



## La stabile organizzazione nelle disposizioni interne e convenzionali e nella sentenza della Corte di Cassazione n. 20597/2011

di Piergiorgio Valente

---

Secondo la Corte di Cassazione nella sentenza n. 20597/2011, l'organizzazione produttiva, in Italia, di una società estera articolata in molteplici sedi formalmente distinte, ma economicamente integrate in una struttura unitaria - strumentale al raggiungimento dello scopo commerciale della casa-madre non residente - non preclude la contestazione della sussistenza di una stabile organizzazione.

---

### 1. Premessa

Il concetto di "stabile organizzazione" è pressoché universalmente accolto quale presupposto per l'imposizione di un'attività economica svolta da un soggetto in un Paese diverso da quello di residenza della casa-madre. L'importanza attribuita all'individuazione della sussistenza di una stabile organizzazione scaturisce dalla necessità di ogni Stato di determinare i criteri su cui fondare l'esercizio della **potestà impositiva** sul reddito d'impresa conseguito da un **soggetto non residente** nel territorio dello Stato.

Si delineano di seguito:

- la disciplina interna italiana e convenzionale della stabile organizzazione;
- le considerazioni della Suprema Corte in tema di stabile organizzazione italiana di società sammarinese.

### 2. La stabile organizzazione nel Tuir e nel Modello OCSE

L'art. 162 del Tuir definisce stabile organizzazione una **sede fissa di affari** per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato.

La definizione proposta riflette la nozione convenzionale di "stabile organizzazione" ed include anche l'articolazione esemplificativa delle *positive e negative lists*.

La definizione domestica di "stabile organizzazione" ha un impatto pratico limitato, trovando applicazione soltanto nei confronti dei **soggetti residenti in Stati** con i quali l'Italia **non ha ancora stipulato una convenzione contro le doppie imposizioni**, nonché nei confronti dei soggetti residenti in Italia (ovviamente nel caso in cui risulti più favorevole rispetto all'eventuale disposizione convenzionale).

Essa non dovrebbe pertanto incidere sull'applicazione delle disposizioni convenzionali contenute nei trattati contro le doppie imposizioni, a meno che la norma di diritto interno non sia più favorevole al contribuente.

La nozione in commento comprende, in particolare, una sede di direzione<sup>1</sup>, una succursale<sup>2</sup>, un

---

<sup>1</sup> Il paragrafo 2 dell'art. 5 del Modello OCSE riporta l'espressione "*place of management*". La menzione separata dei due termini (sede di direzione e ufficio) era già contenuta nel Modello OCSE 1963 ed è altresì riportata nel Modello ONU 1980 e nel Modello USA 1981.

ufficio<sup>3</sup>, un'officina, un laboratorio<sup>4</sup>, una miniera, una cava o un altro luogo di estrazione di risorse naturali<sup>5</sup>, un cantiere di costruzione o di montaggio, la cui durata oltrepassi i tre mesi.

L'analisi focalizzata sulla presenza di una stabile organizzazione in un dato Paese deve tendere a verificare:

- in primo luogo, la presenza di una stabile organizzazione materiale, per effetto del soddisfacimento dei requisiti previsti dalla c.d. "**basic rule**";
- in secondo luogo ed in assenza di una stabile organizzazione materiale, la presenza di una stabile organizzazione rappresentata da un cantiere, c.d. "**construction clause**";
- in terzo luogo e in assenza di una stabile organizzazione materiale e di un cantiere, la presenza di una stabile organizzazione personale, c.d. "**agent clause**".

### 2.1. La stabile organizzazione materiale

Ai fini dell'identificazione di una stabile organizzazione materiale, è necessario che i seguenti criteri siano soddisfatti:

- sede di affari;
- fissità della struttura;
- diritto all'uso della sede di affari;
- svolgimento dell'attività economica;

<sup>2</sup> L'art. 5, paragrafo 2, lettera b), del Modello OCSE riporta il termine "*branch*".

<sup>3</sup> Il paragrafo 2 dell'art. 5 del Modello OCSE menziona separatamente i termini ufficio, sede di direzione e succursale, in quanto, in alcune legislazioni, un ufficio non è di per sé considerato come una succursale. Nell'ordinamento italiano si può ritenere, invece, che un ufficio rientri nel significato comunemente attribuibile alla succursale.

<sup>4</sup> Per laboratorio si intende un locale attrezzato per svolgere attività sperimentali, tecniche o produttive o per eseguire ricerche scientifiche; talvolta può essere annesso ad un negozio di vendita.

<sup>5</sup> Si segnala che, in sede OCSE, non è stato possibile pervenire ad una comune definizione per la qualificazione del reddito derivante dall'attività esplorativa, nonché per l'attribuzione del diritto a tassare tale reddito, sicché gli Stati contraenti possono accordarsi per inserire specifiche disposizioni nelle convenzioni bilaterali. Per quanto riguarda l'Italia, nessuna delle convenzioni stipulate dal nostro Paese prevede disposizioni specifiche sul punto. In assenza di disposizioni particolari previste dai trattati, ma in presenza di un reddito derivante da tali attività, la verifica dell'esistenza o meno di una stabile organizzazione deve essere effettuata sulla base delle regole generali previste dal paragrafo 1 dell'art. 5 del Modello OCSE ("sede fissa d'affari in cui l'impresa esercita in tutto in parte la sua attività"), come suggerito dal paragrafo 15 del Commentario OCSE. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2008, pagg. 231 e seguenti.

