

## IS THERE (IN ITALY) A PE (PERMANENT ESTABLISHMENT)?

**SOMMARIO:** INTRODUZIONE – 1. ALCUNE CONSIDERAZIONI CHE HANNO RILEVANZA NEL RAPPORTO TRA IL NUOVO ART. 162 DEL TUIR E LE CONVENZIONI ATTUALMENTE IN VIGORE; 1.1. *Rapporto tra legge interna e Convenzioni e le scelte dell'Italia nei confronti del MLI*; 1.2. *Il ruolo del Commentario al Trattato Modello OCSE* – 2. LA DEFINIZIONE DI STABILE ORGANIZZAZIONE CONTENUTA NEL NUOVO ART. 162 DEL TUIR E LA SUA APPLICAZIONE NEI CONFRONTI DI PAESI CON CONVENZIONI CON L'ITALIA (CONVENZIONI "COPERTE" O NO DAL MLI E "CONVENZIONI NUOVE") TENENDO CONTO ANCHE DEL COMMENTARIO OCSE E DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA; 2.1. *Carattere preparatorio o ausiliario di tutte le "attività esenti" (negative list) per non integrare i requisiti di una stabile organizzazione*; 2.2. *L'anti-fragmentation rule*; 2.3. *La stabile organizzazione personale (da agente)*.

### INTRODUZIONE

Tale domanda negli *Headquarters* di imprese estere con riferimento alla loro situazione in Italia era già molto frequente dopo le storiche e "rivoluzionarie" sentenze della Corte di Cassazione sul caso "*Philipp Morris*" nel lontano 2002 (1). Ma tale domanda,

(1) Tali sentenze (Cass., sez. trib., 7 marzo 2002, n. 3368, in *Boll. Trib. On-line*, e Cass., sez. trib., 25 maggio 2002, n. 7682, in *Boll. Trib.*, 2003, 544), statuendo alcuni principi di diritto da tenere presente nell'interpretazione del concetto di stabile organizzazione contenuto nel Trattato Modello (e commentato nel relativo Commentario) e nelle Convenzioni bilaterali, hanno suscitato forti critiche non soltanto da parte della dottrina nazionale e internazionale ma anche da parte della stessa OCSE. È importante ricordare che le sentenze si riferiscono a un Trattato Modello e Commentario "vecchio" (probabilmente a quello del 2000 o prima) e alle Convenzioni bilaterali vigenti in quel periodo (tra l'Italia e la Germania) che si basavano su tale Trattato Modello. Tale Modello e tale Convenzione prevedevano (a differenza del Modello OCSE 2017) come unico criterio per la definizione di stabile organizzazione da agente quello "dell'esercizio abituale del potere di concludere i contratti". L'OCSE, etichettando alcune parti della sentenza come "*judicial override*" delle Convenzioni, ha reagito nel 2005 con un'integrazione del Commentario al Trattato Modello per contrastare ufficialmente alcune tesi espresse dalla Corte di Cassazione nelle sentenze citate. Considerando però la nuova definizione di stabile organizzazione da agente contenuta nel nuovo Trattato Modello OCSE 2017 - che accanto al criterio della conclusione dei contratti considera rilevante l'attività che porta alla conclusione dei contratti a prescindere dal potere di concludere i contratti - è innegabile che questa nuova definizione si basi in buona parte sullo stesso ragionamento di fondo della Cassazione nelle sentenze citate. Dopo circa 20 anni l'OCSE ha fatto propri quindi certi criteri fissati dalla Cassazione contro i quali allora è stato sollevato uno scudo di proteste? Certo, l'OCSE ha mantenuto, anche nel nuovo Commentario le precisazioni inserite allora (nel 2005) per esprimere il dissenso contro alcuni principi fissati dalla Cassazione. Ma, a ben vedere con riferimento ad alcuni punti, si tratta di una "difesa" piuttosto debole tenendo conto della sostanza delle osservazioni della Corte di Cassazione. Lo stesso vale per la considerazione del "Gruppo", principio usato allora dalla Cassazione per introdurre il concetto di stabile organizzazione plurima: concetto ripudiato nel par. 41.1 del Commentario 2005 (e anche nel Commentario 2017) ("*la determinazione dell'esistenza di una stabile organizzazione ... dovrà essere riscontrata in maniera*

insieme a quella immediatamente successiva (sulla determinazione del reddito attribuibile a detta *permanent establishment*, PE), dopo gli ultimi sviluppi a livello nazionale e internazionale intorno al concetto di stabile organizzazione, viene posta e verrà posta sempre con maggior frequenza e preoccupazione.

Per quanto riguarda gli sviluppi nazionali (Italia), dopo l'introduzione ad opera del D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 (con effetto 1° gennaio 2004) dell'art. 162 del TUIR contenente la definizione di stabile organizzazione nella legge nazionale (2), con la legge di bilancio 2018 (legge 27 dicembre 2017, n. 205), con effetto 1° gennaio 2018, è stata introdotta un'importante modifica legislativa all'art. 162 del TUIR chiaramente ispirata (se non quasi del tutto conforme) agli sviluppi internazionali (OCSE) del noto progetto anti-BEPS.

Con il nuovo art. 162, al quale si riferiscono le osservazioni che seguono, sono state recepite, infatti, le modifiche risultanti dal "*Final Report Action 7 BEPS*" (pubblicato il 15 ottobre 2015) che, a loro volta, hanno trovato ingresso nell'art. 5 del nuovo Trattato Modello OCSE 2017 e nel relativo Commentario (versione novembre 2017) nonché nel *Multilateral Instrument* (MLI) (3) le cui disposizioni, una volta

*distinta per ciascuna società del Gruppo*") ma nell'*anti-fragmentation rule* del par. 4.1 dell'art. 5 del Trattato Modello OCSE 2017 si ha invece riguardo proprio al Gruppo e non solo alla singola società.

(2) Tale definizione si basava sostanzialmente, con qualche "deviazione", su quella contenuta nel Trattato Modello OCSE del 1977 e 2003.

