

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

DOTTORATO DI DIRITTO PUBBLICO E TRIBUTARIO

NELLA DIMENSIONE EUROPEA

– XXVIII ciclo –



Luca Di Nunzio

Matricola n. 1026718

*I nuovi confini della «stabile organizzazione» alla luce delle recenti proposte
oggetto del Discussion Draft OCSE*

Relatori:

Ch.mo Prof. Claudio Sacchetto

Ch.mo Prof. Marco Barassi

Anno Accademico 2014-2015

*A mia madre, a mio padre e a mio fratello,
cui sono grato per esser guida e stimolo
di crescita e passione verso la legge
Milano, 21 aprile 2016*

INDICE

CAPITOLO I

Cenni generali e introduttivi sul concetto di stabile organizzazione

1. Premessa: il *discussion draft* dell'OCSE e il ruolo della stabile organizzazione quale istituto di diritto tributario internazionale 6
2. Sul valore giuridico del Modello OCSE e del commentario al Modello OCSE 14
3. Sul *discussion draft* dell'OCSE del 2011/2012 20
4. La “generale” nozione di stabile organizzazione di cui all’art. 5 del Modello OCSE
 - 4.1. *Cenni sulla evoluzione storica del concetto dalla prospettiva OCSE e italiana* 23
 - 4.2. *La definizione di stabile organizzazione nel Modello OCSE: la stabile organizzazione materiale* 27
 - 4.3. *La definizione di stabile organizzazione nel Modello OCSE: la stabile organizzazione personale* 34

*

CAPITOLO II

“Meaning of “at the disposal of”” (proposta n. 2)

1. Introduzione: la proposta n. 2 38
2. Lo stato dell’arte sul “*right of use test*”
 - 2.1. *Introduzione* 43
 - 2.2. *La fonte del “right of use”: giuridica o fattuale?* 44
 - 2.2.1. *La fonte del “right of use” nell’esperienza tedesca* 45

2.2.2.	<i>La fonte del “right of use” nell’esperienza italiana</i>	47
2.3.	<i>La natura dell’attività svolta presso la sede fissa estera</i>	51
2.3.1.	<i>Il “legame funzionale” nell’esperienza tedesca</i>	52
2.3.2.	<i>Il “legame funzionale” nell’esperienza italiana</i>	54
3.	Analisi critica della proposta di modifica al Commentario OCSE	58

*

CAPITOLO III

“Time requirements for the existence of a permanent establishment”

(proposta n. 6)

1.	Introduzione: la proposta n. 6	62
2.	L’attuale stato dell’arte in ordine al periodo di tempo minimo utile/necessario per identificare lo status di stabile organizzazione	
2.1.	<i>La definizione generale di “durata” e l’elaborazione del c.d. “duration test”</i>	69
2.2.	<i>Il contributo all’elaborazione del duration test nell’esperienza giurisprudenziale italiana</i>	76
3.	Analisi critica della proposta di modifica al Commentario OCSE	80

*

CAPITOLO IV

“Meaning of “to conclude contracts in the name of the enterprise””

(proposta n. 19)

1.	Introduzione	85
1.1	<i>L’origine della proposta n. 19</i>	
1.1.1	<i>Il caso “Zimmer Ltd.”: Consiglio di Stato francese 31 marzo 2010, n. 304715</i>	89

1.1.2	<i>Il caso “Dell”</i> : Corte Suprema di Norvegia, 2 dicembre 2011, n. HR-2011-02245-A	91
2.	Il potere di firma dell’agente in nome e per conto del soggetto straniero	94
3.	Analisi critica della proposta di modifica al Commentario OCSE	104

*

CONCLUSIONI

**Sulle proposte del *Discussion Draft* e
sul recente *Final report* del BEPS Action 7**

CAPITOLO I

Cenni generali e introduttivi sul concetto di stabile organizzazione

1. Premessa: il *discussion draft* dell'OCSE e il ruolo della stabile organizzazione quale istituto di diritto tributario internazionale

L'interesse al tema che si intende approfondire nasce dalla proposta dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (di seguito "OCSE") di modifica del Commentario al Modello di Convenzione sui redditi e sul patrimonio (di seguito "Modello OCSE"), *sub* art. 5, rubricato *permanent establishment* o stabile organizzazione, redatta in coincidenza dei lavori del *Working Party 1* del *Committee on Fiscal Affairs* dell'OCSE tenuti tra il 12 ottobre 2011 e il 10 febbraio 2012, e illustrati nel c.d. *discussion draft* intitolato "*Interpretation and application of Article 5 (permanent establishment) of the OECD Model Tax Convention*"¹.

Il citato *discussion draft* si colloca sul solco dei molteplici studi che si sono assommati negli anni come elemento di profonda novità, stante il fine prefisso di riformare alcune parti del Commentario OCSE relative all'art. 5 in tema, appunto, di stabile organizzazione.

Da tale angolazione, è lecito affermare che, sebbene l'istituto in parola abbia una lunga storia le cui radici risalgono alle pendici del XX secolo², la stabile

¹ Disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/dataoecd/23/7/48836726.pdf>. Si anticipa che il citato *discussion draft* è stato peraltro aggiornato. In particolare il "*revised discussion draft*" in argomento racchiude i lavori del *Working Group 1* del *Committee on Fiscal Affairs* dell'OCSE tenuti tra il 19 ottobre 2012 e il 31 gennaio 2013. La versione rivisitata del *discussion draft* è disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PermanentEstablishment.pdf>.

² Si veda il successivo par. 4.1.

organizzazione stia oggi vivendo un periodo di rinnovazione, come testimonia l'ancor più recente *discussion draft* intitolato “*BEPS Action 7: preventing the artificial avoidance of PE status*”, che affronta l'attuale tema dell'elusione dello *status* di stabile organizzazione³.

Più precisamente, il presente lavoro intende analizzare le proposte di modifica di cui al *discussion draft* del 2011/2012, come rivisitato e aggiornato nel 2013, per poi valutarne la portata tenendo conto dello stato dell'arte, ossia della nozione odierna di stabile organizzazione nel Modello OCSE. In particolare saranno oggetto d'analisi le tre seguenti proposte di modifica al Commentario *sub art. 5* ritenuti di maggior interesse perché riguardano alcuni degli aspetti fondanti l'istituto della stabile organizzazione⁴: “*meaning of “ at disposal of”*” (proposta n. 2); “*time requirements for the existence of a permanent establishment*” (proposta n. 6); “*Meaning of “to conclude contracts in the name of the enterprice”*” (proposta n. 19).

Ma prima di illustrare *funditus* il contenuto del *discussion draft* del 2011/2012 e di analizzarne criticamente i risultati, è utile, anzitutto, richiamare brevemente la nozione del lemma “stabile organizzazione” dando risalto al ruolo dell'istituto e alla giustificazione che ha sotto il profilo dogmatico nell'ambito del diritto internazionale-tributario⁵.

³ Lavori tenuti tra il 31 ottobre 2014 e il 9 gennaio 2015. Tale *discussion draft* è disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/action-7-pe-status-public-discussion-draft.pdf>.

⁴ Di contro sono tralasciate le altre proposte siccome aventi caratteristiche troppo specifiche e riferite a fattispecie peculiari, come ad esempio: (i) *can a farm be a permanent establishment?*; (ii) *home office as a PE*; (iii) *shops on ships operated in international traffic*.

⁵ L'esame più approfondito del concetto di stabile organizzazione verrà svolto al paragrafo 4 di questo capitolo, cui si rinvia.

In prima approssimazione può dirsi che la stabile organizzazione è un istituto di matrice tributaria⁶ il cui peculiare scopo sia delimitare e distribuire il *ius impositionis* di due o più Stati sul reddito posseduto da imprese operanti a livello transnazionale⁷. Da tali primi rilievi emerge come il ruolo dell'istituto "stabile organizzazione" si atteggi in modo diverso a seconda della prospettiva di osservazione: (i) per un verso il concetto ha una finalità "distributiva", nel

⁶ Infatti numerosi autori hanno evidenziato quali siano le profonde differenze tra il concetto di "stabile organizzazione", di matrice appunto tributaria, e quello di "sede secondaria" sotto il profilo del diritto privato. Fra gli altri, PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2004, p. 169, il quale rileva che la nozione di "sede secondaria" è orientata a garantire l'affidamento dei terzi nei confronti dell'imprenditore, mentre quella di "stabile organizzazione" è volta a stabilire la corretta determinazione del reddito imponibile in un dato Stato. Sul punto, anche CALCAGNO, *La stabile organizzazione*, in SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 125 e CERRATO, *La definizione di stabile organizzazione nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni*, in SACCHETTO-ALEMANNI (a cura di), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002.

⁷ In questo senso, CALCAGNO, *La stabile organizzazione*, in SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 126, il quale afferma che «la stabile organizzazione [...] rappresent[a] dunque quel criterio distributivo necessario per delimitare le pretese fiscali avanzate dagli Stati sui redditi transazionali prodotti dall'impresa» e che «Si fa così ricorso al concetto di stabile organizzazione per 'misurare' il radicamento di un'impresa oltre confine: se questa misura viene colmata l'impresa si considera avere una stabile organizzazione all'estero cosicché i redditi da questa prodotti saranno tassabili nell'host country». In questo senso è altresì interessante AVOLIO, *La stabile organizzazione: profili definitivi*, in MAYR, SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013, pp. 11, il quale afferma che «La stabile organizzazione è un concetto proprio della legislazione fiscale che sta a indicare il "radicamento" in uno Stato di un'impresa non residente. Sotto questa particolare angolazione, la stabile organizzazione rappresenta la "soglia minima" su cui poggia la ripartizione "convenzionale" del potere impositivo tra Stato della fonte (dei redditi) e Stato della residenza (dell'impresa)».

sensu di localizzare/individuare in un dato Stato, a fini tributari, il reddito posseduto da un dato soggetto, (ii) per altro verso, ha una finalità di “civiltà fiscale”⁸, guardando dalla prospettiva del contrasto al fenomeno negativo della doppia imposizione internazionale sul medesimo reddito⁹.

Con riferimento al primo dei due ruoli, più importante dal punto di vista dogmatico, attenta dottrina¹⁰ ha chiarito che, sotto il profilo della funzione di

⁸ Sul punto, inoltre, TARDELLA, voce *Stabile organizzazione*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. Comm.*, 1998, p. 154, afferma che «la creazione di tale figura è legata al fenomeno della doppia imposizione sui redditi delle imprese operanti nell'ambito di più stati e risponde all'esigenza di individuare un ragionevole criterio per localizzare e rendere imponibile in uno stato il reddito ivi prodotto da un'impresa avente la propria sede principale in un altro stato». Si veda anche GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di “stabile organizzazione” secondo il diritto interno*, in *Rivista di Diritto Finanziario*, 1985, I, p. 386 e ss.

⁹ Non sarà oggetto della presente analisi uno studio particolareggiato del fenomeno della doppia imposizione e delle sue origini. Per quanto qui interessa, si rileva che il fenomeno della doppia imposizione ha due matrici: la prima “giuridica”, nel senso che la doppia imposizione è «il risultato della percezione di imposte comparabili in due (o più) Stati nei confronti di uno stesso contribuente, su una stessa materia imponibile e per uno stesso periodo di tempo» (così BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, p. 69), la seconda “economica”, intesa come doppia imposizione applicata sul medesimo reddito pur se percepito da soggetti distinti, qual è il caso degli utili tassati sulla società e poi sul socio che li percepisce sotto forma di dividendi. Per un approfondimento si veda UCKMAR, CORASANITI, DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *Diritto tributario internazionale - Manuale*, Padova, 2009, pp. 41 e ss.

¹⁰ Cfr. SACCHETTO, voce *Diritto tributario (convenzioni internazionali)*, in *Enc. Dir., Annali*, 2007, pp. 530-534. In particolare l'autore ha sottolineato che «Il criterio di ripartizione fondato sulla esistenza o meno della stabile organizzazione si è rivelato, e tuttora si rivela, come fattore determinante in ordine alla soluzione dei problemi della importante categoria di redditi di impresa, ad onta delle complessità che tale nozione comporta in sede di verifica pratica e a fronte di fenomeni economici non facilmente “localizzabili”, come quelli del commercio elettronico».

spartizione del *ius impositionis*, l'art. 5 del Modello OCSE va letto in combinato disposto con le altre norme del Modello OCSE tra le quali, con specifico riferimento al reddito d'impresa, l'art. 7, rubricato “*Business profits*”¹¹. L'art. 7, par. 1, del Modello OCSE prevede, quale principio generale, che gli utili di una impresa residente in uno Stato contraente sono soggetti a tassazione in detto Stato, secondo un criterio di residenza dell'impresa, a meno che essa non svolga la propria attività nell'altro Stato contraente per il tramite di una stabile organizzazione. Ove ciò avvenga, anche lo Stato in cui si manifesta la stabile organizzazione del soggetto non residente ha il diritto di imporre i propri tributi, ma soltanto con riferimento ai redditi ritratti (*rectius* posseduti) dalla stabile organizzazione. Nel Commentario all'art. 7 del Modello OCSE¹² è stato infatti chiarito che il diritto dello Stato in cui è situata la stabile organizzazione ad imporre i propri tributi non

¹¹ Il concetto di stabile organizzazione viene utilizzato in diverse norme del Modello OCSE e in particolare, nell'art. 7 “*Business profits*”, nell'art. 10 “*Dividends*”, nell'art. 11 “*Interests*”, nell'art. 12 “*Royalties*”, nell'art. 13 “*Capital gains*”, nell'art. 15 “*Income from employment*”, nell'art. 21 “*Other incomes*”, nell'art. 22 “*Capital*” e nell'art. 24 “*Non-discrimination*”.

¹² Cfr. Commentario al Modello OCSE, sub art. 7, punto 12, ove si afferma che esiste «*a principle of general “force of attraction” according to which income such as other business profits, dividends, interest and royalties arising from sources in their territory was fully taxable by them if the beneficiary had a permanent establishment therein even though such income was clearly not attributable to that permanent establishment. [...] The principle that is now generally accepted in double taxation conventions is based on the view that in taxing the profits that a foreign enterprise derives from a particular country, the tax authorities of that country should look at the separate sources of profit that the enterprise derives from their country and should apply to each the permanent establishment test, subject to the possible application of other Articles of the Convention*».

ricomprende anche i proventi che l'impresa non residente percepisce da quel medesimo Stato e non sono riferibili alla stabile organizzazione stessa¹³.

Quanto al secondo ruolo, quello guidato da esigenze di *capital export neutrality/capital import neutrality* onde localizzare la tassazione in uno Stato ed evitare plurime imposizioni sullo stesso reddito, va rilevato che la stabile organizzazione assolve a una importante funzione nel mondo dell'economia moderna e questo dipende dagli effetti che conseguono dalla individuazione di una stabile organizzazione, in un certo Stato, di un dato soggetto, avente sede principale in altro Stato. È stato infatti osservato come l'istituto in parola¹⁴ incida sulle politiche economiche delle imprese internazionali le quali, come noto, possono adottare (semplificando) due possibili modalità di *business* in ambiente *cross-border*: (i) vendendo beni o prestando servizi o svolgendo attività preparatorie alle prime direttamente attraverso la propria sede principale; (ii) vendendo beni o prestando servizi o svolgendo attività preparatorie alle prime attraverso una presenza (materiale o personale) nello Stato estero (in tale secondo caso si integrerebbe il presupposto della "stabile organizzazione"). La costituzione di uno "stabilimento permanente" in uno Stato diverso da quello della casa madre risponde anche a esigenze organizzative: un gruppo multinazionale, per stabilire le modalità di svolgimento della propria attività all'estero, può valutare se ricorrere a società controllate situate negli altri paesi ovvero se sia più conveniente la configurazione di "singola impresa" dotata di determinate "presenze" (le stabili organizzazioni) negli altri paesi. Ad esempio, tale seconda ipotesi potrebbe

¹³ Si veda UCKMAR, CORASANITI, DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *Diritto tributario internazionale - Manuale*, Padova, 2009, p. 163.

¹⁴ Sul punto, GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2008, pp. 298-297. Si veda anche REIMER, *Permanent Establishment in the OECD Model Tax Conventions*, in REIMER, SCHMID, ORELL, *Permanent Establishments – A domestic Taxation, Bilateral Tax treaty and OECD Perspective*, Paesi Bassi, 2015, p. 3.

presentare maggior efficienza sul piano organizzativo e gestionale, posto che il soggetto sarebbe formalmente pur sempre uno, senza dunque il coinvolgimento di ulteriori soggetti autonomi dal punto di vista giuridico e gestionale¹⁵. Per altro verso, il ruolo della stabile organizzazione intesa come criterio utile per l'elisione della doppia imposizione è stata anche oggetto di critica da coloro che hanno ravvisato l'insufficienza dell'istituto rispetto a talune forme di *business* moderno quali ad esempio il c.d. commercio elettronico e, in senso più lato, l'attività svolta a distanza¹⁶.

Muovendo proprio da tale ultima obiezione, secondo cui la nozione di stabile organizzazione appare oggi non del tutto adeguata e aggiornata, ad esempio per ricomprendere fattispecie che chiameremmo “*intangible*”, sembra giustificata l'attenzione manifestata dall'OCSE verso tale istituto necessitando un

¹⁵ Al riguardo va precisato che nella comunità scientifica si è registrata una certa unità di vedute nel considerare la stabile organizzazione come un collegamento di un soggetto in un dato Stato e non come un autonomo soggetto. In questo senso si parla di assenza di soggettività della stabile organizzazione. *Ex multis*, LOVISOLO, *La stabile organizzazione*, in AA.VV., *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002, pp. 270 e ss. e PIAZZA, *op. cit.*, pp. 171-172.

¹⁶ *Ex plurimis*, MAISTO, *Le prime riflessioni dell'OCSE sulla tassazione del commercio elettronico*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, IV, pp. 52 e ss., GALLI, *Brevi note in tema di commercio elettronico e stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, IV, pp. 128 e ss., ARNOLD, *Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2003, pp. 476 e ss. Si veda anche OCSE, *Attribution of profit to a permanent establishment involved in electronic commerce transactions, A discussion paper from the technical advisory group on monitoring the application of existing treaty norms for the taxation of business profits*, febbraio 2001, disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/1923312.pdf>.

riadeguamento quantomeno del Commentario a fattispecie “nuove” non chiaramente imbrigliabili nell’alveo della nozione¹⁷.

¹⁷ Così STORCK, ZEILER, *Beyond the OECD Update 2014: Changes of the Concepts of Permanent establishments in the Light of the BEPS Discussion*, in *The OECD Model Tax Convention and its Update 2014*, Vienna, 2014, p. 1, e DE GOEDE, KAUR, KOSTERS, PERDELWITZ, *Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention, Response from IBFD Research Staff*, p. 1, disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/tax/treaties/49782184.pdf> ove si afferma che «*The large number of 25 points raised in the document, shows that apparently many issues have been raised in practise. This cannot come as a surprise in view of the globalization and changes in business models over the last decades. It had also already become apparent from the increasing case law regarding PE's and from the general report as well as the country reports prepared and published for the 2009 IFA Congress. In our view these developments pointed out that currently there is not enough clarity regarding both the definition of the basic concept in paragraph 1, and other provisions of article 5 of the Model and its related commentaries*».

2. Sul valore giuridico del commentario al Modello OCSE

Si è anticipato in premessa che oggetto d'analisi del lavoro sono talune proposte di modifica al Commentario OCSE formulate nel *discussion draft* del 2011/2012, come aggiornato nel 2013: è bene porre particolare accento sulla circostanza per cui le modifiche proposte intervengono esclusivamente sul Commentario OCSE e non sul Modello di convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE.

Prima di analizzare tali proposte di modifica, occorre valutare quale sia la reale portata e la concreta valenza giuridica del Commentario al Modello OCSE per comprendere, poi, quali effetti possono produrre nel tempo le eventuali modifiche apportate allo stesso.

Anzitutto, il tema della valenza giuridica del Commentario OCSE si incontra già nell'introduzione al Commentario medesimo. In particolare, nell'introduzione al Commentario, al punto 12, si afferma che già dal 1963, il Modello OCSE è stato un importante, se non il più importante, punto di riferimento nell'ambito delle negoziazioni, dell'applicazione e delle interpretazioni dei trattati internazionali in materia tributaria. Con specifico riguardo alla valenza del Commentario al Modello OCSE, al punto 29 si afferma che il Commentario è stato redatto dagli esperti nominati dal *Committee on Fiscal Affairs* nominato dai governi dei vari Stati aderenti all'OCSE e che, pertanto, il Commentario riveste particolare importanza ai fini dello sviluppo del diritto internazionale-tributario¹⁸.

¹⁸ Sul punto vedasi CERRATO, *La rilevanza del Commentario OCSE ai fini interpretativi: analisi critica dei più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, pp. 11 e ss., MELIS, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio*, in *Rass. Trib.*, 1995, pp. 1992 e ss., e AVOLIO, *La stabile organizzazione: profili definitori*, in MAYR, SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013, pp. 13-15.

Tuttavia, al punto 29 evocato si afferma anche che il Commentario non è stato concepito per essere allegato alle singole convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate tra le parti. Ne consegue che, da un punto di vista di stretto diritto, il Commentario non ha efficacia vincolante nell'ambito dell'interpretazione della Convenzione.

D'altronde, questo non toglie che le amministrazioni fiscali¹⁹, la giurisprudenza delle varie corti²⁰ e soprattutto i contribuenti non possano considerare il

¹⁹ Prima fra tutte l'Amministrazione Finanziaria italiana. Utile riferimento è contenuto nella Circolare 30 aprile 1977, n. 7/1496, ove si afferma che «in mancanza di una definizione legislativa, occorre fare riferimento all'unica fonte disponibile in materia emergente dagli accordi internazionali per l'eliminazione della doppia imposizione. A tal riguardo è interessante accennare alla definizione che della stabile organizzazione fornisce il modello di convenzione adottato dall'OCSE (art. 5) cui si ispirano le corrispondenti clausole degli accordi stipulati dall'Italia». Ma non solo, in molte altre occasioni l'Amministrazione Finanziaria ha ribadito l'eccezionale valenza e portata interpretativa del Commentario al Modello OCSE. Fra le altre si annovera la Risoluzione 26 settembre 2013, n. 61/E ove si afferma che «il Commentario precisa, in merito al corrispondente articolo del Modello di Convenzione OCSE, che la regola generale ivi prevista si applica non solo a redditi di natura non espressamente considerata, ma anche a redditi provenienti da fonti non espressamente considerate. Tali ipotesi non ricorrono nel caso in esame, in quanto il TFR e l'indennità di preavviso devono essere qualificati, ai fini convenzionali, come redditi di lavoro dipendente, trattandosi di remunerazioni analoghe a salari e stipendi». E ancora, si vedano Circolare 3 maggio 2013, n. 12/E, Circolare 5 giugno 2012, n. 21/E, Circolare 15 dicembre 2010, n. 58/E, Risoluzione 2 aprile 2009, n. 92/E, Risoluzione 3 dicembre 2008, n. 471/E, Risoluzione 1 agosto 2008, n. 341/E, Risoluzione 21 aprile 2008, n. 167/E, Risoluzione 28 maggio 2007, n. 119/E, Risoluzione 9 marzo 2007, n. 41/E, Risoluzione 12 luglio 2006, n. 86/E, Risoluzione 30 marzo 2006, n. 44/E, Risoluzione 27 gennaio 2006, n. 17/E, Circolare 4 agosto 2006, n. 28/E, C.M. 9 febbraio 2004, n. 12/E, Circolare 16 giugno 2004, n. 25/E, Risoluzione 10 settembre 1999, n. 145/E; C.M. 2 novembre 2005, n. 47/E, C.M. 21 luglio 2003, n. 41/E.

²⁰ Da ultimo Cass. 17 gennaio 2014, n. 1811 ove si afferma che «i criteri e i principi stabiliti nella Convenzione OCSE e nel suo Commentario hanno costituito la base per la negoziazione e la stesura degli accordi internazionali sulla doppia imposizione stipulati tra i Paesi membri dell'organizzazione e, in questo modo, hanno assunto il rango di regole vincolanti per gli Stati

Commentario alla stregua di un utile e autorevole strumento di ausilio per l'interpretazione delle norme pattizie²¹.

Invero e al di là di quanto affermato nella introduzione al Commentario OCSE, il tema relativo alla valenza giuridica del medesimo Commentario è *vexata quaestio* legata a doppio filo con la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati conclusa a Vienna il 23 maggio 1969.

Uno dei punti nodali della discussione si concentra sulla possibilità di far rientrare o meno nell'ambito applicativo dell'art. 31 della Convenzione di Vienna anche il Commentario al Modello OCSE. In particolare, l'art. 31, par. 2, lett. b), della Convenzione di Vienna, prevede che «2. *Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi: [...] b) ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato*».

Su tale aspetto la dottrina internazionale è ancora divisa. Parte della dottrina²² ha rilevato che i Commentari possono essere intesi alla stregua di “strumenti

firmatari, secondo i principi del diritto internazionale». Ma si pensi anche alle analoghe pronunce relative al noto caso “Philip Morris” di cui alle sentenze Cass. 7 marzo 2002, n. 3367, Cass. 26 marzo 2002, n. 4319, Cass. 25 maggio 2002, n. 7689, Cass. 25 luglio 2002, n. 10925, Cass. 6 dicembre 2002, n. 17373. Inoltre, VOGEL, *On double taxation conventions*, Londra, 1997, p. 43, punto 79, ha rilevato che «*The OECD MC and its Commentary are very important for the interpretation of tax treaties in that they provide a source from which the courts of different States can seek a common interpretation*». Sulla valenza giuridica del Commentario del Modello OCSE si veda anche FAVI, *Is there a Permanent Establishment?*, *Italy Report*, *Cahiers de droit fiscal international*, 94a, 2009, pp. 393 e ss..

²¹ Viene affermato ai punti 29.1, 29.2 e 29.3 dell'introduzione al Commentario del Modello OCSE.

²² VAN RAAD, *Interpretation of tax treaties by tax courts*, in *European Taxation Journal*, 1996, 1, p. 4.

disposti in occasione della conclusione del trattato” e, pertanto, rilevano ai sensi dell’art. 31, par. 2, lett. b), della Convenzione di Vienna²³. Tale teoria poggia sostanzialmente sulla circostanza per cui il Commentario è redatto dal *Committee on Fiscal Affairs* nominato dai governi dei vari Stati aderenti all’OCSE e, pertanto, vi sarebbe un legame tra il testo del Commentario OCSE e i singoli Stati che stipulano le varie convenzioni contro le doppie imposizioni.

Tale tesi è stata tuttavia criticata da altra parte della dottrina, parimenti autorevole²⁴, la quale, aderendo a una visione più rigorosa degli “strumenti disposti in occasione della conclusione dei trattati”, ha rilevato come il Commentario OCSE non costituisca, per come è stata la sua genesi, un vero e proprio “strumento adottato dagli Stati contraenti” (nel senso degli Stati che stipulano quella data Convenzione).