- il criterio temporale<sup>6</sup>.

### La "sede di affari"

Il criterio della sede di affari prevede la verifica della presenza di una sede di affari, intesa in senso fisico, utile e strumentale allo svolgimento dell'attività economica. Essa sussiste in presenza (a qualsiasi titolo) di locali, immobili o macchinari, impianti e attrezzature varie per lo svolgimento dell'attività d'impresa<sup>7</sup>. Una sede di affari è configurabile anche nel caso in cui non vi siano locali a disposizione per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale, ma l'impresa disponga solamente di un certo spazio<sup>8</sup>.

Tale requisito è soddisfatto qualora la sede sia **a disposizione dell'impresa estera** ("*power of disposition test*" o "*right of use test*"), mentre non rileva il titolo in base al quale l'impresa ne abbia la disponibilità. Conseguentemente, una stabile organizzazione può configurarsi anche qualora la sede di affari non sia di proprietà dell'impresa, né sia dalla stessa detenuta in base a un contratto di locazione (principio della "prevalenza della sostanza sulla forma")<sup>9</sup>.

Con riferimento al *power of disposition test*, si sottolinea che il diritto ad utilizzare una determinata sede non richiede la sussistenza di alcun titolo legale formale: è sufficiente la mera circostanza fattuale della disposizione, da parte di un'impresa, **di un certo spazio nel quale svolgere la propria attività**<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Per approfondimenti sulla stabile organizzazione nella normativa interna e convenzionale cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, IPSOA, 2011, pagg. 877 e seguenti. Per approfondimenti sulla stabile organizzazione nel Modello OCSE e, in particolare, sulle modifiche all'art. 5 apportate dalla versione 2008, cfr. P. Valente, *Modifiche agli artt. 1-5 del modello e al Commentario*, in "*il fisco*" n. 32/2008, pagg. 5782 e seguenti.

<sup>7</sup> Cfr. il paragrafo 2 del Commentario al paragrafo 1 dell'art. 5 del Modello OCSE.

<sup>8</sup> Il Commentario OCSE precisa che una sede di affari può essere rappresentata da uno spazio in un mercato ovvero da aree impiegate dall'impresa in via permanente in un deposito doganale o, ancora, nella sede di un'altra impresa.

<sup>9</sup> Cfr. il Commentario OCSE, *sub.* art. 5, paragrafo 4.

<sup>10</sup> Il paragrafo 4.1 del Commentario OCSE chiarisce che il semplice fatto che un'impresa abbia un determinato spazio a propria disposizione e lo utilizzi per le sue attività d'impresa è sufficiente per l'individuazione di una sede di affari. Non risulta, perciò, indispensabile alcun titolo giuridico formale per l'utilizzazione di tale spazio. In via esemplificativa, una stabile organizzazione potrebbe configurarsi qualora un'impresa occupi abusivamente un determinato luogo per lo svolgimento della sua attività industriale o commerciale. Cfr. sul punto, P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, pag. 229.

**La “fissità” della sede di affari**

La caratteristica della fissità della sede di affari va considerata con riferimento sia all'elemento temporale sia all'elemento spaziale<sup>11</sup>.

Con riferimento al requisito della fissità dal punto di vista **temporale**, è necessaria la sussistenza di un elemento soggettivo (la **volontà di costituire una sede permanente**, indipendentemente dall'effettiva durata della stessa) oppure di un elemento oggettivo (l'**effettiva permanenza**). Nel caso in cui l'impresa di uno Stato contraente operi nell'altro Stato, ma non in un posto determinato, la durata dell'attività non rileva; ciò non implica, tuttavia, che l'attrezzatura, che costituisce la sede di affari, debba risultare fissa al suolo sul quale poggia, essendo sufficiente la permanenza della stessa in un determinato luogo. Infatti, proprio sul concetto di permanenza in un determinato luogo si fonda la considerazione della natura non temporanea di una sede di affari<sup>12</sup>.

Una stabile organizzazione si configura anche quando una sede di affari esiste solo per un **periodo di tempo limitato**, purché la natura dell'attività sia tale che il suo stesso compimento richieda un limitato periodo di tempo. Tale regola non si applica nei casi in cui:

- l'attività abbia natura ricorrente; in tale ipotesi, la fissità della sede di affari deve essere valutata considerando la frequenza (anche nel corso di più anni) con cui la sede viene utilizzata<sup>13</sup>;
- l'attività sia svolta esclusivamente in un Paese; in tal caso la connessione con il territorio rileva nonostante il compimento dell'attività richieda, per sua natura, soltanto un breve periodo di tempo<sup>14</sup>;

<sup>11</sup> Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 230 e seguenti.

<sup>12</sup> Qualora la sede di affari sia costituita per uno scopo non qualificabile come temporaneo, la stessa può essere considerata stabile organizzazione, anche se, di fatto, è esistita per un limitato periodo di tempo, a causa della particolare natura dell'attività o di particolari vicende del contribuente (ad esempio, la morte dello stesso) o dell'attività (ad esempio, fallimento o cattiva gestione dell'impresa). Se una sede di affari, sorta allo scopo di svolgere un'attività di carattere temporaneo, viene mantenuta per un periodo tale da non poter essere considerato transitorio, la stessa diverrà sede fissa e, conseguentemente, stabile organizzazione *ab origine*.