(3) Il *Multilateral Instrument* (MLI) o Convenzione multilaterale rappresenta il più grande cambiamento nel sistema delle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni da quando è stato concluso il primo trattato contro le doppie imposizioni tra la Prussia e l'Impero Austro-Ungarico nel 1899. Il MLI (come previsto dall'*Action 15 BEPS*) assicura una rapida attuazione delle misure anti-BEPS che hanno impatto sulle Convenzioni bilaterali senza che sia necessario rinegoziare bilateralmente ciascuno di questi accordi. Con la ratifica di tale Convenzione multilaterale da parte degli Stati aderenti vengono automaticamente modificate e integrate secondo certe regole le Convenzioni bilaterali in conformità al testo della Convenzione multilaterale. A tal fine gli Stati firmatari dovevano notificare all'OCSE la

ratificato, incideranno direttamente sulle Convenzioni

lista delle Convenzioni bilaterali alle quali deve applicarsi il MLI. L'Italia ha considerato 84 Convenzioni come "Accordi fiscali coperti" ("Covered Tax Agreement"). Il MLI è caratterizzato però da un alto grado di flessibilità. Non tutte le disposizioni in esso contenute sono obbligatorie. Alcune sono obbligatorie (*minimum standard* come per esempio quella sulla prevenzione degli abusi dei trattati - art. 7) mentre per altre lo Stato aderente può avvalersi di apposite Riserve ai fini della loro disapplicazione totale o parziale, per altre ancora è prevista la possibilità di optare tra diverse alternative. Queste diverse ipotesi riguardano proprio le disposizioni che hanno per oggetto la nuova definizione di stabile organizzazione e precisamente l'art. 12 (stabile organizzazione personale da agente o commissionario), l'art. 13 (le c.d. attività esenti e la "*anti-fragmentation rule*"), l'art. 14 (suddivisione dei contratti) e l'art. 15 (definizione di una persona strettamente correlata ad un'impresa). Nella "*MLI-Position*" provvisoria presentata al momento della firma del MLI (che può essere ancora modificata fino alla ratifica del MLI) l'Italia, per quanto riguarda le disposizioni sulla stabile organizzazione, ha espresso la riserva integrale di disapplicazione nei confronti dell'art. 12 e dell'art. 14, una riserva parziale ai fini dell'art. 15 e ai fini dell'art. 13 ha esercitato l'opzione A per le attività esenti e non ha esercitato alcuna riserva nei confronti della "*anti-fragmentation rule*". Le opzioni hanno lo scopo di attribuire agli Stati aderenti al MLI la facoltà di scegliere tra diverse modalità applicative di una determinata previsione del MLI. Proprio in relazione a tale loro natura, le opzioni producono effetto tra due determinati Stati aderenti in via generale solo a condizione di reciprocità, cioè solo se entrambi gli Stati hanno esercitato la stessa opzione. In tal modo è strutturato, ad esempio, l'art. 13 del MLI (cfr. paragrafo 7: "... *an option shall apply ... only where all contracting jurisdictions have chosen to apply the same option ...*"); l'esercizio e gli effetti delle riserve sono regolati dall'art. 28 del MLI. Ai sensi del paragrafo 3 di tale articolo, l'esercizio, da parte di uno Stato aderente, di una riserva relativa ad uno degli articoli del MLI indicati nel paragrafo 1 dell'art. 28 modifica (con alcune eccezioni) il MLI stesso (relativamente agli articoli oggetto di riserva) non solo per tale Stato ("*reserving party*") ma anche per gli altri Stati, ovviamente, solo per le loro relazioni con la "*reserving party*". Ciò implica, ad esempio, che la riserva che l'Italia ha fatto nella sua "*MLI position*" provvisoria all'art. 12 del MLI non implicherà solo che la nuova definizione di stabile organizzazione personale non verrà applicata dall'Italia, come Stato della fonte, relativamente alle imprese residenti negli Stati aderenti al MLI con attività in Italia ma anche da tali Stati, come Stati della fonte, relativamente alle imprese italiane con attività colà esercitate. Sulla disciplina del MLI vedasi G. ALBANO - M. BELLINI, *Doppia tassazione, chance arbitrato, in Il Sole 24 Ore*, 28 agosto 2017; F. AVELLA, *Criteri OCSE alle stabili organizzazioni*, *ivi*, 21 agosto 2017; F. AVELLA, *Stretta OCSE con misure antiabuso*, *ivi*, 10 luglio 2017; F. CAPITTA, *Multilaterale OCSE perimetro incerto*, *ivi*, 25 settembre 2017; A. DELLA CARITÀ - L. BONFANTI, *Riserve, opzioni e algebra booleana nella Convenzione multilaterale BEPS*, in *Corr. trib.*, 2017, 2661 ss.; B. FERRONI, *Firmata la convenzione multilaterale del progetto BEPS: effetti su migliaia di trattati fiscali in tutto il mondo, in il fisco*, 2017, 2952 ss.; C. GARBARINO - P. OCCHIUTO, *Lo strumento multilaterale per la modifica dei trattati contro le doppie imposizioni*, in *Fiscaltà & comm. internaz.*, n. 2/2018; G. MAISTO, *Il successo della convenzione non può essere dato per scontato*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 giugno 2017; P. PIANTAVIGNA, *Gli effetti delle Convenzioni bilaterali sui trattati fiscali*, in *Riv. dir. fin. e scienza delle fin.*, LXXVIII, 2019; R. RIZZARDI, *Con la Convenzione multilaterale le azioni BEPS entrano direttamente negli accordi dei singoli Stati*, in *Corr. trib.*, 2017, 223 ss.; e L. ROSSI - M. AMPOLILLA, *L'adozione della convenzione multilaterale: impatti sulle strutture di acquisizione utilizzate dai private equity*, in *Boll. Trib.*, 2017, 269 ss.

"coperte" ("*Covered Tax Agreements*") (4).

È opportuno anticipare subito che nei confronti di alcuni articoli del MLI che contengono le modifiche alla definizione di stabile organizzazione - in particolare nei confronti dell'art. 12 (contenente la nuova definizione di stabile organizzazione da agente o commissionario, recepita in pieno e addirittura con qualche inasprimento (5) nel nuovo art. 162 del TUIR) - l'Italia, nella "*Position*" provvisoria nei confronti del MLI, ha espresso riserva integrale di disapplicazione di tale articolo. Se tale posizione rimanesse ferma fino al deposito dello strumento di ratifica del MLI da parte dell'Italia, la nuova definizione di stabile organizzazione da agente o commissionario di cui al par. 5 dell'art. 5 del Trattato Modello 2017 non "toccherebbe" le Convenzioni "coperte" dal MLI né tanto meno quelle "non coperte" e quelle nuove (6) che non contengano una simile definizione. Ciò perché la Riserva integrale comporta la non applicazione di tale articolo non solo per l'Italia come "*Reserving Party*" ma anche per tutti gli altri Stati nei rapporti con l'Italia. Però, come si vedrà, anche se la nuova definizione di stabile organizzazione personale di cui al quinto comma dell'art. 5 del Trattato Modello OCSE 2017, per effetto della riserva di disapplicazione espressa dall'Italia nei confronti dell'art. 12 del MLI, non inciderà sulle Convenzioni "coperte" e "non coperte", occorre tenere presente, nell'interpretazione di queste Convenzioni che contengono ancora la vecchia formulazione del par. 5 dell'art. 5 del Trattato Modello precedente a quello del 2017, anche dei principi fissati dalla giurisprudenza italiana proprio nei confronti di detta vecchia formulazione (7). Ciò per effetto delle Osservazioni dell'Italia già espresse nei confronti delle modifiche apportate al Commentario nel 2005 (come reazione alla sentenza *Philipp Morris*) e ribadite nel Commentario 2017 (vedi oltre). La situazione si presenta quindi piuttosto complessa:

(4) Il MLI è stato firmato a Parigi il 7 giugno 2017 ed è entrato in vigore il 1° luglio 2018, ma non ancora per l'Italia perché l'Italia non ha depositato ancora gli strumenti di ratifica dello stesso.