Si pensi infatti alle Convenzioni stipulate tra uno Stato aderente all’OCSE e uno Stato non facente parte dell’organizzazione internazionale: in tal caso non sarebbe più sostenibile la prima tesi ancorché la Convenzione sia stata stipulata sulla base del Modello OCSE.

Non solo, ma è stato altresì posta in dubbio la possibilità di considerare i Commentari come “mezzi complementari di interpretazione” ai sensi dell’art. 32, della Convenzione di Vienna, per il quale «*Si potrà ricorrere a mezzi complementari d’interpretazione, ed in particolare ai lavori preparatori ed alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, allo scopo, sia di confermare il significato risultante dall’applicazione dell’articolo 31, che di definire un significato quando l’interpretazione data in base all’articolo 31: a)*

²³ Si veda anche MELIS, *Vincoli internazionali e norma tributaria interna*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, p. 1083-1141.

²⁴ JONES, *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3[2] of the OECD Model*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1984, I, pp. 1625 e ss.

*lasci il significato ambiguo od oscuro; o b) porti ad un risultato chiaramente assurdo o non ragionevole»²⁵. Difatti, sarebbe peculiare la circostanza per cui, data la scrupolosa attenzione degli Stati nella redazione delle norme pattizie, si possa verificare una certa oscurità o ambiguità le quali invece rappresentano il presupposto *ex art. 32* citato per l'adozione di strumenti di interpretazione "complementari", *rectius* non contestuali alla stipula.*

Più corretta è parsa invece la sussunzione del Commentario al Modello OCSE nell'ambito dell'art. 31, par. 4, della Convenzione di Vienna, a mente del quale «*Si ritiene che un termine o un'espressione abbiano un significato particolare se verrà accertato che tale era l'intenzione delle parti*»²⁶.

Tale teoria offre una breccia, sebbene non possa dirsi risolta la *querelle* sull'argomento, per sostenere che nei casi in cui gli Stati contraenti, siano essi aderenti o no all'OCSE, adottino il Modello OCSE quale punto di riferimento

²⁵ Cfr. POZZO, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali*, in UCKMAR (coordinato da) *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 175.

²⁶ LANG, BRUGGER, *The role of the OECD Commentary in tax treaty interpretation*, in *Australian Tax Forum*, 2008, p. 99, disponibile alla pagina http://www.wu.ac.at/ruw/taxlaw/institute/staff/publications/langbrugger_australiantaxforum_95ff.pdf, ove si argomenta che «*The ordinary meaning to be given to a term may well be a technical meaning. Article 31 (4) VCLT provides that "a special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended". The "special meaning" is not "any meaning other than the ordinary meaning to be given to a term in the application of Article 31 (1) VCLT"15 but an "unusual" meaning, distinct from its colloquial meaning, to be applied for treaty purposes. As it was pointed out during the drafting process by a number of members of the International Law Commission, "the technical or special use of the term is normally clear from the context and the 'technical' or 'special' meaning becomes, as it were, the 'ordinary' meaning in that particular context". If it can be established, by reference to the text of the treaty, that a double taxation convention is, in principle, based on the OECD Model, an interpretation in good faith requires that the OECD Model Convention and the OECD Commentary are consulted in the interpretation process*».

per la redazione della specifica Convenzione, allora sarebbe ragionevole desumere che le parti contraenti abbiano abbracciato l'interpretazione data dal Commentario OCSE. Di talché i Commentari OCSE rappresenterebbero la "volontà degli Stati" pur manifestata *ex ante* rispetto alla Convenzione stipulata.

Aderendo a questa elaborazione dottrinale, è stato poi posto il tema della valenza delle modifiche al Commentario OCSE: vale a dire, in presenza di una Convenzione stipulata tra due Stati, le modifiche che intervengono successivamente alla stipula possono dischiudere effetti anche per il passato o unicamente *pro futuro*? Se la risposta è negativa, allora si dovrebbe affermare che per ogni Convenzione stipulata dagli Stati troverebbe applicazione unicamente la versione del Commentario OCSE vigente *ratione temporis*.

Al riguardo, il *Committee on Fiscal Affairs* in seno all'OCSE ha in più occasioni aderito alla c.d. "*ambulatory interpretation*" del Commentario, ossia ad una "interpretazione dinamica" delle statuizioni contenute nel Commentario OCSE²⁷. È stato peraltro osservato che nel 1995 il testo del Modello OCSE è stato modificato all'art. 3, par. 2, a mente del quale «*As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State*»²⁸.

²⁷ Si vedano l'introduzione al Modello OCSE del 1977, punto 30, nonché l'introduzione al Modello OCSE del 1992, punto 3.3. Inoltre v. WATTEL, MARRES, *The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties*, in *European Taxation Journal*, 2003, p 228.

²⁸ Oggi il Commentario al Modello OCSE, *sub* art. 3, par. 2, punto 13.1, prevede che «*Paragraph 2 was amended in 1995 to conform its text more closely to the general and*

3. Sul *Discussion Draft* dell'OCSE del 2011/2012

Il 12 ottobre 2011, l'OCSE ha pubblicato un *Discussion Draft* che racchiude talune raccomandazioni e possibili interpretazioni dell'art. 5 del Modello OCSE²⁹.

In particolare, il *Discussion Draft* è frutto del c.d. *Working Group* in seno all'OCSE composto da taluni delegati del c.d. *Working Party 1 on Tax Conventions and Related Questions* del *Committee on Fiscal Affairs*. Il *Working Group* ha esaminato diverse tematiche connesse alla interpretazione dell'art. 5 del Modello OCSE emergenti da plurimi lavori antecedenti al *Discussion Draft*. Si tratta dei lavori svolti nel 2005 con riferimento ai temi del *transfer pricing* e del *business restructuring*³⁰, e, ancor prima, nel 1999, con riferimento al tema della tassazione nell'economia digitale³¹. Grazie ai due grandi lavori

consistent understanding of member states. For purposes of paragraph 2, the meaning of any term not defined in the Convention may be ascertained by reference to the meaning it has for the purpose of any relevant provision of the domestic law of a Contracting State, whether or not a tax law. However, where a term is defined differently for the purposes of different laws of a Contracting State, the meaning given to that term for purposes of the laws imposing the taxes to which the Convention applies shall prevail over all others, including those given for the purposes of other tax laws. States that are able to enter into mutual agreements (under the provisions of Article 25 and, in particular, paragraph 3 thereof) that establish the meanings of terms not defined in the Convention should take those agreements into account in interpreting those terms».

²⁹ Disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/tax/treaties/48836726.pdf>.

³⁰ Al riguardo, si segnala che il 19 settembre 2008, è stato pubblicato il *Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*, disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/41346644.pdf>.

³¹ Al riguardo, si segnala che i lavori in tema di *e-commerce* sono sfociati nel *final report* intitolato *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for E-Commerce?*, disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/tax/treaties/35869032.pdf>.

precedenti, il *Working Group* ha elaborato una serie di esempi volti ad esaminare talune lacune dell'attuale interpretazione dell'art. 5 del Modello OCSE. Tali esempi sono stati esaminati e raccolti in un *report* intitolato *Is there a Permanent Establishment?*³² e rappresentano la base dell'indagine svolta nel *Discussion Draft* oggetto d'esame. Infine, si deve osservare che il 19 ottobre 2012 il *Discussion Draft* è stato aggiornato al fine di tener conto dei commenti ricevuti dagli esperti di settore nel 2011³³. Il 31 gennaio 2013 si è chiusa la finestra temporale di cui alla versione rivisitata del *discussion draft* per l'invio dei commenti degli esperti di settore³⁴.

Il *Discussion Draft* esamina 25 proposte di modifica del Commentario al Modello OCSE, *sub* art. 5, in tema di stabile organizzazione. Più in dettaglio, sono riportate talune proposte di modifica e taluni chiarimenti su aspetti interpretativi considerati più problematici, quali, ad esempio, il tema della disponibilità dello spazio fisico in cui viene individuata una stabile organizzazione (*meaning of "at disposal of"* – proposta n. 2 relativa al punto 4.2 del Commentario OCSE), fino alla questione dell'agente che agisce in nome e per conto di un'impresa straniera (*meaning of "to conclude contracts in the name of the enterprise"* – proposta n. 19 relativa al punto 32.1 del Commentario OCSE).

³² Pubblicato in *Cahiers de droit fiscal international*, 94a, 2009.

³³ La versione aggiornata del *discussion draft* è disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PermanentEstablishment.pdf>. I commenti degli esperti di settore riferiti al *Discussion Draft* del 2011 sono reperibili alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/publiccommentsreceivedonthediscussiondraftonthedefinitionofpermanentestablishmentintheoecdmodeltaxconvention.htm>.

³⁴ I commenti degli esperti di settore relativi alla versione aggiornata del *discussion draft* del 19 ottobre 2012 sono reperibili alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/publiccommentsreceivedonthereviseddiscussiondraftonthedefinitionofpermanentestablishmentarticle5oftheoecdmodeltaxconvention.htm>.

Nel presente lavoro verranno esaminate 3 delle 25 proposte complessive, ossia: (i) *meaning of “at disposal of”* (proposta n. 2 relativa al punto 4.2 del Commentario OCSE); (ii) *time requirements for the existence of a permanent establishment* (proposta n. 6 relativa al punto 6 del Commentario COSE); (iii) *meaning of “to conclude contracts in the name of the enterprise”*.

L'analisi viene circoscritta a queste tre proposte perché attengono ai profili strutturali dell'istituto della stabile organizzazione, riguardando, appunto, (i) il tema del rapporto di disponibilità che deve instaurarsi tra il soggetto non residente e la stabile organizzazione, (ii) il tema del tempo minimo necessario per affermare la sussistenza di una stabile organizzazione e (iii) il tema relativo alla qualifica del potere dell'agente di spendita del nome del soggetto non residente per la sussistenza di una c.d. “stabile organizzazione personale”.

4. La “generale” nozione di “stabile organizzazione” di cui all’art. 5 del Modello OCSE

4.1. Cenni sulla evoluzione storica del concetto dalla prospettiva OCSE e italiana

La storia dell’istituto “stabile organizzazione” inizia dai primi decenni del XX secolo, quando la Società delle Nazioni offrì il primo reale contributo alla elaborazione del concetto, nozione via via sempre più elaborata fino alle versioni recepite nei modelli di Convenzione del Messico (1943) e di Londra (1946)³⁵. In tale prima elaborazione, il concetto era ancorato all’elemento del “carattere produttivo” o “*caractère productif*” della stabile organizzazione.

Successivamente, nel 1963 il *Committee on fiscal affairs* dell’OCSE pubblicò il suo primo modello di convenzione contro le doppie imposizioni fiscali e con esso la prima versione dell’art. 5 del Modello OCSE³⁶. Tratto distintivo di tale

³⁵ Sul punto, LOVISOLO, *La stabile organizzazione*, in *Diritto tributario internazionale*, coord. da UCKMAR, Padova, 2005, p. 436.

³⁶ La versione dell’art. 5 del Modello OCSE del 1963 era:

«1. For the purposes of this Convention, the term 'permanent establishment' means a fixed place of business in which the business of the enterprise is wholly or partly carried on.

2. The term 'permanent establishment' shall include especially: a) a place of management; b) a branch; c) an office; d) a factory; e) a workshop; f) a mine, quarry or other place of extraction of natural resources; g) a building site or construction or assembly project which exists for more than twelve months.

3. The term 'permanent establishment' shall not be deemed to include: a) the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise; b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery; c) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another

versione rispetto a quella elaborata dalla Società delle Nazioni fu l'abbandono dell'elemento caratterizzante del "carattere produttivo" in favore del requisito dato dalla "sede fissa d'affari" ("a fixed place of business"). Tale cambio di rotta nella definizione qui evocata, come sostenuto da autorevole dottrina³⁷, è dovuto al fatto che nell'impresa ogni elemento contribuisce alla produttività dell'insieme e, dunque, l'elemento della produttività non poteva essere

enterprise; d) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise, or for collecting information, for the enterprise; e) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of advertising, for the supply of information, for scientific research or for similar activities which have a preparatory or auxiliary character, for the enterprise.

4. A person acting in a Contracting State on behalf of an enterprise of the other Contracting State-other than an agent of an independent status to whom paragraph 5 applies-shall be deemed to be a permanent establishment in the first-mentioned State if he has, and habitually exercises in that State, an authority to conclude contracts in the name of the enterprise, unless his activities are limited to the purchase of goods or merchandise for the enterprise.

5. An enterprise of a Contracting State shall not be deemed to have a permanent establishment in the other Contracting State merely because it carries on business in that other State through a broker, general commission agent or any other agent of an independent status, where such persons are acting in the ordinary course of their business.

6. The fact that a company which is a resident of a Contracting State controls or is controlled by a company which is a resident of the other Contracting State, or which carries on business in that other State (whether through a permanent establishment or otherwise), shall not of itself constitute for either company a permanent establishment of the other».

³⁷ Cfr. LOVISOLO, *La stabile organizzazione*, in *Diritto tributario internazionale*, coord. da UCKMAR, Padova, 2005, p. 437, nota n. 7.

considerato “caratterizzante” poiché connaturato al concetto di stabile organizzazione³⁸.

Per quanto concerne la struttura della norma si osserva che (i) al primo paragrafo si dettava la nozione generale dell’istituto (si noti, versione sostanzialmente identica a quella oggi vigente), (ii) al secondo paragrafo figurava una sola c.d. *positive list*, ossia l’esemplificazione dei casi in cui può ritenersi *prima facie* la sussistenza di una stabile organizzazione, mentre oggi figura una fattispecie esemplificativa anche nel paragrafo 3 (il caso del cantiere), (iii) al terzo paragrafo era riportata una c.d. *negative list* (che oggi figura al paragrafo 4), (iv) nei restanti paragrafi quarto, quinto e sesto veniva disciplinata, rispettivamente la fattispecie del potere di concludere contratti in nome e per conto di altro soggetto non residente, dell’agente (in) dipendente e, infine, il tema della sussunzione del controllo societario nell’ambito del concetto “stabile organizzazione”. La versione del 1963 fu poi rivisitata nel 1977 e, dal quel momento in poi, poche furono le ulteriori modifiche apportate al testo della norma³⁹.

Dalla prospettiva italiana, si deve osservare anzitutto che il Modello OCSE del 1963 ispirò la maggior parte dei Trattati stipulati dall’Italia. Questo ha implicato che per l’Italia si è posta la questione di un aggiornamento del testo dell’art. 5 nell’ambito dei vari Trattati stipulati dal 2004 in poi, ossia dal momento in cui entrò in vigore la novella al testo unico delle imposte sui redditi recata dal D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, in attuazione dell’art. 4, L.

³⁸ Per i profili storici dell’evoluzione del concetto di stabile organizzazione offre una disamina esaustiva SKAAR, *Permanent establishment*, Amsterdam, 1991, pp. 71 e ss.

³⁹ Così si esprime MARTINO, *La stabile organizzazione nella politica italiana dei trattati (osservazioni generali)*, in MAYR, SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013, pp. 5 e ss.

7 aprile 2003, n. 80⁴⁰ e con esso la prima definizione legislativa del concetto dal punto di vista domestico, l'art. 162 T.U.I.R., ispirato, appunto alla versione del Modello del 1977.

Prima della novella del T.U.I.R. non esisteva in Italia una definizione domestica di “stabile organizzazione”. Ad esempio negli anni ottanta la normativa domestica attribuiva, all'art. 19, comma primo, n. 5, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, rilevanza fiscale (intesa come criterio di collegamento, non certo come soggettività tributaria⁴¹) alle «*stabili organizzazioni*», senza precisare affatto cosa dovesse intendersi sotto il profilo concettuale. Con l'entrata in vigore del nuovo testo unico delle imposte sui redditi, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, lo scenario non pare granché mutato, figurando ancora, all'art. 113, un generico riferimento alla «*stabile organizzazione*» come presupposto d'imposta per le società ed enti non residenti in Italia. In presenza di un quadro giuridico siffatto, il legislatore consegnava *de facto* alla giurisprudenza, alla prassi ed alla dottrina il compito di definire il concetto domestico dell'istituto in parola. A tal riguardo giova ricordare che nel 2002 l'istituto *de quo* prendeva ancor più forma grazie alla serie di pronunce giurisprudenziali comunemente nota come “*Philip Morris*”⁴². In particolare, la sentenza della Corte di Cassazione 25 maggio 2002, n. 7682, ha enucleato, tra gli altri, i seguenti principi: «*l'accertamento dei requisiti della stabile*

⁴⁰ MARTINO, *La stabile organizzazione nella politica italiana dei trattati (osservazioni generali)*, in MAYR, SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013, pp. 5 e ss.

⁴¹ Argomenta sul punto *funditus* MELIS, *Le interrelazioni tra le nozioni di residenza fiscale e stabile organizzazione: problemi ancora aperti e possibili soluzioni*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2014, n. 1, parte I, p. 29.

⁴² Cass. 7 marzo 2002, n. 3367; Cass. 7 marzo 2002, n. 3368; Cass. 25 maggio 2002, n. 7682; Cass. 25 luglio 2002, n. 10925.

organizzazione, ivi compresi quello di dipendenza e quello di partecipazione alla conclusione di contratti – od alle sole trattative – in 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»; «la partecipazione di rappresentanti o incaricati di una struttura nazionale ad una fase della conclusione di contratti tra società estera e altro soggetto residente può essere ricondotta al potere di concludere contratti in nome dell'impresa, anche al di fuori di un potere di rappresentanza». Come appare evidente, i vari tentativi tesi ad enucleare in termini compiuti una definizione di stabile organizzazione attestano le numerose difficoltà conseguenti alla mancanza di una codificazione nel nostro ordinamento della definizione in parola nel periodo anteriore al 2004.

4.2. La definizione di stabile organizzazione nel Modello OCSE: la stabile organizzazione materiale

La struttura dell'art. 5 del Modello OCSE, nella versione oggi vigente, prevede al paragrafo 1 la definizione generale di stabile organizzazione, ai paragrafi 2, 3 e 4 viene meglio declinato il concetto di “stabile organizzazione materiale”⁴³, ai paragrafi 5 e 6 si individua la nozione di “stabile organizzazione personale”⁴⁴ e, infine, al settimo paragrafo si precisa che il rapporto di

⁴³ Che potremmo considerare come «l'esercizio all'estero di un'attività mediante una serie di mezzi materiali organizzati direttamente dall'operatore economico», così LOVISOLO, *La stabile organizzazione*, in *Diritto tributario internazionale*, coord. da UCKMAR, Padova, 2005, p. 439.

⁴⁴ In prima approssimazione può essere definita come «la «presenza» su un mercato estero senza l'esercizio diretto di un'attività, ma attraverso un rappresentante, estrinsecata attraverso modalità e figure giuridiche diverse e quindi con un legame materiale meno intenso». Così LOVISOLO, *La stabile organizzazione*, in *Diritto tributario internazionale*, coord. da UCKMAR, Padova, 2005, p. 439.

controllo intra-societario non implica necessariamente la sussistenza di una stabile organizzazione nello stato della *subsidiary*.

Al primo paragrafo della norma si legge che la stabile organizzazione è «*una sede fissa d'affari per mezzo della quale l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività*»⁴⁵. In questo periodo sono contenuti tutti i requisiti necessari per la sussistenza di una stabile organizzazione nello Stato della fonte reddituale, ossia, parafrasando la norma, devono ricorrere quattro condizioni: (i) l'esistenza di una sede d'affari (*place of business*), (ii) che questa sia stabilmente presente nel *host country* (*fixed*), (iii) lo svolgimento di un'attività economica (*business*), (iv) che tale sede sia utilizzata per svolgere l'attività economica del soggetto fiscalmente non residente (*through which the business [...] is carried on*)⁴⁶.

Il primo requisito (*place of business*) prevede che il soggetto non residente disponga nell'altro Stato di uno spazio nel quale condurre la propria attività. Per tale può intendersi qualsiasi edificio, struttura o installazione utilizzata per lo svolgimento dell'attività economica⁴⁷. Il Commentario OCSE ha precisato che è irrilevante qualsiasi titolo giuridico in virtù del quale si dispone del dato

⁴⁵ Art. 5, par. 1, Modello OCSE, traduzione tratta da UCKMAR, CORASANITI, DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *Diritto tributario internazionale - Manuale*, Padova, 2009, p. 56. Il testo nella versione originale prevede «*a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*».

⁴⁶ Cfr. punto 2 del Commentario OCSE *sub* art. 5. Anche, CALCAGNO, *La stabile organizzazione*, in SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 129.

⁴⁷ Cfr. punto 4 del Commentario OCSE *sub* art. 5, ove si precisa che «*The term "place of business" covers any premises, facilities or installations used for carrying on the business of the enterprise whether or not they are used exclusively for that purpose. A place of business may also exist where no premises are available or required for carrying on the business of the enterprise and it simply has a certain amount of space at its disposal*».

luogo (*place*), ossia non è strettamente necessario che il soggetto sia titolare dello spazio in cui svolge la propria attività, ma è sufficiente che nella sostanza quella data porzione di spazio sia a disposizione dell'impresa⁴⁸ (come nel caso di un dipendente di una società che utilizza per lungo tempo l'ufficio di una *subsidiary* estera al fine di controllare che quest'ultima si attenga alle istruzioni della casa madre⁴⁹).

Il secondo requisito concerne la permanenza dell'attività svolta (*fixed*)⁵⁰. Come precisato dal Commentario OCSE, tale requisito è bivalente: occorre valutare sia che l'attività sia spazialmente individuata in modo permanente⁵¹ sia che essa abbia una certa durata temporale⁵².

L'importanza di individuare la stabile organizzazione in un dato spazio è cruciale, posto che occorre stabilire se la data stabile organizzazione si collochi un uno dei *Contracting State* (e questo criterio distributivo è alla base di diverse norme del Modello OCSE, prima fra tutte quella contenuta nell'art. 7).

⁴⁸ Cfr. 4.2 del Commentario OCSE *sub* art. 5.

⁴⁹ Questo esempio è contenuto nel punto 4.3. del Commentario OCSE *sub* art. 5.

⁵⁰ Cfr. punti 5 e 6 del Commentario OCSE *sub* art. 5.

⁵¹ Cfr. punto 5 del Commentario OCSE *sub* art. 5 ove si afferma che «*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*».

⁵² Cfr. punto 6 del Commentario OCSE *sub* art. 5 ove si afferma che «*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*».

Non occorre la materiale fissazione al suolo, ma è indispensabile che sussista un sufficiente legame tra l'installazione e un dato punto geografico⁵³.

Quanto al profilo temporale, il Commentario OCSE precisa che in linea di principio occorre che l'installazione abbia un certo grado di permanenza nel *Contracting State*⁵⁴. Ciò non significa che il periodo di tempo debba essere lungo, ma deve essere calibrato sulla tipologia di attività effettivamente svolta dall'impresa⁵⁵.

Il terzo requisito riguarda la conduzione di un'attività economica (*business*) nel dato Stato (ovviamente attraverso la stabile organizzazione medesima). Ciò significa che la stabile organizzazione deve condurre un'attività tesa a incrementare i profitti dell'impresa globalmente considerata⁵⁶. Come si desume dal paragrafo 4, lett. e) dell'art. 5 del Modello OCSE, non deve trattarsi di una mera attività preparatoria od ausiliaria rispetto a quella principale ma, al contrario, deve consistere in una attività tale da poter individuare con

⁵³ Cfr. punto 5.2 del Commentario OCSE *sub* art. 5. Anche VOGEL, *On double taxation conventions*, Londra, 1997, p. 286, punto 24a, ha rilevato che «*a relationship or connection to a geographical area – instead of a fixed point – suffices to create a permanent establishment if the activity is regularly repeated over a long period of time in the same location*».

⁵⁴ Cfr. punto 6 del Commentario OCSE *sub* art. 5, ove si afferma che «*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*».

⁵⁵ E così non è stata ritenuta sussistere la stabile organizzazione nel caso di attività di corsa di cavalli organizzate in differenti impianti, VOGEL, *On double taxation conventions*, Londra, 1997, p. 286, punto 28a.

⁵⁶ Cfr. CALCAGNO, *La stabile organizzazione*, in SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 130.

sufficiente certezza un nesso tra quella data attività e la realizzazione dei profitti⁵⁷.

Quanto al quarto requisito, si prevede che l'impresa estera debba esercitare l'attività per il tramite (*through which*) della propria stabile organizzazione. Al riguardo, il Commentario OCSE suggerisce di interpretare tale concetto in modo ampio e sostanziale⁵⁸. Come detto già in relazione al primo requisito, non occorre necessariamente che sussista un titolo giuridico tra il soggetto non residente e la sede estera che funga da stabile organizzazione. Secondo il Commentario OCSE il soggetto estero deve semplicemente “disporre” della sede fissa d'affari nell'altro Stato, senza necessariamente essere proprietario (o altro titolare) dei *tangible assets*.

Tale requisito appare particolarmente evanescente. La lettura che è stata data del lemma “*through*” (attraverso) è doppia. Da un lato si afferma che il termine debba essere inteso nel senso che il soggetto estero deve “controllare” la sede fissa nell'altro Stato e, dall'altro lato, si afferma che tale termine imponga anche l'esistenza di un legame funzionale tra l'attività d'impresa tipica del soggetto estero e la sede fissa nell'altro Stato⁵⁹.

⁵⁷ Questo concetto viene così formulato dal punto 23 del Commentario OCSE *sub art. 5*, ove si afferma che «*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. Examples are fixed places of business solely for the purpose of advertising or for the supply of information or for scientific research or for the servicing of a patent or a know-how contract, if such activities have a preparatory or auxiliary character*».

⁵⁸ Cfr. punto 4.6 del Commentario OCSE *sub art. 5*.

⁵⁹ REIMER, *Permanent Establishment in the OECD Model Tax Conventions*, in REIMER, SCHMID, ORELL, *Permanent Establishments – A domestic Taxation, Bilateral Tax treaty and OECD Perspective*, Paesi Bassi, 2015, p. 56 e ss., ove si parla di «*control by the taxpayer*» e

Riassunti così i requisiti essenziali che connotano la stabile organizzazione, si deve rilevare come nella nozione generale non figuri in alcun modo quale requisito l'elemento umano (come ad esempio un dipendente). Invero, secondo il Commentario OCSE⁶⁰ l'elemento personale è meramente accidentale, ben potendo esistere modelli d'impresa perfettamente automatizzati privi della necessaria presenza/controllo umano. In tal senso si è espressa l'OCSE nel Commentario, al punto 31. *sub art. 5*, ove ha osservato che «*an enterprise should be treated as having a permanent establishment in a State if there is under certain conditions a person acting for it, even though the enterprise may not have a fixed place of business in that State within the meaning of paragraph 1 and 2*».

