L'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione nell'era post BEPS*

1. La stabile organizzazione nel contesto attuale

Oggetto del presente studio è la determinazione del reddito riferibile alla stabile organizzazione; tema centrale nel contesto attuale, considerato lo sforzo proteso dagli Stati nell'attingere una quota del reddito conseguito nel loro territorio da imprese non residenti[1]. È del resto risaputo che, in base all'art. 7, comma 1, del Modello di Convenzione OCSE in tema di doppia imposizione, unicamente il reddito riferibile alla stabile organizzazione può andare soggetto a tassazione nello Stato della fonte.

Due spinte contribuiscono a questa centralità.

In primo luogo, penso all'evoluzione che negli ultimi anni ha interessato il modello di business e le strategie di internazionalizzazione dei gruppi multinazionali e, segnatamente, al superamento delle tradizionali strutture "*country specific*" a vantaggio di modelli globali di impresa[2].

La ricerca di competitività ha infatti indotto i grandi gruppi imprenditoriali ad abbandonare le forme di organizzazione "multidomestiche" preponderanti fino almeno agli anni '90, nelle quali ciascuna società del gruppo svolgeva in tendenziale autonomia[3] (e, quindi, di fatto finiva per duplicare) le medesime funzioni[4]. Ne hanno

---

* Lavoro sottoposto a referaggio anonimo da parte di un componente del Comitato di valutazione.

[1] Emblematico è il caso delle recenti verifiche fiscale che hanno interessato alcune multinazionali dell'economia digitale; cfr., ad esempio, GREGGI, *Il caso Apple Italia*, in *Novità Fiscali*, n. 1/2016, p. 4 ss.

[2] Di tale evoluzione – e delle sfide di ordine fiscale che ne derivano – tratta lo studio di ASSONIME, *Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali*, n. 17/2016, al quale si rinvia per ogni approfondimento. Il tema è ampiamente affrontato anche dalla letteratura economico – aziendale: oltre agli autori citati più oltre citati nel testo, cfr. BARTLETT - GHOSHAL, *Managing across borders: the transnational solution*, Boston, 1989; HILL, *International Business - Competing in the Global Marketplace*, Boston, 2007; JONES, *Multinationals and global capitalism: from the nineteenth to the twenty-first century*, New York, 2005; KRUG – DANIELS (a cura di), *Multinational enterprise theory*, Londra 2008.

[3] TAVARES, *Multinational firm theory and International tax law: seeking coherence*, in *World Tax Journal*, n. 2/2016, p. 251: «*each foreign firm would be viewed ... as a disintegrated cell of the multinational corporate body, as a deconsolidated entity forming part of an investment portfolio directly held by an investor/entrepreneur. Each country operation would, in turn, represent a separate production function, a separate source of income, managed by separate agents on behalf of the ultimate owner*».

[4] Una locuzione ricorrente in letteratura per descrivere la natura delle entità locali nel modello "multidomestico" è «*truncated replicas of the parent company*»: cfr. DUNNING – LUNDAN, *Multinational enterprises and the global economy*, Cheltenham, 2008, pp. 194 e 554, e TURLEY – CHAMBERLAIN - PETRICCIONE, *A new dawn for the international tax system*, Amsterdam,

preso il posto strutture caratterizzate dalla concentrazione delle funzioni, dalla frammentazione della produzione e dall'integrazione verticale delle strutture[5]. In questo contesto, gli snodi strategici e operativi (ad esempio, produttivi, di marketing, ecc.) del gruppo sono integrati in un'unica entità centrale (o, al più, in pochi *hub* regionali), con l'obiettivo ultimo di realizzare economie di scala[6].

Alle società locali resta, dunque, affidato l'espletamento solo di segmenti di attività, con una commistione di funzioni e processi che, sul piano fiscale, rende possibile la "riqualificazione" delle filiali in *branches* dell'entità centrale dalla quale dipendono; e ciò in nome della pervasiva capacità di controllo esplicata dal centro, rispetto alla quale le periferie assolvono, una funzione puramente servente a ridotta autonomia.

