

# Stabile organizzazione occulta: nuovi strumenti per l'Erario o “molto rumore per nulla”?

L'impatto delle modifiche normative in materia di stabile organizzazione intervenute negli ultimi anni (a livello italiano e internazionale pattizio) sui modelli di business dei gruppi multinazionali



**Daniele Conti**

Avvocato in Roma,  
Tax Controversy and Dispute Resolution,  
PwC TLS Avvocati e Commercialisti

Risulta oggi particolarmente difficile stabilire quando lo svolgimento di un'attività economica in un territorio diverso da quello di residenza sia idoneo a generare una presenza tassabile localmente (tramite la cd. stabile organizzazione), in particolare nel caso in cui l'impresa estera non presenti alcun grado di “fissità” o “materialità” sul territorio, anche (ma non soltanto) grazie ai potenti mezzi del commercio elettronico e, più in generale, dell'economia digitale. Invero, le risposte approntate nell'ultimo triennio rispettivamente dall'OCSE (nell'ambito del trattato multilaterale, noto come Multilateral Instrument o MLI, finalizzato alla modifica simultanea di tutte le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni oggi in essere) e dallo stesso legislatore italiano presentano numerosi punti in comune e hanno posto le basi per una complessiva revisione della nozione di stabile organizzazione. Tuttavia, lo scarso coordinamento fra tali approcci raffigura un quadro normativo proliferato disordinatamente, di dubbia efficacia e sicuramente carente di uniformità applicativa. Occorre, perciò, domandarsi quali strumenti di accertamento ed imposizione restino effettivamente nelle mani dell'Erario italiano, anche alla luce della prassi risultante dalle verifiche fiscali condotte recentemente nei confronti di gruppi multinazionali.

<b>I. Introduzione: l'evoluzione dei modelli di business intorno ad esigenze di efficienza e l'avvento della digital economy .....</b>	<b>337</b>
<b>II. La nuova nozione di stabile organizzazione .....</b>	<b>338</b>
A. La generalizzazione del carattere di attività preparatorie e ausiliarie .....	338
B. L'anti-fragmentation rule.....	339
C. La ridefinizione della figura del commissionario e il caso dell'agente monomandatario .....	339
D. Il tentativo di catturare la cd. “stabile organizzazione virtuale” .....	340
<b>III. “Molto rumore per nulla”? .....</b>	<b>340</b>
A. L'impatto della modificata nozione di stabile organizzazione nella rilevazione delle violazioni tributarie.....	340

B. L'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione occulta nelle verifiche tributarie .....	342
C. Profili applicativi: la casistica dei rapporti transfrontalieri tra imprese venditrici e service provider appartenenti allo stesso gruppo .....	343
D. L'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione virtuale.....	344
E. Cenni alla procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata.....	344
<b>IV. Ulteriori considerazioni e riflessioni conclusive: prospettive e limiti dell'interpretazione evolutiva delle convenzioni contro la doppia imposizione .....</b>	<b>345</b>

## I. Introduzione: l'evoluzione dei modelli di business intorno ad esigenze di efficienza e l'avvento della digital economy

L'odierna esigenza dei gruppi multinazionali può riassumersi nell'unica direttiva dell'efficienza. Non può naturalmente nascondersi che l'efficienza viene misurata con un semplice raffronto tra costi e benefici – segnatamente in termini di profitti e di utili – e nella mente di qualsiasi imprenditore la fiscalità rappresenta un “costo” della propria attività economica. È per questa ragione che anche la stessa efficienza fiscale costituisce un elemento di indubbia rilevanza per i gruppi multinazionali, compartecipando alla *ratio* di quelle scelte, anche di natura riorganizzativa, che quotidianamente coinvolgono *manager* e professionisti del settore.

Esemplificando: sovente si osserva uno spoglio delle realtà produttive delocalizzate, aderendo i gruppi sempre più spesso all'impostazione accentrata di *supply chain*[1], solitamente accompagnata dalla concentrazione in un solo soggetto del gruppo della funzione di ricerca e sviluppo ovvero della titolarità di *intangible assets* (quali *brand*, brevetti, ecc.)[2], senza tralasciare la rete di convenzioni contro le doppie imposizioni sul reddito

[1] Cfr. GIACOMO ALBANO, Nuovi modelli di business delle imprese multinazionali e stabile organizzazione occulta, in: Corriere Tributario, n. 6/2017, p. 467 ss.

[2] Cfr. ASSONIME, Note e studi n. 17/2016, 22 novembre 2016, p. 56 ss.

e sulla sostanza (CDI) concluse dai vari Stati e, per l'effetto, il complessivo livello di tassazione delle eventuali licenze infra-gruppo. Ciò fermo restando che tutti gli ordinamenti fiscali sono muniti di una specifica disciplina e di un'evoluta prassi in materia dei prezzi di trasferimento, oltretutto contraddistinta (già da tempo) da una certa omogeneità normativa e applicativa (con salvezza degli inevitabili distinguo interpretativi propugnati dalle singole amministrazioni finanziarie).

Conseguentemente, la locale controllata vede assottigliarsi le proprie funzioni (incrementandosi corrispondentemente, osserverebbero i verificatori, direttive e *policy* operative provenienti dalla capogruppo); si consideri, inoltre, che altrettanto spesso il ridimensionamento può involgere l'esteriorità dello stesso *business*, comportando persino la trasformazione delle locali filiali in uffici di rappresentanza oppure l'assorbimento diretto della gestione *day-by-day* di servizi offerti alla clientela italiana da parte di uffici situati in altri Paesi, secondo assegnazioni e ripartizioni per *cluster* territoriali.

Riassumendo, in alcuni casi il "costo fiscale" diviene particolarmente sveniente per l'impresa e lo spostamento di funzioni (e, quindi, di base imponibile) in Paesi a fiscalità mitigata appare un'esigenza primaria per un *business* efficiente.

Tuttavia, la delocalizzazione dei redditi non può trasformarsi in un fenomeno artificioso ed è intorno a questa tematica che ruotano sia l'attività di verifica connessa all'attuazione dei tributi (condotta *sua sponte* dall'Agenzia delle Entrate<sup>[3]</sup> o dalla Guardia di Finanza ovvero, come spesso accade, nel contesto di procedimenti penali già in corso e indagini preliminari avviate da parte della magistratura inquirente) sia le innovazioni normative (domestiche e internazionali) sospinte dagli studi condotti dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) nell'ambito del progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS).

Una decisa accelerazione su quest'ultimo fronte è provenuta dalla constatazione della crescita esponenziale di modelli di *business* che sfruttano i potenti mezzi della tecnologia e talora comportando il parallelo sviluppo di cataloghi di servizi digitali forniti da imprese già presenti sul mercato, laddove in altre circostanze la *digital economy* ha favorito la comparsa (su scala globale) di operatori e tipologie di servizi di assoluta novità, con approcci imprenditoriali del tutto peculiari.

## II. La nuova nozione di stabile organizzazione

Proprio l'esigenza di opporre rimedi concreti al rischio di obsolescenza della nozione di stabile organizzazione ha innescato una proliferazione di interventi normativi multilivello:

- una parte della convenzione multilaterale, il *Multilateral Instrument* (MLI), concepita in ambito OCSE come precipitato dagli accennati studi BEPS e finalizzata a modificare

[3] Cfr. Circolare del 28 aprile 2016, n. 16/E, in cui è demandata l'effettuazione di controlli sulle "ipotesi maggiormente significative di manipolazione dei prezzi di trasferimento e, in particolare modo, su quelle che portano alla delocalizzazione dei redditi imponibili in Stati e territori che applicano un regime impositivo più favorevole".

ciascuna CDI esistente in base alla risonanza tra le posizioni assunte da ogni Stato contraente;

- due proposte di direttiva in ambito di Unione europea (UE), tese ad approntare una soluzione urgente (di "breve periodo") per alcune tipologie di operazioni *online* e una risposta più meditata al fenomeno descritto, riportando la tematica nell'alveo della più ampia (e risalente) proposta per una base imponibile armonizzata dell'imposta sul reddito delle società a livello europeo<sup>[4]</sup>; e
- la modifica immediata dell'art. 162 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) da parte del legislatore italiano, attraverso il comma 1010 della Legge (L.) del 28 dicembre 2015, n. 208 (cd. "Legge di stabilità per il 2016"), che ha recepito gli orientamenti OCSE e ha altresì introdotto una nozione di "stabile organizzazione virtuale" per assoggettare ad imposizione anche gli operatori economici con una presenza significativa, pur non fisica, nel tessuto imprenditoriale italiano (tralasciando in questo intervento lo svariato susseguirsi di *web tax* e *digital tax*, esperimenti più o meno infelici da ultimo rivisti proprio con la L. n. 145/2018, ossia la cd. "Legge di bilancio per il 2019").