(5) L'inasprimento consiste in questo: mentre nel *Final Report*, nel nuovo art. 5, quinto comma, del Trattato Modello 2017, e nel MLI il criterio per l'esistenza di una stabile organizzazione da agente, accanto a quello "storico" della conclusione dei contratti, è quello dell'attività dell'agente che "... *habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts ...*", il sesto comma dell'art. 162 usa la formulazione più estensiva: "... o abitualmente opera ai fini della conclusione di contratti ...".

(6) Come noto, delle Convenzioni esistenti al momento della firma del MLI da parte dell'Italia (7 giugno 2017), l'Italia ha indicato solo 84 come "Accordi fiscali coperti" (alcuni dei quali allora non ancora in vigore). Di seguito per "Convenzioni non coperte" si intendono, appunto, quelle esistenti allora (entrate in vigore o no) che non facevano parte della lista degli "Accordi fiscali coperti". Per "Convenzioni nuove" si intendono qui invece quelle firmate dopo il 7 giugno 2017, entrate in vigore o meno nel frattempo (che potrebbero essere aggiunte ancora all'elenco degli "Accordi fiscali coperti" al momento del deposito della ratifica del MLI da parte dell'Italia).

(7) Tale vecchia formulazione suona: «... *quando una persona ... agisce per conto di un'impresa e dispone in uno Stato contraente di poteri che essa esercita abitualmente e che le permettono di concludere contratti a nome dell'impresa ...*».

alle difficoltà, nel caso concreto, di individuare gli elementi costitutivi di una stabile organizzazione, si aggiungono notevoli difficoltà anche nell'individuazione della disciplina in concreto applicabile perché occorre considerare: la legge nazionale; la disciplina della Convenzione applicabile; il Trattato Modello OCSE al quale si ispira tale Convenzione e quindi anche il Commentario a tale Modello; il MLI (se firmato anche dall'altro Stato) e le scelte espresse nei suoi confronti sia da parte dell'Italia sia da parte dell'altro Stato, nonché la giurisprudenza italiana sull'argomento e la prassi amministrativa. Ecco il motivo della domanda in premessa.

## 1. ALCUNE CONSIDERAZIONI CHE HANNO RILEVANZA NEL RAPPORTO TRA IL NUOVO ART. 162 DEL TUIR E LE CONVENZIONI ATTUALMENTE IN VIGORE

### 1.1. *Rapporto tra legge interna e Convenzioni e le scelte dell'Italia nei confronti del MLI*

Prima di esaminare le novità contenute nell'art. 162 (8) e la sua applicazione in assenza o in presenza di una Convenzione attualmente in vigore è opportuno premettere le seguenti considerazioni.

Per il noto principio che le disposizioni contenute in una Convenzione possono sì derogare alla normativa fiscale nazionale ma solo nel senso di limitarla e mai nel senso di introdurre o allargare un presupposto di tassabilità o comunque di estendere la tassazione rispetto alla disciplina prevista dalla legge nazionale, la soluzione proposta dall'OCSE di recepire le novità circa la definizione di stabile organizzazione contenuta nel *Final Report Action 7 BEPS* (9) nei trattati bilaterali attraverso il MLI non

(8) In dottrina sul nuovo art. 162 del TUIR vedasi circ. Assonime 27 giugno 2018, n. 15; circ. Comando generale della Guardia di Finanza 27 novembre 2017, n. 1/2018, in *Boll. Trib. On-line*; A. GAFFURI, *Le ipotesi negative di stabile organizzazione. Spunti problematici e sviluppi interpretativi*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, 205 ss.; T. GALLUCCIO, *New trends in the definition of permanent establishment*, IBFD, vol. 17 "EC and International Tax law Series", edited by G. MAISTO; G. GARBARINO, *L'impatto del progetto BEPS sul concetto di stabile organizzazione*, in *Dir. prat. trib.*, 2019, 587 ss.; S. MAYR - G. FORT, *La nuova definizione di stabile organizzazione (art. 162 del TUIR)*, in *Boll. Trib.*, 2018, 487 ss.; M. PIAZZA - A. TRANOTTI, *Stabile organizzazione: nuova definizione e implicazioni più rilevanti*, in *Norme & Tributi*, n. 3/2018; e L. ROSSI - S. FLISI, *Stabile organizzazione personale tra significant people functions e risk management functions*, in *Corr. trib.*, 2019, 81 ss.

(9) Sul nuovo concetto di stabile organizzazione nel *Final Report Action 7 BEPS*, trasfuso nel Trattato Modello OCSE 2017 vedasi D. AVOLIO, *Stabile organizzazione e Final Report dell'OCSE: cosa cambia per i modelli distributivi delle imprese*, in *Il fisco*, 2016, 958 ss.; D. AVOLIO - D. SENCAR, *Stabile organizzazione e Action 7 del progetto BEPS dell'OCSE*, in S. MAYR - B. SANTACROCE (a cura di), *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013; G. FRANSONI, *La stabile organizzazione: nihil sub sole novi?*, in *Riv. dir. trib.*, 2015, 123 ss.; G. GARBARINO, *op. cit.*; G. ROLLE - M. BELLONI, *Tassazione della stabile organizzazione, BEPS e riforma fiscale italiana*, in *Fiscalità & comm. internaz.*, 2014, 21 ss.; O. SALVINI, *La nuova definizione di stabile organizzazione nel BEPS*, in *Rass. trib.*, 2016, 76 ss.; D. SANSONETTI, *Evoluzione del concetto di stabile organizzazione alla luce dell'Action 7 BEPS*, in *Corr. trib.*, 2016, 2457 ss.; e P. VALENTE, *Erosione della base imponibile e stabile organizzazione*, in *Il fisco*, 2015, 3064 ss.

avrebbe avuto alcun effetto per l'Italia nell'ambito del vecchio art. 162 introdotto nel 2004. Ciò perché tale nuova definizione allarga notevolmente i presupposti costitutivi di una stabile organizzazione rispetto a quelli contenuti nella vecchia versione dell'articolo. Di conseguenza, sotto questo aspetto, l'Italia ha fatto bene a modificare l'art. 162 del TUIR (dal 1° gennaio 2018) in modo da "coprire" nella legge interna anche questi nuovi presupposti di stabile organizzazione. Certo, a prima vista, potrebbe sembrare strano che qualche mese prima dell'approvazione della legge n. 205/2017 (cioè al momento della firma del MLI avvenuta il 7 giugno 2017), l'Italia abbia espresso riserva integrale di disapplicazione dell'art. 12 del MLI riguardante proprio la nuova definizione di stabile organizzazione personale, negando così l'applicazione di tale articolo ai trattati "coperti".