In secondo luogo, mi riferisco all'evoluzione che ha interessato negli ultimi anni la definizione di stabile organizzazione, oggetto di un progressivo ampliamento tanto in via interpretativa, ad opera della giurisprudenza (a partire dal noto caso *Philip Morris*[7]), quanto a livello normativo. A quest'ultimo riguardo, rilevano in special modo le conclusioni dell'Action 7 del Progetto BEPS, dal titolo "*Preventing the artificial avoidance of PE status*"[8].

In estrema sintesi, è stato stabilito che: (*i*) la soglia per configurare l'esistenza di una stabile organizzazione personale è integrata anche

---

2017, pp. 3 – 65. Il tratto distintivo del modello in questione è l'incremento del numero delle attività sviluppate nei diversi mercati, giacché l'impresa deve collocare in ciascuna delle diverse aree geografiche le attività fondamentali per la creazione di vantaggi competitivi; di qui, peraltro, anche l'attenuazione del ruolo di guida e di coordinamento dell'impresa capogruppo.

[5] Questa tendenza è riconosciuta, ad esempio, anche nelle Linee Guida OCSE in tema di transfer price (2010): «*Business representatives … explained that multinational businesses … increasingly needed to reorganize their structures to provide more centralized control and management of manufacturing, research and distribution functions*» (par. 9.57).

[6] Pertanto, nel modello globale l'impresa capogruppo assume un decisivo ruolo di coordinamento forte in tutti i Paesi nei quali il gruppo opera, sicché le varie società estere tendono a svolgere un ruolo puramente operativo-esecutivo di decisioni e strategie assunte a livello centrale. Cfr. DUNNING – LUNDAN, op. cit., p. 6; TURLEY – CHAMBERLAIN – PETRICCIONE, op. cit., p. 37; WILDE, *Sharing the pie - taxing multinationals in a global market*, Amsterdam, 2017, p. 254 ss..

[7] Cfr. Cass. n. 7682/2002. Per un commento a tale pronuncia, si vedano CERRATO, *Stabile organizzazione e gruppi tra rigori giurisprudenziali e temperamenti dell'OCSE*, in *Corr. Trib.*, n. 43/2008, p. 3507 ss, LUPI – STEVANATO - GIORGI, *Una società controllata può "nascondere" una stabile organizzazione*, in *Dial. Trib.*, n. 1/2013, p. 35 ss., BALLANCIN, *La nozione di stabile organizzazione di gruppo in una recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2002, p. 953 ss.

[8] OECD/G20, *Preventing the artificial avoidance of permanent establishment status - Action 7: Final Report*, 2015. Le modifiche di cui si dà atto nel testo sono confluite nella Convenzione multilaterale implementativa del progetto BEPS del novembre 2016 (art. 12), nonché nella versione 2017 del Modello di Convenzione OCSE contro la doppia imposizione. A livello domestico, si veda il nuovo testo dell'art. 162 del D.P.R. n. 917/1986, come risultante a seguito delle modifiche introdotte dalla Legge di stabilità 2018 (L. n. 205/2017).

nei casi in cui l'agente dipendente svolga un ruolo decisivo («*principal role*») ai fini della stipulazione dei contratti che sono poi conclusi, senza modifiche sostanziali, dall'impresa estera; (*ii*) è dipendente l'agente che opera esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di società del gruppo; (*iii*) attività che, isolatamente considerate sono ausiliarie, possono non esserlo – e, quindi, dar vita a una stabile organizzazione - ove considerate nel loro complesso.

Un'analisi di dettaglio di tali modifiche, così come della giurisprudenza che negli ultimi anni ha affinato la nozione di stabile organizzazione, fuoriesce dall'ambito del presente contributo. Ai nostri fini, basti dire che è verosimile attendersi per l'avvenire un deciso proliferare di stabili organizzazioni.

2. *Restricted indipendence* vs. *full indipendence*

Una volta ravvisata l'esistenza di una stabile organizzazione, la domanda da porsi riguarda il reddito ad essa (stabile organizzazione) riferibile; ed è su questo che verterà la mia indagine.