Benché le misure<sup>[5]</sup> appaiano accuratamente ponderate, si tratta di una stratificazione normativa complessivamente disordinata e con severi *deficit* di uniformità applicativa.

### A. La generalizzazione del carattere di attività preparatorie e ausiliarie

Il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 162 TUIR, sul fronte interno, e l'art. 13, par. 1, MLI (in relazione al quale l'Italia intende selezionare l'opzione A, di cui al successivo par. 2), riguardano ambedue la necessaria estensione del "carattere preparatorio e ausiliario" a tutte le fattispecie espressamente escluse dalla nozione di stabile organizzazione secondo la normativa vigente. Pertanto, ogni installazione o disponibilità di beni immagazzinati non configureranno una stabile organizzazione, a patto che vi sia non solo una finalità di deposito, esposizione o consegna delle merci, ma anche che ciò non rientri in una "complessiva" attività preparatoria o ausiliaria di siffatta sede fissa d'affari.

Tale riferimento al complesso delle attività svolte sul territorio italiano costituisce requisito indispensabile per escludere la presenza di una stabile organizzazione anche con riferimento alla disponibilità di beni per la trasformazione da parte di altra impresa, alla sede fissa impiegata per l'approvvigionamento

[4] Trattasi, rispettivamente, delle proposte COM(2018)148 ("Sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali") e COM(2018)147 ("Tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa").

[5] Brevemente riepilogate nel prosieguo, ma cfr. *amplius* MASSIMO ANTONINI/MARIA LETIZIA MARIELLA, Stabile organizzazione: la parola ad Assonime, in: *Corriere Tributario*, n. 34/2018, p. 2593 ss.; LUCA GAIANI, La "nuova" stabile organizzazione sotto la lente di Assonime, in: *Il Fisco*, n. 29/2018, p. 2863 ss.; ANTONELLA DELLA ROVERE/FRANCESCA PECORARI, Stabile organizzazione: profili di novità in ambito OCSE e nazionale, in: *Fiscalità e Commercio Internazionale*, n. 6/2018, p. 23 ss.; FABRIZIO PAPOTTI, Stabile organizzazione: dogmi, gregari e rivoluzionari, in: *Corriere Tributario*, n. 21/2018, p. 1676 ss.; BRUNO FERRONI, Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la "continua presenza economica", in: *Il Fisco*, n. 7/2018; ALBANO (nota 1).

delle merci e per la raccolta di informazioni ovvero per lo svolgimento "di ogni altra attività" e, naturalmente, al caso di eventuale combinazione tra due o più delle predette ipotesi.

Non è difficile scorgere la *ratio* e il senso di siffatta modificazione. Si consideri, a titolo esemplificativo, un qualsiasi operatore non residente di *online retailing* (altresì noto come commercio elettronico indiretto) che disponga di un magazzino per lo stoccaggio e la consegna delle merci vendute alla clientela sul territorio italiano<sup>[6]</sup>. La lettera della disposizione normativa previgente (cheché ci si riferisca all'art. 162, comma 4, TUIR ovvero all'art. 5, par. 4, del Modello OCSE di Convenzione fiscale [M-OCSE], via via incorporato nel testo delle singole CDI concluse dall'Italia, avrebbe indotto a ritenere la fattispecie chiaramente rientrante nella lett. *b* della cd. *negative list* (disponibilità di merci in un magazzino ai soli fini della consegna). Tuttavia, una simile interpretazione favorirebbe ingiustamente gli *online retailers* rispetto ai più tradizionali modelli di *business*; si pensi, soprattutto, ai cd. *brick and mortar*, che chiaramente svolgono un'attività di impresa territorialmente rilevante e, dunque, di per sé assoggettabile ad imposta sui redditi in Italia. Del resto, non può negarsi che un magazzino, a questo punto, rientri nel *core business* dell'operatore digitale, donde l'intervento normativo al fine di includere simili fattispecie nella definizione di stabile organizzazione (materiale).

### B. L'anti-fragmentation rule

Intimamente connessa a quanto sopra è la previsione (in buona sostanza antielusiva) recata dall'art. 162, comma 5, TUIR e dall'art. 13, par. 4, MLI (che non parrebbe essere oggetto di riserve eccezionali da parte dell'Italia). Tale regola impedisce di eludere il "test" sul carattere preparatorio e ausiliario (che, si ribadisce, deve riferirsi alla "attività complessiva della sede fissa d'affari") attraverso una frammentazione territoriale e/o una ripartizione delle sedi fisse non costituenti stabili organizzazioni tra imprese estere pur strettamente correlate.

Inoltre, la combinazione delle attività ai fini dell'*anti-fragmentation rule* può leggersi anche in termini di una complementarietà funzionale tale da essere aggregabile in un "complesso unitario di operazioni d'impresa".

### C. La ridefinizione della figura del commissionario e il caso dell'agente monomandatario

Il commissionario come fattispecie classica di stabile organizzazione personale, secondo il novellato art. 162, comma 6, TUIR, e l'art. 12 MLI (al quale, invero, l'Italia intende apporre riserva eccezionale), finisce per ricomprendere anche il soggetto che "abituamente conclude contratti o opera ai fini della conclusione di contratti senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa e detti contratti sono in nome dell'impresa, oppure relativi al trasferimento della proprietà, o per la concessione del diritto di utilizzo, di beni di tale impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare, oppure relativi alla fornitura di servizi da parte di tale impresa". Orbene, si ritiene da più parti che siffatta fattispecie

fosse da tempo immanente nell'ordinamento italiano<sup>[7]</sup>, salvo qualche distinguo testuale<sup>[8]</sup>; nondimeno l'Italia sembrerebbe non aver colto l'occasione di esprimere una posizione coerente rispetto al MLI né di cristallizzare la propria impostazione interpretativa all'interno delle CDI dalla stessa conclude.

A ciò si aggiunga la presunzione di non indipendenza recata *expressis verbis* in relazione all'agente che opera esclusivamente, o quasi, per una o più imprese a cui è strettamente correlato (cd. agente monomandatario). Neppure tale fattispecie, scolpita nel novellato art. 162, comma 7, TUIR e nell'art. 12 MLI (pur non applicabile alle CDI concluse dall'Italia, per via della già segnalata riserva eccezionale), appare realmente innovativa dal punto di vista delle verifiche fiscali che già solevano rilevare in simili circostanze una presunta stabile organizzazione occulta annidata nel contribuente italiano. Invero, la prassi altrettanto spesso tralasciava le importanti indicazioni e i rilevanti chiarimenti provenienti dagli stessi commentari ai modelli di convenzione, i quali non ritenevano affatto automaticamente configurabile una stabile organizzazione per la sola esistenza di un agente monomandatario, semmai richiedendo perennemente una *case-by-case analysis*<sup>[9]</sup>.