In realtà, nel suo complesso, si tratta di una politica fiscale molto intelligente per i seguenti motivi. Da un lato, si potrebbe dire che il legislatore italiano abbia "approfittato" del consenso internazionale intorno ad un nuovo concetto (più vasto) di stabile organizzazione, soprattutto di quella personale (che rappresenta la massima estensione accettata di tale concetto in quel momento storico), per "aggiornare" in tal senso anche la legge nazionale. Con ciò l'Italia parte da una situazione di forza nelle trattative sulle nuove Convenzioni concedendo eventualmente una definizione più stretta nell'ambito delle stesse solo a fronte di una contropartita da parte dell'altro Stato contraente. Se l'altro Stato dovesse, invece, insistere sulla nuova definizione (perché è interessato a ciò come Stato della fonte) – come probabilmente è successo con il Cile (10) – essa può trovare applicazione anche per l'Italia, come Stato della fonte (e con la possibilità per le imprese italiane operanti nell'altro Stato di applicare la *branch exemption*).

Dall'altro, il fatto che l'Italia abbia espresso detta riserva nell'ambito del MLI, a parte voler attendere le scelte definitive degli altri Stati firmatari della Convenzione multilaterale, rappresenta anche un segnale importante ai Paesi "convenzionati" inclusi nel MLI di non voler "cambiare le carte in tavola" dopo tanti anni di esperienza con la Convenzione vigente tra i due Paesi.

### 1.2. *Il ruolo del Commentario al Trattato Modello OCSE*

Come già accennato, le proposte di modifica in tema di stabile organizzazione contenute nel *Final Report Action 7 BEPS* sono state recepite nell'art. 5 del nuovo Trattato Modello OCSE 2017 e commentate con dei nuovi paragrafi o con l'integrazione di paragrafi già esistenti nel nuovo Commentario, pubblicato il 21 novembre 2017.

Siccome il Commentario gioca un ruolo importante nell'interpretazione dei trattati che contengono le disposizioni del Trattato Modello, commentate nel

(10) La Convenzione con il Cile, firmata a Santiago il 23 ottobre 2015, quindi immediatamente successiva alla data di pubblicazione del *Final Report Action 7 BEPS* (e nel frattempo entrata in vigore dal 20 dicembre 2016) recepisce in toto la nuova definizione di stabile organizzazione contenuta nel quinto comma dell'art. 5 del Trattato Modello OCSE 2017.

Commentario, occorre riassumere brevemente la valenza di detti commenti nel tempo:

- quando, in assenza di modifiche degli articoli della Convenzione Modello, vengono aggiunti nuovi paragrafi a commento di disposizioni già contenute nel Trattato Modello che hanno trovato ingresso in una certa Convenzione (cioè si integra o si modifica la interpretazione), tali nuove interpretazioni hanno piena e attuale valenza;

- ai fini dell'interpretazione del nuovo art. 5 del Trattato Modello, l'OCSE difatti precisa che i cambiamenti al Commentario relativi alle parti non modificate hanno piena valenza ai fini dell'interpretazione delle Convenzioni già in vigore che riportano tali disposizioni;

- di converso, se le disposizioni contenute nel Trattato Modello OCSE hanno subito modifiche (come avvenuto per i paragrafi 4, 4.1, 5, 6 e 8 dell'art. 5 per effetto del recepimento del *Final Report Action 7 BEPS*) le nuove interpretazioni con riferimento alle parti modificate (o totalmente nuove) si applicano solo alle future Convenzioni che saranno concluse su tale nuovo *standard* (e non a quelle già in vigore);

- al punto n. 4 del nuovo Commentario all'art. 5 si ribadisce, infatti, che le modifiche al Commentario con riferimento al nuovo par. 4.1 dell'art. 5 (*Anti-fragmentation rule*) e alle modifiche dei paragrafi 4 (Attività ausiliarie e preparatorie), 5 (Agente = stabile organizzazione) e 6 (Agente indipendente) hanno valenza solo per il futuro e non incidono sull'interpretazione delle disposizioni precedenti del Trattato Modello (nel quale tali disposizioni sono state poi incluse).

## 2. LA DEFINIZIONE DI STABILE ORGANIZZAZIONE CONTENUTA NEL NUOVO ART. 162 DEL TUIR E LA SUA APPLICAZIONE NEI CONFRONTI DI PAESI CON CONVENZIONI CON L'ITALIA (CONVENZIONI "COPERTE" O NO DAL MLI E "CONVENZIONI NUOVE") TENENDO CONTO ANCHE DEL COMMENTARIO OCSE E DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

Sicuramente, la nuova definizione della legge interna trova applicazione (dal 1° gennaio 2018) nei confronti di soggetti (imprese) non residenti in generale, cioè residenti in Paesi esteri con i quali l'Italia non ha stipulato una Convenzione contro le doppie imposizioni. Ovviamente, per l'interpretazione di questa nuova disciplina nazionale, l'Italia terrà conto, per le parti identiche a quelle contenute nel Modello OCSE 2017 (di seguito Trattato Modello), anche del Commentario a tale Modello e della giurisprudenza e prassi italiana.

Nei confronti invece di imprese residenti in Paesi esteri con i quali l'Italia ha stipulato una Convenzione contro la doppia imposizione, la definizione di stabile organizzazione nel nuovo art. 162 del TUIR deve essere confrontata con quella contenuta in detta Convenzione. Il risultato di questo confronto, basato sui principi (indicati sopra) che regolano il rapporto tra legge nazionale e Convenzione, può essere di due tipi: o l'art. 162 trova piena applicazione perché non subisce alcuna limitazione per effetto di tale Convenzione (e ciò avviene quando i presupposti costitutivi della stabile organizzazione previsti dalla Convenzione sono identici o più estesi di quelli contenuti nell'art.

162) oppure si applica la disciplina convenzionale perché essa, contenente una definizione più "stretta" di quella dell'art. 162, rappresenta, appunto, una limitazione alla legge nazionale. Ed è proprio questa analisi, per la quale assume particolare importanza anche l'interpretazione delle norme convenzionali in base al Commentario OCSE (e alla giurisprudenza italiana), che presenta le maggiori difficoltà perché da essa dipende se la disciplina nazionale subisce una deroga o meno per effetto della Convenzione. Nell'analisi che segue vengono però considerate solo quelle novità dell'art. 162 che corrispondono alla definizione di stabile organizzazione nel *Final Report Action 7 BEPS*, trasfusa nel nuovo art. 5 del Trattato Modello 2017 e nel MLI. Si ignora, quindi, l'altra ipotesi di stabile organizzazione, di origine prettamente italiana, di cui alla lett. *f-bis* del secondo comma dell'art. 162 ("*una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non far risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso*"), non prevista nell'*Action 7 BEPS* e nel Trattato Modello.