Ora, già dalla proposta di convenzione multilaterale approvata dalla Lega delle Nazioni nel 1933, l'allocazione del reddito alla stabile organizzazione è stata governata dal cd. "*separate entity arm's lenght principle*"[9]. La stabile organizzazione – mera articolazione funzionale interna, priva di autonoma soggettività giuridica[10] - è stata cioè trattata, sin dagli albori del diritto tributario internazionale, come un'entità autonoma «*engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions*»[11], al fine di determinarne il reddito imponibile sulla base delle sue risultanze contabili.

Tuttavia, l'assenza di contratti conclusi in proprio dalla stabile organizzazione, ontologicamente incompatibile con la ravvisata assenza di autonomia giuridica, suggerì agli estensori del Modello del 1933 di prevedere taluni temperamenti all'applicazione pura del principio dell'*arm's lenght*. Fu così tra l'altro contemplata la

---

[9] All'origine di questa impostazione, vi sono i lavori di M.B. Carroll. Si veda CARROLL, *Methods of allocating taxable income*, League of Nations, 1933. Una puntuale ricostruzione storica delle norme che regolano l'attribuzione dei redditi alla stabile organizzazione è contenuta in SASSEVILLE – VANN, *Article 7: Business Profits - Global Tax Treaty Commentaries*, Amsterdam, 2017, par. 1.2 e ss.

[10] Si vedano, per tutti, GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1985, p. 387 ss.; LOVISOLO, *La stabile organizzazione*, in UCKMAR (a cura di), *Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 2005, p. 439 ss.; BORIA, *L'individuazione della stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, n. 1/2014, p. 1 ss..

[11] Art. 3, comma 1, del Modello di Convenzione del 1933; cfr. LEAGUE OF NATIONS FISCAL COMMITTEE, *Report to the Council on the Fourth Session of the Committee*, C.399.M.204. 1933.II.A., 1933.

possibilità di fare ricorso, in via sussidiaria, a metodi di ripartizione proporzionale («*formulary apportionment*») del reddito tra stabile organizzazione e casa madre[12].

Questo schema – ricorso al principio di libera concorrenza, salvo talune deroghe giustificate dalla peculiare natura delle stabili organizzazioni[13] – è nei suoi tratti essenziali confluito nell'art. 7 in tema di utili d'impresa del Modello di Convenzione approvato dall'OCSE nel 1963[14] ed è rimasto sostanzialmente invariato nelle versioni del Modello succedutesi fino al 2010.

In questo anno, l'OCSE ha pubblicato il "*Report on the attribution of profits to permanent establishment*" ed ha approvato una versione del Modello di Convenzione contro le doppie imposizione, contenente una nuova formulazione del paragrafo 2 dell'art. 7[15]. L'obiettivo al fondo delle due iniziative, che hanno inaugurato il cd. *Authorised OECD Approach* («AOA»), è quello di risolvere i dubbi interpretativi ed eliminare le difformità applicative in punto di quantificazione del reddito della stabile organizzazione che la precedente formulazione della disposizione aveva originato[16].

---

[12] Cfr. art. 3, commi 3 e 4, del Modello del 1933: «*the fiscal authorities may determine empirically the business income by applying a percentage to the turnover of that establishment. This percentage is fixed in accordance with the nature of the transactions in which the establishment is engaged and by comparison with the results obtained by similar enterprises operating in the country*» o, in alternativa, «*the net business income of the permanent establishment may be determined by a computation based on the total income derived by the enterprise from the activities in which such establishment has participated. This determination is made by applying to the total income coefficients based on a comparison of gross receipts assets, number of hours worked or other appropriate factors*».

[13] Accorgimenti riguardavano, ad esempio, lo scambio di beni immateriali, la fornitura di beni per impieghi temporalmente limitati, l'attribuzione delle "spese di regia": in deroga al principio di autonomia della stabile organizzazione, tali voci erano imputate al costo, senza alcun ricarico di libera concorrenza. Cfr. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, in *Rass. Trib.*, n. 1/2002, p. 86 ss., laddove si parla di «*ampie e radicali esclusioni dalla sfera applicativa della regola dell'indipendenza*» che si reggono «*solo su ragioni di indole pratica*».

