

Dalla relazione che accompagna la proposta di Direttiva si legge che tale soglia *“intende conferire certezza consentendo alle imprese e alle autorità fiscali di stabilire più facilmente e a minor costo se un'entità è debitrice dell'ISD, soprattutto considerato che alcune di esse potrebbero non tenere una contabilità separata dei ricavi ottenuti dalle attività che rientrano nell'ambito di applicazione di questa imposta”*.

Qualora l'impresa faccia parte di un consolidato ai fini di contabilità finanziaria, entrambe le soglie devono essere valutate, ai fini dell'applicazione dell'imposta, in relazione ai ricavi complessivi del gruppo consolidato.

¹⁷³ E. Della Valle, *La web tax italiana e la proposta di Direttiva sull'Imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in "il fisco" n. 16 del 2018, pag. 1-1507.

L'art. 5 della proposta di Direttiva disciplina il "Luogo di imposizione" stabilisce che *"Ai fini della presente direttiva i ricavi imponibili ottenuti da un'entità in un periodo d'imposta sono considerati ottenuti in uno Stato membro in tale periodo d'imposta se gli utenti di tale servizio imponibile si trovano in tale Stato membro in detto periodo d'imposta"*. In considerazione del fatto che per le imprese dell'economia digitale, il valore è spesso creato dagli stessi utenti, la Direttiva prevede che la ISD sia dovuta nello Stato membro in cui si trovano tali utenti, a prescindere dal fatto che tali utenti abbiano contribuito finanziariamente a generare i ricavi imponibili. Il principio di fondo è quello per cui i ricavi derivano dalla partecipazione dell'utente che genera il valore per l'impresa digitale e tale partecipazione non implica necessariamente la corresponsione di un prezzo da parte degli utenti o può comportare un pagamento solo per alcuni di essi.

Occorre comprendere pertanto quando un utente è da considerarsi situato in uno Stato membro per verificare se un ricavo imponibile è ivi ottenuto. I ricavi imponibili devono considerarsi ottenuti in uno Stato membro se gli utenti del servizio si trovano in tale Stato membro in detto periodo d'imposta; le norme sono a tal proposito differenti seconda del tipo di servizio imponibile. Il paragrafo 2 stabilisce le ipotesi in cui un utente si trova in uno Stato membro in un periodo d'imposta:

- se si tratta di servizi consistenti nella collocazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti di tale interfaccia, allora la pubblicità in questione figura sul dispositivo dell'utente nel momento in cui il dispositivo è utilizzato in tale Stato membro in detto periodo d'imposta per accedere a un'interfaccia digitale;
- se si tratta di servizi consistenti nella messa a disposizione degli utenti di interfacce digitali multilaterali e il servizio comporta un'interfaccia digitale multilaterale che facilita le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti, l'utente utilizza un dispositivo in tale Stato membro in detto periodo d'imposta per accedere all'interfaccia digitale e conclude un'operazione corrispondente su tale interfaccia in detto periodo d'imposta; se invece il servizio comporta un'interfaccia digitale multilaterale di diverso tipo, l'utente dispone di un conto per la totalità o una parte di tale periodo d'imposta che gli consente di accedere all'interfaccia digitale e tale conto è stato aperto utilizzando un dispositivo in tale Stato membro;

- nel caso di servizi consistenti nella trasmissione di dati raccolti sugli utenti e generati dalle attività degli utenti sulle interfacce digitali, i dati generati dall'utente che ha utilizzato un dispositivo in tale Stato membro per accedere a un'interfaccia digitale, nel corso di tale periodo d'imposta o di un periodo d'imposta precedente, sono trasmessi in detto periodo d'imposta.

Qualora gli utenti coinvolti in un servizio imponibile si trovino in Stati membri diversi o in giurisdizioni terze, i ricavi imponibili ottenuti da un'entità dalla fornitura di tale servizio dovrebbero essere distribuiti a ciascuno Stato membro in modo proporzionale e in base ai diversi parametri di assegnazione determinati in considerazione delle caratteristiche intrinseche di ciascun servizio.

Ai fini della determinazione del luogo di imposizione, è irrilevante il luogo in cui è effettuato il pagamento per i servizi imponibili.

Per una semplificata gestione dell'imposta da parte dei soggetti passivi è previsto un metodo semplificato basato sul c.d. *One-Stop-Shop* ("OSS"): in questo modo le entità colpite dal tributo possono utilizzare un unico punto di contatto o sportello unico (lo Stato membro di identificazione) per adempiere a tutti gli obblighi relativi all'ISD (identificazione, dichiarazione e versamento). Sarà poi lo Stato membro di identificazione a condividere le informazioni agli altri Stati in cui l'imposta è dovuta e a trasferire la quota di ISD riscossa per loro conto.

Infine, per evitare fenomeni di doppia imposizione nel caso in cui i ricavi soggetti all'ISD siano pure tassati con le imposte dirette, i relativi Stati membri dovrebbero ammettere la deducibilità dell'ISD dalla base imponibile, a prescindere dal fatto che i due tributi vengano versati nello stesso Stato membro o in Stati membri diversi.

3.6 La *web tax* in ottica internazionale

Oltre all'Italia, anche altri Paesi europei ed internazionali, in attesa di una disciplina armonizzata a livello globale, hanno introdotto una forma di *web tax* nel proprio ordinamento domestico. Le discipline su cui vale la pena concentrare l'attenzione in questa sede sono le forme di tassazione dei servizi digitali previste nell'ordinamento britannico e in quello indiano.

In particolare, l'India ha introdotto la c.d. *Equalisation Levy* a partire dal 2016, con l'obiettivo di contrastare la carenza di gettito fiscale del Governo indiano derivante dal settore della pubblicità in internet, ambito rispetto al quale le imprese multinazionali riescono a registrare ampi margini di profitti senza subire imposizione fiscale a causa della carenza di un criterio di collegamento. L'*Equalisation Levy* consiste in un'imposta del 6% sui profitti derivanti dalla pubblicità digitale, qualora le imprese non residenti superino una certa soglia di fatturato stabilita dalla legge, indice di una significativa presenza economica nel territorio indiano, e non abbiano ivi localizzato una stabile organizzazione a cui attribuire tali profitti.

Nel Regno Unito, per contrastare i fenomeni di *aggressive tax planning* posti in essere dalle imprese multinazionali digitali, dal periodo d'imposta 2015 è stata introdotta la c.d. *Diverted Profits Tax*, un'imposta che colpisce i redditi dirottati da tali multinazionali in Paesi a fiscalità privilegiata. Tale imposta si applica nei casi in cui è presumibile che l'attività economica venga svolta dal soggetto non residente nel Regno Unito in modo da impedire artificiosamente che ivi si configuri una stabile organizzazione; inoltre, tale imposta si applica anche qualora un soggetto residente riesca ad evitare un'adeguata imposizione nel Regno Unito tramite la stipula di accordi o lo sfruttamento di soggetti terzi privi di sostanza economica. L'imposta si applica, con aliquota del 25%, a tutti i profitti che l'Amministrazione finanziaria ritiene siano stati sottratti a tassazione nel Regno Unito ponendo in essere atti elusivi.