Analogamente, si ricorda quanto chiarito dalla stessa Cassazione con sentenza del 27 novembre 1987, n. 8820⁶¹, secondo la quale per la verifica dell'esistenza di una stabile organizzazione bastava che il soggetto straniero svolgesse abitualmente la propria attività in Italia per mezzo di «*una struttura organizzativa materiale e/o personale*».

pp. 60 e ss. dove si parla di «*functional integration*» tra il soggetto estero e la sede fissa d'affari.

⁶⁰ Cfr. punto 42.6 del Commentario OCSE *sub art. 5*, ove si precisa «*a permanent establishment may exist even though no personnel of that enterprise is required at that location for the operation of the equipment. The presence of personnel is not necessary to consider that an enterprise wholly or partly carries on its business at a location when no personnel are in fact required to carry on business activities at that location. This conclusion applies to electronic commerce to the same extent that it applies with respect to other activities in which equipment operates automatically, e.g. automatic pumping equipment used in the exploitation of natural resources*».

⁶¹ Per un commento, di veda PETRECCA, *Il concetto di stabile organizzazione ai fini delle imposte dirette: la definizione della Suprema Corte*, in *Boll. Trib.*, 1988, p. 806. L'autore avverte l'esigenza di «*addivenire ad una definizione chiara della figura della stabile organizzazione e dei requisiti che la caratterizzano*».

La questione sin qui trattata non deve poi essere confusa con altra simile, ma profondamente diversa, laddove si fa riferimento alla necessaria compresenza di un elemento materiale e personale nella stabile organizzazione latamente intesa. Ad esempio, diversi sono i casi in cui si è affermata l'esistenza di una stabile organizzazione materiale priva di alcun soggetto preposto o addetto ai controlli dell'unità produttiva. Nella Risoluzione ministeriale del 11 dicembre 1995, n. 282/E⁶², era stata rinvenuta una stabile organizzazione materiale in presenza di una mera installazione fissa, sprovvista di personale addetto alla medesima. L'Amministrazione Finanziaria, nel richiamare l'art. 5 della Convenzione Italo-Svizzera, osservava che *«l'espressione "stabile organizzazione" designa una sede fissa d'affari in cui l'impresa esercita, in tutto o in parte, la sua attività. È innegabile che sulle installazioni della società svizzera in territorio italiano si svolga materialmente parte dell'attività propria della stessa»*, con ciò ritenendo sufficiente, per il perfezionarsi del presupposto impositivo, la mera esistenza in Italia di una porzione del processo produttivo dell'impresa straniera. Ed ancora, una pronuncia della Corte Federale tedesca del 1996 ha analogamente rinvenuto una stabile organizzazione materiale in presenza di un tratto di oleodotto di una impresa estera in territorio tedesco sprovvisto di alcun addetto al processo produttivo⁶³.

Infine, alcuni autori hanno avuto modo di osservare, in linea con le osservazioni testé evocate, che *«per la configurabilità della sede d'affari [...] non viene considerata necessaria la presenza di personale ad essa stabilmente addetto»*⁶⁴. Si ritiene che le medesime considerazioni (lette al contrario)

⁶² Il caso trattato era quello di una società elvetica *«proprietaria di un tratto di rotaie [...] sul territorio italiano, così come di una stazione, sulle quali, si [doveva] supporre [l'esistenza di] un'attività di trasporto di passeggeri e merci»*.

⁶³ Corte federale tedesca, II, 30 ottobre 1996, causa n. 12/92.

⁶⁴ Cfr., *ex multis*, LEO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 2010, p. 2480 e 2481, per il passo tra virgolette. Inoltre, Commentario OCSE al modello convenzionale, *sub* art. 5, punto

valgano anche per la stabile organizzazione personale, la quale non necessita anche della presenza di un elemento materiale.

In definitiva, i concetti di stabile organizzazione materiale e personale sono del tutto autonomi sia sul piano formale che sostanziale.

4.3. La definizione di stabile organizzazione nel Modello OCSE: la stabile organizzazione personale

Data la premessa al paragrafo che precede, secondo cui stabile organizzazione materiale e personale sono concetti non sovrapponibili e possono esistere senza necessaria compresenza dell'elemento materiale e personale, occorre ora chiarire, anche per il prosieguo del lavoro, cosa si intenda comunemente per "stabile organizzazione personale".

In linea generale, è stato osservato che il concetto di stabile organizzazione personale, di cui ai paragrafi 5 e 6 dell'art. 5 del Modello OCSE, può essere definito come un'eccezione alla regola generale di cui al primo paragrafo, difettando l'elemento della «*sede fissa d'affari*»⁶⁵.

All'interno dell'art. 5 del Modello OCSE, la stabile organizzazione personale viene individuata secondo una duplice veste, ossia la stabile organizzazione che si realizza tramite un "agente dipendente" (par. 5) e quella che si individua attraverso un "agente indipendente ma che non opera nell'ambito della propria attività" (par. 6)⁽⁶⁶⁾.

10., laddove si è osservato che «*a permanent establishment may nevertheless exist if the business of the enterprise is carried on through automatic equipment*».

⁶⁵ Cfr. DEL GIUDICE, *La nozione di stabile organizzazione nel diritto interno, nel diritto convenzionale e nelle Convenzioni stipulate dall'Italia*, in *il Fisco*, 2008, p. 8038 e 8039.

⁶⁶ Cfr. LOVISOLO, *La stabile organizzazione*, in *Diritto tributario internazionale*, coord. da UCKMAR, Padova, 2005, p. 454.

Volendo individuare una nozione unitaria, sussiste “stabile organizzazione personale” ove ricorrano i seguenti tre requisiti:

- (i) vi deve essere un agente dipendente o un agente indipendente ma che agisca al di fuori dell’ambito della sua ordinaria attività;
- (ii) l’agente deve agire per conto di un’impresa;
- (iii) l’agente deve avere il potere di concludere contratti per conto del soggetto estero in modo abituale.

È peraltro previsto che la lista negativa individuata dal paragrafo 4 dell’art. 5 del Modello OCSE si applica anche alla stabile organizzazione personale⁶⁷).

I caratteri peculiari della stabile organizzazione personale sono pertanto, l’uno, soggettivo, ovvero deve trattarsi di persona diversa da un agente indipendente che agisce nell’ambito della propria attività, l’altro, oggettivo, ovvero l’esercizio del potere di concludere abitualmente contratti in nome o solo per conto dell’impresa estera⁶⁸.

Sotto il profilo soggettivo, l’OCSE ha chiarito che l’indipendenza si deve manifestare tanto in senso giuridico quanto economico e, inoltre, il soggetto deve agire nell’ambito della propria ordinaria attività⁶⁹. Mentre l’indipendenza

⁶⁷ Cfr. DRAGONETTI, PIACENTINI, SFONDRINI, *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2014, p. 90.

⁶⁸ Nel capitolo IV verranno analizzati più in dettaglio le non marginali differenze tra l’agire soltanto “per conto” del mandante ovvero anche “in nome” del mandante.

⁶⁹ Cfr. Commentario OCSE, *sub art. 5*, punto 38, ove viene affermato che «*Whether a person is independent of the enterprise represented depends on the extent of the obligations which this person has vis-à-vis the enterprise. Where the person’s commercial activities for the enterprise are subject to detailed instructions or to comprehensive control by it, such person cannot be regarded as independent of the enterprise. Another important criterion will be whether the entrepreneurial risk has to be borne by the person or by the enterprise the person represents*».

economica appare meno problematica da un punto di vista concettuale, qualche precisazione deve essere formulata in ordine a quella giuridica. Autorevole dottrina⁷⁰ ha osservato come non rilevi il mero rapporto contrattuale sottostante tra il soggetto e l'impresa estera per svolgere il *test* di indipendenza giuridica, quanto, al contrario, occorra una analisi caso per caso. E così, in linea di principio, l'indipendenza giuridica può essere negata anche in presenza di un lavoratore autonomo che agisca seguendo specifici ordini ed essendo sottoposto ad un articolato controllo durante la propria attività.

Per quanto concerne il requisito oggettivo, il potere di concludere contratti in nome dell'impresa farebbe immediatamente pensare all'istituto della rappresentanza diretta, il cui elemento distintivo è la spendita dell'altrui nome. Ma tale conclusione viene smentita dallo stesso Commentario OCSE, al punto 32.1 del commento all'art. 5, ove si precisa che *«the phrase [...] does not confine the application of the paragraph to an agent who enters into contracts literally in the name of the enterprise; the paragraph applies equally to an agent who concludes contracts which are binding on the enterprise even if those contracts are not actually in the name of the enterprise»*.

La *ratio* del commento è volta ad evitare che il soggetto residente stipuli per sé contratti i cui effetti giuridici vengono successivamente trasferiti in capo allo

⁷⁰ VOGEL, *On double taxation Conventions*, Londra, 1997, p. 344.

straniero, facendo desumere che quello della «*substance over form*» sia il criterio d'indagine più adeguato⁷¹.

Non rileva, invece, l'espletamento delle attività incluse nel paragrafo 4 dell'art. 5, ossia la c.d. “*negative list*” che annovera, fra l'altro, l'uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna (così prevede il paragrafo 5).

Sotto altro profilo va poi rilevato che il paragrafo 33 del Commentario OCSE, *sub art. 5*, precisa che il potere di concludere i contratti deve essere riferito (o riferibile) al *core business* dell'impresa estera. Sono irrilevanti, secondo il Commentario, i casi di persone che abbiano il potere di assumere lavoratori dipendenti per l'impresa al fine di assisterla per le attività che la persona svolge per conto dell'impresa o se essa fosse autorizzata a concludere a nome dell'impresa contratti analoghi relativi esclusivamente a operazioni interne. Viceversa, è rilevante ai fini dell'individuazione di una stabile organizzazione personale, il caso di un soggetto che negozi le clausole di un contratto in modo vincolante (*binding*) per l'impresa estera ancorché il contratto venga poi sottoscritto da altro soggetto.

⁷¹ Si ricordi quanto chiarito da Cass. 7 marzo 2002, n. 3367: «*l'espedito di separare la materiale attività di conclusione di contratti da quella di formale stipulazione degli stessi (split-up of business responsibilities on the hand and legal authority on the other) può essere considerata come elusione fiscale (tax circumvention), dovendosi ritenere prevalente, per l'applicazione del par. 5, la sostanza sulla forma. In altre parole, l'accertamento del potere di concludere contratti deve essere riferito alla reale situazione economica, e non alla legge civile, e lo stesso può riguardare anche singole fasi, come le trattative, e non necessariamente comprendere anche il potere di negoziare i termini del contratto*».

CAPITOLO II

“Meaning of “at the disposal of” (proposta n. 2)

1. Introduzione: la proposta n. 2

La proposta n. 2 contenuta nel Discussion Draft, nella versione *revised*, si prefigge lo scopo di chiarire il concetto previsto negli attuali parr. da 4 a 4.6 di “*at the disposal of*”, con ciò riferendosi alla circostanza per cui la stabile organizzazione deve essere “a disposizione” del soggetto residente nell’altro Stato.

In prima approssimazione, va anticipato che il concetto di “*at the disposal of*” non è previsto nel testo dell’art. 5 del Modello OCSE, ove figura la più generica espressione «*a fixed place of business through which the business is wholly or partly carried on*», bensì unicamente nel Commentario all’art. 5 del Modello OCSE e, precisamente, nel punto 4⁷².

In linea generale, la proposta intende incidere sull’attuale punto 4.2. del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE, introducendo significative modifiche di cui meglio *infra*, e riscrivere i punti 4.3. e 4.4.. Gli attuali punti 4.3, 4.4. e 4.5. verrebbero traslati nella nuova numerazione come 4.5., 4.6. e 4.7.

Nell’attuale versione, il paragrafo 4.2. del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE prevede che⁷³:

⁷² Si veda il *Discussion Draft* nella versione rivisitata, pagina 7, punto 12.

⁷³ Il testo italiano è stato tratto da Modello di Convenzione fiscale sui redditi, a cura di Maisto, Milano, 2004.

«4.2 Per quanto non sia necessario alcun titolo giuridico formale per utilizzare un determinato luogo affinché questo costituisca una stabile organizzazione, la mera presenza di un'impresa di un determinato luogo non significa necessariamente che tale luogo sia a disposizione dell'impresa. Questi principi sono descritti dai seguenti esempi in cui i rappresentanti di un'impresa sono presenti nei locali di un'altra impresa. Un primo esempio è quello di un venditore che visita regolarmente un cliente importante al fine di acquisire ordini e a tal fine incontra il responsabile degli acquisti nell'ufficio di quest'ultimo. In questo caso, i locali del cliente non sono a disposizione dell'impresa per la quale il venditore lavora e pertanto non costituiscono una sede fissa di affari per mezzo della quale sono esercitate le attività industriali o commerciali dell'impresa (tuttavia, in alcune circostanze potrebbe applicarsi il paragrafo 5 per presumere che vi sia una stabile organizzazione)».

Tale paragrafo, nella proposta n. 2, verrebbe così sostituito (in grassetto il testo aggiunto nella proposta n. 2)⁷⁴:

*«4.2 Per quanto non sia necessario alcun titolo giuridico formale per utilizzare un determinato luogo affinché questo costituisca una stabile organizzazione, la mera presenza di un'impresa di un determinato luogo non significa necessariamente che tale luogo sia a disposizione dell'impresa. **Per considerare un dato luogo come a disposizione di un'impresa di modo che esso possa costituire un “luogo di affari in cui l'attività di [tale] impresa sia esercitata in tutto o in parte” dipende dalla circostanza per cui l'impresa abbia il potere effettivo di utilizzare tale luogo, dalla durata della presenza in tale luogo e che l'impresa possa esercitarvi le proprie attività. Quanto precede viene illustrato meglio nei seguenti esempi. Un'impresa che ha il diritto esclusivo di utilizzare un particolare luogo che viene utilizzato solo per condurre la propria attività d'impresa (ad esempio, quando si ha il possesso legale di quel luogo), tale luogo è chiaramente a disposizione dell'impresa.***

⁷⁴ Traduzione italiana dell'autore.

Tal è anche il caso in cui un'impresa possa utilizzare un determinato luogo di proprietà di altra impresa o che è utilizzato da diverse imprese e svolge le sue attività in quel luogo in modo continuo nel corso di un periodo di tempo prolungato. Viceversa, tale non è il caso in cui la presenza dell'impresa in un dato luogo sia così intermittente o sporadica da non essere considerata un luogo di svolgimento dell'attività di quella impresa (ad esempio, nel caso in cui i dipendenti di una impresa accedono ai locali delle imprese associate visitandoli spesso ma senza lavorare in tali locali per un lungo periodo di tempo). Qualora un'impresa non disponga del diritto di essere presente in un dato luogo, tale posizione non è chiaramente a disposizione dell'impresa; così, ad esempio, non si può considerare a disposizione di un'impresa un impianto che è posseduto e utilizzato esclusivamente da un fornitore o sub-produttore ove questi produce i beni che saranno utilizzati nell'attività della prima impresa (vedi anche punto 42 sotto). È importante inoltre ricordare che, anche se un luogo è una sede d'affari in cui l'attività di un'impresa è svolta in parte, tale luogo non sarà considerato una stabile organizzazione se le uniche attività ivi svolte rientrano nel campo di applicazione del paragrafo 4 [n.d.r., ossia nel caso in cui rientrino nelle ipotesi negative previste dall'art. 5, par. 4, del Modello OCSE]. [il resto dell'attuale paragrafo 4.2 viene spostato nuovi paragrafi 4.3 e 4.4]».

Come si nota, la proposta intende meglio declinare il concetto di luogo “a disposizione” dell'impresa estera, introducendo un criterio guida per individuare nel concreto quando tale “disponibilità” si concretizza.

Segnatamente, secondo la proposta, per verificare la presenza di una stabile organizzazione in un dato Stato occorre esaminare:

- (i) l'effettivo potere di disporre di un dato luogo nell'altro Stato (laddove la proposta prevede «*the effective power to use that location*» c.d. “*right to use test*”);

- (ii) la durata della presenza nel dato Stato (laddove la proposta prevede «*the extent of the presence of the enterprise at that location*» ossia «*la durata della permanenza in tale luogo*»);
- (iii) la natura dell'attività ivi svolta (laddove la proposta prevede «*the activities that it performs there*»).

Nel precedente punto 4.2 questo triplice *test* non era presente, mentre, al contrario, il punto si limitava a riportare un esempio al fine di chiarire il significato del sintagma “*at the disposal of*”: l'esempio era quello del venditore, dipendente di un'impresa, che visita regolarmente un cliente di particolare importanza e al fine di raccogliere gli ordini. In tal caso, si precisava che i locali del cliente non potevano considerarsi “*a disposizione*” dell'impresa per la quale il venditore lavora e, pertanto, non poteva trattarsi di stabile organizzazione materiale (ma al più, e al ricorrere dei relativi requisiti, di stabile organizzazione personale).

La proposta n. 2, inoltre, riporta, nella sezione *Background* un esempio ulteriore in merito al quale il Working Party aveva discusso durante i lavori preparatori per il *report* del Convegno IFA tenuto a Vancouver nel 2009: si tratta del caso di una *Client Company* residente nello Stato S, la quale ha concluso un contratto con il Sig. Peter in base al quale egli fornisce un servizio di *training* ai dipendenti della società durante un periodo di 20 mesi. Il Sig. Peter svolge la propria attività presso i locali della *Client Company* e, nei momenti in cui non presta il servizio, il Sig. Peter ha a disposizione tali locali per preparare i propri seminari in vista degli incontri con i dipendenti della *Client Company*.

Nel *Discussion Draft* si afferma che secondo taluni componenti del Working Party, nell'esempio proposto, il Sig. Peter disporrebbe di una stabile organizzazione materiale presso la sede della *Client Company*, sul presupposto, ritenuto di rilevante importanza, che la *Client Company* metta a disposizione del consulente i propri spazi per svolgere la sua data attività.

Così delineato il contenuto della proposta n. 2, nel paragrafo che segue (n. 2) vengono analizzati singolarmente il primo e il terzo *test* (ossia il potere di disporre della cosa e lo svolgimento dell'attività d'impresa presso la sede estera, cfr. parr. 2.2 e 2.3 che seguono), alla luce delle attuali pronunce giurisprudenziali e di prassi, mentre il secondo *test* (quello sulla durata) viene analizzato in modo approfondito nel terzo capitolo, quando si tratterà in modo unitario della proposta n. 6.

Nel successivo paragrafo 3. viene formulata una analisi critica della proposta del *Discussion Draft* anche alla luce dei pareri offerti da esperti di settore nell'ambito del medesimo *Discussion Draft*.

2. Lo stato dell'arte sul right of use test

2.1 Introduzione

Il concetto di “*at the disposal of*”, sebbene, come detto *supra*, non figuri espressamente nella norma del Modello COSE, è un requisito che promana dal lemma “*through*” del paragrafo 1 dell’art. 5 del Modello OCSE ed è declinato nel Commentario. Il concetto si rintraccia nella letteratura⁷⁵ come “*right of use test*”⁷⁶.

L’avverbio “*through*” (letteralmente “attraverso”) viene collocato all’interno della nozione generale di stabile organizzazione materiale, laddove la norma prevede che per stabile organizzazione si debba intendere «*a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*». Il lemma “*through*”, pertanto, lega il requisito di “*fixed place of business*” (nel senso spaziale, *place*) con quello dell’oggetto dell’attività d’impresa, ossia con il *business* che deve essere interamente o parzialmente svolto. Di talché la norma può essere così parafrasata “*costituisce stabile organizzazione quella sede fissa d'affari attraverso la quale l'impresa svolge tutta o parte della propria attività*”.

⁷⁵ Si veda *inter alia* SKAAR, *Permanent establishment*, Amsterdam, 1991, pp. 155 e ss.

⁷⁶ Si veda STORK, ZEILER, *Beyond the OECD Update 2014: Changes to the Concepts of Permanent Establishments in the Light of the BEPS Discussion*, in LANG, PISTONE, RUST, SCHUCH, STARINGER, STORK, *The OECD-Model-Convention and its Update 2014*, Vienna, 2015, par. II, i quali affermano che «*In addition to the geographic and temporal requirements, the Commentary also requires that the place of business be at the disposal of the enterprise. While this condition is not stipulated in the OECD Model itself, it is explained in the Commentary. In order to be regarded as being at the disposal of an enterprise, the Commentary does not require a formal legal right to use the premises and the like. Rather, it is sufficient that an enterprise exert a certain degree of control over the place/location. However, the mere presence of an enterprise at a particular location does not necessarily mean that the location is at the disposal of an enterprise*».

Ne segue che, tra i vari requisiti per individuare l'esistenza di una stabile organizzazione in un dato Stato, vi è quello per cui la sede fissa d'affari (il *fixed place of business*) deve essere utilizzata dal soggetto estero per lo svolgimento dell'attività d'impresa.

2.2 *La fonte del "right of use": giuridica o fattuale?*

Il problema di fondo che sottostà al concetto in esame è se il *right of use test* debba essere svolto su un piano giuridico ovvero fattuale⁷⁷.

Una prima risposta, sembra fornita dal punto 4 di commento all'art. 5 del Modello OCSE, laddove si prevede che «è irrilevante se i locali, le infrastrutture o le installazioni siano di proprietà, locati o altrimenti a disposizione dell'impresa», «La sede d'affari può essere anche situata nei locali di un'altra impresa. Questo potrebbe essere ad esempio il caso in cui l'impresa straniera abbia permanentemente a propria disposizione alcuni locali o parte di alcuni locali di un'altra impresa».

I brani del Commentario OCSE appena riportati, sono stati letti dalla dottrina nel senso che il "right of use" debba essere inteso anzitutto nel senso giuridico e non fattuale⁷⁸. Tale posizione porta ad affermare che il soggetto straniero deve poter esercitare un controllo sulla sede fissa d'affari basato su un diritto, di fonte negoziale (ad es. nei casi di proprietà o detenzione scaturente da contratto di locazione o sublocazione) nella maggior parte dei casi. Rileverebbero, ma soltanto in seconda istanza, eventuali signorie *de facto* sulla

⁷⁷ Si veda *inter alia* SKAAR, *Permanent establishment*, Amsterdam, 1991, p. 157, ove l'autore distingue tra "a *factual*" or a *legal*" approach".

⁷⁸ In particolare, SKAAR, *Permanent establishment*, Amsterdam, 1991, p. 157, afferma che «the "right of use test" is met when the enterprise has a legal right of use to the place of business as an owner or a lessee. Exclusive right to use the premises is not required».

sede fissa, ossia che non trovano inquadramento in un titolo giuridico che abiliti il soggetto straniero a disporre della sede fissa estera.

Di medesimo avviso Vogel, il quale ha affermato che in prima istanza debba farsi riferimento al profilo giuridico del “right of use”, ma ciò non esclude che tale requisito possa essere rintracciato anche nei casi in cui il soggetto straniero eserciti un potere di fatto sulla sede d'affari estera⁷⁹, in tal caso si parla di “*sufficient command of the POB as a matter of fact*”. A ben vedere, il Commentario precisa, al punto 4.1., che il potere esercitato sulla sede fissa d'affari da parte del soggetto straniero potrebbe essere addirittura di fonte illecita: la liceità o meno del potere esercitato sulla sede non rileva ai fini dell'analisi dello *status* di stabile organizzazione.

L'interpretazione del “*right of use*” adottata nei diversi Stati aderenti all'OCSE non è parea del tutto allineata. Secondo alcuni Stati occorre prediligere il dato giuridico/formale che deve qualificare il diritto di utilizzare un dato spazio nell'altro Stato (ad esempio, uno spazio concesso in locazione), secondo altri, invece, è sufficiente una mera disponibilità di fatto, senza dare alcuna rilevanza al profilo giuridico.

2.2.1 La fonte del “*right of use*” nell'esperienza tedesca

L'interpretazione del “*right of use test*” in senso prevalentemente formale (e quindi giuridico) si rinviene in Germania⁸⁰. In particolare, la giurisprudenza

⁷⁹ VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, Paesi Bassi, 2015, I, p. 353, p.ti 106 e 107: «*For all types of business activities, control can be based on legal titles or factual circumstances. Legal control might be derived from ownership or any other right, including equitable rights under common law if the respective right conveys factual mastery of a POB to the taxpayer enterprise. [...]. But even in the absence of a legal right to use that place, the control test can be met if the taxpayer enterprise has sufficient command of the POB as a matter of fact*».

⁸⁰ ECKL, *Is there a Permanent Establishment?*, *Germany Report*, *Cahiers de droit fiscal international*, 94a, 2009, pp. 323-325.

tedesca⁸¹ ha affermato il principio secondo cui la disponibilità della sede fissa d'affari da parte del soggetto straniero per rilevare ai fini del *test* non può essere revocata da terzi soggetti senza il consenso del medesimo soggetto straniero. In altre parole, la disponibilità della sede fissa deve essere libera e non deve subire possibili interferenze da parte di altri soggetti: ove così fosse la disponibilità non sarebbe sufficientemente qualificata sotto il profilo formale e, pertanto, non potrebbe dirsi che quella sede sia “*at the disposal*” del soggetto straniero.

Secondo la giurisprudenza del Bundesfinanzhof tedesco, il controllo di tipo giuridico dovrebbe trovare fondamento in un esplicito negozio tra le parti. Ciò non toglie, tuttavia, che possono esservi ipotesi in cui la fonte giuridica del controllo esercitato dal soggetto straniero possa manifestarsi in modo implicito. Esempio è il caso trattato dal Bundesfinanzhof nel 1993, noto come *German Hotel Manager*⁸²: una società inglese prendeva in gestione un albergo sito in Germania. Ai sensi del contratto tra la società inglese (*manager*) e il proprietario dell'albergo, il manager aveva il diritto esclusivo di gestire l'*hotel* ancorché non disponesse di locali specifici per l'attività di gestione. La Suprema Corte Federale Tributaria tedesca ha ritenuto che non occorre, ai fini del *right of use test*, un formale diritto di utilizzare la sede fissa d'affari (in specie l'*hotel*) qualora l'impresa straniera sia connessa con il luogo in cui conduce la propria attività (in specie, la gestione alberghiera).

⁸¹ Bundesfinanzhof (BFH), 17 marzo 1982, I R 189/79 disponibile alla pagina http://www.bfh.simons-moll.de/bfh_1982/XX820624.HTM.

⁸² Bundesfinanzhof (BFH), 3 February 1993, I R 80-81/91, per un commento BRUGGEN, *International Tax Aspects of Providing Consulting Services on the Premises of the Client*, ABAC, 21 (2) 2001, pp. 38-63.

Medesima conclusione è stata replicata più di recente, nel 2004, dal Bundesfinanzhof nel caso noto come *German Service Provider*⁸³: il caso riguardava una società americana prestatrice di taluni servizi presso una base militare statunitense in Germania. Secondo la Suprema Corte Federale, la base militare statunitense costituiva stabile organizzazione in Germania della società di *servicing* benché i locali e gli strumenti da essa utilizzati per prestare il proprio servizio appartenessero alla base americana. In ragione del fatto che la base militare era obbligata contrattualmente a concedere degli spazi al *servicer* statunitense per fargli prestare i propri servizi, si doveva desumere un'implicita disponibilità degli stessi, a prescindere dall'esistenza di un formale titolo giuridico che indicasse gli spazi resi a disposizione.