[14] In dettaglio, l'art. 7, comma 2, del Modello del 1963 si riferiva agli utili che la stabile organizzazione «*might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealings wholly indipendently with the enterprise of which it is a permanent establishment*». Il comma 4 stabiliva che «*insofar as its has been customary in a Contracting state to determine the profits to be attributed to a permanent establishment on the basis of an apportionment of the total profits of the enterprise to its various parts, nothing in paragraph 2 shall preclude that Contracting State from determining the profits to be taxed by such an apportionment as may be customary ...*».

[15] Il comma 2 dell'art. 7, nella versione del 2010, dispone che gli utili imponibili in capo alla stabile organizzazione sono quelli che essa «*might be expected to make, in particular in its dealings with other parts of the enterprise, if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions performer, assets used and risk assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise*».

[16] I due principali metodi tra i quali, prima del 2010, oscillava la prassi degli Stati ai fini dell'individuazione della quota parte di reddito riferibile alla stabile organizzazione erano il

Il "*separate entity arm's lenght principle*" è così indicato come l'unico metodo ammesso per determinare la base imponibile delle stabili organizzazioni. Soprattutto, viene chiarito che la sua applicazione deve avvenire in base al cd. "*functionally separate legal entity approach*": vuol dire che il reddito della stabile organizzazione va determinato come se si trattasse, a tutti gli effetti, di un'entità giuridicamente autonoma, operante in circostanze comparabili, con esclusione perciò delle deroghe previste nella vigenza delle precedenti versioni del Modello.

La proclamata indipendenza "virtuale" (adesso piena e non più temperata) della stabile organizzazione richiede dunque, in prima battuta, l'individuazione delle funzioni svolte, dei beni utilizzati e dei rischi assunti dalla *branch*, nonché delle transazioni («*dealings*») che, in questa sua ipotizzata veste di impresa associata, essa porrebbe in essere; e, in un secondo momento, la determinazione della remunerazione *at arm's lenght* di tali funzioni, asset e rischi, avuto riguardo ai criteri sanciti dalle Linee Guida OCSE in materia di prezzi di trasferimento per le transazioni tra imprese associate[17].

In particolare, la prima fase dell'AOA sotteso all'art. 7 del Modello di Convenzione («*functional and factual analysis*») assolve la medesima funzione dello studio di comparabilità occorrente ai fini dell'analisi di transfer price di cui all'art. 9 del medesimo Modello[18]. Resta l'ostacolo dato dall'assenza di contratti tra la casa madre e la stabile organizzazione[19]. Per sopperire a questa carenza, l'AOA impone di muovere dalle funzioni svolte dal personale della stabile organizzazione («*significant people functions*»), alle quali ancorare i rischi virtualmente assunti e gli asset virtualmente posseduti dalla stabile organizzazione medesima, con i diritti e gli obblighi che ne derivano[20].

Questo diverso punto di partenza (ossia, le funzioni in luogo dei contratti) può naturalmente condurre a risultati non del tutto sovrapponibili. E, tuttavia, occorre considerare che la rilevanza degli assetti contrattuali ai fini dell'analisi di transfer price tra imprese associate è andata negli anni notevolmente ridimensionandosi, nel

---

"*relevant business activity approach*" e il "*functionally separate entity approach*". Il primo attribuisce alla stabile organizzazione i soli profitti derivanti dalle attività che la coinvolgono attivamente, che non possono in ogni caso eccedere i profitti totali dell'impresa di cui la stabile organizzazione costituisce parte. Per il secondo, la stabile organizzazione può produrre utili indipendentemente dal risultato dell'impresa nel suo complesso. Per una compiuta descrizione dei due metodi, cfr. OECD, *Discussion draft on the attribution of profits to permanent establishment*, 2001, par. 12 e ss.

[17] La puntuale illustrazione dei due *step* è contenuta in OECD, *2010 Report on the attribution of profit sto permanent establishments*, 22 luglio 2010, Part I.

[18] *Ivi*, par. 13.