Entrambe le tipologie di imposta, quella inglese e quella indiana, hanno l'obiettivo di garantire parità di trattamento tra fornitori residenti e non residenti in tutti quei casi in cui i non residenti non integrino i presupposti della stabile organizzazione, cioè i requisiti minimi affinché il reddito sia tassato nel Paese in cui è prodotto. Il rischio è che i soggetti non residenti non vengano tassati né nello Stato di residenza né in quello della fonte, beneficiando quindi di un vantaggio competitivo rispetto ai soggetti residenti che svolgono la stessa attività. In considerazione del fatto che tali misure prescindono dalla significativa presenza fisica, queste norme rischiano di costituire uno strumento di protezione delle imprese residenti. Inoltre, suddette imposte potrebbero generare fenomeni di doppia imposizione qualora i redditi delle società non residenti vengano già adeguatamente assoggettati a tassazione nello Stato di residenza fiscale, non essendo espressamente riconosciuto alcun credito di imposta in capo al non residente per l'importo corrisposto nello Stato estero a titolo di *web tax*.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

In questo elaborato si è voluto spiegare come la nozione di stabile organizzazione continui ad essere oggetto di ampi dibattiti in sedi nazionali ed internazionali.

In particolare, è emersa la necessità di ampliare la definizione di stabile organizzazione, attualmente non perfettamente in grado di “catturare” la ricchezza generata dagli *assets* immateriali, per riuscire ad assoggettare a tassazione i redditi delle società multinazionali nel Paese in cui il valore viene creato. L’obiettivo è quello di adeguare tale istituto ai nuovi modelli di business dell’economia digitale per impedire che, tramite l’impiego delle nuove tecnologie, si eviti il riconoscimento di una *taxable presence* nel territorio dello Stato nel cui mercato una società è concretamente attiva, ponendo in essere fenomeni di *profit shifting*.

Pertanto, a fronte di una sempre maggiore diffusione dei fenomeni di digitalizzazione, è necessario un intervento legislativo armonizzato a livello internazionale che contrasti il disallineamento che sussiste tra il luogo di stabilimento dei fattori produttivi e quello del consumo dei beni o servizi. Sarebbe necessario introdurre, a livello globale, una nozione di stabile organizzazione “virtuale”, fondata sulla valorizzazione dell’acquisizione dei *Big Data* e legata al concetto di significativa presenza digitale. L’idea sarebbe quella di aggiungere la nozione di stabile organizzazione virtuale a quella classica di stabile organizzazione materiale, della miniera, della cava o di un altro luogo di estrazione di risorse naturali poiché i *Big Data*, costituiscono ad oggi un *assets* importante e in grado di produrre margini di profitti elevati, tanto quanto il petrolio, i metalli, le pietre preziose e le altre risorse naturali. Tuttavia, l’utilizzo del concetto di stabile organizzazione virtuale, se considerato singolarmente, non risolverebbe il problema della tassazione dei giganti del *web*.

Dopo il primo tentativo di assoggettare a tassazione le imprese multinazionali, mediante la *web tax transitoria*, che rappresenta una sorta di “emersione volontaria” della stabile organizzazione di soggetti non residenti, il legislatore ha introdotto, con la Legge di bilancio 2018, un’imposta sulle transazioni digitali, nota come *web tax*. Tuttavia, la *web tax* italiana dovrebbe in futuro conformarsi all’Imposta sui Servizi Digitali (ISD) prevista in sede europea, qualora venisse approvata la proposta di Direttiva 73/2018.

Sebbene inizialmente in sede europea sia risultata piuttosto celere la predisposizione di un insieme di proposte che adeguassero la nozione di stabile organizzazione e che introducessero una normativa per assoggettare a tassazione le imprese della *digital economy*, si assiste oggi ad una situazione di stallo poiché molti Stati membri, tra cui il

Lussemburgo, Malta e l'Irlanda, hanno espresso a tal proposito il loro dissenso sin dal vertice *Ecofin* di Tallinn del 29 settembre 2017; di converso, i Paesi che hanno regimi fiscali più gravosi, come la Svezia, la Finlandia e la Danimarca hanno ben accolto la proposta di Direttiva nel vertice *Ecofin* svoltosi a Sofia il 27 e 28 aprile scorso. C'è il rischio che quello che sembrava essere un passo in avanti dell'Unione Europea si trasformi in un progetto senza concretizzazione.

D'altro canto, oltre all'introduzione della *web tax* italiana, gli unici altri tentativi di tassazione dei redditi delle imprese multinazionali, nel panorama internazionale, sono rappresentati dalla *Diverted Profit Tax* del Regno Unito e all'*Equalisation Levy* dell'India, sebbene ci siano altri Paesi intenzionati ad adottare norme simili (ad esempio la Spagna). L'eventuale superamento della fase di stallo in sede europea comporterebbe per gli Stati membri l'obbligo di recepire il contenuto delle proposte di Direttiva, dalle quali emerge il convincimento che l'unico approccio realmente efficace sia quello di una soluzione "globale" internazionale.

Tuttavia, c'è da aggiungere che il fatto che ancora non si sia giunti ad una soluzione in sede comunitaria, non giustifica l'Italia per i ritardi verificatisi nell'implementazione del Decreto attuativo delle norme domestiche introdotte con la Legge di bilancio 2018.

È difficile prevedere quelli che saranno gli sviluppi del dibattito relativo alla tassazione delle grandi multinazionali tuttora in corso, soprattutto in sede europea, in considerazione del mutato scenario politico e delle notevoli differenze di regimi fiscali adottati dai Paesi membri, che spingono gli Stati con regimi fiscali maggiormente favorevoli per le imprese a "difendere" la loro attrattività.

BIBLIOGRAFIA

- C. Garbarino, *Manuale di tassazione internazionale*, II ed., Milano, 2008, p. 273.
- C. Sacchetto, *Esterovestizione societaria, Disciplina tributaria e profili tecnico-operativi*, Torino, 2013.
- F. Tesauo, *Compendio di diritto tributario*, V ed., Milano, 2014.
- F. Tesauo, *Istituzioni di diritto tributario*, Parte speciale, Decima edizione, Utet giuridica, 2016.
- L. Miele, G. Rolle, V. Russo, *Società estere: regime delle CFC ed esterovestizione*, Milano, 2011.
- M. Leo, F. Monacchi, M. Schiavo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, tomo II, VI edizione, Milano, 1999.
- P. Franzoni, *Stabile organizzazione nelle imposte sui redditi*, EGEA, 2014.
- P. Valente, L. Vinciguerra, *Stabile organizzazione occulta*, IPSOA Manuali, 2013.
- S. Mayr, B. Santacroce, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA Manuali, II Edizione 2016, p. 8.