[7] Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. V, 25 maggio 2002, n. 7682: "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". In senso non dissimile anche cfr. il *Conseil d'Etat* francese nel caso *Interhome AG* (20 giugno 2003, n. 224407), secondo cui non è rilevante il rapporto giuridico-formale intrattenuto tra l'intermediario e il principal essendo sufficiente volgere l'attenzione ai rapporti economici fattualmente esistenti e, dunque, retrostanti il ruolo dell'intermediario de facto rispetto alla clientela locale. Nello stesso senso, anche il caso *Roche del Tribunal Supremo* spagnolo (12 gennaio 2012, STS 201/2012), secondo cui vi è stabile organizzazione personale allorché vi è un impegno a "representar, proteger y fomentar" (rappresentare, tutelare e promuovere) localmente i prodotti dell'impresa non residente. L'impostazione interpretativa italiana è addirittura assurda alla formulazione di un'apposita osservazione al Commentario del M-OCSE a margine del par. 33, modificato proprio in seguito alle pronunce di legittimità italiane del 2002. In senso opposto, invece, si segnalano i casi *Zimmer Limited* dello stesso *Conseil d'Etat* (31 marzo 2010, nn. 304715 e 308525) e *Dell Products* della Suprema Corte norvegese (2 dicembre 2011, HR-2011-02245-A), secondo i quali non può configurarsi una stabile organizzazione mediante commissionario allorché l'intermediario locale non sia munito della "authority" alla conclusione dei contratti per conto dell'impresa non residente. In merito, cfr. anche ANTONINI/MARIELLA (nota 5), nota 17.

[8] Cfr. GIAN LUCA BERRUTI/LORENZO SAVASTANO, Ragioni tradite della Agency PE italiana: i casi Zimmer e Dell, in: *Il fisco*, n. 46/2018, p. 4453 ss.

[9] Infatti, secondo la *Technical Explanation* (2006) all'art. 5, par. 6, del Modello di Convenzione USA, "exclusivity is not in itself a conclusive test": l'agente monomandatario con un rapporto consolidato con il committente integrerebbe una stabile organizzazione occulta dell'impresa estera solo a fronte di una "dipendenza vitale" da quest'ultima, ossia allorché diviene (economicamente) irrealistica la sostituibilità del committente. Pertanto, l'esclusività viene intesa dal Modello USA come *input* per una più dettagliata indagine caso per caso, finalizzata a chiarire se l'agente sia in grado di diversificare ed acquisire ulteriori clienti senza sostanziali modificazioni alla propria attività economica e senza arrecare danni significativi ("without substantial harm") alla stessa. Allo stesso modo, il par. 38.6 della precedente versione del Commentario del M-OCSE precisava ulteriormente l'imprescindibilità dell'analisi dei rischi: la sopportazione del rischio da parte dell'agente e la remunerazione dello stesso in base alle proprie capacità e conoscenze imprenditoriali nondimeno costituivano indice di indipendenza dell'agente, escludendo la configurabilità di una stabile organizzazione. In senso opposto (e, quindi, *allineata ante litteram* all'odierno MLI) il Modello ONU, che inizialmente stabiliva una presunzione di dipendenza dell'agente monomandatario sin dal 1980, successivamente "smussata" nel 1999 con un particolare *focus* sulla comparabilità rispetto al mercato delle condizioni concordate o imposte tra impresa non residente e intermediario locale. Per un dettagliato confronto tra i modelli di convenzione fiscale in merito, cfr. PAOLO FRANZONI, La stabile organizzazione nelle imposte sui redditi, Milano 2013.

[6] LUCA BONFANTI, L'additional guidance dell'OCSE per l'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione, in: *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 11/2018, p. 39 ss.

D. Il tentativo di catturare la cd. “stabile organizzazione virtuale”

Di tutt'altro tenore si mostra l'art. 162, comma 2, lett. *f-bis* TUIR[10], che riferisce il criterio del collegamento della stabile organizzazione anche al caso della “*significativa e continuativa presenza economica [...] costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso*”[11].

Ai fini dell'analisi a seguire, relativa ai riflessi delle modifiche in tema di stabile organizzazione nella legge tributaria applicabile e nella prassi di verifiche e accertamenti fiscali, occorre evidenziare come il carattere di “costruzione”, impresso dalla lettera della disposizione all'interpretazione della norma ivi recata, indurrebbe a propendere per la natura antielusiva della stabile organizzazione virtuale così come disciplinata dal legislatore italiano[12].

[10] Su cui, *amplius*, cfr. autori già richiamati in nota 4, MAURIZIO LEO, *Quale tassazione per l'economia digitale*, in: *Il fisco*, n. 21/2018, p. 2007 ss. e OMAR SALVINI, *La strategia anti-BEPS nell'economia digitale: la revisione del criterio di collegamento*, in: *Rassegna tributaria*, n. 3/2017, p. 768 ss.

[11] In merito, si segnala la diversità tra la segnalata disposizione normativa e la cd. stabile organizzazione tecnologica, una volta annidata nella fisica insistenza dei *server* sul territorio e, a seguito dei BEPS (cfr. anche la Risoluzione del 28 maggio 2007, n. 119/E, dell'Agenzia delle Entrate e l'art. 162, comma 5, TUIR previgente al 1° gennaio 2018), ulteriormente precisata nei novellati par. da 123 a 131 del Commentario all'art. 5 M-OCSE. Nello specifico, sono descritti con maggiore dettaglio i requisiti di “fissità” (par. 125) e di correlazione alle *core functions* dell'impresa non residente (par. 130) ovvero l'assimilabilità alle attività di carattere preparatorio e ausiliario (par. 128), in aggiunta alla casistica dei rapporti tra *Internet Content Provider* (ICP) e *Internet Service Provider* (ISP) dal punto di vista della stabile organizzazione materiale (par. 124) e personale (par. 131). Per le peculiarità in ambito IVA, si permetta di rinviare a CARLO ROMANO/DANIELE CONTI, *La fiscalità della “digital economy” all'indomani degli studi BEPS*, in: *Corriere Tributario*, n. 4/2016, p. 301 ss., con particolare riferimento alla trattazione del caso *Welmore* (Corte di giustizia dell'UE [CGUE], 16 ottobre 2014, C-605/12) e del caso *RAL Channel Islands*, ivi in nota 25.

[12] Appare sufficiente, *prima facie*, un confronto con la clausola generale antiabuso contenuta nella Raccomandazione n. 2012/772/UE (nota altresì al legislatore italiano come modello intorno al quale costruire l'introduzione dell'art. 10-bis L. n. 212/2000, come da criterio direttivo della delega legislativa ex art. 5 L. n. 23/2014), in cui è impiegata una terminologia estremamente affine (“costruzione”, cfr. § 4.2). Inoltre, la natura antielusiva della previsione in esame è attestata, altresì, dall'utile comparazione con la proposta europea relativa alla “presenza digitale significativa”, recata dal documento COM(2018)147, che, a differenza della commentata emenda del TUIR, lega l'individuazione della stabile organizzazione virtuale alla combinazione di una serie di fattori-soglia in termini di ricavi totali (superiori a 7 mio. di euro), utenti locali (superiori a 100'000 annui) e contratti conclusi dai predetti utenti (superiori a 3'000 nel periodo di imposta). Ciò senza tralasciare il versante oggettivo, identificato nell'attività di fornitura, in tutto o in parte, di servizi digitali. In tal senso, cfr. anche ASSONIME, *Circolare* n. 15/2018, 27 giugno 2018, § 2.7.6. Si permetta di rinviare, altresì, a DANIELE CONTI, *Luci e ombre dei diversi volti della “nuova” stabile organizzazione (anche “virtuale?”)*, in: *Corriere Tributario*, n. 45/2018, p. 3467 ss. Si segnala, tuttavia, che la tematica è oggetto di costante evoluzione e che, da ultimo, l'OCSE ha pubblicato un *paper* di stimolo del dibattito finalizzato a comparare due diversi approcci (cfr. OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Public Consultation Document – febbraio/marzo 2019*). La revisione della nozione di stabile organizzazione (e la conseguente innovazione delle regole di *profit determination* e *allocation*) è una proposta anti-erosione su scala globale, basata, tra l'altro, (i) sull'impianto della recente riforma fiscale statunitense ed in particolare ispirata all'istituto del GILTI, o *global intangible low-taxed income*, che individua un livello minimo accettabile di tassazione degli *intangibles* in capo alle controllate estere, e (ii) sulla generalizzazione di una *subject-to-tax clause* relativa ai singoli elementi di reddito come presupposto per beneficiare dei metodi convenzionali di eliminazione della doppia imposizione.