<sup>13</sup> Cfr. il Commentario OCSE, *sub art. 5*, paragrafo 6. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 233 e seguenti.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

- una sede di affari sia utilizzata per brevi periodi di tempo e per lo svolgimento di attività similari da parte dello stesso soggetto o da parti correlate, al fine di evitare che la sede non ecceda il carattere puramente temporaneo relativamente a ciascuna attività<sup>15</sup>.

Con riguardo al requisito della fissità dal punto di vista **spaziale**, si deve ritenere che sussista un'unica sede di affari allorquando, alla luce dell'attività svolta dall'impresa, sia identificabile un determinato spazio che possa considerarsi **unico**, sia sotto il profilo geografico che da un punto di vista economico/funzionale, malgrado l'attività di affari venga svolta in più luoghi.

**Il diritto all'uso della sede di affari**

Presuppone la proprietà, l'affitto o altro diritto ad utilizzare la sede di affari. È sufficiente che l'impresa abbia a disposizione uno spazio che utilizza per lo svolgimento della propria attività economica, indipendentemente dal fatto che lo occupi legalmente o illegalmente<sup>16</sup>.

La locazione dei beni aziendali può costituire stabile organizzazione solo in presenza di determinate circostanze, quali la presenza del locatore nello Stato del locatario con una sede fissa di affari e la capacità del primo di influenzare costantemente il secondo sulle modalità di utilizzo dei suddetti beni, comportando di conseguenza una limitazione al diritto di utilizzo da parte di quest'ultimo<sup>17</sup>.

**Lo svolgimento dell'attività economica**

L'esercizio dell'attività imprenditoriale richiede il contestuale soddisfacimento dei seguenti requisiti:

- la qualificazione dell'attività svolta dalla sede di affari come attività economica, secondo quanto previsto dall'ordinamento dello Stato ospitante;
- la qualificazione di attività economica ai sensi del trattato bilaterale applicabile;

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Il paragrafo 4.1 del Commentario all'art. 5 prevede che il semplice fatto che un'impresa abbia un determinato spazio a propria disposizione e lo utilizzi per le sue attività d'impresa è sufficiente per l'individuazione di una sede di affari. Non risulta, perciò, indispensabile alcun titolo giuridico formale per l'utilizzazione di tale spazio. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 231 e seguenti.

<sup>17</sup> Negli accordi di *franchising*, per esempio, dove l'affiliante obbliga l'affiliato ad adottare la propria identità commerciale e ad accettare l'attività di formazione e di assistenza, l'affiliante esercita un'influenza significativa sull'affiliato.

- la natura dell'attività svolta per il tramite della sede di affari deve potersi qualificare come essenziale e significativa rispetto all'attività commerciale<sup>18</sup> svolta dall'impresa nel suo insieme;
- il collegamento diretto dell'attività svolta nello Stato con la sede di affari (la stessa deve essere svolta per il tramite della sede di affari)<sup>19</sup>.

Rientrano nelle attività essenziali e significative la gestione, lo sfruttamento delle risorse naturali, la produzione e le vendite<sup>20</sup>.

### Il criterio temporale

Il criterio temporale è strettamente legato alla permanenza dello svolgimento di un'attività economica rilevante per il tramite di una sede di affari. Si fa riferimento alla durata del diritto di utilizzo della sede di affari in un **arco di tempo esteso**, senza richiedere che lo stesso sia ininterrotto<sup>21</sup>.

Il criterio temporale può essere soddisfatto *a priori* per scelta specifica e volontaria dell'impresa estera che desidera costituire una stabile organizzazione, a prescindere dal successivo verificarsi del requisito previsto dal trattato bilaterale. In ogni caso, la stabile organizzazione permane per effetto della specifica volontà espressa dall'impresa estera. Nella maggior parte dei casi, invece, non vi è alcuna volontà da parte dell'impresa estera di costituire una stabile organizzazione nello Stato e il soddisfacimento del criterio temporale viene individuato sulla base di si-

<sup>18</sup> Il paragrafo 24 del Commentario all'art. 5 prevede che potrebbe risultare difficile distinguere le attività dal carattere preparatorio o ausiliario dalle attività che non hanno tale carattere. Il criterio decisivo consiste nell'analizzare se le attività svolte dalla sede fissa di affari costituiscono, per se stesse, parte essenziale e significativa dell'attività dell'impresa considerata unitariamente. La valutazione deve essere effettuata caso per caso.

<sup>19</sup> All'espressione "per mezzo della quale" deve attribuirsi un significato molto ampio al fine di consentirne l'applicazione a ogni situazione in cui le attività d'impresa sono esercitate in un determinato luogo a disposizione dell'impresa a tal fine. Così, in via esemplificativa, un'impresa che svolge attività di pavimentazione di una strada sarà considerata come esercente la sua attività "per mezzo" del luogo in cui l'attività è svolta. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 235 e seguenti.

<sup>20</sup> Incluse la sollecitazione e la negoziazione delle vendite.

<sup>21</sup> Il Commentario al paragrafo 6.3 prevede specificamente che interruzioni periodiche o stagionali di attività economiche svolte in uno Stato da parte di un soggetto residente in un altro Stato soddisfano il requisito temporale quando complessivamente viene superato il limite temporale individuato nel trattato bilaterale concluso tra due Stati.

tuazioni oggettive dipendenti dai vari accadimenti verificatisi durante lo svolgimento dell'attività economica svolta nello Stato residente<sup>22</sup>.