PUBBLICAZIONI E RIVISTE TRIBUTARIE

- A. Cirillo, C. Atzeni, *Imposizione diretta sulla stabile organizzazione in Italia di una società estera*, in “Bilancio e reddito d’impresa”, 6/2017, p. 39.
- A. Giovannini, *Ripensare la capacità contributiva*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, I, pag. 10021
- A. Lovisolo, *La stabile organizzazione*, cit, pp. 297; OECD, *Rapport du Comité fiscal. Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune. Commentaires sur les articles du projet de convention*, Parigi, 1963.
- A. Nuzzolo, 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. 1-5120.

- A. Vanni, *“La stabile organizzazione. Gli orientamenti della giurisprudenza nell’ultimo decennio.”*, in I “Venerdì di Diritto e Pratica Tributaria”, Fondazione Antonio Uckmar, 11-12 ottobre 2013, Milano.
- B. Ferroni, *Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la “continuativa presenza economica”*, in “il fisco” n. 7 del 2018, pag. 1-632.
- B. Santacroce, S. Ficola, *Lo sviluppo dell’e-commerce fa i conti con Iva e «stabili»*, in “Il Sole 24 ore” del 1.03.2018, p.22.
- BEPS, Action 1 *“Address the tax challenges of the digital economy”*
- BEPS, Action 2 *“Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements”*
- BEPS, Action 3 *“Design effective CFC rules”*
- BEPS, Action 4 *“Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments”*
- BEPS, Action 5 *“Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance”*
- BEPS, Action 6 *“Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances”*.
- BEPS, Action 7 *“Prevent the artificial avoidance of PE status”*.
- BEPS, Action 8 *“Aligning transfer pricing outcomes with value creation”*.
- BEPS, Action 9 *Aligning transfer pricing outcomes with value creation”*.
- BEPS, Action 10 *“Aligning transfer pricing outcomes with value creation”*.
- BEPS, Action 11 *“Measuring and monitoring BEPS”*.
- BEPS, Action 12 *“Mandatory disclosure rules”*.
- BEPS, Action 13 *“Transfer pricing documentation and Country-by-Country reporting”*.
- BEPS, Action 14 *“Making dispute resolution mechanism more effective”*.
- BEPS, Action 15 *“Developing a multilateral instrument to modify bilateral tax treaties”*.
- C. Rigato, G. Lazzarato, Sottocommissione fiscalità internazionale ODCEC Padova quadriennio 2013-16 (in Il Sole 24 ore del 6/02/2017)
- C. Garbarino, *Stabile organizzazione*, in Riv. dir. trib., 1998, p. 365.

- C. Grimaldi, *“Non sempre l’iscrizione all’AIRE è sufficiente per perdere la soggettività passiva di imposta”*, in *Corriere tributario* n° 24 del 2000, p. 1753.
- Circolari 24 Fisco, *Stabile organizzazione: si amplia la platea*, 13 febbraio 2018.
- D. Avolio, *La nuova definizione di stabile organizzazione*, in *"Corriere Tributario" n. 4 del 2018*, pag. 266.
- D. Avolio, D. Pezzella, *La web tax italiana e la tassazione dei servizi digitali*, in *"il fisco" n. 6 del 2018*, pag. 1-525.
- E. Ceriana, *Il cantiere quale stabile organizzazione: nozione e i principi internazionali*, in *“Fiscalità internazionale”*, 2005;
- E. Della Valle, *La web tax italiana e la proposta di Direttiva sull’Imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in *"il fisco" n. 16 del 2018*, pag. 1-1507.
- G. Albano, M. Bellini, *Stabile organizzazione, per commissionari e agenti il perimetro resta invariato*, in *“Quotidiano del Fisco” del 18/07/2017*.
- G. Odetto, L. Corso, *Le novità della Legge di bilancio 2018 e del D.L. collegato*, in *Guide Eutekne del 4.01.2018*.
- G. Palumbo, *Prospettive di una nuova tassazione dell’economia digitale*, in *“il fisco” n. 44 /2017*, p. 4257.
- G. T. Toma, *La stabile organizzazione: alcune problematiche di interesse risolte dalla giurisprudenza tributaria*, in *“Diritto e Diritti dal 1996”*, 2006.
- G. D’Alfonso, *La stabile organizzazione fa il suo esordio in Italia*, in *A&F*, p.10, 2003.
- G. Sepio, M. D’Orsogna, *La web tax transitoria per le multinazionali digitali (e non solo)*, in *"il fisco" n. 31 del 2017*, pag. 1-3020.
- M. Cerrato, *Sui confini tra esteroinvestizione societaria e stabile organizzazione*, in *Rivista di diritto tributario*, 2013, parte V, p. 55-72.
- M. Piazza, A. Trainotti, *Stabile organizzazione: nuova definizione e implicazioni più rilevanti*, in *“Il Sole 24 ore” Norme e tributi mese del 6/03/2018*, p. 32-43.

- P. Consiglio, A. Nuzzolo, *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 *Fisco*, 2004, pp. 5120.
- P. Marongiu, *Il concetto di stabile organizzazione nel nuovo Testo Unico*, in *Boll. trib.*, 2006, p. 126.
- R. Braga, *Web tax italiana: le nuove regole*, in “Plus Plus 24 fisco”, La settimana fiscale del 6/09/2017, p. 35-38
- *Stabile organizzazione*, in “Il Sole 24 ore”, Approfondimenti Sistema Frizzera, Scheda aggiornata al 23 maggio 2017.
- S. Guarino, *La nozione di stabile organizzazione nell’era dell’economia digitale*, in "Corriere Tributario" n. 9 del 2018, pag. 716.
- S. Guarino, *La nozione di stabile organizzazione nell’era dell’economia digitale*, in "Corriere Tributario" n. 9 del 2018, pag. 716.
- S. Mayr, “Società estera con cantiere edile in Italia: vi è stabile organizzazione?”, in “Corriere tributario”, 1990, pag. 2279.
- T. Gasparri, *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza*, Note e studi, Assonime, 15, 2017, a commento del Rapporto finale 2015 alla Action 1 del progetto BEPS.
- T. Rosembuj, “TaxingDigital”, in *ElFisco*, 2015, pag. 13.
- M. Leo, F. Monacchi, M. Schiavo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, tomo II, VI edizione, Milano, 1999.
- M. Leo, *Quale tassazione per l’economia digitale*, in "il fisco" n. 21 del 2018, pag. 1-2007.
- P. Valente, *Il nuovo Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, in “il fisco” n. 6/2018, p. 557.