### 2.1. Carattere preparatorio o ausiliario di tutte le "attività esenti" (negative list) per non integrare i requisiti di una stabile organizzazione

Secondo il comma 4-bis dell'art. 162 tutte le attività indicate nel quarto comma devono avere, singolarmente prese o nel loro insieme, carattere preparatorio o ausiliario: "*Le disposizioni del comma 4 si applicano a condizione che le attività di cui alle lettere da a) a e), o, nei casi di cui alla lettera f), l'attività complessiva della sede fissa d'affari siano di carattere preparatorio o ausiliario*". Tale norma corrisponde esattamente all'art. 5, par. 4, ultimo periodo, del Trattato Modello 2017: "*..., provided that such activity or, in the case of subparagraph f) the overall activity of the fixed place of business, is of a preparatory or auxiliary character*". La stessa formulazione si trova nell'art. 13, secondo comma (opzione A), del MLI, opzione scelta dall'Italia nella "*Position*" provvisoria (11). Se tale posizione dovesse rimanere ferma anche nella "*Position*" definitiva, l'applicazione di tale opzione a una determinata Convenzione richiede che anche l'altro Stato abbia optato per una identica scelta. Se, invece, l'altro Stato indica l'opzione B, nessuna opzione, o esercita una riserva, l'opzione A esercitata dall'Italia non risulterà applicabile neanche per l'Italia.

Poiché la precisazione che le c.d. attività "esenti", singolarmente prese o nel loro insieme, devono avere "carattere preparatorio o ausiliario" è stata inserita nella Convenzione Modello 2017 con il nuovo par. 4 dell'art. 5, essa è applicabile solo a quelle Convenzioni che contengono o conterranno la stessa formulazione. In tal caso, la Convenzione non rappresenterebbe una limitazione al comma 4-bis dell'art. 162 ed esso risulterebbe pienamente applicabile (come, per esempio, nel caso della nuova Convenzione Italia-Cile).

Ma cosa succede nei confronti di tutte quelle Convenzioni che seguono ancora la "vecchia formulazio-

(11) Come già accennato, la *MLI-Position* provvisoria dell'Italia espressa al momento della firma del MLI (7 giugno 2017) può essere ancora modificata fino alla ratifica del MLI da parte dell'Italia.

ne” del Trattato Modello (cioè precedente a quella del 2017) che nel par. 4 dell’art. 5 non contiene tale precisazione?

Tale vecchia formulazione poteva (e veniva) interpretata, infatti, nel senso che le ipotesi indicate nelle lettere da *a*) a *d*) del par. 4 dell’art. 5 (per esempio nel Trattato Modello 2014) fossero sempre oggettivamente “esenti”, mentre la nozione di attività preparatoria o ausiliaria rilevasse solo per le ipotesi di cui alle lettere *e*) ed *f*). Anche se il Commentario precedente, per esempio quello al Trattato Modello 2014, interpretando tale “vecchia formulazione”, anticipa già qualche elemento importante considerato poi nella “nuova formulazione”, in base al punto 4 del Commentario 2017 al nuovo art. 5 si può sostenere che la “nuova formulazione” ha carattere innovativo e quindi non trova applicazione nei confronti di Convenzioni che non contengono tale “nuova formulazione”. Per quanto riguarda le Convenzioni che non contengono questa “nuova formulazione” bisogna però distinguere tra quelle che sono “coperte” dal MLI, quelle che “non sono coperte” e quelle “nuove”.

Per quelle “coperte”, infatti, una volta entrato in vigore il MLI anche per l’Italia – e se rimane ferma l’opzione espressa dall’Italia al momento della firma del MLI –, la “nuova formulazione” troverà applicazione in tutti i casi in cui anche l’altro Stato ha espresso la stessa opzione A. Queste Convenzioni non conterranno quindi una limitazione alla disciplina nazionale, per cui il comma 4-bis dell’art. 162 troverà piena applicazione. Esso non troverà invece applicazione nei confronti delle Convenzioni “non coperte” che contengono la “vecchia formulazione” perché essa rappresenta una limitazione alla legislazione nazionale. Così come non troverà applicazione anche nei confronti delle Convenzioni “coperte” per le quali l’opzione esercitata dall’Italia non ha effetto. Infine, per le Convenzioni stipulate successivamente alla firma del MLI (“nuove”) vale la disciplina descritta sopra a seconda che contengano o meno la “nuova formulazione”.

## 2.2. L’anti-fragmentation rule

La norma dell’art. 162, quinto comma, ha lo scopo di contrastare l’utilizzo improprio della “negative list” attraverso la frammentazione di un’unica attività e la imputazione delle singole fasi in cui risulta così scomposta (alcune delle quali ricadenti nella *negative list*) ad una diversa sede fissa della stessa impresa o a un’impresa strettamente correlata. Recita, infatti, tale comma: “Il comma 4 non si applica ad una sede fissa d’affari che sia utilizzata o gestita da un’impresa se la stessa impresa o un’impresa strettamente correlata svolge la sua attività nello stesso luogo o in un altro luogo nel territorio dello Stato e lo stesso luogo o l’altro luogo costituisce una stabile organizzazione per l’impresa o per l’impresa strettamente correlata in base alle previsioni del presente articolo, ovvero l’attività complessiva risultante dalla combinazione delle attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa o da imprese strettamente correlate nei due luoghi, non sia di carattere preparatorio o ausiliario, purché le attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa, o dalle imprese strettamente correlate nei due luoghi, costituiscano

funzioni complementari che siano parte di un complesso unitario di operazioni d’impresa” (il concetto di “impresa strettamente correlata” è definito al comma 7-bis dell’art. 162 e corrisponde alla previsione del paragrafo 8 dell’art. 5 del Trattato Modello 2017 e nell’art. 15 del MLI).

La disposizione di cui al quinto comma dell’art. 162 corrisponde esattamente all’art. 5, par. 4.1, del Trattato Modello OCSE 2017, e all’art. 13, par. 4, del MLI, nei confronti del quale l’Italia non ha espresso alcuna riserva con la conseguenza che tale norma inciderà sulle Convenzioni “coperte”, salvo che l’altro Stato abbia esercitato la specifica riserva di non applicazione.

Ma nell’ambito delle Convenzioni tale disposizione è veramente nuova (nel senso che non può essere applicata alle Convenzioni esistenti che non contengono questa precisazione)?

In realtà, il contenuto di questa disposizione è già stato parzialmente anticipato – però solo con riferimento a una singola impresa – con l’interpretazione contenuta nel Commentario al Trattato Modello precedente a quello del 2017 (che non conteneva ancora questa esplicita disposizione). Contrastando la frammentazione dell’attività relativa a una medesima impresa in luoghi diversi del territorio, nel Commentario al par. 4 dell’art. 5 del Trattato Modello ante 2017 si osserva infatti che: “*an enterprise cannot fragment a cohesive operating business into several small operations in order to argue that each is merely engaged in a preparatory or auxiliary activity*”.

Per quanto riguarda l’Italia, l’Assonime (12), dopo aver ricordato i passati orientamenti dell’Amministrazione finanziaria (già nel senso del divieto della frammentazione) e della giurisprudenza (13), afferma: “... l’effettiva novità di questa regola è rappresentata dalla previsione per cui anche le strutture che presentano una separata giuridica possono essere considerate unitariamente come presenza del gruppo nel suo complesso, quando esprimono appunto, un business coesivo”.

Con la nuova formulazione dell’art. 5, par. 4.1, l’OCSE, che *illo tempore* criticò l’approccio della Corte di Cassazione nella sentenza *Philipp Morris* in cui, a certi fini, guardava all’unitarietà dell’impresa come Gruppo, introduce anch’essa – anche se in relazione ad altra ipotesi – il concetto di Gruppo.