### III. “Molto rumore per nulla”?

Dalla breve analisi delle modifiche alle CDI previste dal MLI e delle innovazioni apportate all'art. 162 TUIR si desume un quadro normativo complesso e chiaramente sospinto dall'esigenza di evitare in ogni caso che fenomeni di spostamento di base imponibile inducano a sfruttare i *loopholes* della definizione di stabile organizzazione. Esigenza, come già ricordato, particolarmente sentita in presenza dell'onnipresente *digital economy* che ha ormai permeato appieno il tessuto economico a livello nazionale e internazionale.

Tuttavia, il complesso di interventi normativi che apparentemente sembra un'arma infallibile per contrastare artifici atti ad aggirare lo *status* di stabile organizzazione (che poi è anche la rubrica della stessa *Action 7* degli studi BEPS) pecca di uno scarso coordinamento a livello domestico e rischia di trasformarsi in un mero esercizio di stile. Tradotto in termini pratici, nonostante il notevole impegno profuso da più ordinamenti a diversi livelli (quello interno e quello internazionale pattizio, senza tralasciare le proposte di armonizzazione europea), potrebbe avere un impatto estremamente limitato; è esattamente l'opposto (se opportunamente adattato alla presente trattazione) di quanto affermato da William Shakespeare in uno dei passaggi più noti della commedia “*Molto rumore per nulla*”: “*La vittoria vale il doppio quando il vincitore riporta a casa tutte le sue forze*”[13].

#### A. L'impatto della modificata nozione di stabile organizzazione nella rilevazione delle violazioni tributarie

In *primis*, occorre ricordare che l'art. 169 TUIR sancisce la prevalenza della norma domestica sulle CDI solo se più favorevole. Per il resto, vige il criterio della *lex specialis* che impone la primazia delle CDI sulla normativa interna diversa da quella di rango costituzionale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 117, comma 1, della Costituzione[14].

[13] WILLIAM SHAKESPEARE, *Molto rumore per nulla*, trad. Nadia Fusini, Milano 2009, atto I, scena I (“*A victory is twice itself when the achiever brings home full members*”).

[14] L'ordine di esecuzione dei trattati internazionali in genere (che, quindi, ricomprendono le CDI), pur nella “veste” di legge ordinaria, godono di una speciale forza di legge passiva, disciplinata in *primis* dall'art. 117, comma 1, della Costituzione, stante il quale “*la potestà legislativa è esercitata [...] nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*”. La formulazione della disposizione costituzionale, così risultante dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, è oggi permeata da una consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale secondo cui la norma di legge ordinaria che esegue fonti pattizie di diritto internazionale ha rango di norma interposta e costituisce il parametro del vaglio di costituzionalità delle norme interne ai fini dell'art. 117 suddetto. Infatti, “*la maggior forza di resistenza delle norme convenzionali internazionali comporta che “gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale”* (C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348). In definitiva, si è realizzato “un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata “norma interposta” (C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 349). La prevalenza del diritto internazionale pattizio opera secondo il criterio della specialità e il giudice nazionale (ma per evidenti ragioni il ragionamento si estende tal quale alla stessa Amministrazione finanziaria, non richiedendosi nessun rinvio per questione pregiudiziale – impropriamente detta – di legittimità costituzionale) è tenuto ad applicare il principio dell'interpretazione conforme alla convenzione internazionale (cfr. C. Cost. 26 novembre 2009, n. 311).

In molti casi, le CDI di cui è parte l'Italia parrebbero restare ancorate alla vecchia definizione di stabile organizzazione, proprio alla luce di un mancato *match* di opzioni e riserve rispettivamente espresse dagli Stati rispetto al MLI[15].

È il caso di esemplificare con la Tabella 1 (a seguire), che considera, alla luce dell'intreccio delle posizioni maturate in seno al MLI, l'evoluzione della nozione di stabile organizzazione di cui alle CDI concluse dall'Italia rispettivamente con Germania, Francia, Regno Unito, Svizzera e Malta. In proposito, si ricorda che l'Italia ha manifestato l'intenzione di formulare una riserva eccettuativa integrale rispetto all'art. 12 MLI, recante modifiche in merito alle figure del commissionario e dell'agente monomandatario.

**Tabella 1:** Evoluzione della nozione di stabile organizzazione di cui alle CDI concluse dall'Italia rispettivamente con Germania (DE), Francia (FR), Regno Unito (GB), Svizzera (CH) e Malta (MT)

	Riferimenti MLI e posizione italiana	Coincidenza con le posizioni espresse da altri Paesi (e conseguente modifica delle corrispondenti previsioni nelle CDI con l'Italia)				
		DE	FR	GB	CH	MT
Generalizzazione del carattere preparatorio e ausiliario ( <i>negative list</i> )	art. 13(2)/opzione A	X				
<i>Anti-fragmentation rule</i>	art. 13(4)		X	X		
Commissionario operante con abitudine "ai fini della conclusione di contratti senza modifiche sostanziali"	art. 12 (riserva)					
Presunzione di dipendenza dell'agente monomandatario	art. 12 (riserva)					

[15] In merito si evidenzia, anche ai fini della tabella a seguire, che Italia, Germania (che ha riservato l'*anti-fragmentation rule*) e Svizzera non hanno formulato riserve né esercitato opzioni, se non in via provvisoria e contestualmente alla firma in data 7 giugno 2018 (art. 28, par. 7, MLI). Quanto indicato nel testo, dunque, soggiace a conferma al momento del deposito degli strumenti di ratifica (per l'Italia, da parte del Presidente della Repubblica, ex art. 87, comma 8, della Costituzione), come altresì attestato dal combinato disposto dell'art. 28, par. 5, e dell'art. 27, par. 2, MLI. Al contrario, la Francia ha già depositato lo strumento di ratifica lo scorso 26 settembre 2018; pertanto, le riserve e le opzioni ivi espresse sono esercitate in via definitiva (come pure confermato dall'art. 28, par. 6, e dall'art. 29, par. 3, MLI) ed ivi emerge la scelta dell'opzione B recata dall'art. 13, par. 3 (a differenza dell'Italia, che ha optato per il par. 2, donde il *mismatch*). Analoga considerazione riguarda la posizione del Regno Unito, che ha depositato l'elenco di riserve apposte e opzioni congiuntamente alla ratifica, avvenuta in data 29 giugno 2018, in cui non si è compiuta alcuna selezione in merito alle possibili scelte sulla restrizione della *negative list* alle attività aventi carattere preparatorio e ausiliario. Sul punto, cfr. CONTI (nota 12), note 6, 7 e 8. Anche Malta ha definitivamente posto una riserva eccettuativa integrale agli artt. 12 e 13 MLI, contestualmente al deposito del proprio strumento di ratifica del MLI, in data 18 dicembre 2018.

Se si considera, in aggiunta a quanto illustrato, che l'art. 162 TUIR finisce per trovare applicazione sostanzialmente alle sole fattispecie di stabile organizzazione coinvolgenti Stati con i quali non è in essere una CDI, la portata delle modifiche elaborate alla luce degli studi BEPS appare estremamente limitata[16].

Come accennato, tuttavia, c'è da evidenziare che anche le previsioni integralmente riservate dall'Italia contemplanole letture ed interpretazioni in tema di stabile organizzazione personale ben note e consolidate nella prassi delle verifiche tributarie e, talora, financo nella giurisprudenza di legittimità. Occorre, quindi, capacitarsi di quale sia l'approccio attualmente valido: da un lato, l'art. 162, commi 6 e 7, TUIR, indurrebbe a non ritenere superata l'impostazione interpretativa elaborata negli anni dall'Amministrazione finanziaria e dalla Corte di Cassazione; per altro verso, non può dimenticarsi che, oltre all'irrinunciabile principio di interpretazione letterale dei trattati (che restano immutati)[17], tanto i negoziatori che hanno formulato la posizione italiana rispetto al MLI quanto la stessa Amministrazione finanziaria rientrano ambedue nell'ambito del potere esecutivo (e i primi ne subiscono, altresì, l'*imprimatur*). Pertanto, si dubita sulla concreta possibilità[18] per le autorità tributarie di perseverare in un'impostazione interpretativa, pur talora caldeggiata dalla Suprema Corte, che si è ritenuto di non includere a chiare lettere nelle CDI allorché ve n'è stata l'opportunità. Ciò senza contare che, in ogni caso, lo Stato esprime verso l'esterno (e cioè verso gli altri consociati del diritto internazionale) un'unica manifestazione intenzionale nel suo complesso, indipendentemente dal fascio di poteri e organi che lo compongono a livello giurisdizionale e amministrativo[19].