GIURISPRUDENZA

- Cass. Civ., sent. 15 aprile 2004, n° 7175;
- Cass. Civ., sent. 20 aprile 2006, n°9318;

- Cass. Civ.,sent. 7 luglio 2013, n° 2869.
- Cass. Civ.,sent. 15 aprile 2004, n° 7175;
- Cass. Civ., sent. 26 giugno 2003, n° 10179;
- Cass. Civ., sent. 19 maggio 2010, n°12259;
- Cass. Civ.,sent. 25 maggio 2002, n. 7682:
- Cass. Civ.,sent. 16 giugno 1984, n° 3604;
- Cass. Civ., sent. 26 giugno 2003, n° 10179;
- Cass. Civ.,n° 20597 del 7.10.2011;
- Cass. Civ., sent. 25 maggio 2002, n° 7682;
- Cass. Civ.,sent. 12 gennaio 2007, n° 526;
- Cass. Sez. Lav.,9 giugno 1988, n° 3910;
- Commissione Tributaria Centrale, Decisione n° 4992,10 ottobre 1996;
- Commissione Tributaria Provinciale di Belluno, Decisione n° 174, 14 gennaio 2008;
- Commissione Tributaria Regionale Lombardia, Decisione n° 4871/17, 23 novembre 2017;
- Circolare 16 giugno 2004 n° 25/E;
- Circolare 2 dicembre 1997, n° 304/E;
- Risoluzione Agenzia Entrate 28 marzo 1975, n° 12/934;
- Risoluzione Agenzia Entrate 14 ottobre 1988, n° 8/1329;
- Risoluzione Agenzia Entrate 10 febbraio 1999, n° 17/E;
- Risoluzione Agenzia Entrate 9 marzo 2007, n° 41/E;
- Risoluzione Agenzia Entrate 28 maggio 2007 n° 119;
- Risoluzione del Ministero delle Finanze del 21 luglio 1983, n° 12/533;

SITOGRAFIA

- www.agenziaentrate.gov.it
- www.confindustria.it
- www.eutekne.it
- www.bigsuite.ipsosa.it

- www.leggiditaliaprofessionale.it
- www.def.finanze.it
- www.diritto24.ilsole24ore.com
- www.fiscooggi.it
- www.fisconline.it
- www.ilfattoquotidiano.it
- www.ilsole24ore.com
- www.misterfisco.it
- www.odcec.mi.it
- www.oecd.org
- www.oecdlibrary.org

RIASSUNTO

In un contesto economico in cui è massimizzata la liberalizzazione degli scambi e in cui il progresso tecnologico ha sostanzialmente reso nulle le distanze, assume sempre più rilevanza il riparto del potere impositivo tra gli Stati in cui ciascuna impresa opera localizzando una o più attività. In particolare, i redditi dei soggetti residenti vengono tassati ovunque essi siano prodotti (*worldwide taxation principle*); al contrario, i redditi dei non residenti sono tassati solamente se prodotti in Italia (*source taxation*). È in questo contesto che emerge la nozione di stabile organizzazione. La stabile organizzazione è un istituto di diritto tributario che assume rilevanza nell'imposizione dell'attività internazionale delle imprese. Il vigente ordinamento attribuisce allo Stato la potestà di tassare i redditi di impresa prodotti da un soggetto non residente quando è possibile localizzarne l'ubicazione della fonte nel suo territorio, attraverso la configurazione di una stabile organizzazione.

In ogni caso, sia la normativa convenzionale che quella domestica, richiedono che sussista un effettivo radicamento dell'impresa non residente nel sistema economico dello Stato della fonte, cioè una stabile organizzazione, tale da giustificare l'assoggettamento a tassazione.

La Legge di bilancio per il 2018, ispirandosi all'aggiornata versione dell'art. 5 del Modello OCSE, ha determinato importanti modifiche alla disciplina della stabile organizzazione ed ai criteri per la sua determinazione, riformulando le due tipologie della stabile organizzazione materiale e personale. In particolare:

- viene introdotta una nuova norma che ravvisa una stabile organizzazione in Italia anche in *“una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio dello stesso”*;
- viene modificata l'elencazione delle ipotesi che non costituiscono stabile organizzazione (*negative list*);
- viene aggiunta una regola anti-frammentazione delle attività e dei contratti;
- vengono aggiornate le definizioni relative alla stabile organizzazione personale.

L'art. 162 del TUIR comincia a definire al primo comma la tipologia di stabile organizzazione c.d. materiale, sancendo che *“ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive 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”.

Dalla norma risulta evidente che i presupposti necessari affinché sussista una stabile organizzazione materiale sono tre:

- la presenza di una sede di affari (può consistere in locali, infrastrutture e installazioni utilizzati per l'esercizio dell'attività industriale o commerciale dell'impresa estera);
- la circostanza che tale sede sia fissa e permanente; in particolare, deve esserci un legame tra la sede fissa di affari e un determinato “punto geografico” in cui essa è localizzata affinché possa sussistere la soglia minima necessaria tale da giustificare il potere impositivo dello Stato sui redditi della stabile organizzazione;
- il fatto che tramite la suddetta stabile organizzazione l'impresa non residente svolga, in tutto o in parte, la propria attività nel territorio dello Stato: è mediante la sede fissa di affari che deve essere svolto il business; in altri termini, la sede fissa di affari deve essere strumentale per l'esercizio dell'attività d'impresa da parte del contribuente non residente.

Uno degli elementi essenziali della stabile organizzazione delineati dall'art. 162 del TUIR è rappresentato dal collegamento con un determinato “punto geografico”, e ciò nel mondo prima di *Internet* comportava la necessità che le imprese disponessero nel territorio dello Stato di una sede fissa di affari o di un agente dipendente.

Tuttavia, in un contesto economico globalizzato in cui aumentano a livelli esponenziali le transazioni aventi ad oggetto beni e servizi digitali ed immateriali, lo sviluppo dell'*ecommerce* ha comportato non poche problematiche per la dottrina di diritto tributario internazionale relative all'identificazione del territorio in cui l'attività d'impresa viene di fatto esercitata e quindi dovrebbe essere tassata. Infatti, le imprese digitali si definiscono tali poiché sono in grado di raggiungere sostanzialmente ogni luogo senza necessità di costituirvi sedi fisse di affari, muovendosi nella nuova geografia c.d. “virtuale”. In altri termini, possono erogare beni e servizi mediante lo sfruttamento del cyberspazio, costituendo un collegamento con un territorio o con un mercato senza localizzarvi una stabile organizzazione materiale o personale.

A queste esigenze ha dovuto fornire una risposta il legislatore della Legge di bilancio 2018 al quale è stato affidato il difficile compito di rielaborare la nozione di stabile

organizzazione con l'obiettivo di ricomprendere al suo interno quelle fattispecie riconducibili all'ambito del commercio elettronico.