Visto che nei confronti della “fragmentation rule” di cui all’art. 13, par. 4, del MLI, l’Italia non ha espresso alcuna riserva, e considerando tale previsione una novità nell’ambito delle Convenzioni (almeno per quanto riguarda la considerazione del Gruppo), le disposizioni dell’art. 162, quinto comma:

- trovano ovviamente piena applicazione nei confronti di soggetti residenti in Paesi esteri con i quali l’Italia non ha in essere una Convenzione contro la doppia imposizione;

- trovano altresì applicazione nei confronti delle Convenzioni “coperte” (dopo l’entrata in vigore del MLI e se l’altro Stato non ha espresso una Riserva

(12) Circ. Assonime n. 15/2018, cit.

(13) Cfr. Cass., sez. 25 luglio 2002, n. 10925, in *Boll. Trib.*, 2003, 71; Cass., sez. trib., 17 gennaio 2013, n. 1118; e Cass., sez. trib., 7 ottobre 2011, n. 20597; entrambe in *Boll. Trib. On-line*.

di disapplicazione nei confronti dell'art. 13, par. 4, del MLI);

– infine, vale lo stesso anche per le “nuove Convenzioni” che contengono la formulazione dell'art. 5, par. 4.1, del Trattato Modello 2017 (come per esempio la Convenzione Italia-Cile).

Nei casi sopraindicati l'art. 162, quinto comma, non subisce, quindi, alcuna limitazione per effetto di dette Convenzioni.

L'art. 162, quinto comma, subisce, invece, una limitazione per effetto delle seguenti Convenzioni:

– le Convenzioni “non coperte” dal MLI (o anche nei confronti di quelle “coperte” se l'altro Stato ha espresso una Riserva) che non contengono la formulazione dell'art. 5, par. 4.1, del Trattato Modello 2017;

– le “Convenzioni nuove” che non contengono la previsione dell'art. 5, par. 4.1, del Trattato Modello 2017.

### 2.3. La stabile organizzazione personale (da agente)

Il sesto comma costituisce senza dubbio – almeno testualmente – la novità più importante (14) nell'ambito del nuovo art. 162 rispetto a quello precedente. Esso, nella prima parte, definisce la stabile organizzazione da agente nel seguente modo: “*se un soggetto agisce nel territorio dello Stato per conto di un'impresa non residente e abitualmente conclude contratti o opera ai fini della conclusione di contratti senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa e detti contratti sono in nome dell'impresa ... si considera che tale impresa abbia una stabile organizzazione nel territorio dello Stato in relazione ad ogni attività svolta dal suddetto soggetto per conto dell'impresa ...*” e, nella seconda parte, definisce la stabile organizzazione da commissionario attraverso la natura dei contratti: “*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*”.

Mentre la parte sul commissionario si può considerare effettivamente una novità, quella sull'agente – che, accanto all'ipotesi della conclusione dei contratti, dà rilevanza al contributo apportato dall'agente (anche in assenza del potere di concludere i contratti) alla conclusione dei contratti firmati all'estero da un'impresa non residente (15) – non ha, dal punto di vista italiano, i requisiti della novità assoluta. Difatti considerando la giurisprudenza della Corte di Cassazione, la precisazione “*o opera ai fini della conclusione di contratti*” si poteva considerare applicabile anche alla vecchia formulazione dell'art. 162 (16) per

(14) Nuova è anche la definizione di stabile organizzazione da agente indipendente [quando opera esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di una o più imprese alle quali è strettamente collegato (art. 162, settimo comma)]. Questa norma corrisponde al par. 6 dell'art. 5 del Trattato Modello 2017 e al par. 2 dell'art. 12 del MLI (però nei confronti del quale l'Italia ha espresso la Riserva di disapplicazione).

(15) Con ciò, come afferma l'Assonime nella citata circ. n. 15/2018, assume rilievo il luogo in cui i contratti sono effettivamente negoziati, piuttosto che il luogo in cui i contratti sono legalmente conclusi.

(16) «Costituisce una stabile organizzazione dell'impresa di cui al comma 1 il soggetto, residente o non residente, che nel territorio dello Stato conclude abitualmente in nome

i seguenti motivi: tale formulazione ricalca in sostanza quella dei Trattati Modello *ante* 2017 e quindi la formulazione contenuta in tutte le Convenzioni che seguono tali Modelli. Ed è proprio su tale formulazione che è intervenuta la Corte di Cassazione con la sentenza sul caso *Philipp Morris* affermando (17): “... *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 singoli fasi, come le trattative, e non necessariamente comprendere anche il potere di negoziare i termini di contratto*”, e aggiungendo “*la partecipazione di rappresentanti o incaricati di una struttura nazionale ad una fase della conclusione di contratti tra società estere e l'altro soggetto residente può essere ricondotta al potere di concludere contratti in nome dell'impresa anche al di fuori di un potere di rappresentanza*”. Questa interpretazione corrisponde essenzialmente al nuovo testo del sesto comma dell'art. 162, dove si afferma: “*o opera ai fini della conclusione di contratti*”, ma, per effetto della citata sentenza, essa è applicabile anche alla vecchia versione dell'art. 162.

Si può concludere quindi che, per effetto della giurisprudenza della Corte di Cassazione, la nuova formulazione contenuta nell'art. 162 può trovare applicazione anche a periodi d'imposta precedenti al 2018 nei confronti di soggetti residenti in Paesi esteri con i quali non esista una Convenzione contro la doppia imposizione.

Più complesso si presenta, invece, il rapporto del nuovo sesto comma dell'art. 162 con le Convenzioni contro le doppie imposizioni tenendo conto (i) della formulazione non identica a quella contenuta nel *Final Report Action 7*, nel Trattato Modello 2017, e nel MLI, (ii) della scelta operata dall'Italia nei confronti del MLI, (iii) del commentario ai Trattati Modello precedenti a quello del 2017; (iv) della giurisprudenza della Corte di Cassazione e delle Osservazioni espresse dall'Italia nel 2005 al Commentario Trattato Modello e ripetute nei confronti del Commentario al Trattato Modello 2017. Più in particolare:

(i) tra la versione del nuovo sesto comma dell'art. 162 e quella del nuovo par. 5 dell'art. 5 del Trattato Modello 2017, trasfuso nell'art. 12, primo comma, del MLI, esiste una differenza: entrambe le versioni considerano il requisito della conclusione abituale di contratti ma, accanto ad esso, anche l'attività dell'agente ai fini della conclusione di contratti (a prescindere dal potere di concludere i contratti). Proprio in relazione a quest'ultimo requisito la formulazione dell'art. 162, sesto comma, è diversa da quella dell'art. 5, par. 5, del Trattato Modello, in termini di intensità e qualità dell'attività dell'agente: mentre il Trattato Modello richiede un “ruolo principale” dell'agente ai fini della conclusione dei contratti (“*or habitally plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise*” (18), il sesto comma dell'impresa stessa contratti ...»).