Si tratta dunque di un ulteriore caso nel quale la giurisprudenza tedesca ha affermato che l'esistenza del titolo giuridico che pone una determinata sede a disposizione del soggetto estero possa essere desunto in via implicita dagli elementi della fattispecie concreta⁸⁴.

2.2.2 La fonte del “*right of use*” nell'esperienza italiana

Decisamente diversa è l'interpretazione del “*right of use*” adottata in Italia in alcune pronunce di prassi e giurisprudenziali.

⁸³ Bundesfinanzhof (BFH), 14 luglio 2004, I R 106/03.

⁸⁴ Di diverso tenore è stata la sentenza del Bundesfinanzhof, 4 giugno 2008, I R 30/07, riferita al caso di dipendenti di una società danese che prestavano un servizio di pulizia su taluni aerei presso una base NATO in Germania. I dipendenti avevano accesso alla base NATO con *badge*, potevano utilizzare le cucine e i locali per l'alloggio. La base NATO aveva soltanto l'obbligo di garantire l'accesso ai dipendenti danesi, null'altro. Secondo il BFH, il fatto che l'unico obbligo della base NATO era garantire l'accesso, tale circostanza non era sufficiente a riconoscere un *right of use* da parte dei dipendenti danesi nei confronti della base NATO.

Con la Risoluzione 10 aprile 2008, n. 141/E, l'Agenzia delle Entrate ha affrontato il caso dell'istituzione, ad opera del *Department of Defence* statunitense, di talune strutture presso le basi NATO localizzate in Italia attraverso le quali prestare servizi bancari rivolti essenzialmente alle persone che lavorano o dimorano presso la base militare.

Per l'erogazione dei servizi bancari, il *Department of Defence* statunitense intendeva avvalersi dell'ausilio di una banca americana la quale avrebbe operato quale agente (sia con sia senza rappresentanza) del medesimo *Department of Defence* nell'ambito dei rapporti giuridici sorti dallo svolgimento dell'attività bancaria. Il rapporto tra il *Department of Defence* statunitense e la banca americana veniva disciplinato da un contratto in base al quale il dipartimento americano forniva alla banca i locali all'interno delle basi militari necessari per lo svolgimento dell'attività bancaria. Inoltre, l'attività bancaria svolta in Italia sarebbe stata esclusivamente riconducibile al *Department of Defence* statunitense, il quale ne percepiva i proventi e ne sosteneva i relativi costi, facendosi pieno carico del rischio d'impresa.

Nella soluzione proposta nell'istanza d'interpello, per quanto qui interessa, si rappresentava che le strutture poste all'interno della basi NATO per la prestazione dei servizi bancari non potevano costituire stabile organizzazione della banca americana e ciò sul presupposto che l'attività bancaria era di fatto imputabile solo al *Department of Defence* statunitense, mentre l'attività della banca si traduceva nella mera messa a disposizione della propria capacità organizzativa strumentalmente finalizzata allo svolgimento dell'attività bancaria presso le basi militari.

L'Agenzia delle Entrate, sulla base di un'interpretazione giuridica ed economica dei contratti esibiti dalle parti, ha concluso nel senso che nel caso di specie non poteva concordarsi sul fatto che l'attività bancaria fosse riferibile soltanto al dipartimento della difesa americano, posto che in talune clausole si prevedeva, ad esempio, che i costi d'impresa venissero sopportati dal

dipartimento solo se vi fossero stati fondi sufficienti, mentre per la restante parte, i costi rimanevano a carico della banca.

Ma il dato che più interessa nell'ambito del presente lavoro è che l'Agenzia delle Entrate, nell'affermare l'esistenza della stabile organizzazione, ha riconosciuto, forse in modo implicito⁸⁵ e a prescindere dal titolo giuridico sottostante (che peraltro non è stato analizzato nella pronuncia), l'esistenza di un nesso tra l'attività bancaria svolta e la "disponibilità" dei locali di proprietà della NATO. Veniva dunque riconosciuta l'esistenza di un "*right of use*" su suolo altrui tale da integrare, al ricorrere degli altri requisiti, il concetto di stabile organizzazione.

Una pronuncia in cui l'Agenzia delle Entrate ha riconosciuto l'esistenza di un "*right of use*" ai fini della sussistenza di una stabile organizzazione in Italia è la Risoluzione 28 maggio 2007, n. 119/E. Il caso riguardava una società francese che prestava a consumatori finali italiani servizi di videogiochi operando con proprio marchio. I clienti italiani, a fronte dei servizi resi, pagavano i compensi direttamente alla società francese tramite il suo sito *web* oppure attraverso un *Internet Service Provider* localizzato in Italia mediante un *server*.

Secondo l'Agenzia delle Entrate, il *service provider* italiano può costituire stabile organizzazione in Italia della società francese in quanto attraverso quest'ultimo la società non residente prestava in Italia i propri servizi.

Per quanto qui interessa, nell'ambito delle argomentazioni svolte nella Risoluzione 28 maggio 2007, n. 119/E, l'Agenzia delle Entrate ha affermato che ai fini della configurabilità di una stabile organizzazione, l'impresa non residente deve svolgere la propria attività «*per mezzo di un server che sia nella*

⁸⁵ Si veda FAVI, *Is there a Permanent Establishment?*, *Italy Report, Cahiers de droit fiscal international*, 94a, 2009, pp. 398, ove si afferma che «*in Ruling 141 of 10 April 2008, the Italian tax authorities stated that a US bank might be deemed to have a fixed place of business if it had at its disposal offices within US military bases in Italy, which were the property of the US Department of Defence*».

sua piena disponibilità, la quale sussiste qualunque sia il titolo giuridico che la determina (proprietà, locazione ecc.)».

In tal caso, l’Agenzia ha dunque espressamente ridimensionato l’importanza del titolo giuridico – affermando appunto «*qualunque sia il titolo giuridico*» – affermando che, dalla prospettiva italiana, a nulla rileva il dato giuridico-formale che legittimi l’utilizzo ovvero la “disponibilità” del bene (in specie il *server*) per il tramite del quale svolgere la propria attività d’impresa.

Esempi aneddotici di come vada inteso e applicato il “*right of use test*” appaiono anche nella giurisprudenza italiana.

In particolare, con la sentenza del 14 marzo 2001, n. 3731, la Corte di Cassazione si è pronunciata con riferimento alla sussistenza di una stabile organizzazione in relazione all’attività medica svolta da un dottore residente in Francia. Il medico esercitava la propria attività professionale attraverso una sala operatoria e un sala messa a “disposizione” da un ospedale italiano.

Nelle difese spiegate dal contribuente francese si notava che le strutture ospedaliere italiane non potevano costituire stabile organizzazione in quanto i locali utilizzati per la propria attività gli erano stati concessi “soltanto” in comodato. Peraltro, dopo le consultazioni con i pazienti, gli interventi venivano svolti non soltanto in Italia, ma anche altrove.

La Corte di Cassazione si è posta in perfetta linea con le indicazioni fornite nel Commentario al Modello OCSE, ritenendo irrilevante l’esistenza di un titolo giuridico che abiliti il soggetto non residente a utilizzare la sede fissa d’affari: ciò che rileva è che la sede fissa d’affari sia a sua “disposizione”.

Dal quadro sopra delineato, emerge che, nella prospettiva italiana, la fonte del potere di disporre della cosa (quale ad esempio, un locale in cui svolgere la propria attività) non rileva ai fini della sussistenza o meno di una stabile organizzazione.

Ciò che rileva è un mero “utilizzo” (nel senso forse più atecnico del termine) di un bene o un luogo dal quale possa derivare l’esercizio di un’attività d’impresa.

Analoghe conclusioni si rinvencono nel report predisposto per il Regno Unito in occasione del Convegno IFA del 2009 intitolato “*Is there a permanent establishment?*”. Anche in questo caso⁸⁶, si afferma che ai fini del “*right of use test*”, nessuna rilevanza acquisiscono i diritti di proprietà, locazione o qualsiasi altro titolo giuridico che abiliti l’occupazione di un dato luogo.

2.3. *La natura dell’attività svolta presso la sede fissa estera*

Valutati i requisiti sotto il profilo della fonte generatrice del potere di disporre sulla cosa da parte del soggetto non residente al fine di asserire che “disponga” di una base fissa d’affari nell’altro Stato, occorre ora valutare il terzo punto del “*right of use test*”, il quale nel lessico della proposta di modifica di cui al *Discussion Draft* viene esplicitato come «*the activities that it performs there*».

Nella logica della proposta il nesso che deve sussistere tra il soggetto non residente e la sede fissa nell’altro Stato (al fine di stabilire se davvero possa dirsi a “sua disposizione”) va valutato in relazione alle attività ivi svolte.

⁸⁶ Così, FICHARDT, *Is there a Permanent Establishment?, Italy Report, Cahiers de droit fiscal international*, 94a, 2009, pp. 651-652, il quale espressamente ammette «*There is no express requirement that the place of business be owned or rented by the taxpayer. The place is required to be “at the disposal of” the taxpayer. The guidance³⁵ confirms that in considering whether a place of business is “at the disposal of” an enterprise it makes no difference whether that enterprise’s use is exclusive or shared, whether the enterprise owns, rents or even occupies a place illegally. Premises would not be considered to be “at the disposal of an enterprise” in the case of a travelling salesman using the premises of each of his prospective customers. However, a parent company using an office in the headquarters of a subsidiary company to oversee the subsidiary for a period would have had that space “at its disposal”*».

Secondo Vogel⁸⁷, il nesso che deve sussistere tra il soggetto non residente e la base fissa deve essere di natura “funzionale” e tale legame si declina, in particolare, nell’utilizzo della base fissa quale “strumento” utile per lo svolgimento della sua attività d’impresa.

Per meglio comprendere il nesso in esame è utile ripercorrere l’esperienza di taluni Stati che in vario modo hanno riconosciuto la sussistenza del nesso funzionale tra il non residente e la base fissa nell’altro Stato.

2.3.1 Il “legame funzionale” nell’esperienza tedesca

Nell’esperienza tedesca, nel *report* redatto in occasione del Convegno IFA del 2009, intitolato “*Is there a permanent establishment?*”⁸⁸, è stato rilevato che, in linea generale, il nesso funzionale è riconoscibile nel caso in cui l’impresa straniera svolga direttamente la propria attività per il tramite di una sede fissa d’affari nell’altro Stato.

Tuttavia, esistono situazioni in cui non è semplice rilevare se l’impresa estera svolga la propria attività nella sede fissa in un dato Stato: risulta più complesso individuare il nesso funzionale nel caso in cui il soggetto non residente svolga attività nell’altro Stato presso terzi soggetti o mediante soggetti appaltatori.

In particolare, nel caso trattato nel 1992 dal Giudice tributario del Baden-Württemberg⁸⁹, una società svizzera deteneva un sito produttivo in Germania concesso in locazione ad altra società tedesca, la quale produceva con proprio personale, nell’ambito di un appalto, ma secondo le istruzioni della società

⁸⁷ VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, Paesi Bassi, 2015, I, p. 356, p.ti da 124 a 135.

⁸⁸ ECKL, *Is there a Permanent Establishment?*, *Germany Report*, *Cahiers de droit fiscal international*, 94a, 2009, pp. 325-326.

⁸⁹ FG Baden- Württemberg, 11 maggio 1992, 3 K 309/91.

elvetica (si trattava della produzione di salse aromatiche che avveniva seguendo le ricette date dalla società svizzera).

Secondo il Giudice tributario tedesco, l'appaltatore tedesco non costituiva stabile organizzazione della società elvetica e questo sul presupposto che sussisteva un nesso tra il *business* della società svizzera e quello realizzato dall'appaltatore tedesco "soltanto indiretto". In altri termini, la società svizzera non realizzava in Germania la propria attività direttamente e con mezzi propri. Un elemento parso dirimente nella decisione è stato che la società svizzera non aveva il potere di impartire ai dipendenti dell'appaltatore tedesco istruzioni in modo diretto.

In un altro caso, simile al precedente, il medesimo Giudice tributario⁹⁰ ha ritenuto, al contrario, che la società svizzera detenesse una stabile organizzazione in Germania, rappresentata dall'appaltatore tedesco. Unica differenza rispetto al caso precedente era che il luogo ove veniva condotta l'attività non era stato concesso in locazione dalla società svizzera a quella tedesca ma veniva concesso senza alcun corrispettivo (diremmo, in comodato). Trattasi di un caso comunque isolato, posto che la giurisprudenza tedesca sembra prediligere il nesso "diretto" (cioè senza soggetti mediati) tra impresa non residente e soggetto residente.

Su tale aspetto si è anche pronunciata la prassi tributaria tedesca⁹¹, secondo la quale l'appaltatore in un dato Stato può costituire stabile organizzazione di un soggetto appaltante straniero se quest'ultimo impiega il proprio personale nel luogo di svolgimento dell'attività dell'appaltatore. Viceversa, laddove il soggetto appaltante non sia fisicamente presente presso l'appaltatore, il primo non dispone di stabile organizzazione.

⁹⁰ FG Baden-Württemberg, 7 novembre 1996, 3 K 54/93.

⁹¹ Circolare del Bundesministerium der Finanzen n. 4, par. 3, 2, del 25 dicembre 1999.

Da tali pronunce, si evince che nell'esperienza tedesca, il legame che deve sussistere tra la sede fissa d'affari e il soggetto non residente deve esplicitarsi in un uso della sede fissa non mediato, tale da collegare l'attività ivi svolta con quella del soggetto estero (salvo, come visto, l'isolata sentenza del Baden-Württemberg con riferimento al caso del comodato).

2.3.2 Il "legame funzionale" nell'esperienza italiana

Nella esperienza italiana si rinvencono diverse pronunce, di prassi e della giurisprudenza di legittimità, che hanno analizzato la sussistenza del nesso funzionale con particolare riferimento al caso di investimenti in Italia di tipo immobiliare.

La Corte di Cassazione, in due pronunce risalenti⁹², ha affrontato il caso relativo all'acquisto, da parte di un Anstalt residente in Liechtenstein, di una vasta area la quale sarebbe stata destinata in seguito ad attività turistica. In particolare, l'Anstalt acquistò nel 1965, con tre separati atti stipulati in un arco temporale ravvicinato, talune aree nella regione Sardegna. Nel progetto d'investimento l'Anstalt prevedeva lo sviluppo di tali aree mediante la costruzione di immobili e la successiva rivendita. È utile osservare, tuttavia, che la contestazione mossa dall'Amministrazione finanziaria riguardava l'esistenza di una stabile organizzazione dell'Anstalt sul territorio italiano data dalla mera presenza dei beni immobili, ancorché non fossero stati avviati i lavori di costruzione. In particolare, secondo l'ente impositore e secondo i giudici di seconde cure, nelle circostanze del caso era rinvenibile una stabile

⁹² Corte di Cassazione 27 novembre 1987, n. 8815 e n. 8820, ove si afferma che «il requisito della stabile organizzazione in Italia di società estere [...] doveva essere ritenuto esistente quando l'ente straniero svolgesse abitualmente attività nel territorio nazionale avvalendosi di una struttura organizzativa materiale e/o personale, qualunque ne fosse la dimensione, purché non avesse carattere precario o temporaneo e costituisse, quindi, un centro di imputazione di rapporti e situazioni giuridiche riferibili al soggetto straniero».

organizzazione in Italia sul presupposto che il complesso di atti compiuti dall'Anstalt dimostravano la presenza di un'attività economica, seppur ancora in fase embrionale (acquisto dei terreni prospicienti il mare e limitrofi ad altro centro abitato): pertanto, sebbene l'attività non fosse iniziata, l'Anstalt aveva comunque avviato un'attività giuridica e materiale finalizzata alla valorizzazione del proprio patrimonio.

Al contrario, l'Anstalt sosteneva l'assenza di una stabile organizzazione in Italia sul presupposto che in quel caso si trattava soltanto di beni immobili acquistati e posseduti nel periodo d'imposta preso a riferimento, mentre per la sussistenza di una stabile organizzazione sarebbe necessario l'esercizio di una vera e propria attività commerciale. In quel caso gli immobili furono solo acquistati e tenuti a disposizione in vista del futuro ed eventuale avvio di un'attività d'impresa.

La Corte di Cassazione, prima di giungere a confermare la sentenza di secondo grado, affermando pertanto l'esistenza di una stabile organizzazione, ha in primo luogo rilevato che l'istituto in parola (pur se all'epoca difettava una norma domestica che ne definisse il concetto) prevede che: (a) l'organizzazione deve essere strumentale all'attività che l'ente straniero svolge abitualmente in Italia; (b) deve trattarsi di un'organizzazione stabile (nel senso della durata); (c) sono irrilevanti le dimensioni e l'assetto strutturale dell'organizzazione (sia essa materiale o umana); (d) l'attività svolta può essere anche secondaria e meramente strumentale rispetto a quella tipica dell'ente straniero.

Ciò che qui rileva è che la Corte ha ritenuto necessaria, per asserire l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia, la presenza di un nesso funzionale con l'ente estero che dispone della stabile organizzazione. Tale nesso è stato rinvenuto nell'esistenza di una organizzazione (stabile) di beni e o persone volta ad espletare un'attività strumentale a quella svolta in Italia o all'estero,

ovvero un'attività anche soltanto secondaria e marginale rispetto a quella principale svolta nel proprio Stato⁹³.

Una pronuncia di prassi coeva alle sentenze appena richiamate ha affermato che l'organizzazione rinvenibile nel territorio dello Stato debba svolgere una "funzione attiva" nella produzione di reddito del soggetto estero⁹⁴. Inoltre, l'organizzazione deve essere dotata di una certa autonomia gestionale e contabile rispetto alla casa madre, di modo da poter individuare i confini dell'attività svolta in Italia. Su tali presupposti, la pronuncia conclude per l'irrelevanza del mero possesso di un bene immobile di tipo patrimoniale (ossia di un bene detenuto quale mero investimento di capitale e non preordinato alla produzione di novella ricchezza).

A esito di quanto esaminato, si registra una certa penuria di pronunce giurisprudenziali e di prassi che abbiano analizzato in modo compiuto e

⁹³ Similmente in dottrina: LOVISOLO, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 4, 1983, parte I, p. 1135, il quale evidenzia che «ciò che assume rilevanza è la connessione, in rapporto di strumentalità o di oggetto dell'attività commerciale, con l'esercizio di impresa. Connessione, che, peraltro, nell'ipotesi di locazione del bene immobile si qualifica soprattutto da punto di vista della strumentalità immobile all'esercizio dell'impresa».

⁹⁴ Risoluzione 13 dicembre 1989, n. 460196, ove si legge che «per l'esistenza di una stabile organizzazione occorre la effettiva istituzione di una autonoma e funzionale struttura nazionale rispetto alla società estera. L'autonomia deve manifestarsi sia sul piano gestionale che sul piano contabile e deve costituire sul piano imprenditoriale una entità economica operativa dotata di autonomia di gestione, non essendo sufficiente che la installazione produca comunque una qualche attività per l'impresa. La struttura immobiliare non sembra, quindi, concretizzare una stabile organizzazione, trattandosi di un bene patrimoniale non avente distinzione organizzativa e contabile dalla casa madre. Non sembra pertanto possibile individuare una precipua funzione attiva svolta dalla struttura in Italia per la produzione di reddito, essendo questo di fatto prodotto da un complesso organizzativo che opera al di fuori dello Stato».

unitario il tipo di legame funzionale che dovrebbe esistere tra la sede fissa e il non residente.

Da quanto tuttavia è dato evincere, tale nesso deve estrinsecarsi in una contribuzione (sia essa diretta o indiretta) alla produzione del reddito del non residente. Non occorre che l'attività svolta sia quella propria del non residente, ma può trattarsi anche solo di attività diversa, ma comunque ausiliaria alla produzione di ricchezza nel nostro Paese.

3. Analisi critica della proposta di modifica al Commentario OCSE

Come visto nel paragrafo introduttivo del presente capitolo, la proposta si prefigge lo scopo di meglio chiarire i requisiti al ricorrere dei quali possa dirsi che la sede fissa d'affari sia a disposizione del soggetto non residente, introducendo il triplice test consistente nella verifica (i) dell'effettivo potere del non residente sulla sede fissa, (ii) della durata non occasionale della presenza nello Stato estero (requisito trattato nel successivo capitolo terzo) (iii) dell'attività svolta presso la sede fissa.

Le maggiori riserve da parte di diversi esperti sono state espresse, anche incisivamente, con particolare riferimento al primo *test*, ossia la verifica del “*effective power to use*”.

Il *Business and Industry Advisory Committee* dell'OCSE (altrimenti noto come BIAC) ha affermato⁹⁵ che lo scopo della modifica sarebbe di chiarire come non sia sufficiente una mera presenza (o una mera presenza potenziale) nell'altro Stato da parte dell'entità non residente per affermare che la sede fissa sia “a sua disposizione”.

Il lessico utilizzato nella proposta accosta al vocabolo *power* (potere) l'aggettivo *effective* (effettivo), vale a dire che il potere esercitato dal non residente deve essere concreto, attuale e tangibile.

Tuttavia, il BIAC, come anche l'*International Chamber of Commerce*⁹⁶, ha sollevato molti dubbi sulla genuinità di tale formulazione. In particolare, ha rilevato che la qualificazione del potere come *effective* potrebbe risultare

⁹⁵ Il contributo del BIAC del 31 gennaio 2013 è consultabile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTBIAC.pdf>.

⁹⁶ Il contributo della International Chamber of Commerce del 5 febbraio 2013 è consultabile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTICC.pdf>.

alquanto priva di reale contenuto. Difetterebbe una concreta linea guida per stabilire cosa e quando possa dirsi che quel potere sia “effettivo”⁹⁷.

Inoltre, l’aggettivo *effective* pare non aggiungere granché al sostantivo *presence* sul presupposto che, se un dato soggetto è presente in un dato luogo, tale presenza appare di per sé “effettiva”. Di talché qualificare la presenza come “effettiva” non sembra arricchire di contenuto il concetto proposto nel *Discussion Draft*.

Per queste ragioni, il BIAC ha ritenuto più opportuno valutare due diverse alternative.

Nella prima, il BIAC ritiene sia più chiaro sostituire il vocabolo “*power*” con “*control*” (controllo), sul presupposto che tale concetto dovrebbe essere più puntuale rispetto al “mero” potere. Secondo il BIAC il “controllo” potrebbe rappresentare la linea guida più efficace per declinare il concetto di “tenere a disposizione”.

In alternativa, il BIAC suggerisce che debbano essere utilizzate altre formulazioni che chiariscano che il potere da esercitarsi sulla sede fissa d’affari debba essere superiore rispetto alla mera presenza fisica del non residente nel dato luogo. Esempio di tale proposta può essere rinvenuto in locuzioni del tipo «*disporre dell’effettivo potere di stabilire come e quando il luogo debba essere adoperato dall’entità per condurre la propria attività d’impresa*».

Insieme al BIAC, analoghe riserve sull’efficacia della locuzione “*effective power to use*” sono state espresse dal *Tax Executives Institute, Inc.*⁹⁸ secondo

⁹⁷ Il BIAC ha infatti rilevato che «*It appears that WPI intended to respond to commenters’ requests that the Commentary be revised to require a foreign enterprise to have more than a mere presence (or a presumed ability to be present) at the location. We are concerned, however, that the proposed “effective power to use” standard does not adequately communicate this intent. If a foreign enterprise is in fact present at a particular location, it seems that it is thereby “effective” in being there*».

cui tale potere deve prescindere anche da un mero controllo di natura contrattuale tra il non residente e il luogo ove viene svolta l'attività. Occorrerebbe al contrario, valutare un “*actually use*” della *location* da parte dell'entità non residente.

Come si evince dalle critiche appena richiamate, sebbene la finalità della proposta trovi una condivisa approvazione posto che il fine è quello di meglio declinare il concetto esaminato, dall'altro lato una siffatta formulazione (*effective power*) sembra non cogliere nel segno.

Si è visto infatti che nell'esperienza tedesca e in quella italiana, non sono mancate pronunce di per sé confliggenti. Infatti, nell'esperienza tedesca, è invalso il convincimento che l'uso del luogo ove viene espletata l'attività da parte del non residente debba trovare (prevalentemente) una fonte giuridica, con il che tale visione appare essere meno compatibile con quella più sostanzialistica proposta dal *Draft*.

Maggiormente compatibile con la nuova proposta sembra l'evoluzione registrata dalla prospettiva italiana, laddove si è registrata una pressoché fedele aderenza al principio generale secondo cui occorre verificare se in concreto il soggetto non residente “dispone” dei locali presso cui svolge la propria attività.

Ma al di là delle esperienze pregresse, in questa sede sembrerebbe utile raccogliere l'invito del BIAC, ossia individuare una formulazione che prescinda dal “effettivo utilizzo” del luogo di svolgimento dell'attività, in favore di un concetto più puntuale, ossia quello secondo cui il non residente

⁹⁸ Il commento del *Tax Executives Institute, Inc.* del 30 gennaio 2013 è consultabile alla pagina [http://www.tei.org/news/Documents/TEI%20OECD%20Article%20Five%20\(PE\)%20Revised%20Discussion%20Draft%20Comments%20-%20FINAL.pdf](http://www.tei.org/news/Documents/TEI%20OECD%20Article%20Five%20(PE)%20Revised%20Discussion%20Draft%20Comments%20-%20FINAL.pdf). Nello stesso senso si veda il commento del 30 gennaio 2013 offerto dal Zentralverband Elektrotechnik – Und Elektronikindustrie tedesco, consultabile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTZVEI.pdf>.

debba poter controllare il luogo in cui esercita l'impresa (nel come e nel quando).

CAPITOLO III

“Time requirements for the existence of a permanent establishment”

(proposta n. 6)

1. Introduzione: la proposta n. 6

Nel primo capitolo sono stati tratteggiati gli elementi caratterizzanti l’istituto della stabile organizzazione e si è visto che uno dei requisiti previsti dalla norma individuata dal Modello OCSE è che l’organizzazione debba essere “fissa”⁹⁹.

Al riguardo, è stato rilevato come il concetto di fissità nel contesto in esame sia bivalente, cioè occorre valutare al contempo che l’attività sia spazialmente individuata in modo puntuale¹⁰⁰ e, inoltre, abbia un certo grado di durata in senso temporale¹⁰¹.

Sul tema della durata minima richiesta al fine di affermare l’esistenza di una stabile organizzazione, il *Business and Industry Advisory Committee* dell’OCSE ha riscontrato una tendenziale incertezza negli operatori e, più in

⁹⁹ Cfr. punti 5 e 6 del Commentario OCSE *sub* art. 5.

¹⁰⁰ Cfr. punto 5 del Commentario OCSE *sub* art. 5 ove si afferma che «*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*».