Tra le modifiche apportate alla nozione domestica di stabile organizzazione dalla Legge di bilancio 2018, la prima novità è rappresentata dall'introduzione al comma 2 dell'art. 162 del TUIR, contenente le esemplificazioni di sede fisse di affari che costituiscono una stabile organizzazione materiale, della nuova lettera f-bis), volta a comprendere nella *positive list* *“una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio dello stesso”*. Tale modifica, che amplia la definizione “in positivo” di stabile organizzazione, è stata fatta per ricomprendere nella predetta definizione anche i soggetti, tipicamente le società che operano nel commercio elettronico, che per lo svolgimento della propria attività non necessitano di una sviluppata presenza fisica sul territorio. In sostanza, l'obiettivo del legislatore è quello di rappresentare proprio quelle situazioni in cui l'impresa partecipa alla vita economica di un Paese in modo regolare e continuativo senza avervi una presenza “fisica” grazie all'utilizzo dei mezzi tecnologici che hanno minimizzato le distanze.

La norma scaturisce dall'esigenza di eseguire le specifiche direttive impartite dall'Action 1 nell'ambito del Progetto BEPS per l'economia digitale. Inoltre, la novellata normativa 162 risulta coerente con la previsione di un'imposta sulle transazioni digitali relative a prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici, in quanto ha lo scopo di *“alleviare il nesso, finora imprescindibile, tra presenza fisica di un'attività nel territorio dello Stato e assoggettabilità alla normativa fiscale”*, valorizzando di converso gli altri elementi distintivi della stabile organizzazione: la stabilità, la ricorrenza e la dimensione economica dell'attività con l'intento di contrastare manovre abusive volte a evitare la determinazione dell'esistenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

Pertanto, risulta fondamentale individuare degli indicatori che siano idonei a configurare una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato di una stabile organizzazione, la cui sussistenza può far presupporre un'interazione significativa con il sistema economico di quel determinato Paese mediante lo sfruttamento della tecnologia *web*. Innanzitutto, uno degli indicatori della potenziale esistenza di un nesso con il territorio dello Stato è rappresentato dalla ricorrenza sistematica di rilevanti ricavi derivanti da transazioni realizzate in remoto. Tuttavia, il volume dei ricavi derivanti da vendite online deve essere considerato insieme ad altri indicatori di carattere tecnico quali l'utilizzo di un nome di dominio locale, una caratterizzazione locale della piattaforma

digitale in termini di lingua e tradizioni dei consumatori, ovvero l'utilizzo di metodi di pagamento locali per prezzi espressi in valuta locale e comprensivi di tasse, dazi e altri oneri; inoltre, si devono considerare i fattori come quelli legati al bacino di utenza, come il numero di utenti mensili attivi (*Monthly Active Users* - MAU), la regolare conclusione di contratti online con gli utenti e il volume di dati raccolti presso gli utenti o i clienti abitualmente residenti in quello Stato. Elementi immateriali e a-fisici, come il sito web, costituito dalla combinazione di software e dati elettronici, seppure costituiscano dei core assets per la conduzione dei business digitali, non sono stati giudicati sufficienti ad integrare l'istituto della stabile organizzazione c.d. virtuale. Infatti, con la modifica del quinto comma dell'art. 162 del TUIR, il legislatore ha sostituito la norma che escludeva la sussistenza di una stabile organizzazione a fronte della mera disponibilità di elaboratori e impianti per la raccolta e la trasmissione dei dati e delle informazioni finalizzata alla vendita di beni, con la c.d. *"anti-fragmentation rule"*.

Sia l'art. 162 del TUIR sia l'art. 5 del Modello OCSE, indicano una serie di attività c.d. preparatorie o ausiliarie, ritenute *ex lege* non integranti i presupposti della stabile organizzazione. In particolare, si tratta di un'elencazione negativa di casi in cui, pur essendoci una sede fissa di affari, tale sede è utilizzata per attività non destinate alla produzione di reddito. Occorre specificare che cosa si intende per atti con carattere preparatorio o ausiliario: si tratta di quegli atti imprescindibili per il conseguimento dell'attività principale dell'impresa estera; l'ausiliarietà deve essere valutata in relazione alla singola tipologia di impresa che svolge la propria attività per il tramite della sede fissa di affari. In altri termini, si deve verificare se l'attività dell'impresa estera possa essere portata avanti senza lo svolgimento delle presunte attività a carattere preparatorio. In particolare, l'attuale comma 5 dell'art. 162, che appare tutt'altro che di facile lettura, stabilisce che *"il comma 4 non si applica ad una sede fissa d'affari che sia utilizzata o gestita da un'impresa se la stessa impresa o un'impresa strettamente correlata svolge la sua attività nello stesso luogo o in un altro luogo nel territorio dello Stato e lo stesso luogo o l'altro luogo costituisce una stabile organizzazione per l'impresa o per l'impresa strettamente correlata in base alle previsioni del presente articolo, ovvero l'attività complessiva risultante dalla combinazione delle attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa o da imprese strettamente correlate nei due luoghi, non sia di carattere preparatorio o ausiliario, purché le attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa, o dalle imprese strettamente correlate nei due luoghi, costituiscano funzioni complementari che siano parte di un complesso unitario di*

operazioni d'impresa”. Trattasi, evidentemente, di una norma volta a impedire lo “spezzettamento” dell’attività tra più imprese, quando invece se la medesima attività fosse esercitata da un’unica impresa quest’ultima configurerebbe la stabile organizzazione della casa madre estera. Questa regola, definita “*anti-fragmentation*” ed esposta nel Modello convenzionale così come riportata dall’*Action 7* del Progetto BEPS, è stata introdotta nella normativa domestica dal legislatore della Legge di bilancio 2018 con lo scopo di contrastare la parcellizzazione di attività presso soggetti differenti operanti nello stesso Stato, con il solo obiettivo di farle apparire agli occhi dell’Amministrazione finanziaria come mere attività preparatorie o ausiliarie ed evitare la qualificazione dell’attività complessivamente svolta nell’alveo di quelle che integrano i presupposti della stabile organizzazione. Pertanto, le fattispecie elencate dalla *negative list* di cui al comma 4 dell’art. 162 del TUIR, per le quali è esclusa la sussistenza di una stabile organizzazione, non trovano applicazione qualora una sede fissa d’affari sia utilizzata o gestita dall’impresa o da altra impresa ad essa “strettamente correlata” che svolge attività sul territorio dello Stato, nello stesso luogo o in altri, integrando i presupposti della stabile organizzazione. Inoltre, ai fini dell’individuazione del rapporto di correlazione menzionato dal comma 5, il legislatore ha introdotto il comma 7-*bis*, il quale prevede che un soggetto deve considerarsi strettamente correlato a un’impresa se, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze rilevanti, l’uno ha il controllo dell’altra o entrambi sono controllati da uno stesso soggetto. In ogni caso, un soggetto è considerato strettamente correlato ad un’impresa se sussiste un rapporto di controllo, ossia se l’uno possiede direttamente o indirettamente più del 50% della partecipazione dell’altra o, nel caso di una società, più del 50% del totale dei diritti di voto e del capitale sociale, o se entrambi sono partecipati da un altro soggetto, direttamente o indirettamente, per più del 50% della partecipazione o, nel caso di una società, per più del 50% del totale dei diritti di voto e del capitale sociale.