(17) Commentando la formulazione contenuta nel Trattato Italia-Germania e nel Trattato Modello (probabilmente quello del 2000 o precedente) identica a quella del vecchio art. 162.

(18) E se non si tratta di «*contracts that are routinely*

dell'art. 162 recita: “*o opera ai fini della conclusione di contratti*”. Poiché operare ai fini della conclusione di contratti esprime un'intensità qualitativa minore rispetto al termine “svolgere un ruolo principale” (e quindi il concetto di “operare” allarga i presupposti di una stabile organizzazione rispetto a quello che discende dallo “svolgere un ruolo principale”), la versione del Trattato Modello 2017 e del MLI esprime un concetto di stabile organizzazione più “ristretto” rispetto a quello del sesto comma dell'art. 162. Di conseguenza, se una Convenzione contiene la versione del Trattato Modello 2017 (e dell'art. 12, primo comma, del MLI), essa limiterebbe l'applicazione dell'art. 162, sesto comma;

(ii) come già accennato, l'Italia, nella “*Position*” provvisoria, ha però espresso riserva integrale di disapplicazione dell'art. 12 del MLI con la conseguenza che, se tale posizione rimane ferma anche al momento del deposito della ratifica del MLI da parte dell'Italia, tale definizione di stabile organizzazione da agente (cioè quella del nuovo quinto comma dell'art. 5 del Trattato Modello 2017) non inciderà sulle Convenzioni “coperte” (e tanto meno su quelle “non coperte”) che non contengono una simile formulazione (19). Di conseguenza, per effetto di tale riserva, tutte le Convenzioni “coperte” o “non coperte” (che non contengono la nuova versione del par. 5 dell'art. 5 del Trattato Modello 2017, ma contengono quella del vecchio par. 5 dell'art. 5 del Trattato Modello ante 2017) limitano l'applicazione del sesto comma dell'art. 162 [però vedi punto (iv) sulla giurisprudenza italiana];

(iii) per completezza dell'analisi occorre però verificare se per effetto del Commentario ai Trattati Modello ante 2017, la versione contenuta nelle Convenzioni “coperte” o “non coperte” possa già essere interpretata nel senso della nuova formulazione contenuta nel Trattato Modello 2017. Anche se i Commentari ai Trattati Modelli precedenti a quello del 2017 (20) contengono alcune precisazioni che vanno nella direzione della nuova formulazione dando una certa rilevanza alla fase della negoziazione dei contratti, tali precisazioni – relative alla vecchia versione dell'art. 5, par. 5, del Trattato Modello ante 2017 – non possono essere considerate come anticipazioni della nuova formulazione dell'art. 5, quinto comma, del Trattato Modello 2017, da applicare quindi anche ai trattati con la vecchia versione dell'art. 5, par. 5, del Trattato Modello ante 2017. Ciò è confermato dal fatto che il Commentario 2017 stesso precisa che le modifiche al Commentario con riferimento al

*concluded without material modification by the enterprise*», ma di contratti in cui il contributo dell'impresa estera è molto più incisivo, a quali condizioni l'attività dell'agente dà lo stesso luogo a una stabile organizzazione?

(19) Una simile formulazione è invece contenuta nel Trattato Italia-Cile, trattato non coperto dal MLI.

(20) Tale versione, facendo riferimento solo al potere di concludere i contratti recita: «... *quando una persona ... agisce per conto di un'impresa e dispone in uno Stato contraente di poteri che essa esercita abitualmente e che le permettono di concludere contratti a nome dell'impresa, si può considerare che tale impresa abbia una stabile organizzazione in quello Stato in relazione ad ogni attività intrapresa dalla suddetta persona per l'impresa ...*» (di seguito vecchia versione dell'art. 5, par. 5, del Trattato Modello ante 2017).

nuovo art. 5 (come anche con riferimento ad altri articoli) hanno valenza solo per il futuro, e non incidono sull'interpretazione delle disposizioni precedenti del Trattato Modello e che hanno fatto ingresso nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni. Si può quindi concludere che alle Convenzioni “coperte” (sulle quali le novità non incidono per effetto della riserva espressa dall'Italia nei confronti dell'art. 12 del MLI) e alle Convenzioni “non coperte” non è applicabile l'interpretazione contenuta nel nuovo Commentario 2017 a tale articolo. Rimane, quindi, da verificare l'influenza della giurisprudenza italiana (21);

(iv) come già anticipato, la giurisprudenza italiana, soprattutto con la sentenza nel caso *Philipp Morris* (e con alcune successive), è intervenuta “pesantemente” sulla definizione di stabile organizzazione personale nell'ambito dei trattati contro la doppia imposizione (il caso riguardava in particolare il Trattato italo-tedesco). Tenendo conto anche della definizione contenuta nel Trattato Modello OCSE (ante 2017) e del commento alla stessa nell'ambito del Commentario, la sentenza ha stabilito alcuni principi di diritto in tema di indici rivelatori della stabile organizzazione. Ai fini della presente analisi interessano quei principi che si riferiscono alla stabile organizzazione personale da agente, e in particolare al significato da attribuire alla formulazione del vecchio art. 5, par. 5, del Trattato Modello ante 2017: “... *quando una persona agisce per conto di un'impresa e dispone in uno Stato contraente di poteri che essa esercita abitualmente e che le permettono di concludere contratti a nome dell'impresa, si può considerare che tale impresa abbia una stabile organizzazione in quello Stato in relazione ad ogni attività intrapresa dalla suddetta persona per l'impresa ...*” (in questo senso anche l'art. 5, par. 4, del Trattato Italia-Germania, oggetto della sentenza *Philipp Morris*). Orbene, l'interpretazione della Corte a tale formulazione, seguendo un approccio sostanziale ed economico, dà rilevanza anche a tutte quelle attività che abbiano contribuito alla conclusione di contratti, a prescindere dai poteri di rappresentanza (22). Tale interpretazione anticipa in sostanza il contenuto del nuovo art. 5, par. 5, del Trattato Modello 2017 (tranne che per il requisito del “ruolo principale”). L'OCSE, che all'epoca etichettò alcuni dei principi elaborati nella sentenza della Corte di Cassazione come un caso di “*judicial override*” dei Trattati, ha fatto quindi proprio l'orientamento della Cassazione su questo punto espresso nella citata sentenza (l'OCSE nel Trattato Modello 2017 ha aggiunto solo il requisito del “ruolo principale” dell'attività dell'agente ai fini della conclusione dei contratti).

Ai fini dell'indagine sulla valenza dell'interpretazione della Suprema Corte citata per le Convenzioni che contengono ancora la vecchia formulazione del par. 5 dell'art. 5 del Trattato Modello, è opportuno ripercorrere le vicende a livello dell'OCSE dopo la sentenza *Philipp Morris*.

(21) Sulla giurisprudenza in tema di stabile organizzazione si veda, tra gli altri, P. RUGGIERO, *La stabile organizzazione nella giurisprudenza interna*, in S. MAYR - B. SANTACROCE (a cura di), cit.