[16] In questo senso, è opportuno richiamare la Risoluzione del 17 gennaio 2017, n. 4/E, che ancora si riferisce in via esclusiva alla dizione convenzionale nel negare che la creazione di un centro di immagazzinamento e di distribuzione in Italia possa configurare una stabile organizzazione, pur ribadendo che tale principio richiede che tali attività debbano rivestire carattere esclusivo (citando una risoluzione degli anni ottanta), in cui sarebbe insito il carattere preparatorio e ausiliario dei servizi prestati alla casa-madre. Inoltre, può sussistere una presenza tassabile in Italia dell'impresa estera allorché siano raccolti gli ordini ed effettivamente vendute le merci riconducibili alla casa madre nonché nel momento in cui siano svolte attività *post-vendita* che si spingono al di là della consegna dei beni.

[17] Scolpito nell'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969, la cui esecuzione è ordinata in Italia dall'art. 2 L. n. 112/1974.

[18] In termini di tempistica, l'efficacia della modifica delle CDI esistenti (e dunque la paventata insensatezza delle attuali impostazioni interpretative intorno al commissionario e all'agente monomandatario) dovrebbe decorrere dalla ratifica dello stesso MLI. Quest'ultimo non dovrebbe avere necessità, in linea di principio, di alcun ulteriore risvolto attuativo. In questo senso, si richiama l'interessante contributo di ARNO CRAZZOLARA, *Il Trattato Multilaterale BEPS è self-executing?*, in: Rivista di Diritto Tributario, 24 maggio 2017, supplemento online, al link <https://bit.ly/2KME3my> (consultato il 21.08.2019), secondo il quale eventuali perplessità sulla vaghezza delle *compatibility clause* (e, dunque, sulla determinatezza della norma della convenzione bilaterale oggetto di modifica o integrazione) sarebbero fondate solo in caso di scostamento significativo della singola CDI dal M-OCSE, cui è evidentemente riferito l'impianto emendativo del MLI.

[19] Questa è l'impostazione pacificamente accettata dalla dottrina classica sulla personalità giuridica di diritto internazionale, secondo cui lo Stato costituisce un'unità giuridica indifferenziata. Ciò emerge, a titolo esemplificativo, dall'art. 4, par. 1, del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato, che attribuisce la condotta allo stesso inteso nel suo complesso, a prescindere dalla funzione esercitata in uno specifico frangente. Sul punto, cfr. ENZO CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, Milano 2011, p. 257.

È, invece, di cristallina e palmare evidenza la mancanza (intenzionale) di una previsione del MLI in tema di stabile organizzazione virtuale: ciò è dovuto alla mancanza di conclusioni fattive dell'Action 1 degli studi BEPS, in tema di economia digitale[20], e alla raccomandazione dell'OCSE rivolta agli Stati di non adottare misure *ad hoc* nei confronti degli operatori della *digital economy*[21], in attesa di osservare i possibili risultati della modifica della nozione di stabile organizzazione e di concordare, se del caso, eventuali misure multilaterali. Anche in tal senso si dubita della portata concreta di tale previsione normativa, in quanto le CDI restano ancorate al canone di "fisicità" della presenza tassabile[22].

## B. L'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione occulta nelle verifiche tributarie

Si consideri che quanto evidenziato in tema di nozione di stabile organizzazione è (inevitabilmente) intrecciato a doppio filo con la conseguente attribuzione degli utili prodotti dall'impresa non residente attraverso le attività economiche svolte in Italia.

Ebbene, proprio a tal riguardo gli studi BEPS hanno provvidenzialmente riaffermato un approccio sostanziale al problema, da opporsi all'atteggiamento formalista sovente adottato dall'Amministrazione finanziaria italiana. Quest'ultima, pur essendosi gradualmente attestata sulle *best practices* internazionali e dalla stessa OCSE, affrancandosi *in primis* dall'obsoleta "forza attrattiva" della stabile organizzazione, parrebbe ancora restia a considerare adeguatamente aspetti fondamentali dell'analisi funzionale dei rapporti tra società residenti e non residenti.

Infatti, in termini di fiscalità del *business model* e, più nello specifico, di politiche di prezzi di trasferimento (art. 110, comma 7, TUIR, e previsioni convenzionali ispirate all'art. 9 M-OCSE), la base imponibile della consociata fiscalmente residente in Italia deve modellarsi sulla scorta della remunerazione di funzioni svolte, *asset* impiegati e rischi di impresa assunti. Sovente, in sede di verifica fiscale, la sostanza della stabile organizzazione occulta viene colmata mediante la riattribuzione di un numero variabile di funzioni, beni e rischi originariamente ritenuti appannaggio dell'impresa residente del gruppo. Così operando, e cioè "spostando" in capo alla stabile organizzazione occulta i rischi (pur del soggetto non residente) che risultino comunque assunti dall'impresa locale svolgente altresì le relative *risk management functions*, emerge che la conseguente remunerazione (determinata secondo il principio di libera concorrenza) è già assoggettata all'imposta sui redditi delle società (IRES) nella dichiarazione della società italiana; in tal caso, gli utili effettivamente imputabili in capo

alla succursale di fatto "svelata" dai verificatori dovrebbero essere minimi o nulli[23].

In termini pratici, un'accurata analisi della politica di prezzi di trasferimento infragruppo – dalla quale emerge la remunerazione di rischi in capo all'impresa residente, senza ulteriori *significant people functions* benché tali rischi siano, in principio, riconducibili alle operazioni dell'impresa non residente (dunque alla stabile organizzazione occulta) – varrebbe ad escludere la presenza di materia imponibile sottratta ad IRES. In un simile caso, l'accertamento di una stabile organizzazione occultata all'Erario italiano non dovrebbe comunque sfociare in una contestata maggiore imposta sui redditi[24].

In punto di diritto, la congiunta applicazione delle previsioni convenzionali che incorporano gli artt. 7 e 9 M-OCSE (attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione e operazioni tra imprese dello stesso gruppo) impedisce a monte la contemporanea attribuzione alla stabile organizzazione di *significant people functions* relative al proprio rischio di impresa e la configurazione delle stesse funzioni come *risk management* ai fini del *transfer pricing* del soggetto residente, rischiandosi altrimenti una doppia imposizione dello stesso reddito (la remunerazione del rischio assunto) in capo ad ambedue i soggetti, in aperta violazione (dello stesso spirito) della CDI[25].

Si segnala, tuttavia, che la raccomandazione alla maggior ponderazione dell'accertamento nei confronti della stabile organizzazione occulta (al fine di verificare se vi siano effettivamente utili attribuibili alla stessa, in presenza di un soggetto già naturalmente assoggettato – in quanto residente – all'imposta sui redditi italiana) si ispira anche a ragioni logiche, soprattutto allorché l'intera vicenda muta i propri connotati da mera violazione tributaria ad illecito avente rilevanza penale. Invero, si tratta praticamente della totalità dei casi di contestazione di una stabile organizzazione non dichiarata, atteso che il delitto di dichiarazione omessa, previsto e punito dall'art. 5 del Decreto Legislativo (D.Lgs.) del 10 marzo 2000, n. 74, richiede un'imposta evasa minima pari a 30'000 euro per ciascun anno di imposta.