Per completare il quadro normativo di riferimento occorre descrivere la seconda fattispecie di stabile organizzazione disciplinata dal legislatore: la stabile organizzazione personale disciplinata dai commi da 6 a 8 dell’articolo 162 del TUIR. Questa tipologia di stabile organizzazione si connota per la presenza di un’attività negoziale a favore dell’impresa estera, non sporadica od occasionale, posta in essere abitualmente da agenti dipendenti. In particolare, il comma 6 stabilisce che costituisce una stabile organizzazione personale dell’impresa non residente “*il soggetto che agisce nel territorio dello Stato per conto di un’impresa non residente e abitualmente conclude contratti o opera ai fini della*

conclusione di contratti senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa e detti contratti sono in nome dell'impresa, oppure relativi al trasferimento della proprietà, o per la concessione del diritto di utilizzo, di beni di tale impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare, oppure relativi alla fornitura di servizi da parte di tale impresa”.

È evidente quindi che configura una stabile organizzazione personale un soggetto che:

- agisce nel territorio dello Stato per conto di un'impresa non residente;
- abitualmente conclude contratti, o opera ai fini della conclusione di contratti senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa non residente (o comunque sono contratti relativi alla fornitura di beni o servizi da parte di tale impresa).

Se sussistono questi presupposti allora si considera che l'impresa non residente abbia una stabile organizzazione nel territorio italiano *“in relazione a ogni attività svolta dal suddetto soggetto per conto dell'impresa”*. La ratio della norma è quella di evitare che un soggetto estero, eludendo i presupposti necessari affinché un soggetto estero abbia nel territorio dello Stato una stabile organizzazione materiale, si avvalga comunque di tale configurazione sfruttando le strutture e il personale di terzi soggetti. Pertanto, la stabile organizzazione personale può configurarsi solo nel caso in cui non siano già integrati i presupposti perché si costituisca nel territorio dello Stato una stabile organizzazione materiale.

Il nuovo testo del comma 7 dell'art. 162 del TUIR si occupa di delineare la nozione di agente indipendente, precisando che non si intendono integrati i presupposti della stabile organizzazione personale, di cui al comma 6, in presenza di un soggetto che svolge la propria attività nel territorio dello Stato in qualità di agente indipendente e agisce per conto dell'impresa non residente *“nell'ambito della propria ordinaria attività”*. Pertanto, non configura una stabile organizzazione personale un soggetto che:

- svolge la propria attività in qualità di agente indipendente;
- agisce per l'impresa nell'ambito della propria attività ordinaria.

Per quanto concerne la determinazione e l'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione italiana dei soggetti esteri, la normativa ha recentemente subito modifiche normative a seguito delle quali sono stati introdotti nel nostro ordinamento importanti principi di diritto fra cui il *functionally separate entity approach* e l'applicazione delle metodologie di *transfer pricing* per la quantificazione del reddito imputabile alla stabile organizzazione.

L'art. 151 esplicita che per assoggettare a tassazione in Italia il reddito di società e enti commerciali non residenti:

- è sostanzialmente ribadito nel nostro ordinamento il principio del “trattamento isolato del reddito”;
- è stato eliminato il principio della forza di attrazione della stabile organizzazione;
- è stato introdotto il *functionally separate entity approach* per la determinazione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione.

In particolare, il primo comma dell’art. 151 del TUIR prevede che la tassazione del reddito prodotto dai non residenti avvenga su base isolata, senza compensazioni reciproche e secondo le disposizioni del Titolo I del TUIR relative alle singole categorie reddituali, con l’esclusione dei redditi esenti da imposta, dei redditi assoggettati a ritenuta alla fonte a titolo d’imposta o ad imposta sostitutiva. In altri termini, i non residenti devono individuare i singoli redditi che ai sensi dell’art. 23 del TUIR si considerano prodotti nel territorio dello Stato e assoggettarli a tassazione ciascuno in maniera separata secondo le norme del TUIR dettate per ciascuna categoria reddituale. Di conseguenza, il legislatore ha abrogato il principio che per lungo tempo ha dominato la scena della regolamentazione fiscale della stabile organizzazione domestica: il “principio della forza di attrazione della stabile organizzazione”, il quale implicava che la disciplina del reddito d’impresa dei soggetti IRES residenti si applicasse anche alle società o enti commerciali non residenti con stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato per tutti i redditi di fonte italiana e non solo per quelli realizzati per il tramite della stabile organizzazione. In altri termini, al reddito d’impresa della stabile organizzazione venivano attratti redditi che non erano affatto prodotti attraverso l’uso di risorse della stabile organizzazione o per via del suo reale intervento. Così, nel reddito prodotto dalla stabile organizzazione e risultante dal suo conto economico, confluivano, redditi di tutt’altra specie; la cancellazione del suddetto principio è stata necessaria poiché risultava contrastante con gli orientamenti dell’OCSE e con le disposizioni contenute nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni.

Il legislatore ha posto un’eccezione per il reddito d’impresa prodotto in Italia tramite una stabile organizzazione, stabilendo da un lato che si considerano prodotti nel territorio dello Stato i redditi indicati nell’articolo 23, ma dall’altro ha sancito che i redditi d’impresa saranno assoggettati a tassazione sulla base dell’art. 152 del TUIR. Con la riformulazione posta dal Decreto di internazionalizzazione, il reddito d’impresa della società estera assoggettabile ad imposta in Italia è esclusivamente quello prodotto nel territorio dello Stato tramite la stabile organizzazione ed è determinato in base agli utili e alle perdite ad essa “riferibili”. Dalla nuova stesura dell’art 152 del TUIR è evidente che

pur non approvando un vero e proprio bilancio, la stabile organizzazione di soggetti non residenti situata in Italia è tenuta a redigere un apposito rendiconto che evidenzi la situazione economica e patrimoniale separatamente rispetto alla documentazione contabile della casa madre estera. Come anticipato, per effetto dell'intervento normativo che ha inciso sull'art. 152, da un punto di vista giuridico vi è identità tra la stabile organizzazione e la casa madre mentre, ai soli fini dell'attribuzione del reddito, la *branch* viene trattata come se fosse un'entità autonoma rispetto al soggetto estero a cui appartiene. Sebbene la stabile organizzazione con costituisca giuridicamente un soggetto autonomo ma funga semplicemente da collegamento territoriale con il soggetto non residente, di cui ne costituisce un'estrinsecazione, ai fini fiscali, sulla base del *functionally separate entity approach*, la stabile organizzazione si qualifica come un'entità separata e indipendente rispetto alla casa madre e, in quanto tale, è direttamente soggetta ad obblighi dichiarativi autonomi e di tenuta della contabilità; ciò nonostante sarà solo il contribuente non residente a costituire l'unico centro di imputazione dei rapporti giuridici. In forza di questo principio, il reddito attribuibile alla stabile organizzazione va determinato a seguito di una specifica analisi funzionale volta ad individuare le funzioni svolte dalla stabile organizzazione, i rischi assunti e gli *asset* impiegati.