[19] *Ivi*, par. 14, nonché par. 61 ss.

[20] *Ivi*, par. 15 - 16.

tentativo di valorizzare l'effettiva condotta delle parti, anche al di là della rappresentazione che di essa dà il regolamento negoziale[21].

Peraltro, verso questa direzione contribuiscono in maniera significativa le conclusioni elaborate nell'ambito delle Action 8 – 10 del Progetto BEPS («*Aligning transfer pricing outcomes with value creation*»). In questa sede, è stato infatti ulteriormente precisato che l'analisi di comparabilità volta ad appurare le funzioni svolte dai contraenti, i rischi assunti e i beni posseduti – e, quindi, a identificare la transazione infragruppo da remunerare – deve guardare al comportamento delle parti, più che alle mere risultanze contrattuali[22].

Da questa analisi emerge, insomma, con evidenza un lento ma costante avvicinamento tra l'analisi richiesta dall'art. 7 in punto di determinazione del reddito alla stabile organizzazione e quella rilevante in base all'art. 9 ai fini dell'allocazione del reddito tra imprese associate[23].

3. L'era post-BEPS

Nondimeno, l'applicazione di queste regole e principi nell'attuale assetto dei gruppi multinazionali e alle nuove ipotesi di stabile

---

[21] PETRUZZI - HOLZIGER, *Profit attribution to dependent agent permanent establishment in a post-BEPS era*, in *World Tax Journal*, n. 2/2017, p. 283, che al riguardo citano il par. 1.53 delle Linee Guida OCSE (2010) in tema di transfer price: «*In transactions between indipendent enterprises, the divergence of interest between the parties ensures that they will ordinarily seek to hold each other to the terms of the contract ... The same divergence of interests may not exist in the case of associated enterprises, and it is therefore important to examine whether the conduct of the parties conforms to the terms of the contract or whether the parties' conduct indicates that the contractual terms have not been followed or are a sham. In such cases, further analysis is required to determine the true terms of the transaction*». Sempre nel senso della rilevanza della sostanza della transazione, anche a scapito del formale assetto negoziale, si vedano anche i parr. 1.48 – 1.49, 1.65, 1.69, 9.12, 9.14, 9.166, 9.169 delle Linee Guida (2010) citati in DZIURDZ, *Attribution of functions and profits to a dependent agent PE: different arm's lenght principles under Articles 7(2) and 9?*, in *World Tax Journal*, n. 2/2014, p. 142.

[22] OECD/G20, *Aligning transfer pricing outcomes with value creation - Action 8 - 10: Final Reports*, 2015, par. 1.120: «*In performing the analysis, the actual transaction between the parties will have been deduced from written contracts and the conduct of the parties. Formal conditions recognised in contracts will have been clarified and supplemented by analysis of the conduct of the parties ... Where the characteristics of the transaction that are economically significant are inconsistent with the written contract, then the actual transaction will have been delineated in accordance with the characteristics of the transaction reflected in the conduct of the parties*». Per un più diffuse esame delle risultanze delle Azioni 8 – 10 del progetto BEPS, si veda LANG – STORCK - PETRUZZI (a cura di), *Transfer pricing in a Post-BEPS world*, 2016.

[23] PETRUZZI - HOLZIGER, op. cit., p. 293 ss., per i quali la nozione di «*actual conduct of the parties*» rilevante ai fini dell'art. 9 è molto simile a quella di «*significant people functions*» da cui deve prendere avvio l'analisi di cui all'art. 7, comma 2; alla stessa conclusione pervengono anche DZIURDZ, op. cit., p. 141 ss., e MALHERBE - DAENEN, *Permanent establishments claim their share of profits: does the Taxman agree?*, in *Bulletin for International Taxation*, n. 7/2010, par. 4.2.

organizzazione di cui si è detto in precedenza resta alquanto problematico[24].