Il Modello OCSE individua, al paragrafo 3 dell'art. 5, un **limite temporale standard di dodici mesi**. Ai fini del calcolo, si prende in considerazione come termine iniziale il giorno a partire dal quale la sede di affari è a disposizione dell'impresa estera per lo svolgimento della propria attività economica, sia essa ausiliaria e preparatoria o significativa e rilevante, senza tener conto del tempo necessario per l'insediamento della sede fissa di affari.

Quale termine finale, si considera il giorno in cui l'entità estera:

- non svolge più l'attività economica<sup>23</sup> per la quale la stabile organizzazione è stata costituita;
- affitta la sede di affari a terzi<sup>24</sup>;
- perde il diritto di utilizzare la sede di affari per i propri scopi economici.

### 2.2. I casi di esclusione

Le attività indicate nella c.d. "*negative list*" di cui al comma 4 dell'art. 162 del Tuir non costituiscono stabile organizzazione neppure in presenza di una sede fissa di affari di cui al comma 2, in quanto i servizi svolti per il tramite della sede di affari sono economicamente "distanti" (*i.e.*, hanno **carattere meramente preparatorio o ausiliario**) dalla fase in cui si formano i profitti dell'impresa<sup>25</sup>. Tale lista non deve essere considerata esaustiva.

<sup>22</sup> Il paragrafo 6.3 del Commentario all'art. 5 prevede che nel caso in cui una sede di affari che originariamente avrebbe dovuto essere utilizzata per un breve periodo di tempo e che quindi non avrebbe costituito una stabile organizzazione sia in realtà stata mantenuta per un periodo tale da non poter essere più considerata temporanea, diviene una sede fissa di affari e quindi una stabile organizzazione.

<sup>23</sup> Il paragrafo 11 del Commentario all'art. 5 precisa che la stabile organizzazione cessa di esistere con la alienazione della sede fissa di affari o con la cessazione di tutte le attività esercitate per il suo tramite, vale a dire quando tutte le operazioni connesse alle attività esercitate in precedenza dalla stabile organizzazione siano terminate.

<sup>24</sup> Se la sede fissa di affari viene concessa in locazione ad altra impresa, generalmente è strumentale esclusivamente alle attività di detta impresa e non a quelle del locatore; di regola, la stabile organizzazione del locatore cesserà di esistere ad eccezione del caso in cui essa continui ad esercitare attività commerciali o industriali proprie per il tramite della sede fissa di affari (paragrafo 11 del Commentario all'art. 5).

<sup>25</sup> Il paragrafo 23 del Commentario all'art. 5 prevede che sebbene tale sede di affari può effettivamente contribuire

Al fine di stabilire il carattere meramente preparatorio o ausiliario dell'attività, è necessario valutare se l'attività costituisce **parte essenziale o significativa** dell'attività dell'impresa nel suo complesso<sup>26</sup>. Si tratta di una valutazione che tiene conto sia di un aspetto qualitativo, attinente alla natura dell'attività svolta, sia di un elemento di carattere quantitativo, relativo all'importanza dell'attività rispetto a quella dell'impresa nel suo complesso.

Il Modello OCSE esclude che la combinazione di attività preparatorie ed ausiliarie possa costituire, di per sé, stabile organizzazione<sup>27</sup>.

### 2.3. La stabile organizzazione personale

L'art. 162 del Tuir recepisce la distinzione tra stabile organizzazione **“materiale”** e **“personale”**, prevedendo (nei commi 6 e 7 dell'art. 162) l'*agent clause* e disciplinando, ai fini della configurabilità o meno di una sede fissa di affari, il ruolo degli agenti dipendenti ed indipendenti.

L'*agent clause* è contenuta nei paragrafi 5 e 6 dell'art. 5 del Modello OCSE, i quali distinguono, in particolare, tra agenti dipendenti e agenti indipendenti<sup>28</sup>.

#### Agenti “dipendenti”

La presenza di un agente dipendente costituisce stabile organizzazione se:

- l'agente **opera per conto** dell'impresa estera. L'agente può essere una persona fisica ovvero una persona giuridica;
- l'agente dispone di **poteri** che gli permettono di **concludere**, nello Stato estero, **contratti in nome dell'impresa** e di cui ne faccia abitualmente uso. Il potere di concludere con-

alla produttività dell'impresa, tuttavia, i servizi da essa forniti sono così “remoti” rispetto all'effettiva realizzazione degli utili che risulta difficile attribuire una parte qualsiasi degli utili a tale sede fissa di affari. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 235 e seguenti.

<sup>26</sup> Cfr. il paragrafo 24 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE.

<sup>27</sup> A tal riguardo va evidenziato come nessuna delle convenzioni stipulate dall'Italia riproduca la lettera f) del paragrafo 4 del Modello OCSE, la quale esclude, a determinate condizioni, la configurazione di una stabile organizzazione nell'ipotesi di esercizio combinato delle attività elencate nella *negative list*.