¹⁰¹ Cfr. punto 6 del Commentario OCSE *sub* art. 5 ove si afferma che «*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*».

generale, una divergenza di vedute tra gli interpreti¹⁰². In particolare, il BIAC ha rilevato che il testo del Commentario all'art. 5, al punto 6, dovrebbe essere modificato al fine di meglio chiarire cosa debba intendersi per “periodo minimo di presenza”, onde eliminare (o quanto meno mitigare) l'incertezza interpretativa¹⁰³.

L'incertezza deriverebbe dal fatto che nell'attuale versione del Commentario il punto 6 di commento all'art. 5 prevede *in primis* una regola generale e, successivamente, delle eccezioni in sé molto vaghe¹⁰⁴:

- (i) si parte, infatti, dalla regola generale stigmatizzata nel punto 6., ove si afferma che *«Poiché la sede fissa di affari deve essere fissa ne consegue anche che può considerarsi che vi sia una stabile organizzazione solo se la sede di affari abbia un certo grado di permanenza, cioè se non abbia carattere temporaneo»* (attuale punto 6.);

¹⁰² Cfr. *Discussion Draft*, p. 12. Sul punto, è altresì interessante il commento di CASTRO, *Problems involving permanent establishments: overview of relevant issues in today international economy*, in *The Global Business Law Review*, 2, 2012, p. 135: *«Domestic courts diverge when it comes to determining the minimum period of time needed to establish a PE. For instance, for Dutch general practice purposes, a six-month period is regarded as satisfactory to create a PE for taxation determinations. Alternatively, in Portugal, an enterprise may be treated as having a permanent establishment if it —carries on an activity consisting of planning, supervising, consulting, any auxiliary work or any other activity in connection with a building site or construction or installation project lasting more than six months, if such activities or work also last more than six months»*.

¹⁰³ Il BIAC afferma infatti che *«The meaning of the Commentary must become more clear and the language used must be understandable to typical reader versed in international tax principles, both tax administration and tax payers»*, *Discussion Draft*, p. 13.

¹⁰⁴ Il testo in italiano del Commentario è stato tratto dalla traduzione a cura di MAISTO, Milano, 2003.

- (ii) si afferma poi che «Una sede fissa può, tuttavia, costituire una stabile organizzazione anche se è esistita, di fatto, solo per un periodo di tempo molto breve in ragione del carattere particolare dell'attività d'impresa che non può che essere esercitata in un periodo di tempo limitato» (attuale punto 6.);
- (iii) viene poi riportata la prassi generale degli Stati i quali identificano un limite minimo di durata necessaria di sei mesi: «l'esperienza ha dimostrato che generalmente si è considerato che non vi fossero stabili organizzazioni in situazioni in cui un'attività d'impresa è stata svolta in uno Stato per mezzo di una sede di affari che era stata mantenuta per meno di sei mesi» (attuale punto 6.);
- (iv) infine, il punto 6. illustra due eccezioni alla regola generale data dal “determinato grado di permanenza”, ossia: a) con riguardo alle attività di natura ricorrente (o periodica) «in tali casi ciascun lasso temporale durante il quale la sede è utilizzata deve essere considerato in combinazione con il numero di volte che la sede è utilizzata» e b) con riferimento alle attività svolte interamente in un determinato Stato «in questo caso, l'impresa può avere durata breve a causa della sua natura ma poiché è interamente esercitata in questo Stato, la sua connessione con questo Stato è più forte».

Di contro, il BIAC ha suggerito al *Working Party*, impegnato nella redazione del *Final Report* OCSE, di prendere in considerazione l'inserimento nel Commentario di un periodo minimo di tempo predeterminato come, ad esempio, quello di 12 mesi già individuato nella norma convenzionale al paragrafo 3 con riferimento ai cantieri¹⁰⁵. Tale soluzione potrebbe mitigare l'incertezza e la diversità di approcci alle diverse fattispecie.

¹⁰⁵ Nel *Discussion Draft* si afferma che «*The Commentary could suggest a minimum period of time as a general rule, even if paragraph 1 does not specify a minimum period of time. The Commentary could conclude that a place of business that does not exist for twelve months*»

In ogni caso, il BIAC ha comunque ravvisato che la regola generale da esso proposta (il periodo minimo di 12 mesi) possa trovare delle eccezioni come nel caso delle attività di natura ricorrente (o periodiche), laddove è evidente che esse possano essere svolte in periodi di tempo contenuti (anche di poche settimane), ma in un arco temporale complessivo di anni, tal per cui si generi comunque un legame solido con il dato Stato¹⁰⁶.

Così individuate le perplessità espresse in seno al BIAC, è utile ora individuare la proposta di modifica al Commentario. Segnatamente, si propone di modificare il punto 6., spostando le due eccezioni sopra individuate (il caso delle attività ricorrenti e quello delle attività completamente svolte in un dato Stato) nei nuovi punti da 6.1 a 6.3 e, per l'effetto, gli attuali punti dal 6.1 al 6.3 vengono spostati e rinumerati rispettivamente ai punti da 6.4 a 6.6¹⁰⁷:

- (i) il nuovo punto 6. sarebbe «6. *Dal momento che la sede dell'attività deve essere stabile, ne consegue anche che una stabile organizzazione può essere considerata esistente solo se la sede ove viene svolta l'attività ha un certo grado di permanenza, ossia non deve avere natura esclusivamente temporanea. Una sede di attività può tuttavia costituire una stabile anche*

should “generally” or “except in the case of changed or unusual circumstances” be viewed as not fixed and, therefore, not constituting a PE» (enfasi aggiunta).

¹⁰⁶ Nel *Discussion Draft* si afferma infatti che «*A prescribed time frame allows businesses and tax authorities to assess, in advance, whether or not a PE will emerge. Except for extraordinary circumstances, for example, when a PE which is initially created to accomplish a long term agenda is closed down after a short period due to unforeseen events, there is little, if any, justification for defining a short term activity as being permanent even if it were of recurrent nature. Such an approach would only result in uncertainty whether or not a PE exists, which is unwarranted because these activities create no substantial permanent presence. In this context, the term “nature of the business” used by the OECD is generally not helpful for getting advance guidance.*».

¹⁰⁷ Traduzione italiana dell'autore.

quando è presente, nel concreto, solo per un breve periodo di tempo a causa della natura dell'attività medesima tale da essere svolta solo per quel breve periodo di tempo. A volte è difficile determinare se questo è il caso. Mentre le pratiche adottate dai paesi membri non sono state coerenti con riferimento ai requisiti di tempo, l'esperienza ha dimostrato che le stabili organizzazioni di norma non sono state considerate sussistenti nelle situazioni in cui un'attività è svolta attraverso una sede tenuta per meno di sei mesi (al contrario, la prassi generale dimostra che ci sono stati molti casi in cui è stata considerata esistente una stabile organizzazione in cui la sede è stata mantenuta per un periodo superiore a sei mesi). [il resto del punto 6. viene rinumerato nei punti dal 6.1 al 6.3]»;

- (ii) il nuovo punto 6.1. sarebbe (in grassetto le aggiunte e le eliminazioni) **«6.1 Un'eccezione a questa prassi generale** [n.d.r. prassi di considerare stabile organizzazione una sede presente per almeno 6 mesi] **è rappresentata dalle attività di natura ricorrente; in tali casi, ciascun lasso temporale durante il quale la sede viene utilizzata deve essere considerato in combinazione con il numero di volte in cui la sede viene utilizzata (tale periodo può estendersi per un certo numero di anni). Tale eccezione è illustrata dal seguente esempio. Un'impresa dello Stato R svolge operazioni di perforazione in una remota zona artica nello Stato di S. Le condizioni stagionali in quella zona impediscono alle operazioni di protrarsi per più di tre mesi all'anno, ma nel complesso le operazioni dovrebbero durare per 5 anni. In questo caso, data la natura del business in quella posizione, si può considerare che il requisito di tempo della stabile organizzazione è soddisfatto per via della natura ricorrente dell'attività indipendentemente dal fatto che la permanenza continua dura meno di 6 mesi; il requisito di tempo potrebbe allo stesso modo essere soddisfatto nel caso di periodi ricorrenti di tempo più brevi, che sarebbe dettata dalla specificità del business di riferimento»;**

(iii) il nuovo punto 6.2. sarebbe (in grassetto le aggiunte e le eliminazioni) «**6.2**

Un'altra eccezione a questa prassi generale è ~~data~~ quella delle attività che costituiscono di per sé impresa e che vengono esercitate esclusivamente nello Stato considerato; in questo caso, l'impresa può avere durata breve per via della sua natura ma poiché è interamente esercitata in questo Stato, la sua connessione con questo Stato è più forte. Tale eccezione è illustrata dal seguente esempio. Una persona fisica residente nello Stato R ha appreso che sarà girato in un remoto villaggio nello Stato S, ove i suoi genitori possiedono ancora una grande abitazione, un documentario televisivo. Il documentario richiederà la presenza di un certo numero di attori e tecnici nel villaggio per un periodo di quattro mesi. La persona fisica concorda contrattualmente con il produttore del documentario di fornire servizi di catering agli attori e ai tecnici nel corso del periodo di quattro mesi e, in forza del contratto, utilizza la casa dei suoi genitori, come caffetteria che utilizza quale impresa individuale in quel periodo. Queste sono le uniche attività commerciali che ha esercitato e l'impresa cessa al termine di tale periodo di tempo; la caffetteria è quindi l'unico luogo in cui viene svolta interamente l'attività d'impresa. In tal caso, si può considerare che il requisito di tempo per individuare la stabile organizzazione è soddisfatto posto che l'attività di ristorazione viene svolta durante l'intera esistenza di questo particolare business. Diversamente avverrebbe laddove una società residente nello Stato R, che gestisce diverse strutture di catering nello Stato R, svolgesse un'attività di ristorazione nello Stato S durante un evento sportivo internazionale per quattro settimane. In tal caso, l'attività dell'azienda, che si svolge in modo permanente nello Stato R, è esercitata solo temporaneamente nello Stato S»;

(iv) il nuovo punto 6.3 sarebbe (in grassetto le aggiunte e le eliminazioni) «**6.3**

Per facilitare l'applicazione pratica della disposizione, gli Stati possono prendere in considerazione le fattispecie illustrate ai punti da 6. a 6.2 nel

caso vi siano dubbi sulla sussistenza di una stabile organizzazione nei casi in cui l'attività d'impresa venga svolta soltanto per un periodo di tempo limitato».

Così delineato il contenuto della proposta n. 6, nel paragrafo che segue (n. 2) vengono analizzate le interpretazioni formatesi in relazione al tema del profilo temporale della stabile organizzazione per poi valutare (nel paragrafo n. 3) le proposte formulate dal *Working Party* alla luce delle opinioni rilasciate dagli esperti di settore.

2. L'attuale stato dell'arte in ordine al periodo di tempo minimo utile/necessario per identificare lo status di stabile organizzazione

2.1 La definizione generale di “durata” e l’elaborazione del c.d. “duration test”

Il problema di quale sia il tempo minimo necessario e sufficiente a individuare l’esistenza di una stabile organizzazione trae origine dal lemma “*permanent*” del sintagma “*permanent establishment*”.

Il tema ha destato particolare attenzione nella dottrina¹⁰⁸, la quale ha tentato di elaborare una ricostruzione unitaria del concetto di durata servendosi degli spunti offerti dal Commentario, in particolare dal punto 6., ma anche sulla base delle diverse fattispecie esaminate dalla giurisprudenza.

In primo luogo, è stato rilevato che il Commentario non fornisce una risposta unitaria al quesito¹⁰⁹ in quanto si “limiterebbe” ad affermare che, in linea generale, la sede fissa deve essere connotata da un certo grado di permanenza (*«a permanent establishment can be deemed to exist only if the place of*

¹⁰⁸ In particolare, SKAAR, *Permanent establishment*, Amsterdam, 1991, p. 209 e ss., anche REIMER, *Permanent Establishment in the OECD Model Tax Conventions*, in REIMER, SCHMID, ORELL, *Permanent Establishments – A domestic Taxation, Bilateral Tax treaty and OECD Perspective*, Paesi Bassi, 2015, pp. 48-55 e VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, Paesi Bassi, 2015, I, p. 353, pp. 346-352. Offre una interessante ricostruzione FRANZONI, *La stabile organizzazione nelle imposte sui redditi*, Milano, 2015, pp. 125 e ss.

¹⁰⁹ Commentario al Modello OCSE, *sub art. 5*, punto 6. ove si precisa che *«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)»*.

business has a certain degree of permanency) e identifica tale caratteristica in senso negativo ossia “se la sede fissa non ha carattere temporaneo” (*«i.e. if it is not of a purely temporary nature»*).

Data la formulazione generale, il Commentario, al punto 6., prosegue affermando che in linea di principio potrebbe ravvisarsi l'esistenza di una stabile organizzazione anche nel caso in cui la permanenza della sede fissa sia particolarmente limitata nel tempo, ma in tal caso occorre valutare se la breve permanenza sia connaturata all'attività medesima (si pensi al caso di attività condotte nelle fiere, di per sé brevi).

Infine, il Commentario precisa che nella prassi seguita dalla maggior parte degli Stati il periodo di tempo minimo individuato è di 6 mesi¹¹⁰.

Dalla lettura desumibile dal Commentario consegue che una definizione generale e astratta di “tempo minimo” non sia facilmente individuabile¹¹¹.

In questo contesto è di forte ausilio la dottrina che, allo scopo di fornire delle linee guida utili all'interprete, ha elaborato il c.d. “*duration test*” identificando i caratteri salienti del requisito temporale in parola.

In primo luogo, è stato teorizzato da taluni che il “*duration test*” debba essere espletato interpretando quale parametro di riferimento i 12 mesi indicati nel

¹¹⁰ Commentario al Modello OCSE, *sub* art. 5, punto 6. ove si precisa che «*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)*».

¹¹¹ Cfr. LOVISOLO, *La stabile organizzazione*, in AA.VV., *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002, pp. 270 e ss.

paragrafo 3 dell'art. 5 con riferimento al caso dei cantieri¹¹². Tale indirizzo si basa su una lettura analogica del paragrafo 3 (ove si indica il riferimento temporale di 12 mesi) rispetto alla nozione generale data dal paragrafo 1 dell'art. 5. Ma tale lettura è stata fortemente criticata da Skaar, il quale ha infatti osservato che non sussistono argomentazioni sufficienti per considerare il detto termine di 12 mesi quale parametro di riferimento. Anzi, il fatto che nella struttura della norma contenuta nell'art. 5 il riferimento temporale dei 12 mesi sia collocato al terzo paragrafo e con solo riferimento ai cantieri, dimostra che l'intenzione del legislatore convenzionale (*rectius* dell'OCSE) sarebbe quella di prescindere da una precisa durata predeterminata. In altri termini, dove una durata prefissata (12 mesi) appare utile viene fatto l'esplicito riferimento nella norma, viceversa no¹¹³.

Allora il criterio guida che deve ispirare il *duration test*, proprio sul presupposto che il Commentario non enuncia un termine di durata puntuale, deve necessariamente essere quello di indagare sulla natura dell'attività svolta: si tratta di una indagine che necessariamente deve essere condotta caso per caso (in tal senso si parla di "*factual test*"). Ecco dunque che la durata minima per stabilire l'esistenza di una stabile organizzazione può essere anche molto limitata.

Il vantaggio di concepire il *duration test* nel senso di "*factual test*" è rappresentato dalla flessibilità di tale metodo di verifica il quale, infatti, può essere replicato su fattispecie tra loro molto diverse (si pensi all'eterogeneità

¹¹² La tesi è di WILLIAMS, *Permanent establishment ion the United States*, in *Bischel, Income Tax Treaties*, 1978, p. 189, citato in SKAAR, *Permanent establishment*, Amsterdam, 1991, p. 211, nota n. 10).

¹¹³ SKAAR, *Permanent establishment*, Amsterdam, 1991, p. 216, ove si legge «*The language of the OECD model treaty does not provide decisive arguments in any direction on the issue of analogical application of the "12-month test"*». Nello stesso senso DELLA VALLE, *La nozione di stabile organizzazione nel nuovo TUIR*, in *Rass. Trib.*, 2004, p. 1616.

che c'è tra il caso di stabili organizzazioni informatiche, mediante server, e stabili organizzazioni date dalla presenza in una fiera di uno *stand* che vende bibite).

Per altro verso, il *factual test* appare più corretto perché consente di individuare stabili organizzazioni nel caso dei cc.dd. *one-off projects*¹¹⁴, ossia nei casi in cui venga svolta una attività in modo completo (dall'inizio alla fine) in periodi di tempo molto limitati (ad esempio durante una fiera espositiva o un evento sportivo), ovvero nei casi in cui l'affare per sua natura non può essere ripetuto o non si protrae per lunghe durate¹¹⁵. Viceversa, il diverso approccio che identifica il *duration test* con una durata predeterminata (tendenzialmente di 6 mesi come si legge nel Commentario OCSE) si presterebbe facilmente a fenomeni elusivi (interrompendo anzitempo una data attività, ad esempio).

Dall'altro lato va pure soggiunto che tale impostazione sconta il limite di non consentire all'interprete di confidare su un concetto generale e certo, come invece avverrebbe nel caso in cui il Commentario individuasse quale regola generale una durata puntuale (valorizzando la certezza del diritto a scapito della generalità e astrattezza della norma convenzionale)¹¹⁶.

Demarcati così i due filoni interpretativi e rilevato che l'indirizzo favorevole all'approccio fattuale prevale – non fosse altro perché è quello desumibile dal Commentario – occorre ora valutare se la presenza nel dato Stato, per il tramite

¹¹⁴ Cfr. ARESPACOHAGA, *Planificación fiscal internacional*, Madrid, 1998, p. 164.

¹¹⁵ Tale indirizzo confligge con quella dottrina che esclude la sussistenza di una stabile organizzazione nei casi di esposizioni o mostre. In tal senso si veda BORIO, *La stabile organizzazione*, Santarcangelo di Romagna, 2002, p. 13.

¹¹⁶ Sul punto si richiama l'osservazione di FRANZONI, *La stabile organizzazione nelle imposte sui redditi*, Milano, 2015, pp. 127 e ss. Il quale ha rilevato che «Mentre il primo indirizzo ha sicuramente il vantaggio della chiarezza [n.d.r., ossia l'indirizzo che mira a individuare un termine puntuale di durata], il secondo indirizzo ha quello della flessibilità».

dello strumento rappresentato dalla sede fissa, debba essere continuativa ovvero se siano tollerabili (nell'ambito del concetto di "stabile organizzazione") interruzioni nell'utilizzo della sede. Ciò implica che occorre valutare se l'attività debba essere condotta in modo continuativo o meno. Il Commentario e la dottrina prevalente hanno rilevato che eventi interruttivi non incidono sul *duration test* nel senso di escludere l'esistenza di una stabile organizzazione. Gli eventi meramente interruttivi sarebbero irrilevanti sul presupposto che nella comune esperienza il complesso aziendale non può dirsi inesistente per via del fatto che in taluni periodi l'attività sia ferma. Questa conclusione emerge dal caso trattato dal Commentario con riferimento alle cc.dd. "attività ricorrenti" le quali possono costituire stabile organizzazione se è possibile rinvenire una certa abitudine nell'utilizzo della sede fissa, abitudine che può essere osservata lungo un arco temporale anche di anni¹¹⁷.

Il tema della intermittenza dell'attività apre poi il varco ad ulteriori considerazioni con riferimento alla (supposta) necessaria esistenza di una "intenzione"¹¹⁸ del soggetto non residente a utilizzare in modo durevole una

¹¹⁷ Commentario OCSE all'art. 5, punto 6. Ove si afferma che «*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)*». Cfr. Anche LOVISOLO, *La stabile organizzazione*, in AA.VV., *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002, pp. 270 e ss.

¹¹⁸ Il tema è stato trattato anche da SASSEVILLE, SKAAR, *General Report, Is there a Permanent Establishment?*, *Cahiers de droit fiscal international*, 94a, 2009, pp. 29, i quali hanno rilevato che «*The branch reports are based on the view that a right of use for an indefinite period of time is sufficient to meet the duration test, but that it is not necessary. The duration test is applied retrospectively, i.e. a business which is intended to last for a short period of time, but lasts in practice for a longer period, may be considered to meet the duration test. Thus, in this respect, the intentions of the taxpayer are less important than the factual duration of the right of use. However, if the intention of the taxpayer was that the right of use to the place of business should last for a long or an indefinite period of time, but was in fact terminated after*

data sede fissa d'affari. In altri termini, è stato sollevato il dubbio se nella logica del *duration test* sia necessaria individuare un "voluto" e consapevole utilizzo di quella sede per un arco temporale. Un esempio può chiarire: si pensi al caso in cui una data attività inizialmente pensata per meri fini contingenti e temporanei si protragga ben oltre il previsto. In questo caso la dottrina afferma che non residuerebbero dubbi sull'insorgenza di una stabile organizzazione¹¹⁹. Tale esempio, dimostrerebbe come un elemento intenzionale sia di fatto non necessario ai fini del *test* di durata, ma ciò che conta è che vi sia l'effettivo utilizzo per un arco di tempo apprezzabile, tal per cui si possa affermare quel sufficiente legame con il dato Stato nel quale si manifesta la stabile organizzazione¹²⁰.

Per stabilire quale sia la durata di un'attività, occorre poi procedere alla identificazione di quale sia il suo momento iniziale (di avvio) e quello finale (di cessazione). Quanto al momento iniziale, il Commentario al Modello OCSE¹²¹ precisa che «Una stabile organizzazione comincia ad esistere non appena l'impresa inizia l'esercizio della sua attività per mezzo di una sede

a short period of time, a PE is nevertheless constituted. Thus, in these situations the intentions of the taxpayer are more important than the factual duration of the right of use».

¹¹⁹ Cfr. CERRATO, *La definizione di "stabile organizzazione" nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni*, in AA. VV. (coord. SACCHETTO – ALEMANNI), in *Materiali di Diritto Tributario Internazionale*, Milano, 2002, p. 103, FRANZONI, *op. cit.*, p. 135.

¹²⁰ In tal senso DEL GIUDICE, *La stabile organizzazione elemento determinante per la tassazione del reddito di soggetti non residenti*, in *il Fisco*, 1983, p. 4112, ove si afferma che «se l'installazione che all'inizio era stata posta in essere con tutti i caratteri di precarietà e temporaneità viene poi utilizzata per un periodo di tempo molto superiore a quello previsto, essa acquista carattere permanente e non c'è dubbio che debba considerarsi stabile organizzazione».

¹²¹ Cfr. commento all'art. 5, punto 11.

fissa di affari. È questo il caso in cui l'impresa prepara, presso la sede di affari, le attività che la sede di affari deve svolgere in via permanente»¹²². Il Commentario prosegue poi nel precisare che il periodo di tempo necessario per l'espletamento della attività preparatorie e ausiliari non rileva nel computo della durata in esame¹²³. Per quanto concerne invece il momento di cessazione della stabile organizzazione, il Commentario precisa che «La stabile organizzazione cessa di esistere con l'alienazione della sede fissa o con la cessazione di tutte le attività esercitate per il suo tramite, vale a dire allorquando tutte le operazioni e misure connesse alle attività esercitate in precedenza dalla stabile organizzazione sono cessate (liquidazione delle operazioni commerciali correnti, manutenzione e riparazione delle installazioni)». Il riferimento alle operazioni di «manutenzione e riparazione delle installazioni», secondo la dottrina, dovrebbe essere riferito al caso in cui il soggetto non residente abbia concesso in affitto la sede fissa d'affari e, terminato il contratto, egli si occupa soltanto di gestire la manutenzione dei macchinari, senza proseguire in senso stretto la precedente attività affittata¹²⁴.

*

In conclusione, nel tentativo di dare un quadro d'insieme del profilo temporale della stabile organizzazione, sulla base dell'attuale assetto del Commentario, anche a seguito dell'elaborazione dottrinale, si potrebbe affermare che la stabile organizzazione, per esistere, necessita che il soggetto non residente

¹²² Il testo italiano è stato tratto da Modello di Convenzione fiscale sui redditi, a cura di Maisto, Milano, 2004.

¹²³ Cfr. anche RIPA, *La stabile organizzazione delle imprese*, Padova, 2004, p. 132.

¹²⁴ Cfr. CERRATO, *La definizione di "stabile organizzazione" nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni*, in AA. VV. (coord. SACCHETTO – ALEMANNI), in *Materiali di Diritto Tributario Internazionale*, Milano, 2002, p. 103 e SKAAR, *Permanent establishment*, Amsterdam, 1991, p. 223.

“disponga” della sede fissa d'affari per un apprezzabile periodo di tempo (si veda il *right of use test* di cui al precedente capitolo II). Non rilevano eventuali interruzioni nell'attività. Non esiste, infine, un limite temporale prefissato ma unicamente una generica indicazione nel Commentario della durata media di 6 mesi.

Oltre a quanto sin qui illustrato, nell'ambito dell'indagine sul *duration test* acquista significato il contributo della giurisprudenza italiana di cui al paragrafo successivo.

2.2 Il contributo all'elaborazione del duration test nell'esperienza giurisprudenziale italiana

Il tema sin qui esaminato in ottica generale, può ora essere confrontato con quanto emerge da talune sentenze (invero numericamente limitate stante la specificità dell'argomento in trattazione) rinvenute nel panorama giurisprudenziale italiano.

Con la sentenza del 19 settembre 1990, n. 9580, la Corte di Cassazione si è pronunciata limitatamente al caso di una società lussemburghese che nel 1974 aveva esercitato attività commerciale in Italia consistita nell'acquisto di un'area edificabile ed avviato sulla medesima l'edificazione di fabbricati a uso turistico destinati alla rivendita. Tralasciando idealmente il fatto che la sentenza di Cassazione afferma che la sentenza di secondo grado fosse carente nella parte motiva, giacché non argomentava sufficientemente in ordine alla fattispecie (rinviano poi al medesimo Giudice con pronunzia di rinvio), è utile tuttavia osservare quanto la Suprema Corte ha precisato. In particolare, la Cassazione ha affermato che la stabile organizzazione sussiste quando *«situazioni di fatto che [...] denotino il fine [...] di esercitare nello Stato attività imprenditoriali e siano caratterizzate, oltre che dal collegamento non occasionale con luoghi del territorio nazionale e persone quivi operanti,*

dall'effettivo impegno di beni e servizi, e da una effettiva, anche se limitata, autonomia funzionale».

In tal modo, la pronuncia sembra mutuare l'opinione espressa nel Commentario, secondo cui il legame che deve instaurarsi tra il soggetto non residente e la sede fissa d'affari debba essere di durata quanto meno "apprezzabile", essendo irrilevante un mero "nesso occasionale", nel senso sporadico.

Orbene, emerge come la durata sia un tratto che incide sull'individuabilità della stabile organizzazione, durata che non può essere coincidente soltanto con l'acquisto di terreni preordinato alla costruzione di un immobile. In tale ottica, la Corte sembra echeggiare quanto ancora una volta affermato nel Commentario, ossia che l'attività d'impresa non può dirsi avviata (e quindi non può dirsi iniziata la presenza di una stabile organizzazione) se le operazioni prese a riferimento rivestano il mero carattere preparatorio.