[23] OCSE, Additional guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, BEPS Action 7, marzo 2018, § 42: "one of the elements to determine and deduct in calculating the profits attributable to the PE is an arm's length reward to the intermediary. Depending on the facts and circumstances of a given case, the net amount of profits attributable to the PE may be either positive, nil or negative (i.e., a loss). In particular, when the accurate delineation of the transaction [...] indicates that the intermediary is assuming the risks of the transactions of the non-resident enterprise, the profits attributable to the PE could be minimal or even zero".

[24] LUCA ROSSI/SARA FLISI, Stabile organizzazione personale tra significant people functions e risk management functions, in: Corriere Tributario, n. 1/2019, p. 81 ss.

[25] OCSE (nota 23), § 41: "when both Article 7 and Article 9 are applicable (i.e. the intermediary and the non-resident enterprise are associated enterprises) and the functions performed by the intermediary can qualify as significant people functions for the attribution of a specific risk to the PE and as risk control functions for the allocation of a risk under Article 9, it is important to ensure that the risk to which those functions relate is not simultaneously allocated to the intermediary [...] and attributed to the PE [...]. Accordingly, where a risk is found to be assumed by the intermediary [...], such risk cannot be considered to be assumed by the non-resident enterprise or the PE for the purposes of Article 7. Otherwise, double taxation could occur in the source country through taxation of the profits related to the assumption of that risk twice, i.e. in the hands of both the PE and the intermediary".

[20] ROMANO/CONTI (nota 11).

[21] Cfr., *amplius*, ELENA PADOVANI, Web tax: quadro del dibattito internazionale e possibili scenari, in: Corriere Tributario, n. 4/2018, p. 257 ss.

[22] Per questa lettura degli artt. 5 e 7 M-OCSE, dalla quale l'OCSE stessa non ritiene oggi necessari scostamenti, cfr. IBFD, minute del Seminar C del Settantaduesimo Congresso Annuale dell'International Fiscal Association (Seul, settembre 2018), disponibili all'interno dell'area riservata del sito globale dell'Associazione: <https://bit.ly/30pvnbl> (consultato il 21.08.2019).

Orbene, a tal riguardo, ove le funzioni, i rischi e gli *asset* siano attribuiti alla consociata italiana del gruppo e assoggettati ad IRES in capo a quest'ultima, non si vede quale sia l'imposta evasa che richieda addirittura la tutela penale della pretesa fiscale. Considerando, infatti, la natura di *extrema ratio* della repressione penale, occorre constatare che l'imposta, pur versata da un altro soggetto (dello stesso gruppo multinazionale), è stata comunque incassata dall'Erario. Anche qui, pertanto, l'elaborazione di una politica di prezzi di trasferimento a livello del gruppo dovrebbe escludere la configurabilità di un'omissione dichiarativa dell'impresa non residente, per il tramite della stabile organizzazione (occulta). Inoltre, pur volendo verificare eventuali condotte (come ulteriori funzioni, rischi o peculiari *asset* non remunerati) sotto la diversa lente dell'infedeltà dichiarativa del contribuente residente, appare verosimile la mancanza di dolo di evasione (come nel caso di omogeneità quantitativa del trattamento fiscale estero e domestico[26]), fermo restando che i criteri di determinazione della remunerazione infragruppo (comprendenti tanto l'analisi qualitativa, di carattere funzionale, quanto le susseguenti risultanze quantitative frutto delle metodologie estimative impiegate e delle elaborazioni statistiche conclusive), in quanto documentabili (in termini non meglio precisati dall'art. 4, comma 1-bis, D.Lgs. n. 74/2000), non danno luogo a fatti penalmente rilevanti.

Proprio alla luce delle considerazioni che precedono, laddove in sede di verifica non venga adeguatamente tenuto conto del profilo funzionale dell'impresa del gruppo già presente sul territorio italiano e, conseguentemente, del reddito già assoggettato ad IRES, è possibile osservare un'interversione della contestazione nelle fasi procedurali successive. Più precisamente, nell'ambito di una fase di contraddittorio con l'Amministrazione finanziaria (su impulso della stessa, mediante invito, ovvero del contribuente, mediante osservazioni e/o istanza ex art. 6 D.Lgs. n. 218/1997), la pretesa fiscale si sposta da un rilievo di stabile organizzazione occulta ad una nuova considerazione della corretta base imponibile del soggetto già residente, alla luce della disciplina dei prezzi di trasferimento. Ciò al fine di assicurare contemporaneamente (i) la mancanza di salti di imposta, pur a carattere essenzialmente estimativo, e (ii) che all'eventuale remunerazione

[26] Circostanza, invero, soppesata anche a livello fiscale e in materia di prezzi di trasferimento. È così che, infatti, ASSONIME (nota 2) legge il passaggio della circolare dell'Agenzia delle Entrate riportato in nota 3, ossia nel senso che gli obiettivi delle verifiche tributarie s'incentrano su quelle "ipotesi maggiormente significative [...] che portano alla delocalizzazione dei redditi imponibili in Stati e territori che applicano un regime impositivo più favorevole". Del resto, in presenza di omogeneità dell'effettiva *tax rate* non può ravvisarsi alcuna convenienza allo spostamento, ossia quel contengo evasivo (doloso) associato dalla norma penale ad un senso di maggior allarme sociale. In ogni caso, si ricorda che la coincidenza del livello impositivo tra Stati non comporta comunque la correttezza della politica dei prezzi di trasferimento applicata dal gruppo, atteso che l'accertamento della maggiore imposta ai sensi dell'art. 110, comma 7, TUIR, prescinde dalla finalità del risparmio di imposta (atteggiandosi piuttosto come *fictionis iuris* agli effetti della legge tributaria) e attiene, dunque, alla preservazione della sovranità fiscale nel riparto impositivo tra diversi Stati (cfr., *ex plurimis*, le recenti Cass. civ., sez. V, 7 novembre 2018, n. 28335 e 6 settembre 2017, n. 20805). Non mancano, tuttavia, illustri precedenti giurisprudenziali, che addirittura addossano all'Amministrazione finanziaria l'onere di provare preliminarmente il risparmio di imposta (frutto di elusione) conseguito dal contribuente (cfr. Cass. civ., sez. V, 24 luglio 2015, n. 15642; 13 luglio 2012, n. 11949 e 13 ottobre 2006, n. 22023).

latente di funzioni e rischi dell'impresa locale non conseguua l'abnorme responsabilità penale dell'imprenditore estero.

### C. Profili applicativi: la casistica dei rapporti transfrontalieri tra imprese venditrici e service provider appartenenti allo stesso gruppo

Si pensi concretamente al caso di un'impresa che si limita ad attività specifiche nell'ambito della vendita (quali stoccaggio e consegne, *marketing*, ricerca e sviluppo) di beni prodotti da una propria consociata e destinati a soggetti terzi.

A seconda delle strutture impiegate dai gruppi multinazionali, le autorità fiscali italiane si sono dimostrate nel tempo particolarmente attente a verificare la sussistenza di una stabile organizzazione in Italia sia del venditore sia del *service provider* infragruppo. Vi sono, infatti, situazioni in cui i verificatori hanno identificato un ruolo di commissionario (come mandatario alla vendita) in capo ad agenti italiani di fornitori esteri; in altre circostanze, l'Erario italiano ha reputato la sussistenza di una base fissa tassabile in riferimento a plessi manifatturieri che si avvalevano di *service provider* esteri.

Possono cogliersi tali esempi per una breve considerazione puramente ipotetica: una volta escluso, infatti, che le decisioni strategiche di *business* relative al soggetto estero vengano poste in essere in Italia[27] (che, al contrario, comporterebbe la diversa questione dell'esterovestizione, alla luce dell'art. 73 TUIR e dell'applicabile previsione convenzionale ispirata all'art. 4 M-OCSE), occorre concretamente verificare se, sempre a titolo esemplificativo, (i) vi sia un effettivo rapporto tra i *service provider* e i clienti finali del gruppo multinazionale e se (ii) le ulteriori funzioni contestate rivelino effettivamente un aggiuntivo rischio di impresa oppure se si riferiscano, al contrario, a rischi propri della società fiscalmente residente e, dunque, remunerati (*rectius*, remunerabili) congiuntamente alla complessiva attività della stessa.