<sup>28</sup> Il paragrafo 32 del Commentario OCSE precisa che le persone le cui attività possono costituire stabile organizzazione dell'impresa sono i c.d. “agenti dipendenti” e cioè persone, lavoratori dipendenti o non, diverse dagli agenti indipendenti previsti al paragrafo 6 dell'art. 5.

tratti deve riguardare l'attività propria dell'impresa<sup>29</sup>; è irrilevante, infatti, che l'agente abbia il potere di assumere dipendenti per l'impresa al fine di garantirsi un supporto nello svolgimento dell'attività, ovvero che sia autorizzato a stipulare, in nome dell'impresa, contratti riguardanti esclusivamente operazioni interne. Inoltre, il potere di concludere contratti deve essere esercitato in modo continuativo nell'altro Stato; quest'ultima circostanza deve essere valutata sulla base delle condizioni fattuali e della realtà commerciale propria dell'impresa. L'agente, il quale dispone del potere di negoziare gli elementi e i dettagli di un contratto in modo vincolante per l'impresa, può ritenersi di aver esercitato siffatto potere “in tale Stato”, anche nel caso in cui il contratto sia firmato da un'altra persona nello Stato in cui l'impresa è situata<sup>30</sup>. L'autorità di concludere contratti deve essere **inerente** all'attività commerciale propria dell'impresa. La medesima autorità esercitata per l'acquisto di materiale o di beni per l'impresa o per l'assunzione di dipendenti non rientra nell'ambito della nozione di “stabile organizzazione personale”;

- l'agente svolge **attività diverse** da quelle rientranti tra le ipotesi di esclusione di cui al comma 4 dell'art. 162 del Tuir.

Rispetto alla previsione dell'art. 5 del Modello OCSE, il disposto del comma 6 dell'art. 162 del Tuir **esclude** i contratti conclusi dall'agente per l'**acquisto di beni**. Sarebbe pertanto che l'utilizzo in Italia di mandatari con rappresentanza *ex art.* 1704 del codice civile o di agenti con poteri di rappresentanza *ex art.* 1745 del codice civile integri, in virtù del potere di rappresentanza ad essi conferito, la presenza di una

<sup>29</sup> Cfr. il paragrafo 33 del Commentario OCSE. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 238 e seguenti.

<sup>30</sup> Con l'espressione “in modo vincolante”, si intende la sostanziale, e non formale, capacità dell'agente di negoziare con il cliente tutte le parti del contratto senza lasciare all'impresa estera alcun ruolo attivo di rilievo e la capacità di sottrarsi agli accordi presi. Risulta, quindi, irrilevante la circostanza che, da un mero punto di vista formale, il contratto venga negoziato dall'agente e poi sia ufficialmente firmato presso gli uffici esteri dell'impresa. È buona prassi verificare se, lungo un congruo periodo temporale, l'impresa estera ha sempre pedissequamente accettato tutte le proposte formulate dall'agente o se, talvolta, siano state rifiutate o modificate. Nel primo caso sarà più facile argomentare circa la capacità dell'agente di vincolare l'impresa estera, mentre nella seconda ipotesi sarà plausibile dimostrare che l'agente opera nell'ambito del proprio mandato e non vincola il proponente.

stabile organizzazione del soggetto non residente.

### Agenti “indipendenti”

Ai sensi del comma 7 dell'art. 162 del Tuir, non si può ritenere che un'impresa di uno Stato abbia una stabile organizzazione nell'altro Stato, quando esercita in tale Stato la propria attività mediante un mediatore, un commissionario generale o ogni altro intermediario con *status* indipendente, a condizione che tali persone agiscano nell'ambito della **loro ordinaria attività**. In relazione allo *status* di indipendenza, il Commentario al Modello OCSE individua alcuni criteri di riferimento:

- l'indipendenza **giuridica ed economica**<sup>31</sup>;
- la natura e l'estensione degli obblighi cui deve sottostare l'agente, nonché le istruzioni impartite e il **controllo** esercitato dall'impresa<sup>32</sup>;
- il **rischio imprenditoriale**, il quale deve incombere sull'agente e non sull'impresa. La condizione dello *status* indipendente è condizione necessaria, ma non sufficiente alla non configurabilità della stabile organizzazione. Infatti, un agente indipendente può rientrare nella definizione generale di stabile organizzazione, quale sede fissa di affari in cui l'impresa esercita la sua attività, ma potrebbe non rispettare il requisito dell'esercizio di un'attività ordinaria<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Per quanto attiene all'indipendenza giuridica dell'agente, il Commentario OCSE precisa che il controllo che una società esercita su una sua consociata in quanto azionista non assume rilevanza, sebbene, come specificato al paragrafo 41, una controllata possa essere considerata un agente dipendente della sua controllante al verificarsi delle medesime condizioni poste in relazione a società non correlate (Commentario OCSE, *sub art.* 5, paragrafo 38.1).

<sup>32</sup> Un agente indipendente è tipicamente responsabile nei confronti del preponente per i risultati della sua attività, ma non è soggetto a controllo con riferimento alle modalità con cui l'attività viene svolta: non sarà, pertanto, soggetto a istruzioni dettagliate da parte del preponente in relazione alla gestione dell'attività. La circostanza che il preponente faccia affidamento sulle competenze e l'esperienza dell'agente è elemento che dimostra l'indipendenza di quest'ultimo.

Il riferimento alle “*detailed instructions*” va inteso avendo riguardo allo specifico contesto. Istruzioni o specifiche operative sono connaturate ad ogni prestazione di servizi e non sono, di per se stesse, sufficienti ad integrare il presupposto della dipendenza (cfr. il Commentario OCSE, *sub art.* 5, paragrafo 38.3).

<sup>33</sup> Cfr. il Commentario OCSE, *sub art.* 5, paragrafo 38. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, pagg. 239 e seguenti.