Una volta completata l'analisi funzionale, la quantificazione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione deve essere effettuata mediante l'impiego delle metodologie per la determinazione dei prezzi di trasferimento previsti dall'OCSE in base al principio della libera concorrenza (c.d. *on an Arm's Length principle*).

In ambito IVA, invece, la stabile organizzazione ha la finalità di garantire il rispetto del *Destination Principle*, in modo tale che l'imposta venga riscossa nel Paese in cui avviene il consumo del bene o del servizio, escludendo così il potere impositivo di qualunque altro Stato. Infatti, in ambito IVA, in virtù del principio di neutralità, non sussiste la possibilità che si verifichino fenomeni di doppia imposizione, in considerazione del fatto che la stabile organizzazione esercita un potere attrattivo in forza del quale la potestà impositiva è trasferita dalla giurisdizione in cui è stabilita la casa madre a quella in cui è situata la stabile organizzazione. Ai fini Iva, la stabile organizzazione viene considerata come un'unica entità con la casa madre a differenza di ciò che si assume ai fini delle imposte dirette, rispetto alle quali la stabile organizzazione viene considerata come un'entità separata e indipendente per effetto della finzione giuridica. Il fatto che la stabile organizzazione ai fini IVA debba essere considerata come un tutt'uno con la casa madre

si riflette nei rapporti *intercompany*, i quali sono privi di rilevanza poiché condotti verso “se stessi”. È l’art. 11 del Regolamento 282/2011 a fornire una definizione di stabile organizzazione ai fini IVA, stabilendo che una stabile organizzazione “è qualsiasi organizzazione, diversa dalla sede dell’attività economica di cui all’art. 10, caratterizzata da un grado sufficiente di permanenza e una struttura idonea in termini di mezzi umani e tecnici” a consentire alla stabile organizzazione, nei rapporti B2B, di “ricevere e di utilizzare i servizi che le sono forniti per esigenze proprie di detta organizzazione” e nei rapporti B2C, di “fornire i servizi di cui assicura la prestazione”. Da un’analisi del testo normativo emerge come la stabile organizzazione ai fini IVA si caratterizzi per 4 tratti essenziali:

- poiché la norma fa riferimento a “qualsiasi organizzazione” è evidente che affinché si configuri una SO ai fini IVA è irrilevante la forma giuridica/organizzativa;
- deve trattarsi di un’organizzazione diversa dalla sede dell’attività economica (di cui all’art. 10 del Regolamento) ossia deve essere autonomamente identificabile;
- deve avere una certa stabilità (un grado sufficiente di permanenza);
- deve disporre di un’adeguata dotazione umana e strumentale in relazione ai propri scopi.

I requisiti fondamentali affinché, ai sensi dell’art. 11 del Regolamento 282/2011, risulti integrata la stabile organizzazione ai fini IVA sono sostanzialmente due: deve sussistere un sufficiente grado di permanenza dello stabilimento, da intendersi secondo un’accezione legata al tempo (ossia di “consistenza temporale minima”) e nello stabilimento deve essere presente una presenza minima di risorse umane e materiali che consentano di ricevere o di fornire servizi, rispettivamente nei rapporti B2B e B2C. La mancanza di uno dei due requisiti impedisce il realizzarsi dei presupposti che costituiscono la stabile organizzazione ai fini IVA.

L’avvento della *new economy* e l’implementazione dei processi di digitalizzazione hanno permesso alle imprese di accaparrarsi quote di mercati esteri senza ivi situare una sede fissa di affari, mediante l’impiego di metodi del tutto innovativi e per lo più immateriali che hanno fortemente abbattuto le barriere all’entrata dei mercati.

Tuttavia, il repentino cambiamento del business model delle imprese non è stato susseguito da un altrettanto radicale cambiamento dei sistemi di tassazione, i quali continuano ad essere ancorati al vecchio stampo di impresa. L’implementazione di

processi di dematerializzazione dell'economia consentono facilmente di evitare una *taxable presence* nel territorio dello Stato presso il cui mercato una società è sostanzialmente attiva. Alla luce di quanto esposto è evidente quanto sia indispensabile che i Governi implementino un'azione comune per evitare che la presenza di una pluralità di ordinamenti, alcuni con norme fiscali più gravose di altri, crei la possibilità per i contribuenti di scegliere quello più conveniente, indirizzando i profitti nei Paesi a fiscalità privilegiata a svantaggio delle casse erariali dei singoli Stati.

Pertanto, gli ordinamenti nazionali e sovranazionali, al fine di evitare che si creino delle aree economiche deregolate, in cui vengano prodotti redditi c.d. "apolidi", cioè redditi che riescono a sfuggire a ogni giurisdizione fiscale, stanno provvedendo ad adeguare le rispettive normative vigenti. La necessità di un intervento volto ad adeguare all'economia digitale le norme relative all'imposta sulle società è riconosciuta a livello internazionale da organismi quali il G20. Per questo motivo l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico ha elaborato il c.d. Progetto BEPS, "*Base Erosion and Profit Shifting*", il quale esamina le problematiche relative all'evasione fiscale internazionale delle imprese multinazionali e individua 15 Azioni per contrastare le politiche di pianificazione fiscale aggressiva e evitare lo spostamento di base imponibile dai Paesi ad alta fiscalità verso i Paesi *black list*, tentando di fissare regole uniche, trasparenti e armonizzate.

In sede europea è stata delineata la proposta di Direttiva del 21 marzo 2018, che si propone l'obiettivo di delineare una soluzione globale nell'ambito dei regimi di imposta sulle società vigenti negli Stati membri alla luce dei cambiamenti derivanti dalla *digital economy*. La Direttiva esplicita inoltre il concetto di presenza digitale significativa, finalizzato a stabilire un nesso imponibile in una giurisdizione. In particolare, affinché sussista un nesso con una specifica giurisdizione, si deve valutare se sono soddisfatti uno o più dei seguenti criteri:

- se i ricavi derivanti dalla fornitura di servizi digitali a utenti in una giurisdizione superano 7 000 000 EUR in un periodo d'imposta;
- se il numero di utenti di un servizio digitale in uno Stato membro supera i 100.000 in un periodo d'imposta;
- se il numero di contratti commerciali per servizi digitali supera i 3.000".

L'interesse internazionale verso il tema della tassazione dell'economia digitale è progressivamente aumentato nel tempo. Tale necessità è stata percepita anche dal legislatore italiano il quale ha elaborato nel tempo una serie di proposte normative per

tassare la ricchezza prodotta da queste imprese. In particolare, il suddetto art. 1-bis ha introdotto, in sede di conversione nella L. 96/2017 del 21 giugno, in vigore dal 23 giugno del 2017, la c.d. **web tax transitoria**, che consiste in un contraddittorio opzionale tra il contribuente e l'Amministrazione fiscale, avente ad oggetto l'esistenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato italiano, con la previsione di particolari benefici. Tale procedura, attivata spontaneamente dal soggetto non residente, è finalizzata a saldare i debiti fiscali dell'eventuale stabile organizzazione operante in Italia, anche in relazione ai periodi d'imposta pregressi. In quest'ottica, la *web tax* combina le caratteristiche di altri istituti già esistenti nell'ordinamento, come la *voluntary disclosure* e la *cooperative compliance*, al fine di valutare se il business di gruppo possa o meno configurare una stabile organizzazione in Italia così da individuare eventualmente quali siano i redditi da attribuirle.