L'orientamento appena richiamato sembra altresì testimoniare come il criterio preferito nell'ambito del c.d. *duration test* sia quello fattuale, nel senso sopra esplicitato, posto che la pronuncia argomenta proprio in relazione a circostanze rilevanti della fattispecie (e quindi indagando "*on a case by case analysis*").

Ma considerazioni più puntuali in merito al *duration test* possono essere svolte alla luce della sentenza della medesima Corte 27 novembre 1987, n. 8815, già esaminata nel capitolo che precede con riferimento al requisito della disponibilità della sede fissa d'affari. La sentenza trattava la sussistenza di una stabile organizzazione nel caso di un Anstalt residente in Liechtenstein, il quale aveva acquistato un'area successivamente destinata ad attività turistica.

In tale pronuncia, la Corte ha affermato, *inter alia*, che «*Deve trattarsi di un'organizzazione stabile, tale da poter essere utilizzata in maniera durevole, come si richiede del resto, per lo svolgimento di un'attività non meramente occasionale*».

Ancora una volta, dunque, la Corte si è allineata alle indicazioni offerte dal Commentario, ossia occorre valutare l'utilizzo della sede fissa per un arco di tempo apprezzabile e non sporadico.

Dai principi desumibili dalle due pronunce della Corte, sembra infine opportuno aggiungere un'ulteriore considerazione basata sulla sentenza resa dalla Commissione Tributaria Centrale del 1 febbraio 2001, n. 765. La Commissione si è pronunciata limitatamente al caso di una società con sede nelle Antille olandesi la quale, nel 1985, aveva avviato la produzione di un film in Italia, servendosi di altra società italiana appositamente incaricata nell'ambito di un mandato a svolgere tutta l'attività preparatoria di raccolta di capitali, individuazione dello *staff* necessario e attuazione del programma sviluppato per la realizzazione del film. In tale contesto, nella sentenza resa si afferma che *«La temporaneità della realizzazione del "film" non esclude la stabilità dell'organizzazione nel territorio italiano, contrariamente a quanto dedotto nel ricorso in esame [...]. Infatti l'organizzazione può essere apprezzata, quanto al requisito della stabilità, con riferimento all'entità dell'iniziativa da realizzare. Nel caso di specie l'assetto di interessi deciso dalla società [n.d.r., straniera] consisteva nella produzione di un film; per il conseguimento di questo obiettivo, del resto raggiunto, si organizzò nel territorio dello Stato italiano un centro di produzione. La stabilità è identificabile non tanto in assoluto quanto in relazione al progetto da attuare»*.

La pronuncia, pertanto, oltre a essere in linea con le altre due della Corte per quanto concerne il metodo di valutazione della durata della stabile organizzazione (ossia il metodo fattuale), aggiunge che in quel caso si trattava di un'attività di natura limitata nel tempo (ove la pronuncia afferma che *«La temporaneità della realizzazione del "film" non esclude la stabilità dell'organizzazione nel territorio italiano»*), ma di per sé completa (l'esecuzione del film). In altri termini, la produzione del film (peraltro completata) è stata attività commerciale tale da identificare un affare in modo unitario.

Questa pronuncia, dunque, dimostra come dalla prospettiva italiana sia stato altresì apprezzato il riferimento contenuto nel Commentario nell'attuale punto 6. ove si affronta il tema delle attività svolte in periodi limitati ma in modo completo. In questi casi, sebbene il tempo sembra essere limitato, dall'altro lato viene valorizzato il legame che nasce dal fatto che la data attività imprenditoriale venga integralmente svolta nel territorio dello Stato.

Dalla prospettiva italiana, emerge dunque una pressoché piena uniformazione ai principi espressi nell'attuale versione del Commentario OCSE.

Occorre ora valutare (nel successivo paragrafo 3) se le modifiche proposte (individuate nel paragrafo 1 che precede) siano in linea con quanto visto sinora.

3. Analisi critica della proposta di modifica al Commentario OCSE

Nel paragrafo 1 che precede è stata individuata la proposta di modifica al commentario OCSE.

In particolare, si è visto che la proposta consiste, in sintesi:

- (i) nell'inserire un nuovo esempio all'interno del punto 6. del Commentario all'art. 5, relativo all'attività di perforazione in località artica, volta a meglio illustrare il caso della attività cc.dd. "ricorrenti" (che costituisce la prima eccezione al criterio generale della permanenza dell'attività), ossia il caso di attività svolte in modo frazionato (nell'esempio per quattro mesi) lungo un arco temporale di diversi anni;
- (ii) nell'inserire un nuovo esempio volto a chiarire la seconda eccezione alla regola generale della permanenza temporale dell'attività, ossia il caso dell'attività di ristorazione condotta da una persona fisica presso l'abitazione dei genitori nell'arco di tempo necessario allo svolgimento di un documentario.

Infine, si rileva che la proposta nulla dice in merito alla volontà di individuare un tempo minimo (ad esempio di 6 mesi) quale criterio guida necessario per stimare l'esistenza di una stabile organizzazione. Da tale circostanza emerge, in prima analisi, che secondo il *Working Party* la metodologia di indagine sulla durata dell'utilizzo della sede fissa debba rimanere quella fattuale (il c.d. "*factual test*" individuato nel precedente paragrafo 2.).

Nella nota del *Business and Industry Advisory Committee* dell'OCSE del 31 gennaio 2013¹²⁵ la proposta del *Working Party* di cui al Final Report viene fortemente criticata.

¹²⁵ Il contributo del BIAC del 31 gennaio 2013 è consultabile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTBIAC.pdf>.

Anzitutto, il BIAC non condivide l'approccio del *Working Party* nella parte in cui lascia immutato il metodo fattuale utile a individuare la durata dell'utilizzo della sede fissa d'affari per stabilire l'esistenza di una stabile organizzazione¹²⁶. Secondo il BIAC la metodologia fattuale sarebbe da abbandonare in quanto lascia eccessivo spazio ad arbitraggi e, in linea più generale, non consente di dare quella certezza minima idonea a rassicurare gli operatori economici sulla esistenza o meno di una stabile organizzazione. Con ciò la preoccupazione del BIAC si traduce nel timore che mantenendo quell'approccio vengano scoraggiati gli investimenti esteri.

Ecco perché il BIAC ribadisce la necessità di individuare un tempo minimo di 6 mesi, mutuandolo da quanto già scritto nel Commentario OCSE (ove si afferma che “generalmente” la prassi degli Stati porta ad affermare che il *duration test* è superato se la presenza del soggetto non residente nell'altro Stato si manifesta per almeno 6 mesi)¹²⁷.

A tal proposito, il BIAC ha proposto un diverso *wording* del punto 6 del Commentario OCSE¹²⁸: «*Sulla base della prassi dei diversi Stati,*

¹²⁶ Nella sua nota del 31 gennaio 2013, si afferma infatti che «*We are disappointed that the Working Group has not accepted BIAC's repeated recommendation for the adoption of a more definite minimum time threshold for the establishment of a PE. It appears that the lack of a more definitive statement in this regard is due to an inability to achieve consensus among the delegates. BIAC believes that this inability to achieve consensus or the deliberate avoidance of 'bright lines' is not in the interest of countries. BIAC is aware that some countries are concerned that drawing 'bright lines' with respect to the minimum time required to have a PE will encourage taxpayers to go right up to that line and then leave in order to avoid being subject to tax. Business is not generally conducted in that way. It is far more likely that a company will avoid engaging in a country when it is unclear when the company will become subject to tax.*».

¹²⁷ Nello stesso senso si è pronunciata lo studio Macfarlanes LLP con il proprio commento disponibile al link http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTMacfarlanes_LL.Pdf.

¹²⁸ Traduzione italiana dell'autore.

generalmente, una sede fissa d'affari che non si protrae per almeno 6 mesi dovrebbe non essere considerata "fissa" e, pertanto, non può costituire stabile organizzazione fatta eccezione per le due specifiche eccezioni descritte nei punti 6.1 [n.d.r., il caso delle cc.dd. "attività ricorrenti"] e 6.2 [n.d.r., il caso delle attività svolte in modo completo in uno Stato ma in periodi di tempo circoscritti]».

Per quanto attiene, invece, alla proposta relativa alla prima eccezione, il BIAC ha suggerito di precisare meglio che il caso delle attività ricorrenti non possa prescindere da una doverosa indagine sulla natura tipica dell'attività svolta.

In particolare, così come formulata la proposta, secondo il BIAC il rischio potrebbe essere quello di un'applicazione generalizzata di tale eccezione a tutte le attività che vengano svolte in periodi di tempo brevi, senza giungere a valutare se quella brevità di tempo sia dettata dalla reale natura dell'attività svolta (nell'esempio l'attività di perforazione artica, che è necessariamente limitata temporalmente per via delle condizioni ambientali avverse).

Altra critica al testo relativo alla prima eccezione proviene da talune società industriali¹²⁹. In particolare, è stato rilevato che nel testo della proposta si

¹²⁹ Segnatamente, VOLKSWAGEN AKTIENGESELLSCHAFT, nota del 10 gennaio 2013, ove si afferma che «*Unlike in the drilling examples [n.d.r., nel caso dell'attività di perforazione], the entrepreneur often does not know in the beginning of an activity whether it will be recurrent or not. Recurrent business and businesses exclusively carried on in another State that do not last for at least six months should not constitute a permanent establishment*». La nota è disponibile al link http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTVolkswagen_Aktiengesellschaft.pdf. Nello stesso senso si è espresso il TAX EXECUTIVES INSTITUTE INC. con la propria nota del 30 gennaio 2013, il quale ha affermato che «*While the artice drilling example is an improvement over the Original Draft's commercial fair example – because of the new example's reference to the "expected" duration of the business – we remain concerned that the new example may unduly influence other situations. That is, the revised language and example leave open the possibility that Members States may use hindsight to assert the existence of a PE even in cases where an enterprise has no legal right or expectation to continue a recurring business over a period of years. In such cases, tax authorities may point to the language of Paragraph 6.1 in*

afferma che la durata dell'attività di perforazione è "prevista" in complessivi 5 anni. Con il che il dubbio è che, al di là delle ipotesi di perforazione, è talvolta complesso stabilire ex ante se una data attività possa divenire "ricorrente" (posto che non è possibile prevedere se l'attività sarà svolta in diversi anni) e, pertanto, questo potrebbe creare incertezza per quegli operatori che avviano una data attività in uno Stato, di per sé limitata nel tempo e senza essere in grado di stimare quale possa il complessivo arco temporale necessario per concludere quell'impresa.

Infine, il BIAC ha espresso alcuni dubbi con riguardo al testo della proposta relativa alle attività svolte in modo compiuto ma in ridotti periodi di tempo. In particolare secondo il BIAC sarebbe necessario precisare meglio che il caso trattato dalla seconda eccezione riguarda esclusivamente i casi in cui l'attività d'impresa viene interamente ed esclusivamente svolta nello Stato della fonte.

Dai commenti sopra riportati si evince come gli operatori di settore (industriali ma anche consulenti) siano particolarmente preoccupati della mancanza di chiarezza circa il *duration test*, al di là del lavoro svolto dal *Working Party*, che come visto è parso concentrarsi su una miglior declinazione delle due eccezioni sopra viste alla regola generale.

La preoccupazione maggiore concerne la regola generale e non le eccezioni, ossia il requisito della "*permanence*" della stabile organizzazione. In questa

the Revised Draft as authority to refer to the actual course of business activity after the activity has taken place, even where the enterprise made year-by-year decisions whether to continue its business activity in a particular location (i.e., the business did not have a legal right to conduct its activity at the location beyond the current year)». La nota è disponibile al link http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTTax_Executives_Inst.pdf. Sul punto si veda anche il commento espresso dalla INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, COMMISSION ON TAXATION, nota del 5 febbraio 2013, disponibile al link <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTICC.pdf>.

occasione, le proposte del *Working Party* non sono parse in linea con le esigenze espresse dal mercato.

CAPITOLO IV

“Meaning of “to conclude contracts in the name of the enterprise”

(proposta n. 19)

1. Introduzione: la proposta n. 19

Nel primo capitolo¹³⁰ è stata delineata la nozione generale di “stabile organizzazione personale” come emerge dai paragrafi 5 e 6 dell’art. 5 del modello OCSE, rispettivamente dedicati all’individuazione della fattispecie di “agente dipendente” e di “agente indipendente ma che non agisce nell’ambito della propria attività d’impresa”.

Nell’ambito del *Discussion Draft* OCSE, il *Working Group* ha concentrato la propria attenzione sulla necessità di chiarire il significato della frase che appare nel Commentario al punto 32.1 «*to conclude contracts in the name of the enterprise*»: tema dell’agente che agisce alternativamente “in nome dell’impresa” o “senza spendita del nome dell’impresa”, *rectius*, sulla configurabilità della stabile organizzazione personale nel caso di mandato con o senza rappresentanza, utilizzando il lessico giuridico italiano di cui all’art. 1704 cod. civ..

In particolare, la proposta di modifica al Commentario si occupa di valutare se possa riconoscersi l’esistenza di una stabile organizzazione personale anche nel caso in cui il mandante (c.d. *principal*) non sia giuridicamente vincolato nei confronti del “terzo cliente”, ma sia invece vincolato con quest’ultimo sotto il profilo economico-sostanziale.

¹³⁰ Segnatamente, si veda il capitolo I, par. 4.3.

In prima approssimazione¹³¹, la proposta del Working Party nasce da talune difficoltà interpretative emerse con riferimento ai paragrafi 5 e 6 dell'art. 5 del Modello OCSE. Infatti occorre notare che, per un verso, il paragrafo 5 individua le ipotesi di stabile organizzazione personale riferendosi alla abituale conclusione di contratti in nome e per conto dell'impresa, ad eccezione delle attività ausiliarie, e, dall'altro lato, il paragrafo 6 individua l'eccezione alla regola generale data dallo *status* di indipendenza dall'impresa dell'agente. Le due norme non chiariscono in modo univoco quale debba essere il legame che deve sussistere tra l'impresa "mandante" e il terzo-cliente al fine di affermare che sussista il potere di concludere contratti in nome e per conto dell'impresa stessa: deve trattarsi di un legame giuridico o meramente economico?

Inoltre, in tale contesto, va ricordata la distinzione che sussiste rispetto all'istituto giuridico del mandato tra paesi di *common law* e di *civil law*.

Sul punto è stato notato che l'interprete di *common law* che si trova ad applicare il precetto normativo «*potere di concludere contratti a nome dell'impresa*», si troverebbe in difficoltà posto che nel proprio ordinamento non esiste la distinzione tra mandato con e senza spendita dell'altrui nome¹³². In altri termini nel momento in cui un soggetto può qualificarsi come "agent", in base ad un "agency agreement", gli atti da questo posti in essere vincolano sempre giuridicamente il proprio "principal", a prescindere dalla spendita o meno del nome. Da tale circostanza deriva che, dalla prospettiva dei paesi di *common law*, il paragrafo 5 sarebbe privo di un proprio significato laddove prescrive che l'agente debba agire "in nome dell'impresa".

¹³¹ AVOLIO, *La stabile organizzazione: profili definitivi*, in MAYR, SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013, pp. 55.

¹³² JONES, WARD, *Agents as permanent establishments under the OECD Model Tax Convention*, in *European Taxation*, 1993, p. 154.

Dall'altro lato, per l'interprete di *civil law*, potrebbe manifestarsi qualche perplessità con riferimento al paragrafo 6, ove si fornisce la nozione di agente indipendente (tipicamente, il *brocker* o il *commission agent*). Tale nozione potrebbe apparire superflua poiché tali soggetti non agiscono mai, di regola, "in nome e per conto" del mandante. Ne conseguirebbe che nei paesi di *civil law* non si realizzerebbe mai la stabile organizzazione mediante un commissionario posto che questo non agisce "in nome e per conto".

In risposta ai dubbi sollevati, il *Working Party*, anche sotto la spinta del *Business and Industry Advisory Committee* dell'OCSE, ha proposto di modificare il punto 32.1 del Commentario OCSE laddove viene illustrato il concetto del «*potere di concludere i contratti in nome dell'impresa*» («*the authority to conclude contracts in the name of the enterprise*») che figura nel paragrafo 5 dell'art. 5 del modello OCSE.

In particolare, nella proposta si ipotizza l'introduzione di un esempio (in grassetto) al fine di puntualizzare il concetto generale del potere di vincolare l'impresa non residente attraverso l'agente dipendente: «**32.1 Inoltre, la frase "l'autorità di concludere contratti in nome dell'impresa" non limita l'applicazione del paragrafo ad un agente che stipula contratti letteralmente nel nome dell'impresa; il paragrafo si applica anche a un agente che conclude contratti che vincolano l'impresa anche se tali contratti non sono in realtà in nome dell'impresa. Ad esempio, in alcuni Stati, un'impresa sarebbe vincolata, in taluni casi, da un contratto stipulato con un terzo da parte di una persona che agisce per conto dell'impresa anche se la persona non ha formalmente rivelato che agiva per l'impresa né il nome dell'impresa non è stato indicato nel contratto** [la restante parte del punto 32.1 viene spostata nel nuovo punto 32.2]».

Il nuovo punto 32.2 sarebbe: «**32.2 La mancanza di partecipazione attiva da parte di un'impresa di operazioni può essere indicativo del fatto che l'agente sia munito del proprio potere. Ad esempio, si può ritenere che un agente possieda il proprio potere di concludere contratti in cui egli sollecita e riceve**

(ma non finalizza formalmente) gli ordini che vengono inviati direttamente ad un magazzino dal quale provengono le merci e dove l'impresa estera approva regolarmente le operazioni».

Inoltre, il *Discussion Draft* illustra il seguente esempio¹³³:

«PARENTCO, una società residente nello Stato R, e SUBCO, una società residente di Stato S, fanno parte di uno stesso gruppo multinazionale.

Fino al 2008, SUBCO è il distributore nello Stato S dei prodotti di PARENTCO, che acquista dalla sua controllante e rivende nello Stato S. Nel 2008, l'accordo di distribuzione viene sostituito da un contratto di agenzia (commissionnaire agreement). In base a tale contratto, SUBCO agisce come agente di PARENTCO per vendere nello Stato S i prodotti di quest'ultima. Come tale, SUBCO accetta ordini, invia preventivi e documenti nell'ambito di offerte pubbliche e conclude contratti di vendita per i prodotti di PARENTCO ed è autorizzato a negoziare i prezzi dei prodotti, a concedere sconti o particolari condizioni di pagamento con i clienti presenti e futuri senza previa approvazione da parte PARENTCO.

Nelle giurisdizioni in cui la legge prevede l'istituto della "rappresentanza indiretta"¹³⁴, il contratto prevede che SUBCO agisca come un agente (commissionnaire). Nelle giurisdizioni in cui ciò non sia possibile¹³⁵, ogni contratto stipulato da SUBCO con un dato cliente prevede che l'accordo

¹³³ Traduzione a cura dell'autore.

¹³⁴ Qual è l'Italia, cfr. art. 1704 cod. civ.

¹³⁵ Come tipicamente avviene nei paesi di *common law*. Si veda FRANZONI, *La stabile organizzazione nelle imposte sui redditi*, Milano, 2013, pp. 305-306 e AVOLIO, RUGGIERO, *Le proposte di modifica al commentario OCSE sulla stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 15/2012, pp. 1112 e ss.

vincola esclusivamente le parti (cioè SUBCO e il cliente), restando escluso qualsiasi altro soggetto, compreso PARENTCO.

In un accordo separato, PARENTCO si è impegnata a rimborsare SUBCO per qualsiasi somma quest'ultima fosse tenuta a pagare nei confronti dei clienti a titolo di inadempimento contrattuale. PARENTCO ha inoltre il potere di controllare le tipologie di prodotti che saranno venduti ai clienti attraverso SUBCO».

Così indicata la proposta, è utile ora approfondire l'origine della medesima anche per comprenderne compiutamente le finalità.

1.1 L'origine della proposta n. 19

Come visto, la proposta mira a chiarire che la stabile organizzazione sorge non soltanto nel caso in cui il legame che si genera, per il tramite, dell'agente, tra l'impresa e il terzo-cliente è di tipo giuridico, ma anche di tipo economico.

La questione sorge in particolare dal caso trattato dal Consiglio di Stato francese 31 marzo 2010, n. 304715 (anche noto come caso "Zimmer") e dal caso trattato dalla Corte d'appello di Oslo 9 marzo 2011, n. 17 (anche noto come caso "Dell").

1.1.1 Il caso "Zimmer Ltd.": Consiglio di Stato francese 31 marzo 2010, n. 304715

Il caso riguarda una società britannica, la Zimmer Ltd., produttrice di apparecchiature ortopediche, la quale si avvaleva di una propria controllata per la distribuzione dei propri prodotti in Francia, la Zimmer S.a.s.

Le due società stipulavano nel 1995 un "*commissionaire agreement*" con il quale la società francese da mero "distributore", diveniva "commissionaria" della britannica, proseguendo nell'attività di vendita dei prodotti della Zimmer Ltd.

L'Amministrazione finanziaria francese (*Direction Générale des Impôts*) in relazione ad un accertamento per i periodi di imposta 1995-1996 ravvisava l'esistenza di una stabile organizzazione personale in Francia dell'impresa britannica recuperando a tassazione i redditi di quest'ultima realizzati per il tramite della sede fissa.

A esito del contenzioso di secondo grado nel febbraio 2007, la Corte d'Appello di Parigi (*Cour Administrative d'Appel de Paris*) confermava la pretesa erariale affermando che l'attività svolta da un commissionario con il potere di concludere contratti vincolanti per il proprio "*principal*" integra i requisiti di una stabile organizzazione. Infatti, secondo la Corte, la Zimmer S.a.s. (ritenuta *branch* della britannica) disponeva del potere di stipula di contratti vincolanti per l'altra società. Peraltro, la Zimmer S.a.s. non poteva essere ritenuta un commissionario indipendente (ai sensi del par. 6 dell'art. 5 della Convenzione) poiché in realtà era tenuta a rispettare le istruzioni impartite dalla britannica riguardanti la vendita dei prodotti. Nel ragionamento della Corte ha acquisito rilevanza anche la circostanza per cui i rischi connessi all'esecuzione dei contratti di vendita erano imputabili alla Zimmer Ltd.

Il Consiglio di Stato francese ribaltava la sentenza della Corte d'appello e ciò sulla base della norma sostanziale di diritto francese, a mente della quale il commissionario agisce in nome proprio e per conto del committente, ma senza vincolare quest'ultimo rispetto al terzo-cliente (art. 94 del Codice del Commercio francese). Il che non precluderebbe, in linea generale, il potere dell'Amministrazione finanziaria di riqualificare il *commissionaire agreement* nel senso di considerarlo vincolante anche per il *principal*, per poi riconoscere l'esistenza di una stabile organizzazione.

Ma ciò che rileva ai fini dell'analisi è che il Consiglio di Stato afferma, in sostanza, che in linea di principio il commissionario non può costituire stabile

organizzazione del proprio *principal* sul presupposto che non vincola mai costui dal punto di vista giuridico¹³⁶.

1.1.2 Il caso “Dell”: Corte Suprema di Norvegia, 2 dicembre 2011, n. HR-2011-02245-A

Di analogo tenore, ma di segno opposto come si vedrà, sono le conclusioni raggiunte dalla Corte d’appello di Oslo nel caso Dell.

La *Dell Products*, società residente in Irlanda, era controllata da altra società irlandese, la *Dell Products Europe BV*.

La *Dell Products Europe BV* era la società produttrice di computer mentre *Dell Products* distribuiva i prodotti in Europa attraverso *subsidiaries* residenti nei vari Stati membri.

In particolare in Norvegia, i prodotti venivano venduti dalla *Dell A.S.* (società ivi residente) la quale aveva stipulato con la *Dell Products* un contratto di commissione, con corrispettivo parametrato alle vendite perfezionate nel territorio (1%).

Di centrale importanza è la norma domestica norvegese secondo cui nel contratto di commissione, il commissionario agisce in nome proprio, acquistando e vendendo i beni, ma per conto del committente, il quale ne assume comunque i rischi dell’operazione.

L’Amministrazione finanziaria norvegese recuperava a tassazione i redditi prodotti dalla *Dell A.S.* ritenendoli imputabili alla *Dell Products* avendo

¹³⁶ FLEMING, CLIFTON, *A Note on the Zimmer Case and the Concept of Permanent Establishment (2011)*, in *Tax Treaty Case Law around the Globe*, 2011, p. 107, DOUVIER, LORDKIPANIDZE, *Zimmer Case: The Issue of the Deemed Existence of a Permanent Establishment Based on Status as a Commissionaire*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2010, p. 266, WITTENDORFF, *Agency Permanent Establishments and the Zimmer Case*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2010, p. 358.

riqualificato la *Dell A.S.* come stabile organizzazione personale. Nello stesso senso si sono pronunciate le prime due corti di merito.

In particolare, la Corte d'Appello ha sostenuto che l'art. 5, paragrafo 5, della Convenzione contro le doppie imposizioni tra Irlanda e Norvegia deve essere interpretato in senso economico-sostanziale e, pertanto, sussisterebbe nel caso di specie una stabile organizzazione personale.

Interessante notare le caratteristiche della fattispecie che nella sentenza della Corte d'appello vengono poste in evidenza a sostegno della decisione:

- (i) la vendita dei prodotti avveniva a termini e condizioni stabiliti dalla *Dell Products* e non dal suo commissionario;
- (ii) la *Dell Products* si era riservata il diritto di autorizzare determinate modifiche alle clausole contrattuali di vendita;
- (iii) i prodotti recavano il marchio “*Dell*” e, pertanto, il terzo-cliente non era in grado di comprendere se la propria controparte negoziale fosse *Dell A.S.* o la *Dell Products*.

Di contro, la Suprema Corte ha accolto il ricorso di *Dell* ritenendo l'insussistenza della stabile organizzazione in capo a *Dell Products* in Norvegia.

La Suprema Corte ha ritenuto che l'art 5, paragrafo 5, della Convenzione contro le doppie imposizioni tra Irlanda e Norvegia (conforme al Modello OCSE) si riferisce soltanto ai casi in cui l'agente vincola giuridicamente il proprio *principal*, di talché sarebbe inutile valutare se *Dell A.S.* determini tramite la propria attività un legame sostanziale-economico tra *Dell Products* e il terzo-cliente¹³⁷.

¹³⁷ BJERKE, SØGAARD, *Norway - Dell Wins Important Agency Permanent Establishment Case*, in *International Transfer Pricing Journal*, 3, 2012, CARMONA, *The concept of Permanent Establishment in the Courts: Operating Structures Utilizing Commission Subsidiaries*, in *Bulletin for International Taxation*, 6, 2013.