Un elemento che assume rilievo ai fini della valutazione dell'indipendenza dell'agente è il **numero di preponenti** che l'agente rappresenta. La circostanza che l'agente svolga la propria attività interamente o per lo più a favore di un unico preponente durante tutto il periodo in cui esercita la propria attività o per un significativo periodo di tempo potrebbe costituire un indizio di dipendenza economica. Tale elemento non è, tuttavia, di per sé determinante. Nel valutare l'indipendenza di un soggetto, devono, infatti, essere tenuti in considerazione tutti i fatti idonei a determinare se l'attività dell'agente sia autonoma, se rispetto ad essa l'agente assuma il rischio di impresa e riceva un compenso commisurato alle competenze ed all'esperienza prestatati per svolgere l'attività.

Va tuttavia rilevato che, quando un agente agisce per conto di più preponenti nell'ambito della propria ordinaria attività e nessuno di questi assume un ruolo predominante in relazione alle dimensioni della sua attività, la dipendenza giuridica può sussistere qualora i preponenti agiscano di **concerto** per controllare l'attività svolta dall'agente per loro conto<sup>34</sup>.

Affinché un agente si qualifichi come indipendente, deve operare nell'ambito della **propria ordinaria attività**.

Anche questa condizione è considerata necessaria, ma non sufficiente. Infatti, qualora non sia soddisfatta, si avrà, nello Stato di esercizio dell'attività, una stabile organizzazione dell'impresa preponente, a meno che la suddetta attività non possa essere fatta rientrare tra quelle indicate nel comma 4 dell'art. 162 (o del paragrafo 4, dell'art. 5 del Modello OCSE)<sup>35</sup>.

Secondo quanto previsto dal paragrafo 5 dell'art. 5, gli elementi che devono essere valutati ai fini della configurabilità di una stabile organizzazione personale sono i seguenti:

- **titolarità ed esercizio abituale dei poteri di rappresentanza**. La sussistenza dei poteri di rappresentanza deve essere valutata non so-

<sup>34</sup> Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, pagg. 234 e seguenti.

<sup>35</sup> Il paragrafo 37 del Commentario all'art. 5 precisa che un intermediario è ritenuto agire al di fuori della propria attività ordinaria, qualora eserciti in via abituale un'attività che attiene economicamente alla sfera dell'impresa, invece che alla propria. A titolo esemplificativo si menziona il caso del commissionario che non si limita a vendere beni dell'impresa ma che agisce, in qualità di agente dell'impresa stessa, nella stipula di contratti in via abituale. Tale fattispecie realizza, per il Commentario, un caso di stabile organizzazione.

lo sul piano formale, ma anche sul piano sostanziale. Un soggetto che è autorizzato a negoziare tutti gli elementi di un contratto in modo vincolante per l'impresa estera, ha il potere di concludere i contratti anche qualora questi siano formalmente conclusi da un altro soggetto dello Stato di residenza dell'impresa estera<sup>36</sup>;

- **il potere di concludere contratti deve essere esercitato in modo abituale.** Al fine di valutare la sussistenza di tale requisito, l'ampiezza e la frequenza con cui l'agente esercita il proprio potere deve essere analizzata in relazione alla natura dei contratti e all'atti-

vità del preponente. Si rileva che il potere di concludere contratti deve attenersi all'attività propria dell'impresa estera non rilevando, invece, il potere di concludere contratti relativi ad operazioni interne (ad esempio, l'assunzione di dipendenti).

#### **Raccomandatari e mediatori marittimi**

Il comma 8 dell'art. 162 del Tuir prevede una figura speciale di "agente indipendente": il "raccomandatario marittimo" o "mediatore marittimo".

Recita la norma:

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

Malgrado le affinità riscontrabili tra gli agenti indipendenti e i raccomandatari e mediatori marittimi, il regime del comma 8 rappresenta una **deroga** all'utilizzo di agenti indipendenti: non costituisce, infatti, stabile organizzazione l'esercizio dell'attività da parte dell'impresa per mezzo di un raccomandatario marittimo o di un mediatore marittimo che abbia "i poteri per la ge-

stione commerciale o operativa delle navi dell'impresa, anche in via continuativa".

#### **Imprese consociate**

Il comma 9 dell'art. 162 del Tuir riproduce una clausola presente in tutti i trattati del *network* convenzionale italiano:

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

In altri termini, l'appartenenza di imprese non residenti (con o senza stabile organizzazione in Italia) a gruppi d'impresе sulla base dell'esistenza di rapporti di consociazione (controllo o collegamento) non deve indurre a presumere che una qualsiasi delle imprese considerate costituisca stabile organizzazione delle altre.

**I rapporti di controllo** nell'ambito di un gruppo non alterano, pertanto, i criteri che devono

essere applicati al fine di verificare l'esistenza o meno di una stabile organizzazione. Ad esempio, come rilevato dal Commentario OCSE<sup>37</sup>, potrà sussistere una stabile organizzazione qualora la consociata non possa essere considerata "agente indipendente" ed eserciti abitualmente il potere di concludere contratti in nome della casa-madre.

Sul punto, si segnalano le sentenze della Corte di Cassazione sul c.d. "caso *Philip Morris*" (Cass. 7 marzo 2002, n. 3367 e 3368, 25 maggio 2002, n. 7682 e 25 luglio 2002, n. 10925)<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Il paragrafo 32.1 del Commentario all'art. 5 chiarisce che l'assenza di un coinvolgimento da parte del preponente nelle transazioni può essere indicativa della concessione all'agente dell'autorità di concludere contratti. Ad esempio, si può ritenere che l'agente disponga dell'autorità di concludere contratti qualora richieda e riceva gli ordini e li invii direttamente ad un magazzino dal quale i beni sono consegnati, ovvero laddove l'impresa estera approvi abitualmente le transazioni. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 239 e seguenti.