Quest'ultimo è un criterio generale con il quale indirizzare l'accertamento della maggiore imposta, distinguendo una mera questione di remunerazione infragruppo dalla ben più problematica esistenza di una stabile organizzazione occulta. Tuttavia, le "aree grigie" e di incertezza interpretativo-applicativa restano molteplici.

In termini pratici, si consideri il diverso caso di una possibile confusione tra una reale e genuina comunicazione di esiti di ricerche di mercato condotte a livello locale – che chiaramente non integra la presenza di una stabile organizzazione in Italia[28] – e un'asserita (cioè ipoteticamente rilevata da un verificatore) trasmissione di indirizzi operativi sull'attività di vendita di prodotti; siffatta fattispecie potrebbe offrire, semmai, la sponda ad un mero "ritocco" dei prezzi di trasferimento, anziché comportare l'individuazione di un'attività svolta localmente dall'impresa estera e "schermata" dal *business* di un soggetto IRES residente.

[27] Ipotesi che, al contrario, comporterebbe direttamente la residenza fiscale italiana alla luce dell'art. 73, comma 3, TUIR, e (in termini di *place of effective management*) dell'art. 4, par. 3, M-OCSE (come recepito nelle singole CDI).

[28] Cfr. anche art. 162, comma 4, lett. d, TUIR, e art. 5, par. 4, lett. d, M-OCSE.

#### D. L'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione virtuale

Ancor più problematica appare l'attribuzione dei profitti alla fattispecie recata dall'art. 162, comma 2, lett. f-bis, TUIR, attesa la segnalata natura antielusiva della stessa previsione normativa.

*De iure condito*, il metodo ritenuto più appropriato, in presenza di un elevato grado di integrazione tra le attività di imprese appartenenti allo stesso gruppo ovvero in presenza di contributi unici e di valore, è il *profit split*[29]. La questione è senza dubbio spinosa, in virtù della difficoltà obiettiva di quantificare il valore dei "dati", che, in larga parte, misurano il "successo" sul mercato degli operatori della *digital economy*[30].

Un profilo di particolare difficoltà nella determinazione della base imponibile della stabile organizzazione virtuale potrebbe incidere sulla configurabilità del dolo evasivo in ambito penale, con conseguente maggiore spazio per la manifestazione di forme di errore[31], in aggiunta alla vaghezza[32] della stessa previsione normativa di riferimento per l'*an*[33].

[29] OCSE, Linee Guida in materia di prezzi di trasferimento, come modificate dal documento Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method – Inclusive framework on BEPS: Action 10 del giugno 2018, §§ 2.119-2.120. Siffatta preferenza risulta confermata in termini di presunzione relativa dalla proposta della Commissione europea citata in nota 9 (art. 5, par. 6), fatta salva la possibilità di dimostrare la validità e l'appropriatezza di un altro metodo comunque confortato da *standard* accettati dalle *best practice* internazionali; i fattori di ripartizione possono comprendere le spese di ricerca, sviluppo e commercializzazione, il numero di utenti e i dati raccolti in ciascuno Stato.

[30] Per questa ragione, da più parti si propone il diverso approccio del *formulary apportionment*, che però richiede il preliminare superamento dell'*arm's length principle*, attesa l'incompatibilità tra i due. Intanto, è in via di cristallizzazione in sede OCSE una ricognizione delle difficoltà insite nei tradizionali metodi di *transfer pricing*, per via dei quali, a titolo esemplificativo, potrebbe arriversi all'equiparazione dell'utenza ad un'impresa terza, conseguentemente domandandosi quale sarebbe il profitto in caso di operazioni commerciali infragruppo. Tuttavia, si tratta di approcci ancora avvinti all'*arm's length principle*. Cfr. OCSE (nota 12), pp. 11 e 20. Dal punto di vista della normativa domestica, si ricorda che l'art. 1, comma 177, L. n. 147/2013, impone ai soggetti operanti nella raccolta di pubblicità *online* e servizi ausiliari di impiegare, nelle valutazioni estimative di cui all'art. 110, comma 7, TUIR, indicatori di profitto diversi da quelli applicabili ai costi, fatto salvo eventuale accordo preventivo con l'Amministrazione finanziaria ex art. 31-ter del Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) del 29 settembre 1973, n. 600.

[31] Si rammenta che, oltre all'errore per ignoranza inevitabile di cui all'art. 5 del codice penale (c.p.), come interpretato da C. Cost. 24 marzo 1988, n. 364, e all'errore sul fatto integrante reato cagionato dall'errore su norma *extra-penale* di cui all'art. 47, comma terzo, c.p., le ipotesi di non punibilità dei reati tributari includono, altresì, le condizioni di obiettiva incertezza interpretativa di cui all'art. 15 D.Lgs. n. 74/2000 (queste ultime tesse, chiaramente, ad "*ampliare lo spettro dell'ignoranza*" penalmente scusabile; cfr. Cass. pen., sez. VII, ord. 26 settembre 2017, n. 44293). Sul punto si rinvia per un maggiore dettaglio a CONTI (nota 12), nota 21.

[32] In tal senso potrebbero utilmente supplire le indicazioni fornite dalla Circolare della Guardia di Finanza del 27 novembre 2017, n. 1/2018, vol. III, cap. 11, par. 6, in cui sono elencati una serie di indici che rivelerebbero una presenza economica significativa dell'impresa non residente sul territorio italiano. La Circolare, altresì, allude evidentemente al MLI, senza tuttavia evidenziare come quest'ultimo non rechi alcuna previsione in tema di stabile organizzazione virtuale, affidandosi una parte degli esiti dell'Action 1 BEPS all'efficacia delle misure adottate in base ai risultati dell'Action 7 BEPS e trasposte negli artt. 12 ss. MLI.

[33] Dubbi sulla determinatezza a fini penali della fattispecie richiamata, appartenente al *genus* delle norme antielusive, già espresse dall'autore in CONTI (nota 12), nota 22, su cui cfr. anche l'ivi richiamato MONICA TORTORELLI, L'irrilevanza penale dell'abuso del diritto tributario (*id est* elusione fiscale), in: Diritto e pratica tributaria, n. 4/2017, p. 1525 ss.

#### E. Cenni alla procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata

Vale la pena discorrere brevemente in relazione ad uno strumento (apparentemente) innovativo per l'Erario. In particolare, l'art. 1-bis del Decreto Legge (D.L.) del 4 aprile 2017, n. 50 ha specificamente riguardato una procedura di emersione della stabile organizzazione occulta[34].

Le modalità concrete sono state oggetto di ulteriore declinazione da parte del Provvedimento direttoriale dell'Agenzia delle Entrate del 16 aprile 2019.

La procedura in questione consentirebbe di valutare se esista una stabile organizzazione sul territorio italiano (entro 180 giorni dalla richiesta, salvo richieste di ulteriori informazioni), a quanto ammontino i redditi alla stessa attribuibili *at arm's length* e quali siano le conseguenze della predetta stabile organizzazione sul piano IVA (cd. *fixed establishment*) con conseguente determinazione della relativa base imponibile.

Per poter accedere alla cooperazione e collaborazione rafforzata, l'impresa non residente deve appartenere ad un gruppo multinazionale con ricavi consolidati superiori annui superiori ad 1 mia. di euro e, congiuntamente, deve aver posto in essere operazioni in Italia per un totale di 50 mio. di euro, anche avvalendosi di imprese italiane di supporto e ricomprendendo il fatturato "italiano" anche di altre imprese appartenenti allo stesso gruppo, residenti e non. Naturalmente, il contribuente non può avvalersi di siffatto istituto nel caso in cui siano state avviate attività ispettive o procedimenti penali con specifico riguardo all'occultamento della stabile organizzazione sul territorio italiano.

La convenienza della procedura in questione risiede negli effetti: *in primis*, il dimezzamento della misura minima delle sanzioni sulle quali calcolare le ulteriori riduzioni dovute all'adesione all'accertamento conclusivo; inoltre, l'impresa estera può aderire al programma di adempimento collaborativo di cui al D.Lgs. del 5 agosto 2015, n. 128, indipendentemente dal *quantum* reddituale attribuito all'emergente stabile organizzazione.