È evidente che l'art. 1-bis del D.L. 50/2017, non introduce una nuova forma di prelievo fiscale, bensì prevede l'inserimento nell'ordinamento domestico di un procedimento istruttorio, solo eventualmente accertativo, che potrà essere implementato dalle grandi imprese, a prescindere dal settore di riferimento e indipendentemente dal fatto che siano imprese multinazionali digitali, a differenza di quanto avvenuto con le precedenti proposte normative. Dopo il primo tentativo di assoggettare a tassazione le imprese multinazionali mediante la *web tax transitoria*, costituente una sorta di "emersione volontaria" della stabile organizzazione in Italia di soggetti non residenti, con la Legge di bilancio 2018 (L. 2015/2017), il legislatore ha "rinnovato" l'art. 162 del TUIR, elaborando una propria definizione di presenza digitale significativa, di cui si è ampiamente discusso nei precedenti capitoli, e ha introdotto un'imposta sulle transazioni digitali, nota come *web tax*, a decorrere dal 2019. Si tratta di un'imposta indiretta, gravante sulle transazioni digitali che avvengono tra imprese (operazioni B2B) avente ad oggetto le prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici, da individuare con Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze che, ai sensi del comma 1012 dell'art. 1 della L. 2015/2017, avrebbe dovuto essere emanato entro il 30 aprile 2018 per poi essere seguito da uno o più provvedimenti dell'Agenzia delle entrate contenenti gli obblighi dichiarativi e di versamento del relativo tributo. Tuttavia, qualora venga approvata la proposta di Direttiva n. 73 del 2018, il legislatore italiano dovrà necessariamente adeguare la norma interna a quella di stampo europeo. In particolare, l'art. 1 della Direttiva n. 73 del 2018 ha introdotto la c.d. *web tax* europea, cioè un'imposta comune sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali. In particolare, la

Direttiva introduce un'imposta armonizzata che colpisce le attività digitali nell'UE, elaborata tenendo conto delle caratteristiche distintive delle imprese dell'economia digitale. In particolare, l'art. 1 della suddetta Direttiva, che ne stabilisce l'oggetto, afferma *“La presente direttiva istituisce il sistema comune d'imposta sui servizi digitali («ISD»)”*. Suddetta imposta è applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali indicati dall'art. 3 della proposta di Direttiva. L'imposta si applica sui ricavi lordi che derivano dall'erogazione dei suddetti servizi, al netto dell'IVA e di altre imposte analoghe. L'aliquota, da applicare ai ricavi imponibili è pari al 3%. L'art. 4 della Direttiva individua i soggetti colpiti dall'imposta europea; in particolare, la soggettività passiva prescinde dallo stabilimento dell'impresa digitale in uno Stato membro ma per “soggetto passivo” si fa riferimento a qualsiasi entità che soddisfi le sole seguenti condizioni:

3. ammontare dei ricavi a livello mondiale dichiarati dall'entità per l'esercizio finanziario pertinente superiore a 750.000.000 Euro; tale soglia ha la funzione di limitare l'ambito di applicazione dell'ISD alle imprese di dimensioni elevate, tale da detenere ampie quote di mercato per effetto delle quali traggono maggiori benefici dalle tecnologie ICT e, in particolare, dai Big Data, basando il loro business sulla “partecipazione” dei clienti. Sono proprio questi i modelli imprenditoriali che il legislatore europeo intendeva colpire con questa imposta.
4. ammontare dei ricavi imponibili ottenuti dall'entità nell'Unione Europea, durante l'esercizio finanziario pertinente, superiori a 50.000.000 EUR. Tale soglia ha la funzione di limitare l'applicazione dell'ISD ai soli casi in cui vi sia una presenza digitale significativa. È opportuno specificare che tale soglia è stata fissata a livello di Unione Europea per non considerare le differenze che scaturiscono dalle dimensioni di mercato che possono esistere al suo interno.

Un'entità, cioè *“qualsiasi persona giuridica o istituto giuridico che svolge la propria attività attraverso una società o una struttura trasparente a fini fiscali”*, con esclusione quindi delle persone fisiche, si qualifica come soggetto passivo ai fini dell'ISD se supera entrambe le soglie.

Sebbene inizialmente in sede europea sia risultata piuttosto celere la predisposizione di un insieme di proposte che adeguassero la nozione di stabile organizzazione e che introducessero una normativa per assoggettare a tassazione le imprese della *digital economy*, si assiste oggi ad una situazione di stallo poiché molti Stati membri, tra cui il

Lussemburgo, Malta e l'Irlanda, hanno espresso a tal proposito il loro dissenso sin dal vertice *Ecofin* di Tallinn del 29 settembre 2017; di converso, i Paesi che hanno livelli di tassazione più elevati, come la Svezia, la Finlandia e la Danimarca hanno ben accolto la proposta di Direttiva nel vertice *Ecofin* svoltosi a Sofia il 27 e 28 aprile scorso. C'è il rischio che quello che sembrava essere un passo in avanti dell'Unione Europea si trasformi in un progetto senza concretizzazione.

D'altro canto, oltre all'introduzione della *web tax* italiana, gli unici altri tentativi di tassazione dei redditi delle imprese multinazionali, nel panorama internazionale, sono rappresentati dalla *Diverted Profit Tax* del Regno Unito e all'*Equalisation Levy* dell'India, sebbene ci siano altri Paesi intenzionati ad adottare norme simili (ad esempio la Spagna). L'eventuale superamento della fase di stallo in sede europea comporterebbe per gli Stati membri l'obbligo di recepire il contenuto delle proposte di Direttiva, dalle quali emerge il convincimento che l'unico approccio realmente efficace sia quello di una soluzione "globale" internazionale.

Tuttavia, c'è da aggiungere che il fatto che ancora non si sia giunti ad una soluzione in sede comunitaria, non giustifica l'Italia per i ritardi verificatisi nell'implementazione del Decreto attuativo delle norme domestiche introdotte con la Legge di bilancio 2018.

È difficile prevedere quelli che saranno gli sviluppi del dibattito relativo alla tassazione delle grandi multinazionali tuttora in corso, soprattutto in sede europea, in considerazione del mutato scenario politico e delle notevoli differenze di regimi fiscali adottati dai Paesi membri, che spingono gli Stati con regimi fiscali maggiormente favorevoli per le imprese a "difendere" la loro attrattività.