<sup>37</sup> Paragrafo 40 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE.

<sup>38</sup> Tutte in banca dati "fiscoonline". Per approfondimenti si rimanda a P. Valente-G. Valente, *Stabile organizzazione: profili di criticità per i gruppi multinazionali derivanti dalla lettura delle sentenze della Cassazione sul caso Philip Morris*, in "Rassegna di fiscalità internazionale" n. 5/2002, pagg. 437 e seguenti; P. Valente, *Convenzioni in-*

In particolare, la Suprema Corte fornisce indicazioni operative in merito all'individuazione delle caratteristiche essenziali delle stabili organizzazioni c.d. "occulte" e delle stabili organizzazioni c.d. "plurime" di società non residenti facenti parte di gruppi multinazionali. Nel caso di specie, la Cassazione precisa che la qualificazione di stabile organizzazione sussiste qualora:

- un'impresa abbia legami "talmente penetranti" con la casa-madre da far diventare le società controllate, pur dotate di uno *status* di soggetti autonomi, "vere e proprie strutture di gestione dell'impresa esercitata da altre società";
- i rapporti di dipendenza o di compartecipazione siano tali da poter essere assimilati a quelli che intercorrono con un agente dipendente.

### 3. La stabile organizzazione secondo la sentenza della Corte di Cassazione n. 20597/2011

Nella sent. n. 20597, pronunciata in data 7 ottobre 2011<sup>39</sup> nei confronti di una società con sede legale in San Marino, la Suprema Corte di Cassazione statuisce il principio secondo cui l'**accertamento dei requisiti** di sussistenza di una stabile organizzazione deve essere condotto non solo sul piano formale, ma anche e soprattutto **sul piano sostanziale**.

#### 3.1. I fatti di causa

Nel caso esaminato nella sent. n. 20597/2011 – pronunciata tra il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Agenzia delle Entrate e una società con sede legale a San Marino – quest'ultima si avvale di molteplici società italiane per mettere a disposizione i propri servizi di formazione sul territorio italiano.

In particolare, gli studenti universitari che intendono avvalersi di un sistema di insegnamento breve ed efficace per la preparazione degli esami, possono recarsi in una delle sedi italiane della società di San Marino per sottoscrivere un contratto di servizi *standard* in cui non si rinvie alcun obbligo a carico delle società italiane, che si limitano invece ad impartire l'attività di insegnamento. Le società italiane non hanno altra funzione se non quella di recapito per la so-

cietà con sede a San Marino, vale a dire, di ufficio attraverso il quale gli studenti sottoscrivono il contratto e ricevono il materiale didattico. Esse rappresentano la promanazione della società sammarinese. Gli studenti, inoltre, non si recano a San Marino per ottenere il servizio di formazione. È la società sammarinese che, per mezzo di personale italiano ed unità locali situate in diverse città italiane, svolge attività di formazione. Parte contraente rispetto a ciascuno studente è la società sammarinese alla quale sono intestati i pagamenti.

L'Ufficio delle Entrate di Rimini contesta alla società sammarinese di aver costituito in Italia una stabile organizzazione articolata in n. 20 società e ditte individuali che commercializzano sul territorio italiano i prodotti formativi, accertando, in tal modo, ricavi non dichiarati ai fini Iva per gli anni 1994 e 1995, nonché redditi non dichiarati ai fini Irpeg e Ilor per l'anno 1994. La Commissione tributaria provinciale e la Commissione tributaria regionale respingono l'impugnazione della società sammarinese che presenta ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione.

Dinanzi alla Suprema Corte, la società ricorrente si difende ritenendo che la fattispecie di stabile organizzazione non può considerarsi sussistere, in quanto, con tale espressione, si designa una "sede fissa di affari" per mezzo della quale l'impresa non residente esercita l'attività sul territorio dello Stato. Nel caso della società sammarinese, invece, le imprese che operano in Italia sono molteplici, dotate ciascuna di stabile organizzazione autonoma e gli introiti sono costituiti dai proventi delle provvigioni fatturate alla casa-madre<sup>40</sup>. Inoltre, non c'è stabile organizzazione quando la casa-madre esercita l'attività di impresa attraverso un intermediario indipendente che agisca nell'ambito della propria attività.

Secondo la ricorrente, nel caso di specie non sarebbe stata accertata l'esistenza di "una sede d'affari indipendente" della società sammarinese, dal momento che le entità che operano in Italia sono "non una ma molteplici, dotate ciascuna di propria organizzazione autonoma ed operanti come agenti indipendenti i cui introiti non erano costituiti dai proventi dell'attività di assistenza didattica prestata (...), ma solo dalle provvigioni su vendite fatturate (...)".

*ternazionali contro le doppie imposizioni, op. cit.,* pagg. 246 e seguenti.

<sup>39</sup> In "il fisco" n. 41/2011, fascicolo n. 1, pag. 6689.

<sup>40</sup> Per approfondimenti in tema di attribuzione del reddito alla stabile organizzazione cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale, op. cit.*, pagg. 896 e seguenti; P. Valente, *Attribuzione del reddito alla stabile organizzazione Il Rapporto OCSE del 2010*, in "il fisco" n. 43/2010, fascicolo n. 1, pag. 7000.