A sostegno di tale conclusione, la Corte ha affermato che la locuzione «*in the name of*» prevista dal paragrafo 5 dell'art. 5 richiamato può essere soltanto intesa nel senso di accordi che vincolano giuridicamente il *principal*.

2. Il potere di firma dell'agente in nome e per conto del soggetto straniero: stato dell'arte sul tema

Si è visto nell'introduzione del presente capitolo che uno dei dubbi interpretativi che il *Discussion Draft* cerca di risolvere è se per la sussistenza della stabile organizzazione personale il potere di firma dell'agente debba essere inteso in senso meramente giuridico ovvero se occorra un'indagine sulla sostanza tesa a valutare se nel concreto l'attività dell'agente sia tale da legare economicamente l'impresa straniera con il dato territorio.

In prima analisi, si osserva che la locuzione «*in nome dell'impresa*» utilizzata nel Modello OCSE si riferisce certamente alle ipotesi di rappresentanza diretta, ovvero nei casi in cui l'agente spenda il nome del mandante¹³⁸.

Maggiori problemi emergono invece nelle ipotesi di “rappresentanza indiretta”, laddove l'agente non spende il nome altrui in quanto in tali ipotesi non sembra agevole, *prima facie*, stabilire se il soggetto abbia agito per proprio conto ovvero per conto dell'impresa non residente, giungendo quindi a stabilire se questa detenga o meno una stabile organizzazione personale nell'altro Stato.

Da questa angolazione, acquista particolare rilievo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo cui, in estrema sintesi, l'espressione utilizzata nel Modello OCSE, non deve essere limitata alle situazioni in cui l'agente agisce con spendita del nome altrui, ma più in generale, in tutti i casi in cui per il tramite della propria attività determini un vincolo in capo al mandante (o rappresentato)¹³⁹.

¹³⁸ Sul punto, PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2004, p. 224, GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2008, p. 337. Quanto alla distinzione tra rappresentanza “diretta” e “indiretta” nell'ordinamento interno sotto il profilo civilistico si veda per tutti BALDI, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2001, p. 45.

¹³⁹ Questa interpretazione emerge dalla lettura dei punti 32.1 e 33 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE. In particolare, al punto 32.1 si afferma «*l'espressione “potere di concludere i contratti a nome dell'impresa” non limita la applicazione del paragrafo a un*

Ad esempio, nel caso in cui un agente concluda “abituamente” contratti per l’impresa non residente, occorre valutare se questi costituisca stabile organizzazione prescindendo da aspetti di ordine meramente formale, come ad esempio lo Stato nel quale si stipula il contratto tra il *principal* e il terzo-cliente¹⁴⁰.

Nell’esame dell’istituto, acquista particolare rilevanza il noto caso “*Philip Morris*” oggetto di pronuncia da parte della Corte di Cassazione¹⁴¹, nel quale i giudici di legittimità hanno affermato la sussistenza di una stabile organizzazione personale all’interno di un gruppo multinazionale.

In particolare, nel caso “*Philip Morris*” la Corte ha dato rilevanza alla circostanza per cui taluni incaricati dell’impresa non residente avessero un ruolo nell’ambito della conclusione dei contratti, pur essendo privi di un formale potere di stipula dei medesimi: *«non possono ritenersi soggetti*

agente che letteralmente conclude contratti a nome dell’impresa; il paragrafo si applica parimenti a un agente che conclude contratti che vincolano l’impresa anche se quei contratti non sono effettivamente conclusi a nome dell’impresa. La assenza di un attivo coinvolgimento di un’impresa nelle operazioni può essere indicativa dell’attribuzione del potere ad un agente. Per esempio, si può considerare che un agente disponga di effettivi poteri di concludere contratti se promuove e riceve (senza finalizzarli in via formale) ordini che sono inviati direttamente a un deposito dal quale i beni sono consegnati e dove la società estera regolarmente approva le operazioni». Inoltre, al punto 33 si legge «il potere deve essere esercitato abitualmente nell’altro Stato; per determinare se è questo si dovrebbe fare riferimento alla situazione commerciale effettiva. Una persona che è autorizzata a negoziare tutti gli elementi e dettagli di un contratto in maniera vincolante per l’impresa, può essere considerata come esercente i suoi poteri “in quello Stato”, anche se il contratto è firmato da un’altra persona nello Stato nel quale l’impresa è situata».

¹⁴⁰ Punto 32.1 del Commentario all’art. 5 del Modello OCSE.

¹⁴¹ Corte di Cassazione 7 marzo 2002, nn. 3367, 3368 e 3369; Corte di Cassazione 25 maggio 2002, n. 7689; Corte di Cassazione 25 luglio 2002, n. 10925; Corte di Cassazione 6 dicembre 2002, n. 17373.

indipendenti le strutture aventi il potere di concludere contratti in nome dell'impresa ("an authority to conclude contracts in the name of the enterprise". Tale potere, secondo il Commentario (sub art.5, par.5, punto 33), non deve essere inteso nel senso di una rappresentanza diretta, ma comprende anche tutte quelle attività che abbiano contribuito alla conclusione di contratti, anche se gli stessi siano stati conclusi in nome dell'impresa. [...] l'espedito di separare la materiale attività di conclusione di contratti da quella di formale stipulazione degli stessi (split - up of business responsibilities on the hand and legal authority on the other) può essere considerata come elusione fiscale (tax circumvention), dovendosi ritenere prevalente, per l'applicazione del par. 5, la sostanza sulla forma. In altre parole, l'accertamento del potere di concludere contratti deve essere riferito alla reale situazione economica, e non alla legge civile, e lo stesso può riguardare anche singole fasi, come le trattative, e non necessariamente comprendere anche il potere di negoziare i termini del contratto»¹⁴².

¹⁴² Per taluni commenti a tale sentenza ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, pp. 106 e ss., LUPI, STEVANATO, GIORGI, *Una società controllata può nascondere una stabile organizzazione? Ci sono differenze fra profili IVA e imposte sui redditi?*, in *Dialoghi*, 1, 2003, p. 35; MARINO, *Riflessioni sull'orientamento espresso dalla Suprema Corte in tema di "centro di attività stabile" ai fini dell'IVA per le prestazioni di servizi*, in *Boll. Trib.*, 10, 2002, p. 791; MAYR, GRIECO, *La stabile organizzazione e società partecipata: una difficile coesistenza*, in *Corr. Trib.*, n. 35/2001, p. 2634; MAYR, GRIECO, *La stabile organizzazione secondo la Suprema Corte*, in *Corr. Trib.*, 21, 2002, p. 1864; PISTONE, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2/II, 1998, p. 365; ROMANO, *Subsidiaries as permanent establishment: The Philip Morris case*, in *European Taxation*, 9, 1998, p. 339; TRUTALLI, *Independent legal entities or permanent establishments? Recent Court decisions and anticipated changes in the law*, in *European Taxation*, 8/9, 2002, p. 364; VALENTE, *Stabile organizzazione: profili di criticità per i gruppi multinazionali derivanti dalla lettura delle sentenze della Cassazione sul caso Philip Morris*, in *Rassegna fiscalità internazionale*, 5, 2002, p. 437; VOGEL, *Tax treaty news: Subsidiaries as permanent establishments?*, in *Bullettin*, IBFD, 10, 2003, p. 474.

L'arresto giurisprudenziale è stato criticato in quanto ritenuto eccessivamente disancorato dal dato testuale della norma convenzionale, nella quale infatti non viene prevista la rilevanza di “*qualsiasi attività negoziale che abbia apportato un contributo alla stipula del contratto*”¹⁴³, ma al di là delle critiche va rilevato che tale pronuncia ha comportato una modifica nel 2005 al Commentario OCSE nella quale, oggi, si afferma che la partecipazione alle trattative dovrebbe costituire un valido indizio per la sussistenza di una stabile organizzazione sebbene esso da solo non sia sufficiente (si richiama il punto 33 del Commentario COSE più volte menzionato). Su tale commento l'Italia ha posto una specifica osservazione dando particolare rilevanza all'interpretazione giurisprudenziale delle proprie Corti (in special modo quella di legittimità)¹⁴⁴.

Ebbene, la prevalenza della sostanza sulla forma, come principio ermeneutico suggerito dalla Cassazione ai fini dell'interpretazione dell'art. 5, paragrafo, 5, del Modello OCSE, per valutare i poteri di rappresentanza attribuiti all'agente si spinge fino ad attribuire rilevanza altresì alla “mera” negoziazione dei contratti.

Nello stesso senso si rinvencono altri precedenti giurisprudenziali di merito, come nel caso della sentenza resa dalla Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, Sez. 5, 31 marzo 2011, n. 37, la quale si è pronunciata con riferimento al caso di una società italiana, facente parte di un gruppo multinazionale americano, che rendeva taluni servizi in favore della controllante statunitense. La Corte di merito in particolare osserva che «*il*

¹⁴³ Ballancin, *La nozione di stabile organizzazione di gruppo in una recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione*, in *Dir. prat. trib. Internazionale*, 2002, p. 953; M. GAZZO, *Permanent Establishment through Related Corporations: New Case Law in Italy and its impact on Multinational Flows*, in *Bulletin for International Taxation*, 2003, pag. 257.

¹⁴⁴ Cfr. il paragrafo 45.10 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE ove si afferma che «*Italy wishes to clarify that, with respect to paragraphs 33, 41, 41.1 and 42, its jurisprudence is not to be ignored in the interpretation of cases falling in the above paragraphs*».

Commentario OCSE (fonte interpretativa che non può non essere riconosciuta come di primaria rilevanza anche nel nostro Paese, che peraltro siede in tale organizzazione) precisa che non costituisce prova dell'esistenza di una stabile organizzazione la mera circostanza che una persona di un'impresa estera abbia assistito o anche partecipato a delle negoziazioni in un altro Stato (paragrafo 5.33). Posto che questa Commissione condivide i principi enucleati in sede OCSE, si che non si ritiene sufficiente la partecipazione ad una trattativa perché si possa parlare della presenza di una stabile organizzazione personale (occorre che la partecipazione abbia un ruolo decisivo per la conclusione dell'affare e tale circostanza va provata dall'amministrazione finanziaria)[enfasi dell'autore], nel caso di specie, sulla base dell'analisi dei rapporti contrattuali, anche tale partecipazione pare essere del tutto eventuale e non determinante. Ed infatti la società italiana opera sulla base di specifiche clausole contrattuali che non possono in alcun modo ricondurre all'esistenza di una stabile organizzazione della società estera in Italia. Si veda, in particolare, il contratto per la prestazione di servizi allegato agli atti, nel quale vengono elencati in modo esaustivo i servizi preparatori e ausiliari resi da (...) in favore della società statunitense (sezione 1. "Servizi" del contratto), quali, ad esempio, fornire analisi per potenziali attività di investimento e fornire supporto nell'individuazione di potenziali investitori, anche partecipando ad incontri con quest'ultimi. In definitiva nelle attività indicate nel contratto non è in alcun modo ravvisabile il potere di concludere contratti, elemento cruciale per l'individuazione di una stabile organizzazione e la sola, eventuale, partecipazione agli incontri è, al contrario, un fattore che evidenzia al più il carattere ausiliario del servizio reso».

Tale pronuncia, che si pone in linea con le indicazioni fornite dall'OCSE nel proprio commentario, ridimensiona il ruolo delle negoziazioni da parte della presunta stabile organizzazione personale rispetto a quanto invece è avvenuto nella sentenza resa dalla Cassazione.

La qualità, dunque, delle attività da essa posta in essere deve potersi desumere in modo chiaro ed univoco, altrimenti si presterebbe il fianco ad eccessivi arbitraggi e tesi interpretative in quanto non vi sarebbe un parametro di riferimento sufficientemente certo (nel qual caso il potere di vincolare giuridicamente il soggetto non residente)¹⁴⁵.

Sull'argomento va poi richiamata la sentenza della Corte di Cassazione 9 aprile 2010, n. 8488¹⁴⁶, la quale si è pronunciata, fra l'altro, con riferimento ai poteri di rappresentanza dell'agente. Il caso riguardava un professionista (il geometra B.), munito di poteri di rappresentanza da parte di una società elvetica attiva nel settore della molatura di rotaie ferriere. Il Sig. B. stipulava dei contratti di appalto con le Ferrovie dello Stato per il servizio di molatura. È utile evidenziare che il Sig. B. non disponeva di poteri negoziali, ma era abilitato unicamente a firmare il contratto, accordo che veniva negoziato dalla società elvetica.

In tal caso, la Corte di Cassazione ha affermato che *«non può condividersi quanto sostenuto dalla società controricorrente, secondo cui il potere di concludere contratti si riferirebbe soltanto al caso di un effettivo potere di svolgere trattative e di determinazione del contenuto del contratto, mentre ne sarebbe escluso il caso, come quello di specie, in cui l'agente, pur avendo un potere di rappresentanza, deve uniformarsi a ordini e direttive della società»*.

¹⁴⁵ TUNDO, *Stabile organizzazione personale e determinazione del reddito secondo le recenti direttive OCSE*, in *Rassegna Tributaria*, 2, 2011, p. 305.

¹⁴⁶ Tale sentenza è stata oggetto di commento da parte dell'autore, DI NUNZIO, *I concetti di stabile organizzazione materiale e personale in una recente pronuncia della Corte di cassazione*, *Nota a Cass. sez. tribut. 9 aprile 2010, n. 8488*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2010, 1-3, pp. 455-467. Per un commento AVOLIO, SANTACROCE, *C'è stabile organizzazione anche se l'agente segue le direttive della società*, in *Corr. Trib.*, n. 27/2010. Si veda anche ROLLE, *Cass. n. 8488 del 9 aprile 2010 - La Cassazione si pronuncia sulla stabile organizzazione personale e materiale*, in *il fisco*, 2010, p. 3154.

La Corte prosegue richiamando il precedente filone interpretativo secondo cui «l'ipotesi di effettiva partecipazione alle trattative, senza poteri rappresentativi, e quella di rappresentanza devono considerarsi alternative [enfasi dell'autore]. Sull'interpretazione dell'art. 5, commi 5 e 6, della convenzione è necessario riportarsi al Commentario del modello OCSE, al quale si è uniformata la convenzione stessa, secondo cui un soggetto anche non legato da rapporti di dipendenza legale con la impresa straniera, che comunque esegua senza autonomia ed in modo abituale istruzioni della stessa impresa, e che in tale veste compia atti che siano essenziali per la conclusione dei contratti che obbligano la impresa medesima, integra l'ipotesi di stabile organizzazione. È opportuno rilevare che, come già osservato nella sentenza della Sezione V, Cass. n. 17206/06, non hanno alcun rilievo le modifiche al paragrafo 33 del commentario, introdotte nel 2004, secondo cui la partecipazione alla fase delle trattative da parte di agenti non muniti di poteri di rappresentanza non sarebbe elemento sufficiente a costituire una stabile organizzazione personale. Infatti, anche a prescindere dall'osservazione inserita dal Governo italiano (par. 45.10. del Commentario), secondo cui, nell'interpretazione del Modello di Convenzione, l'Italia non può disattendere quella data dai propri giudici nazionali, pare opportuno rilevare che, comunque, anche nell'ottica della modificazione, resta ferma la nozione di “stabile organizzazione personale” in senso formale prevista dal modello OCSE, nell'interpretazione della giurisprudenza di questa Suprema Corte. Dovrà quindi essere valutato, in tale ottica, il significato da attribuirsi al “potere di firma” dei contratti senza potere autonomo in ordine al contenuto degli stessi attribuito dalla società resistente al B.».

La Corte, dunque, non aderisce alle argomentazioni spiegate dalla difesa del contribuente, secondo cui la partecipazione del Sig. B. alla fase delle trattative,

privo di formali poteri di rappresentanza, non sarebbe di per sé elemento sufficiente a costituire una stabile organizzazione¹⁴⁷.

Il professionista, in tal caso, non aveva alcun coinvolgimento attivo nella fattispecie ma si limitava, a mo' di *nuncius*, a firmare un accordo senza negoziarlo.

Per tale ragione, perlomeno a chi scrive, pare eccessivo ritenere che il “*nuncius*” possa qualificarsi come stabile organizzazione personale, in quanto sembra difettare di un seppur minimo legame con il territorio e una minima (in)dipendenza dell'agente, il quale null'altro faceva se non apporre la firma su di un contratto.

Ma non solo. La Corte ha altresì sostenuto che le direttive impartite dalla società elvetica al Sig. B. sarebbero indice della “dipendenza” di quest'ultimo dalla casa madre, giacché un *«soggetto anche non legato da rapporti di dipendenza legale con la impresa straniera, che comunque esegua senza autonomia ed in modo abituale istruzioni della stessa impresa, e che in tale veste compia atti che siano essenziali per la conclusione dei contratti che obbligano la impresa medesima, integra l'ipotesi di stabile organizzazione»*.

Ciò che rileva in questa analisi è che la Cassazione sembra accogliere un principio che definiremmo “ultra-sostanzialistico”. Di fatto nel caso del Sig. B., nella narrativa della Corte non si fa alcun cenno alla disciplina del rapporto tra l'agente e la casa madre, ma tutto è incentrato sul fatto che tale soggetto “poteva” sottoscrivere gli accordi, senza alcun potere negoziale come visto.

Sulla medesima linea interpretativa si pone un'ulteriore pronuncia della Corte di Cassazione¹⁴⁸ che ha affrontato il caso di una società residente in San

¹⁴⁷ Nello stesso senso Corte di Cassazione 28 luglio 2006, n. 17206.

¹⁴⁸ Corte di Cassazione 7 ottobre 2011, n. 20597. Per un commento si veda VALENTE, *La stabile organizzazione nelle disposizioni interne e nella sentenza della Corte di Cassazione n. 20597/2011*, in *il fisco*, 2011, p. 6831.

Marino e operante in Italia mediante talune società nel settore della preparazione scolastica-universitaria.

Gli studenti si recavano presso le sedi italiane di tali società per finalizzare l'acquisto del servizio di tutoraggio nella formazione universitaria. I contratti stipulati erano dei *format* non negoziabili dagli studenti, e nemmeno dal soggetto che fisicamente sottoponeva il contratto al cliente, la cui controparte era la società di San Marino.

La Cassazione ha ritenuto la sussistenza di una stabile organizzazione personale della società sanmarinese in Italia sul presupposto che «*l'accertamento del requisiti del centro di attività stabile, o stabile organizzazione, ivi compresi quello di dipendenza e quello di partecipazione alla conclusione di contratti - od alle sole trattative - in nome della società estera (anche 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*” (10925/2002); e che “*tale concetto di stabile organizzazione non è incompatibile con la personalità giuridica di cui la stessa sia eventualmente fornita, poiché l'autonoma soggettività giuridica non assume rilievo quanto alla imputazione dei rapporti fiscali*” (6799/2004); e che “*va escluso che la struttura organizzativa debba essere di per sé produttiva di reddito, ovvero dotata di autonomia gestionale o contabile*” (7682/2002). Sicché la particolarità della fattispecie (che la CTR correttamente non ha considerato preclusiva del fenomeno della stabile organizzazione) si riduce al fatto che la organizzazione produttiva in Italia della società estera – anziché costituita da un unico soggetto giuridico – era articolata in una molteplicità di ditte: formalmente distinte, ma tuttavia economicamente integrate in una struttura unitaria, strumentale al raggiungimento dello scopo commerciale in Italia della “*casa madre*” non residente».

In questo caso, dunque, la Corte ha dato (ancora una volta) rilevanza alla sostanza rispetto alla forma: infatti, la sentenza afferma che il criterio

ermeneutico principale deve essere quello dell'analisi sostanziale del caso, più che formale.

Dai diversi precedenti giurisprudenziali richiamati emerge come in Italia la prospettiva sia quella di attribuire particolare rilevanza ai profili economico-sostanziali della fattispecie, prescindendo dalla natura dell'accordo (sul piano giuridico) che sussiste trilateralmente tra *principal* – agente – terzo-cliente.

3. Analisi critica della proposta di modifica al Commentario OCSE

La proposta del *Working Party*, come visto, sembra in linea con la giurisprudenza italiana appena evocata.

In particolare, la proposta di inserire l'esempio nell'ambito del punto 32.1 del Commentario – il brano «*Ad esempio, in alcuni Stati, un'impresa sarebbe vincolata, in taluni casi, da un contratto stipulato con un terzo da parte di una persona che agisce per conto dell'impresa anche se la persona non ha formalmente rivelato che agiva per l'impresa né il nome dell'impresa non è stato indicato nel contratto*» – è stata criticata dal BIAC in quanto tale *wording* sembra essere comunque ambiguo e non darebbe una risposta adeguata al quesito sulla natura del legame che deve creare l'agente tra il *principal* e il terzo-cliente (giuridico o economico?).

In ogni caso il BIAC ritiene preferibile che la natura del vincolo (rilevante al fine di asserire l'esistenza di una stabile organizzazione personale) debba essere di natura giuridica e non economica. Ciò in quanto se fosse scelta la via del vincolo economico il contribuente sarebbe eccessivamente esposto a interpretazioni sulla fattispecie molto complesse e difficili da argomentare in senso contrario.

La proposta del BIAC¹⁴⁹ sarebbe quella di aggiungere l'avverbio “giuridicamente” prima di “vincolata”, di talché il testo sia «*Ad esempio, in alcuni Stati, un'impresa sarebbe **giuridicamente** vincolata, in taluni casi, da un contratto stipulato con un terzo da parte di una persona che agisce per conto dell'impresa anche se la persona non ha formalmente rivelato che agiva per l'impresa né il nome dell'impresa non è stato indicato nel contratto*». Così facendo, secondo il BIAC si darebbe maggior chiarezza affermando che debba sussistere un vincolo tra il *principal* e il terzo-cliente.

¹⁴⁹ Il contributo del BIAC del 31 gennaio 2013 è consultabile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTBIAC.pdf>.

Alternativamente il BIAC propone un nuovo *draft* della frase come segue «*Il chiarimento [ossia quanto scritto nel primo periodo del punto 32.1] conferma che una persona che agisce per conto di una impresa può rappresentare stabile organizzazione dell'impresa ai sensi del paragrafo 5 se la persona stipula contratti con terzi soggetti che, in base alla legge applicabile, sono vincolanti per l'impresa, anche se il soggetto agente non rivela formalmente che sta agendo per conto del mandante e il nome di questo non figura nel contratto*».

Nello stesso senso si è pronunciato il *Tax Executives Institute*, ritenendo che la scelta da preferire è quella del vincolo di natura giuridica e non economica¹⁵⁰.

Le preoccupazioni sembrerebbero, per certi versi, fondate considerando che l'interesse degli operatori economici predilige la certezza dei rapporti (e quindi la certezza del diritto).

¹⁵⁰ Il commento del *Tax Executives Institute, Inc.* del 30 gennaio 2013 è consultabile alla pagina

[http://www.tei.org/news/Documents/TEI%20OECD%20Article%20Five%20\(PE\)%20Revised%20Discussion%20Draft%20Comments%20-%20FINAL.pdf](http://www.tei.org/news/Documents/TEI%20OECD%20Article%20Five%20(PE)%20Revised%20Discussion%20Draft%20Comments%20-%20FINAL.pdf). Nello stesso senso si è

pronunciato il *Chartered Institute of Taxation* con la propria lettera del 30 gennaio 2013 disponibile alla pagina

http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTChartered_Institute_of_Taxation.pdf. Inoltre cfr.

Deloitte LLP, lettera del 31 gennaio 2013, disponibile alla pagina

<https://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTDeloitteLLP.pdf>.

CAPITOLO V

Conclusioni: sulle proposte del Discussion Draft e sul recente final report del BEPS Action 7

Nei capitoli che precedono sono state osservate le proposte di modifica al Commentario al Modello OCSE formulate nel *Discussion Draft, final report* del 2013. Ciò che sembra risaltare, nell'opinione di chi scrive, è che la propensione dell'OCSE sia quella di restringere sempre di più l'ambito applicativo dell'art. 5 del Modello OCSE, nell'ottica di ridurre fenomeni elusivi dello *status* di stabile organizzazione.

E infatti, con la proposta n. 2, il *report* ha suggerito talune modifiche al Commentario volte a chiarire cosa debba intendersi per “luogo a disposizione dell'impresa”, ivi formulando taluni esempi di casi nei quali il potere esercitato dall'impresa è di natura sostanziale e non meramente formale o giuridico.

Con la proposta n. 6, l'OCSE suggerisce l'introduzione di due esempi, quello relativo all'attività periodica e quello relativo all'attività svolta nell'arco dell'intera durata, seppur breve, di un *business*.

Infine, con la proposta n. 19, l'OCSE suggerisce l'adozione di un esempio volto a chiarire che, al di là del legame giuridico che possa generarsi tra il terzo cliente e il *principal*, ciò che comunque rileva per la configurazione di una stabile organizzazione personale è anche un legame di tipo economico.

Dunque, appare una spinta verso un sistema sempre più casistico e sempre più incentrato sulla *substance over form*, pure se con i suoi difetti. Questa impostazione trova difatti alcune critiche in coloro che hanno preferito la tecnica legislative “per principi”, ossia mediante il ricorso a norme generali e astratte, anziché prediligere l'elencazione di fattispecie tipiche nell'ottica di

imbrigliare il comportamento del contribuente¹⁵¹. Va però tenuto conto che tali critiche si riferiscono alla “attività legislativa” e non già allo strumento interpretativo del “Commentario OCSE”, sebbene nella prassi il Commentario acquisti l’efficacia “quasi-vincolante” in ragione della sua autorevolezza.

Da tale angolazione, dunque, una critica che potrebbe essere mossa, indipendentemente dalla bontà nel merito delle modifiche suggerite nel *Discussion Draft*, è quella di prediligere la tecnica del *case by case*, mostrando una certa “rincorsa”, come dice Russo (si veda la nota a piè di pagina n. 151), verso la multiformità di fattispecie che i privati pongono in essere.

Di questa rincorsa sembra anche essere testimone la logica su cui si fonda l’*Action Plan 7* del *Base Erosion and Profit Shifting* denominato “*Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*” pubblicato nella versione finale il 5 ottobre 2015¹⁵².

¹⁵¹ Così RUSSO, *Manuale di diritto tributario - Parte speciale*, Milano, 2009, p. 30 ove si osserva che «una elencazione delle fattispecie tipiche, individuate secondo criteri meramente empirici, che non si accompagni a definizioni di ordine generale, appare idonea a svolgere una funzione di vincolo rispetto all’inserimento di nuove fattispecie che emergano nella realtà storica e non siano ricomprese nell’elenco normativo. La “strategia della rincorsa” della legislazione fiscale rispetto ai modelli comportamentali emergenti dal mercato risulta destinata ad una sostanziale inefficienza, presentandosi sovente inadeguata a fronteggiare la fantasia elusiva dei contribuenti. Entra pertanto in crisi il fondamento stesso della legislazione casistica». Si vedano anche DE MITA, *La legalità tributaria*, Milano, 1993, p. 17, VISCO, *Alcune osservazioni sulla formazione delle decisioni legislative in materia di politica fiscale*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1991, I, p. 261 e URICCHIO, *Verso la codificazione tributaria*, in AA.VV., *Atti del convegno “I cento giorni e oltre: verso una rifondazione del principio fisco-economica?”*, Roma, 2002, p. 340.