Volgendo al *Leitmotiv* più volte richiamato in precedenza, e d'uopo interrogarsi sulla effettiva novità dell'istituto in commento nel panorama normativo italiano. Forse con riguardo all'ambito applicativo oggettivo, particolarmente ampio, e alla natura strutturale di questa procedura nell'ambito dell'ordinamento italiano.

Infatti, già in precedenza i contribuenti potevano rivelare l'esistenza di stabili organizzazioni occulte sul territorio italiano. Ciò sia prima dell'inizio di attività di verifica tributaria,

[34] Più diffusamente, si richiamano sin d'ora, a titolo esemplificativo: ANDREA GIGLIOTTI/GAETANO SCALA, L'istruttoria di cooperazione e collaborazione rafforzata per la definizione delle so, in: Il Fisco, n. 21/2019, p. 2047 ss.; DARIO DE SANTIS/MARCO MAZZETTI DI PIETRALATA, Web tax e ritenuta sulle proprietà intellettuali spingono all'emersione delle stabili organizzazioni occulte, in: Il Fisco, n. 18/2018, p. 1730 ss.



attraverso i programmi di *voluntary disclosure* succedutisi nel tempo (a partire dall'art. 1, comma 2, L. n. 186/2014), sia in via praticamente contestuale ad attività di controllo a distanza e, più precisamente, a mezzo del contraddittorio scaturente dalla presunzione di stabile organizzazione degli operatori di giochi e scommesse virtuali<sup>[35]</sup> (art. 1, commi 927-932, L. n. 208/2015).

#### IV. Ulteriori considerazioni e riflessioni conclusive: prospettive e limiti dell'interpretazione evolutiva delle convenzioni contro la doppia imposizione

Gli argomenti trattati sollecitano una considerazione maggiormente meditata sull'interpretazione delle CDI e, in particolar modo, sull'affiancamento all'interpretazione canonica (ossia letterale) di una serie di tecniche ermeneutiche, di natura rispettivamente "dinamica" o "evolutiva". Ciò al fine di verificare se la nozione di stabile organizzazione possa "adattarsi" allo scorrere del tempo indipendentemente dalla modifica esplicita delle convenzioni in essere tra gli Stati.

L'interpretazione dinamica, invero, è questione ben nota ai più attenti interpreti delle CDI in ambito fiscale, recependo l'istanza di adeguamento del trattato internazionale al mutevole quadro giuridico-tributario dei singoli Stati<sup>[36]</sup> (del quale si ha un chiaro e immediato riscontro concreto), come previsto dall'art. 3, par. 2, M-OCSE<sup>[37]</sup>.

Tuttavia, è opportuno chiedersi se analoga considerazione valga per il contenuto stesso della CDI, indipendentemente dal rinvio (più o meno mobile) alle nozioni dell'ordinamento domestico delle nazioni paciscenti<sup>[38]</sup>. In termini generali, l'interpretazione evolutiva è alquanto discussa nel diritto internazionale, dal momento che sovente le pattuizioni tra Stati prevedono procedure specifiche per la modifica degli obblighi ivi regolati e, per giunta, la distinzione tra l'adattamento nel tempo di una norma giuridica (l'interpretazione evolutiva, appunto) e l'emenda vera e propria di un rapporto obbligatorio potrebbe non essere agevole nel caso pratico<sup>[39]</sup>. Nondimeno, ci si potrebbe domandare se possa conferirsi alla nozione di stabile organizzazione un contenuto più attuale e *à la page*, valido eventualmente anche per quei trattati bilaterali

che sono rimasti immutati all'indomani del MLI (inclusi quelli di cui l'Italia è parte, attesa la ridetta riserva eccezionale integrale all'art. 12).

Evitando di discorrere in intensi approfondimenti teorici, appare evidente l'impatto dirompente di una simile impostazione interpretativa, in quanto vanificherebbe definitivamente il ruolo cruciale attribuito al MLI e, al contempo, all'attesa di un'eventuale ulteriore misura OCSE sulla presenza economica (o digitale) significativa. Per altro verso, si porrebbe nel nulla l'essenza stessa della CDI come criterio di riparto della potestà impositiva tra gli Stati. Del resto, non può non evidenziarsi che proprio il concetto di territorialità delle imposte pare sensibilizzare sempre di più legislatori e corti nazionali, financo a livello di diritto internazionale consuetudinario<sup>[40]</sup>. Sebbene quest'ultima affermazione non paia unanime nella dottrina, non può comunque negarsi che la tensione tra tassazione mondiale (del residente) e territoriale (del non residente, in questo caso attraverso stabile organizzazione) racchiude il confine invalicabile per la discrezionalità del legislatore statale, intesa come impulso creatore di nuovi presupposti tributari.

Proprio per l'importanza sempre più cruciale delle CDI (che si sobbarcano il difficile compito di "arginare" la contrapposizione tra la pretesa fiscale degli Stati, espressione – come illustrato – della sovranità agli stessi connaturata), a parere di chi scrive, dovrebbe potersi escludere la possibilità di "aggiornare" la nozione di stabile organizzazione sulla base della semplice interpretazione evolutiva, rischiandosi altrimenti di intaccare, in via interpretativa, quel concetto, sempre più alto, di "nesso" della soggettività tributaria. Perciò, l'idea che debba sussistere un vincolo di carattere soggettivo od oggettivo con il territorio non può meramente superarsi in via interpretativa e ciò dovrebbe indurre a ritenere tale limite insuperabile, a maggior ragione, in via unilaterale dall'Amministrazione finanziaria (come nell'ambito delle figure di stabile organizzazione personale oggi riprese dall'art. 12 MLI, ma riservate dall'Italia) o con arbitrarie (e vaghe) norme antielusive sulla presenza digitale.

[35] Su cui, cfr. SANDRO MARIA GALARDO, Presunzione di stabile organizzazione nella raccolta delle giocate, in: *Corriere Tributario*, n. 46/2015, p. 4531 ss.

[36] Cfr. KLAUS VOGEL/RAINER G. PROKISH, General Report in *Cahiers de Droit Fiscal International: Interpretation of Double Taxation Conventions*, Rotterdam 1993, pp. 80-81.

[37] Secondo cui, salvo accordo mediante procedura amichevole tra gli Stati, l'interpretazione di termini non definiti deve riferirsi, *ratione temporis*, all'ordinamento nazionale (con preferenza della normativa fiscale) al momento in cui la convenzione contro la doppia imposizione trova applicazione al caso concreto. Come ulteriormente chiarito dal Commentario, al punto 11, "*when the tax is imposed*".

[38] Questione, invero, lambita da MICHAEL LANG, Introduction to the Law of Double Taxation Conventions, Vienna 2013, p. 50 ss.

[39] Cfr. CANNIZZARO (nota 19), p. 170 ss. e giurisprudenza ivi richiamata; in particolare C. Int. Giust., sent. 13 luglio 2009, caso *Diritti di navigazione e diritti connessi* (Costa Rica c. Nicaragua), sull'inclusione del commercio di servizi nella nozione più generale di commercio, e *Appellate Body* dell'Org. Mond. Comm., 12 ottobre 1998, caso *United States-Shrimp I*, punto 5.57, sulla possibilità di riferire la locuzione "risorse naturali" anche a quelle non minerarie (ossia le risorse biologiche), ispirandosi anche al canone di coordinamento di cui all'art. 31, par. 3, lett. c, della già citata Convenzione di Vienna del 1969.

[40] Sicuramente il *nexus* impositivo assurge a quel novero di principi generali di diritto "riconosciuti dalle Nazioni civili" di cui all'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, su cui cfr. *amplius* ALBERTO MARIA GAFFURI, La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero – principi generali, Milano 2008, pp. 347-349, che riconosce tale *status* alla regola del "nesso" tributario indipendentemente dall'appartenenza alle consuetudini internazionali. Sul problematico inquadramento di tali principi nelle fonti del diritto internazionale, cfr. CANNIZZARO (nota 19), p. 108.