### 3.2. La pronuncia

In via preliminare, si rileva che ai sensi dell'art. 162 del Tuir, l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia implica:

- l'individuazione di una sede fissa di affari, in senso tecnico (locali, materiali, attrezzature, eccetera);
- l'esercizio dell'attività da parte dell'impresa per mezzo di tale sede fissa di affari<sup>41</sup>.

Con particolare riferimento al caso in cui la società estera agisca in Italia attraverso **agenti mediatori**, elementi significativi ai fini dell'esistenza di una stabile organizzazione possono essere desunti:

- dalla **mancanza di effettivi controlli** sull'operato dell'agente e **di istruzioni** dettagliate da parte dell'impresa estera;
- dalla rilevanza specifica delle **qualità tecniche e professionali dell'agente**, che hanno

indotto il preponente ad avvalersi delle sue prestazioni;

- dal **numero complessivo di preponenti** rappresentati dall'agente.

A parere della Corte di Cassazione, l'organizzazione produttiva, in Italia, di una società estera articolata in molteplici sedi formalmente distinte, ma economicamente integrate in una struttura unitaria, strumentale al raggiungimento dello scopo commerciale in Italia della casa-madre non residente, non preclude la contestazione della sussistenza di una stabile organizzazione.

La Suprema Corte respinge le argomentazioni della ricorrente, rilevando che l'accertamento dei requisiti di sussistenza di una stabile organizzazione deve essere condotto non solo sul piano formale, ma anche e soprattutto sul piano sostanziale, come già ribadito in numerose pronunce<sup>42</sup>. In particolare, si ribadisce che:

“L'accertamento dei requisiti del centro di attività stabile, o stabile organizzazione, ivi compresi quello di dipendenza e quello di partecipazione alla conclusione di contratti – o alle sole trattative – in nome della società estera (...) deve essere condotto non solo sul piano formale ma anche – e soprattutto – su quello sostanziale 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 all'imputazione dei rapporti fiscali”.

Inoltre, secondo la Suprema Corte “va escluso che la struttura organizzativa debba essere di per sé produttiva di reddito, ovvero dotata di autonomia gestionale o contabile”.

Pertanto, nonostante l'articolazione formale dell'organizzazione in Italia della società estera, nella sostanza le diverse sedi costituiscono una **struttura economica unitaria, strumentale al raggiungimento dello scopo commerciale in Italia della casa-madre non residente** (sammarinese). L'indipendenza delle società italiane rispetto alla casa-madre non sussiste, dato che le società italiane altro non sono che organismi attraverso i quali la società estera mette a disposizione i propri servizi di insegnamento in Italia.

<sup>41</sup> La convenzione contro le doppie imposizioni Italia-San Marino è stata sottoscritta nel marzo 2002. Essa non è ancora entrata in vigore. Nel giugno 2009, è stato parafato, dalle rispettive delegazioni, il Protocollo di modifica alla convenzione. Le argomentazioni di cui alla sentenza della Corte di Cassazione n. 20597/2001 fanno pertanto riferimento alla nozione di stabile organizzazione prevista dalla legislazione italiana domestica.

Per approfondimenti sull'ordinamento sammarinese cfr. P. Valente-L. Beccari-C. Alagna, *Scambio di informazioni*

Infine, i giudici di legittimità rilevano che gli elementi oggettivi che inducono ad individuare nelle entità italiane la stabile organizzazione della società sammarinese attengono alle concrete modalità operative delle prime, quali **articolarzioni di un'unica struttura organizzativa** intesa alla realizzazione dello scopo commerciale della società sammarinese.

I “legami di natura soggettiva” (“idonei a corroborare un convincimento già sufficientemente motivato col richiamo delle caratteristiche oggettive della organizzazione”) sono individuabili

*in materia fiscale La nuova normativa di San Marino, in “il fisco” n. 32/2011, fascicolo n. 1, pag. 5187; P. Valente-L. Beccari-S. Mattia, La Proposta di Riforma Fiscale di San Marino. I principi direttivi e programmatici di natura tecnica, in “il fisco” n. 28/2011, fascicolo n. 1, pag. 4499; P. Valente-L. Beccari-S. Mattia, La Proposta di Riforma Fiscale di San Marino. L'analisi dei dati relativi ai contribuenti, in “il fisco” n. 27/2011, fascicolo n. 1, pag. 4340; P. Valente-L. Beccari-S. Mattia, La Proposta di Riforma Fiscale di San Marino L'evoluzione del binomio “trasparenza-competitività”, in “il fisco” n. 25/2011, fascicolo n. 1, pag. 3994.*

<sup>42</sup> Cfr., in particolare, le sentenze n. 10925 del 25 luglio 2002 e n. 6799 del 6 aprile 2004, entrambe in banca dati “fisconline”.

nei rapporti tra l'intestatario del marchio registrato del sistema didattico e il suo commercialista. La corrispondenza tra i due soggetti evidenzia chiaramente come fosse interesse dell'intestatario del suindicato marchio realizzare una struttura per la commercializzazione del servizio

di assistenza didattica che, grazie alle licenze cedute alla società sammarinese, avrebbe consentito di evitare l'assoggettamento a Iva dei corrispettivi pagati dagli studenti alla società medesima e la tassazione in Italia dei redditi ad essi relativi.