¹⁵² E disponibile alla pagina <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2315341e.pdf?expires=1460911781&id=id&accname=guest&checksum=228DAE3624A29EA53A70CE3C943F9FF3>.

Tale Action Plan induce a formulare alcuni spunti di riflessione che si intrecciano anche con le diverse modifiche proposte con il *Discussion Draft* analizzato nel corso di questo lavoro.

Anzitutto, con il “*BEPS Action Plan*” l’OCSE ha individuato 15 diverse azioni¹⁵³ per contrastare il fenomeno erosivo della e la pianificazione fiscale aggressiva. I tre fondamenti da cui traggono origine le 15 azioni sono (i) l’introduzione di norme coerenti nelle singole legislazioni nazionali inerenti i fenomeni di *profit shifting* nelle attività transfrontaliere (ii) il rafforzamento dei requisiti sostanziali contenuti nelle norme internazionali vigenti e (iii) il potenziamento della trasparenza per le imprese e i Governi¹⁵⁴.

¹⁵³ Si tratta in particolare di: Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements; Action 3: Designing Effective Controlled Foreign Company Rules; Action 4: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments; Action 5: Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance; Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances; Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status; Actions 8-10: Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation; Action 11: Measuring and Monitoring BEPS; Action 12: Mandatory Disclosure Rules; Action 13: Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting; Action 14: Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective; Action 15: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties.

¹⁵⁴ Si veda, OCSE, *Reforms to the international tax system for curbing avoidance by multinational enterprises*, disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm> ove si afferma che «*The plan was structured around three fundamental pillars: introducing coherence in the domestic rules that affect cross-border activities; reinforcing substance requirements in the existing international standards, to ensure alignment of taxation with the location of economic activity and value creation; and improving transparency, as well as certainty for businesses and governments*».

Nel suo insieme, il progetto BEPS è volto a evidenziare le mancanze delle norme convenzionali ritenute obsolete rispetto agli obiettivi perseguiti.

Ai fini che interessano all'indagine sin qui proposta, si rileva che, con specifico riguardo all'Action Plan 7, il lavoro dell'OCSE ha posto in luce i difetti della "flessibilità" della nozione di stabile organizzazione, circostanza che ha consentito, specialmente alle imprese multinazionali, il *profit shifting*¹⁵⁵.

L'Action Plan 7 prevede tre principali aree di intervento rispetto all'attuale nozione di stabile organizzazione: (i) la prima concerne la stabile organizzazione personale e la fattispecie del commissionario; (ii) la seconda concerne il paragrafo 4 dell'art. 5 ove si prevede la lista negativa di ipotesi che

¹⁵⁵ Infatti, nel *final report* dell'Action Plan 7 si afferma che «*Tax treaties generally provide that the business profits of a foreign enterprise are taxable in a State only to the extent that the enterprise has in that State a permanent establishment (PE) to which the profits are attributable. The definition of PE included in tax treaties is therefore crucial in determining whether a non-resident enterprise must pay income tax in another State. The Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS Action Plan, OECD, 2013a) called for a review of that definition to prevent the use of certain common tax avoidance strategies that are currently used to circumvent the existing PE definition, such as arrangements through which taxpayers replace subsidiaries that traditionally acted as distributors by commissionaire arrangements, with a resulting shift of profits out of the country where the sales took place without a substantive change in the functions performed in that country. Changes to the PE definition are also necessary to prevent the exploitation of the specific exceptions to the PE definition currently provided for by Art. 5(4) of the OECD Model Tax Convention (2014), an issue which is particularly relevant in the digital economy. This report includes the changes that will be made to the definition of PE in Article 5 of the OECD Model Tax Convention, which is widely used as the basis for negotiating tax treaties, as a result of the work on Action 7 of the BEPS Action Plan. Together with the changes to tax treaties proposed in the Report on Action 6 (Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, OECD, 2015a), the changes recommended in this report will restore taxation in a number of cases where cross-border income would otherwise go untaxed or would be taxed at very low rates as result of the provisions of tax treaties. Taken together, these tax treaty changes will enable countries to address BEPS concerns resulting from tax treaties, which was a key focus of the work mandated by the BEPS Action Plan*».

non costituiscono stabile organizzazione; (iii) la terza riguarda i cantieri di costruzione di cui al terzo paragrafo dell'art. 5.

Con riferimento alla prima, l'accordo comunemente denominato di *commissionaire arrangement*, come visto nel quarto capitolo, prevede che un dato soggetto venda prodotti in un dato Stato in nome proprio ma per conto di una impresa straniera, proprietaria di tali beni. L'OCSE ha riscontrato che attraverso simili accordi, le imprese "straniere" riescono spesso a evitare il possesso di una "stabile organizzazione" nell'altro Stato, pur di fatto continuando a vendere in detto Stato i propri prodotti, nella misura in cui i contratti conclusi dalla persona che agisce come un *commissionaire* non sono vincolanti per l'impresa straniera.

Ciò che l'OCSE rileva è che per le imprese è facilmente aggirabile l'art. 5, paragrafo 5, in quanto è sufficiente modificare i termini e le condizioni dei contratti. In tale prospettiva l'OCSE ritiene indispensabile una rivisitazione dei dettati convenzionali contenuti ai paragrafi 5 e 6 dell'art. 5, proponendo di prevedere che un'impresa possa costituire stabile organizzazione di un'altra se, per conto di questa, conclude abitualmente contratti o abitualmente la sua attività principale porta alla loro conclusione, sottoscritti senza modifiche sostanziali dall'impresa non residente. Qualora, però, un soggetto svolga l'attività di commissionario esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di una o più imprese, quel dato soggetto non è considerabile come un agente indipendente¹⁵⁶. In ragione della nuova formulazione sono proposti alcuni cambiamenti ai "*paragraphs 31 to 39 of the Commentary on Article 5*".

¹⁵⁶ In particolare, la nuova versione del paragrafo 6 dell'art. 5, nella proposta dell'Action 7, prevede il seguente testo «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 firstmentioned 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*

Inoltre, nell'Action Plan si afferma che un agente può essere considerato indipendente – come tale “non stabile organizzazione di altro soggetto” – quando è responsabile nei confronti del committente per i risultati del suo lavoro, che dovrà svolgere in autonomia senza un controllo approfondito da parte dell'impresa estera.

Per quanto concerne la seconda area d'intervento, l'OCSE pone in evidenza una diversa pratica elusiva rappresentata dalla frammentazione di attività, fra loro strettamente correlate, al fine di far apparire le singole attività come “meramente” preparatorie ed ausiliarie (come previsto dal quarto paragrafo dell'art. 5). Per contrastare tale condotta elusiva del concetto “stabile organizzazione” viene proposta una restrizione alla definizione «*preparatory or auxiliary*»¹⁵⁷.

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 some 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 50per 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».

¹⁵⁷ Si propone una “new anti-fragmentation rule”: «4.1 Paragraph 4 shall not apply to a fixed place of business that is used or maintained by an enterprise if the same enterprise or a closely related enterprise carries on business activities at the some place or at another place in the same Contracting State and a) that place or other place constitutes a permanent establishment for the enterprise or the closely related enterprise under the provisions of this Article, or b) the overall activity resulting from the combination of the activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, is not of a preparatory or auxiliary character, provided that the business activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the some enterprise or closely

Per quanto riguarda poi la terza area d'intervento, l'OCSE rivolge l'attenzione al fenomeno dello “*splitting-up of contracts*”, ovvero al frazionamento dei contratti per aggirare la previsione contenuta nell'art. 5, paragrafo 3, del Modello OCSE; laddove si prevede che «*A building site or construction or installation project constitutes a permanent establishment only if it lasts more than twelve months*».

Più precisamente, in talune ipotesi le imprese frammentano i contratti in più porzioni, sotto il profilo temporale, coprendo periodi inferiori ai 12 mesi considerando singolarmente ciascun contratto, ricorrendo, peraltro, alla stipula con soggetti appaltatori diversi, sebbene controllati dal medesimo gruppo industriale. Tale fenomeno abusivo potrebbe essere contrastato, secondo l'OCSE, mediante la “*Principal Purposes Test (PPT) rule*” già oggetto del coevo *final report Action 6 (Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, il quale prevede il disconoscimento dei benefici convenzionali qualora l'unico scopo dell'operazione posta in essere, sotto il profilo sostanziale e non formale, sia quello di beneficiare della convenzione medesima.

Ciò che emerge dalle proposte analizzate nei capitoli precedenti e dal più recente Action Plan 7 è la tendenza a contrastare fenomeni abusivi del diritto attraverso una lettura della fattispecie sempre più ancorata a parametri economico-sostanziali e non giuridici.

Se da un lato appare un approccio corretto, in quanto lo scopo del contrasto alle condotte abusive è di per sé giusto, all'atto pratico però i criteri proposti dall'OCSE sembrano andare contro la certezza del diritto nei rapporti tra privati.

related enterprises at the two places, constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation».

Un esempio sembra già riscontrabile in quanto più diffusamente indicato nel capitolo secondo, laddove è stato analizzato il tema del “*Meaning of “at the disposal of”*” sotto il profilo del legame funzionale che deve sussistere tra l’impresa estera e la sede fissa d’affari. Si è visto, in particolare come esistano pronunce divergenti in relazione a fattispecie pressoché simili: nel caso trattato nel 1992 dal Giudice tributario del Baden-Württemberg¹⁵⁸, una società svizzera deteneva un sito produttivo in Germania concesso in locazione ad altra società tedesca, la quale produceva con proprio personale, nell’ambito di un appalto, ma secondo le istruzioni della società elvetica. In tal caso il Giudice tributario tedesco concluse nel senso che l’appaltatore tedesco non costituiva stabile organizzazione della società elvetica e questo sul presupposto che sussisteva un nesso “soltanto indiretto” tra il *business* della società svizzera e quello realizzato dall’appaltatore tedesco. Diversa opinione è stata invece raggiunta nell’altro caso dal medesimo Giudice tributario¹⁵⁹, che ha ritenuto invece che la società svizzera detenesse una stabile organizzazione in Germania rappresentata, appunto, dall’appaltatore tedesco.

Questo esempio, tuttavia, potrebbe essere aneddótico di come i principii espressi dall’OCSE possano portare a letture diverse, pur se applicate a fattispecie simili od analoghe. Ciò che dunque sembra porre dubbi interpretativi, perlomeno a chi scrive, è l’individuazione del criterio ermeneutico sostanzialistico, quasi del tutto disancorato da quello giuridico.

¹⁵⁸ FG Baden- Württemberg, 11 maggio 1992, 3 K 309/91.

¹⁵⁹ FG Baden-Württemberg, 7 novembre 1996, 3 K 54/93.

BIBLIOGRAFIA

*

Bibliografia degli autori

- ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998
- ARESPACOHAGA, *Planificatiòn fiscal international*, Madrid, 1998
- ARNOLD, *Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2003
- AVOLIO, *La stabile organizzazione: profili definitivi*, in MAYR, SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013
- AVOLIO, RUGGIERO, *Le proposte di modifica al commentario OCSE sulla stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 15/2012
- AVOLIO, SANTACROCE, *C'è stabile organizzazione anche se l'agente segue le direttive della società*, in *Corr. Trib.*, n. 27/2010
- BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009
- BALDI, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2001
- BIAC, lettera del 31 gennaio 2013, consultabile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTBIAC.pdf>
- BJERKE, SØGAARD, *Norway - Dell Wins Important Agency Permanent Establishment Case*, in *International Transfer Pricing Journal*, 3, 2012
- BORIO, *La stabile organizzazione*, Santarcangelo di Romagna, 2002
- BRUGGEN, *International Tax Aspects of Providing Consulting Services on the Premises of the Client*, ABAC, 21 (2) 2001

- CALCAGNO, *La stabile organizzazione*, in SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011
- CARMONA, *The concept of Permanent Establishment in the Courts: Operating Structures Utilizing Commission Subsidiaries*, in *Bulletin for International Taxation*, 6, 2013
- CASTRO, *Problems involving permanent establishments: overview of relevant issues in today international economy*, in *The Global Business Law Review*, 2, 2012
- CERRATO, *La definizione di stabile organizzazione nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni*, in SACCHETTO-ALEMANNI (a cura di), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002
- CERRATO, *La rilevanza del Commentario OCSE ai fini interpretativi: analisi critica dei più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009
- CHARTERED INSTITUTE OF TAXATION, lettera del 30 gennaio 2013 disponibile alla pagina [http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTChartered Institute of Taxation.pdf](http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTChartered%20Institute%20of%20Taxation.pdf)
- DE GOEDE, KAUR, KOSTERS, PERDELWITZ, *Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention, Response from IBFD Research Staff*, disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/tax/treaties/49782184.pdf>
- DE MITA, *La legalità tributaria*, Milano, 1993
- DEL GIUDICE, *La nozione di stabile organizzazione nel diritto interno, nel diritto convenzionale e nelle Convenzioni stipulate dall'Italia*, in *il Fisco*, 2008

- DEL GIUDICE, *La stabile organizzazione elemento determinante per la tassazione del reddito di soggetti non residenti*, in *il Fisco*, 1983
- DELLA VALLE, *La nozione di stabile organizzazione nel nuovo TUIR*, in *Rass. Trib.*, 2004
- DELOITTE LLP, lettera del 31 gennaio 2013, disponibile alla pagina <https://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTDeloitteLLP.pdf>
- DI NUNZIO, *I concetti di stabile organizzazione materiale e personale in una recente pronuncia della Corte di cassazione*, *Nota a Cass. sez. tribut. 9 aprile 2010, n. 8488*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2010, 1-3
- DOUVIER, LORDKIPANIDZE, *Zimmer Case: The Issue of the Deemed Existence of a Permanent Establishment Based on Status as a Commissionaire*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2010
- DRAGONETTI, PIACENTINI, SFONDRINI, *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2014
- ECKL, *Is there a Permanent Establishment?, Germany Report*, *Cahiers de droit fiscal international*, 94a, 2009
- FAVI, *Is there a Permanent Establishment?, Italy Report*, *Cahiers de droit fiscal international*, 94a, 2009
- FICHARDT, *Is there a Permanent Establishment?, United Kingdom Report*, *Cahiers de droit fiscal international*, 94a, 2009
- FLEMING, CLIFTON, *A Note on the Zimmer Case and the Concept of Permanent Establishment (2011)*, in *Tax Treaty Case Law around the Globe*, 2011
- FRANZONI, *La stabile organizzazione nelle imposte sui redditi*, Milano, 2015

- GALLI, *Brevi note in tema di commercio elettronico e stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, IV
- GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in *Rivista di Diritto Finanziario*, 1985, I
- GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2008
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, lettera del 5 febbraio 2013, consultabile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTICC.pdf>
- JONES, *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3[2] of the OECD Model*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1984
- JONES, WARD, *Agents as permanent establishments under the OECD Model Tax Convention*, in *European Taxation*, 1993
- LANG, BRUGGER, *The role of the OECD Commentary in tax treaty interpretation*, in *Australian Tax Forum*, 2008, p. 99, disponibile alla pagina http://www.wu.ac.at/ruw/taxlaw/institute/staff/publications/langbrugger_australiantaxforum_95ff.pdf
- LEO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 2010
- LOVISOLO, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 4, 1983, parte I
- LOVISOLO, *La stabile organizzazione*, in AA.VV., *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002
- LOVISOLO, *La stabile organizzazione*, in *Diritto tributario internazionale*, coord. da UCKMAR, Padova, 2005

- LUPI, STEVANATO, GIORGI, *Una società controllata può nascondere una stabile organizzazione? Ci sono differenze fra profili IVA e imposte sui redditi?*, in *Dialoghi*, 1, 2003
- MACFARLANES LLP, lettera del 30 gennaio 2013, disponibile alla pagina http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTMacfarlanes_LLIP.pdf
- MAISTO, *Le prime riflessioni dell'OCSE sulla tassazione del commercio elettronico*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, IV
- MAISTO (a cura di), *Modello di Convenzione fiscale sui redditi*, Milano, 2004
- MARINO, *Riflessioni sull'orientamento espresso dalla Suprema Corte in tema di "centro di attività stabile" ai fini dell'IVA per le prestazioni di servizi*, in *Boll. Trib.*, 10, 2002
- MARTINO, *La stabile organizzazione nella politica italiana dei trattati (osservazioni generali)*, in MAYR, SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013
- MAYR, GRIECO, *La stabile organizzazione e società partecipata: una difficile coesistenza*, in *Corr. Trib.*, 35, 2001
- MAYR, GRIECO, *La stabile organizzazione secondo la Suprema Corte*, in *Corr. Trib.*, 21, 2002
- MELIS, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio*, in *Rass. Trib.*, 1995
- MELIS, *Le interrelazioni tra le nozioni di residenza fiscale e stabile organizzazione: problemi ancora aperti e possibili soluzioni*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2014, n. 1, parte I
- MELIS, *Vincoli internazionali e norma tributaria interna*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004

- OCSE, *Attribution of profit to a permanent establishment involved in electronic commerce transactions, A discussion paper from the technical advisory group on monitoring the application of existing treaty norms for the taxation of business profits*, febbraio 2001, disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/1923312.pdf>
- OCSE, *Commentario al Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni*, 2010
- OCSE, *Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*, disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/41346644.pdf>, 19 settembre 2008
- OCSE, *Final report, Are the Current Treaty Rules for Taxing Buysiness Profits Appropriate for E-Commerce?*, disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/tax/treaties/35869032.pdf>
- OCSE, *Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni*, 1992
- OCSE, *Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni*, 2010
- OCSE, *Discussion Draft, Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention*, 12 ottobre 2011, disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/tax/treaties/48836726.pdf>
- OCSE, *Final Discussion Draft, OECD Model, Tax Convention: Revised Proposals concerning the Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment)*, <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PermanentEstablishment.pdf>
- OCSE, *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Final Report*, disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/preventing-the->

[artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status-action-7-2015-final-report-9789264241220-en.htm](http://www.oecd.org/ctp/oeecd-presents-outputs-of-oeecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm)

- OCSE, *Reforms to the international tax system for curbing avoidance by multinational enterprises*, disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/oeecd-presents-outputs-of-oeecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm>
- PETRECCA, *Il concetto di stabile organizzazione ai fini delle imposte dirette: la definizione della Suprema Corte*, in *Boll. Trib.*, 1988
- PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2004
- PISTONE, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2/II, 1998
- POZZO, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali*, in UCKMAR (coordinato da) *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005
- REIMER, *Permanent Establishment in the OECD Model Tax Conventions*, in REIMER, SCHMID, ORELL, *Permanent Establishments – A domestic Taxation, Bilateral Tax treaty and OECD Perspective*, Paesi Bassi, 2015
- RIPA, *La stabile organizzazione delle imprese*, Padova, 2004
- ROLLE, *Cass. n. 8488 del 9 aprile 2010 - La Cassazione si pronuncia sulla stabile organizzazione personale e materiale*, in *il fisco*, 2010
- ROMANO, *Subsidiaries as permanent establishment: The Philip Morris case*, in *European Taxation*, 9, 1998
- RUSSO, *Manuale di diritto tributario - Parte speciale*, Milano, 2009
- SACCHETTO, voce *Diritto tributario (convenzioni internazionali)*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, 2007

- SASSEVILLE, SKAAR, *General Report, Is there a Permanent Establishment?*, *Cahiers de droit fiscal international*, 94a, 2009
- SKAAR, *Permanent establishment*, Amsterdam, 1991
- STORK, ZEILER, *Beyond the OECD Update 2014: Changes to the Concepts of Permanent Establishments in the Light of the BEPS Discussion*, in LANG, PISTONE, RUST, SCHUCH, STARINGER, STORK, *The OECD-Model-Convention and its Update 2014*, Vienna, 2015, par. II
- TARDELLA, voce *Stabile organizzazione*, in *Digesto, Disc. Priv, Sez. Comm*, 1998
- TAX EXECUTIVES INSTITUTE INC, lettera del 30 gennaio 2013, disponibile alla pagina http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTTax_Executives_Inst.pdf
- TRUTALLI, *Independent legal entities or permanent establishments? Recent Court decisions and anticipated changes in the law*, in *European Taxation*, 8/9, 2002
- TUNDO, *Stabile organizzazione personale e determinazione del reddito secondo le recenti direttive OCSE*, in *Rassegna Tributaria*, 2, 2011
- UCKMAR, CORASANITI, DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *Diritto tributario internazionale - Manuale*, Padova, 2009
- URICCHIO, *Verso la codificazione tributaria*, in AA.VV., *Atti del convegno "I cento giorni e oltre: verso una rifondazione del principio fisco-economica?"*, Roma, 2002
- VALENTE, *Stabile organizzazione: profili di criticità per i gruppi multinazionali derivanti dalla lettura delle sentenze della Cassazione sul caso Philip Morris*, in *Rassegna fiscalità internazionale*, 5, 2002
- VALENTE, *La stabile organizzazione nelle disposizioni interne e nella sentenza della Corte di Cassazione n. 20597/2011*, in *il fisco*, 2011

- VAN RAAD, *Interpretation of tax treaties by tax courts*, in *European Taxation Journal*, 1996
- VISCO, *Alcune osservazioni sulla formazione delle decisioni legislative in materia di politica fiscale*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1991
- VOGEL, *On double taxation conventions*, Londra, 1997
- VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, Paesi Bassi, 2015
- VOGEL, *Tax treaty news: Sub-sidiaries as permanent establishments?*, in *Bullettin*, IBFD, 10, 2003
- VOLKSWAGEN AKTIENGESELLSCHAFT, lettera del 10 gennaio 2013, disponibile alla pagina http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTVolkswagen_Aktiengesellschaft.pdf
- WATTEL, MARRES, *The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties*, in *European Taxation Journal*, 2003
- WILLIAMS, *Permanent establishment ion the United States*, in *Bischel, Income Tax Treaties*, 1978
- WITTENDORFF, *Agency Permanent Establishments and the Zimmer Case*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2010
- ZENTRALVERBAND ELEKTROTECHNIK – UND ELEKTRONIKINDUSTRIE, lettera del 30 gennaio 2013, disponibile alla pagina <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTZVEI.pdf>

*

Bibliografia di prassi

- Bundesfinanzhof (BFH), 17 marzo 1982, I R 189/79 disponibile alla pagina http://www.bfh.simons-moll.de/bfh_1982/XX820624.HTM
- Bundesfinanzhof (BFH), 3 febbraio 1993, I R 80-81/91
- Bundesfinanzhof (BFH), 14 luglio 2004, I R 106/03
- Bundesfinanzhof (BFH), 4 giugno 2008, I R 30/07
- Bundesministerium der Finanzen, 25 dicembre 1999, n. 4
- Circolare 30 aprile 1977, n. 7/1496
- Circolare 16 giugno 2004, n. 25/E
- Circolare 4 agosto 2006, n. 28/E
- Circolare 15 dicembre 2010, n. 58/E
- Circolare 5 giugno 2012, n. 21/E
- Circolare 3 maggio 2013, n. 12/E
- Circolare ministeriale 21 luglio 2003, n. 41/E
- Circolare ministeriale 9 febbraio 2004, n. 12/E
- Circolare ministeriale 2 novembre 2005, n. 47/E
- Risoluzione 13 dicembre 1989, n. 460196
- Risoluzione 11 dicembre 1995, n. 282/E
- Risoluzione 10 settembre 1999, n. 145/E
- Risoluzione 27 gennaio 2006, n. 17/E
- Risoluzione 30 marzo 2006, n. 44/E
- Risoluzione 12 luglio 2006, n. 86/E
- Risoluzione 9 marzo 2007, n. 41/E
- Risoluzione 28 maggio 2007, n. 119/E

- Risoluzione 10 aprile 2008, n. 141/E
- Risoluzione 21 aprile 2008, n. 167/E
- Risoluzione 1 agosto 2008, n. 341/E
- Risoluzione 3 dicembre 2008, n. 471/E
- Risoluzione 2 aprile 2009, n. 92/E
- Risoluzione 26 settembre 2013, n. 61/E

*

Bibliografia giurisprudenziale

- Corte di Cassazione, 27 novembre 1987, n. 8820
- Corte di Cassazione, 27 novembre 1987, n. 8815
- Corte di Cassazione, 19 settembre 1990, n. 9580
- Corte di Cassazione, 14 marzo 2001, n. 3731
- Corte di Cassazione, 7 marzo 2002, n. 3367
- Corte di Cassazione, 7 marzo 2002, n. 3368
- Corte di Cassazione, 7 marzo 2002, n. 3369
- Corte di Cassazione, 26 marzo 2002, n. 4319
- Corte di Cassazione, 25 maggio 2002, n. 7689
- Corte di Cassazione, 25 luglio 2002, n. 10925
- Corte di Cassazione, 6 dicembre 2002, n. 17373
- Corte di Cassazione 28 luglio 2006, n. 17206
- Corte di Cassazione, 9 aprile 2010, n. 8488
- Corte di Cassazione 7 ottobre 2011, n. 20597

- Corte di Cassazione, 17 gennaio 2014, n. 1811
- Corte Suprema di Norvegia, 2 dicembre 2011, n. HR-2011-02245-A
- Consiglio di Stato francese, 31 marzo 2010, n. 304715
- Commissione Tributaria Centrale, 1 febbraio 2001, n. 765
- Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, 31 marzo 2011, n. 37
- Bundesgerichtshof, II, 30 ottobre 1996, causa n. 12/92
- FG Baden- Württemberg, 11 maggio 1992, 3 K 309/91
- FG Baden-Württemberg, 7 novembre 1996, 3 K 54/93

Quando si giunge al termine di un viaggio come questo credo corra l'obbligo di voltarsi indietro, non tanto per scrutare le cime attraversate, quanto per spingere lo sguardo al valico iniziale, non per trarre soddisfazione dalla lunghezza del tragitto percorso, ma per gustare con immacolata onestà intellettuale l'idea di essersi spinto avanti.

Tributo la mia famiglia, per avermi sorretto nel viaggio, specialmente nelle tappe in cui il fiato si affievoliva.

Ma un doveroso tributo intendo destinarlo ai miei maestri, Professori Claudio Sacchetto e Marco Barassi, che attraverso la passione verso la materia hanno dimostrato di voler levigare la pietra ancora grezza.

Dirimenti poi gli altri affetti, Alessio, Antonino, Carlo, Francesco, Giuseppe, Jacopo, Paolo e Vittorio, cui sono cosciente di essere irrevocabilmente legato dalla passione per tutti gli ambiti e gli intorni che la vita ci offre, dall'amicizia, al lavoro, dallo studio, al gioco.

Infine, tutti coloro con cui lavoro nello Studio Chiomenti.

Sotto questo cielo, tutti insieme

Grazie,

Milano, 21 aprile 2016

Luca Di Nunzio