(22) Si veda l'estratto delle motivazioni della sentenza *Philipp Morris* citate in precedenza.

Come reazione a tale sentenza e per contrastare alcuni dei principi di diritto in essa contenuti, l'OCSE ha addirittura integrato, nel 2005, il Commentario al Trattato Modello allora "vigente". Così per contrastare il principio secondo cui *"la partecipazione di rappresentanti o incaricati di una struttura nazionale ad una fase della conclusione di contratti tra società estera e altro soggetto residente può essere ricondotta al potere di concludere contratti in nome dell'impresa, anche al di fuori di un potere di rappresentanza"* (Cass. n. 7682/2002, cit.), al par. 33 del Commentario veniva inserita la seguente precisazione: *"la mera circostanza che una persona abbia assistito o anche partecipato in uno Stato a delle negoziazioni tra un'impresa ed un cliente non è di per sé motivo sufficiente per concludere che detta persona ha esercitato in detto Stato il potere di concludere contratti a nome dell'impresa"*. Per esprimere invece il dissenso sul concetto di "stabile organizzazione multipla" nel par. 41.1. veniva precisato che *"la determinazione dell'esistenza di una stabile organizzazione in virtù delle disposizioni dei paragrafi 1 o 5 dell'articolo dovrà essere riscontrata in maniera distinta per ciascuna società del Gruppo"*. Con il par. 42 si voleva invece contrastare il principio secondo il quale l'affidamento delle funzioni di *management* rappresenterebbe un indice rivelatore di una stabile organizzazione. Nei confronti delle citate precisazioni nel Commentario l'Italia ha, però, espresso la seguente Osservazione (al punto 45.10 del Commentario): *"... con riferimento ai paragrafi 33, 41, 41.1 e 42 l'Italia desidera chiarire che la sua giurisprudenza non può essere ignorata nell'interpretazione dei casi considerati da tali paragrafi"*.

Cosa significa questa Osservazione?

Come noto le osservazioni al Commentario esprimono un dissenso di uno Stato nei confronti dell'interpretazione contenuta nel Commentario, mentre le "Riserve" esprimono un dissenso dalla formulazione del Modello di Convenzione (23). A prescindere dalle discussioni in dottrina (24) sul rapporto tra le revisioni al Commentario e l'Osservazione espressa dall'Italia, la Corte di Cassazione stessa, in una sentenza successiva, ha affermato che nessuna decisiva rilevanza può essere riconosciuta alle modifiche apportate al Commentario proprio perché nei confronti delle stesse è stata espressa dal Governo italiano l'Osservazione (la Cassazione usa il termine "riserva") che l'Italia non può disattendere l'interpretazio-

(23) Sull'argomento vedasi l'importante contributo in dottrina di G. MAISTO, *The observations on the OECD Conventions in the interpretation of tax treaties*, in *Bulletin of International Taxation*, 2005, e, per un'analisi storica delle riserve e osservazioni nei confronti del Modello OCSE e Commentario nonché delle riserve e osservazioni espresse dall'Italia, si veda P. ARGINELLI - G. ZANETTI, *Departures from the OECD Model and Commentaries*, IBFD, vol. n. 11, 2014, *EC and International Tax Law Series*, edited by G. MAISTO. Sulla valenza in Germania del Commentario, delle Riserve ed Osservazioni espresse dai Governi allo stesso si veda M. LANG, *Die Bedeutung des OECD-Kommentars und der Reservations, Observations und Positions für die DBA-Auslegung*, in *Festschrift für Dietmar Goesch*, C.H. Beck, 2016.

(24) Sull'argomento si veda M. CERRATO, *Stabile organizzazione e gruppi tra rigori giurisprudenziali e temperamenti dell'OCSE*, in *Corr. trib.*, 2008, 3057 ss.

ne data dai propri giudici nazionali. Le precisazioni di cui ai par. 33, 41, 41.1 e 42 del Commentario introdotte dall'OCSE nel 2005 sono contenute anche nel Commentario al Trattato Modello 2017.

In particolare la precisazione contenuta nel par. 33 – che qui interessa – è stata ripresa nel par. 97 del nuovo Commentario. In esso si precisa che la mera circostanza che una persona abbia assistito o partecipato in uno Stato a delle negoziazioni tra un'impresa e un cliente non è di per sé sufficiente per poter concludere che detta persona ha concluso il contratto oppure svolto il ruolo principale ai fini della conclusione dei contratti che sono *"routinely"* conclusi dall'impresa. Anche in questo caso l'Italia ha espresso un'Osservazione al par. 97 (e anche ad altri paragrafi) precisando: *"Italy wishes to clarify that, with respect to paragraphs 97, 116, 117 and 118 its jurisprudence is not to be ignored in the interpretation of cases falling in the above paragraphs"* (si noti l'uso della medesima formulazione per le osservazioni ai par. 33, 41, 41.1 e 42).

In base alle considerazioni precedenti si può concludere che, nell'interpretazione di tutti i trattati che contengono ancora la vecchia formulazione dell'art. 5, par. 5, del Trattato Modello (*ante* 2017), vale la giurisprudenza della Corte di Cassazione citata. Ciò significa che bisogna tener conto dell'attività dell'agente come descritta nella sentenza e la stabile organizzazione personale può nascere anche in assenza del potere di concludere i contratti. E non è necessario che l'agente svolga un "ruolo principale" ai fini della conclusione del contratto (anche se, dall'attività dell'agente descritta nella sentenza si può capire che è implicita una certa importanza di detta attività ai fini della conclusione di contratti). Questa interpretazione coincide in pratica con la previsione dell'art. 162, sesto comma. Se però una Convenzione in vigore contiene la nuova formulazione del par. 5 dell'art. 5 del Trattato Modello 2017 – che richiede il ruolo principale dell'agente ai fini della conclusione dei contratti – ciò dovrebbe rappresentare una limitazione all'art. 162, sesto comma, e tale limitazione – poiché normativamente regolata – dovrebbe essere riconosciuta anche dalla giurisprudenza.

Nei confronti, invece, delle Convenzioni che contengono ancora la vecchia formulazione del par. 5, art. 5, del Trattato Modello *ante* 2017, si applicherebbe l'interpretazione della giurisprudenza citata (la quale, come detto, non richiede che l'attività dell'agente abbia un "ruolo principale").

Se si segue questa tesi, per il contribuente sarebbe stato meglio che l'Italia non avesse esercitato la riserva della disapplicazione dell'art. 12 del MLI. In tal caso, infatti, alle Convenzioni "coperte" sarebbe stato applicato il nuovo par. 5 dell'art. 5 del Trattato Modello 2017 contenente il requisito del "ruolo principale" regolato normativamente (con la ratifica del MLI). Avendo l'Italia invece espresso la riserva, sia le Convenzioni "coperte" sia quelle "non coperte" (che non contengono già la nuova versione dell'art. 5 del Trattato Modello 2017) non dovrebbero comportare alcuna limitazione all'art. 162, sesto comma, essendo ad esse applicabile la giurisprudenza citata.

Dott. Siegfried Mayr