È stato, anzitutto, esattamente osservato che queste novità comporteranno un deciso incremento delle ipotesi di stabili organizzazione, cui si accompagnerà solo un modesto incremento di gettito per gli Stati della fonte[25]. In particolare, sarà dato ravvisare una stabile organizzazione anche nei casi in cui le funzioni esplicate dalla struttura locale siano puramente routinarie o, comunque, attuative di decisioni assunte altrove dalla casa madre; cosicché l'applicazione dell'AOA - che, come si è visto, poggia sul concetto di «*significant people functions*» - non potrà che condurre all'imputazione di un reddito minimo alla stabile organizzazione[26].

La rilevanza della questione si acuisce quando nel Paese in cui si trova la stabile organizzazione personale già opera, come agente, una società del gruppo (di regola, controllata dalla casa-madre). Secondo l'approccio dell'OCSE («*dual taxpayer approach*»), in questi casi sarà necessario determinare tanto la remunerazione *at arm's lenght* che la controllante deve riconoscere alla controllata («*dependent agent enterpise*») sulla scorta dell'art. 9 del Modello OCSE, quanto il reddito riferibile alla stabile organizzazione della controllante («*depent agent permanent establishment*») in base all'AOA sotteso all'art. 7 del medesimo Modello; con la precisazione che, ai fini del computo del reddito della stabile organizzazione, occorrerà tenere conto in deduzione della commissione corrisposta dalla controllante alla controllata[27].

In queste circostanze, è lecito chiedersi quale sia l'utilità di riconoscere l'esistenza di una stabile organizzazione dell'impresa estera ovvero di degradare, in sede di verifica fiscale, la società

---

[24] OECD/G20, *Preventing the artificial avoidance of permanent establishment status - Action 7: Final Report*, cit., par. 19, chiarisce che «*there is a need for additional guidance on how the rules of Article 7 would apply to PEs resulting from the changes in this report*». Al Final Report sono quindi seguiti due Public Discussion Draft in tema di «*Additional guidance on the attribution of profits to permanent establishment*», rispettivamente dell'8 settembre 2016 e del 22 giugno 2017, nonché a marzo 2018 il documento conclusivo dei lavori sull'argomento: OECD, «*Additional guidance on the attribution of profits to permanent establishment*», 2018.

[25] FRANSONI, *La stabile organizzazione: nihil sub sole novi?*, in *Riv. Dir. Trib.*, n. 2/2015, p. 123 ss. e, in particolare, pp. 132 – 133; STORCK – MECHTLER, *Permanent establishments: proposals related to art. 5(3) and (4) of the OECD Model Convention*, in AA.VV., *Base erosion and profit shifting (Beps) - The proposals to revise the OECD Model Convention*, 2016, pp. 79 – 80. Questo tema è stato peraltro sollevato anche in molti dei commenti formulati in risposta alla Public Discussion Draft dell'OCSE dell'8 settembre 2016: si veda, ad esempio, i contributi di BIAC (p. 48), dell'International Tax Center di Leiden (p. 225) e dell'Institute for Austrain and International Tax Law (p. 406).

[26] SASSEVILLE – VANN, op. cit., par. 1.1.2.7.3, dove si parla di una "disconnesione" «*between the PE definition and the attribution of profits*».

[27] OECD, *2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments*, cit., par. 230 ss; ID., *Additional guidance on the attribution of profits to permanent establishment*, cit., par. 32 ss..

controllata a stabile organizzazione "occulta" della controllante. Mi pare, in effetti, che il tutto possa più agevolmente risolversi nell'accertamento delle funzioni effettivamente svolte dalla controllata e nella verifica della loro corretta valorizzazione in un'ottica di *transfer price*[28]. E ciò a maggior ragione in un contesto nel quale l'identificazione delle transazioni infragruppo da valorizzare *at arm's lenght* tende ad affrancarsi, per come detto sopra, dall'esame dei meri assetti negoziali per concentrarsi sulle attività poste in essere nel concreto[29].

A ben vedere, si tratterebbe in queste ipotesi di riconoscere precedenza all'art. 9 rispetto all'art. 7: di dare priorità, cioè, al rapporto tra imprese associate, piuttosto che alla relazione tra casa madre e stabile organizzazione. Il report OCSE "*Additional guidance on the attribution of profits to permanent establishment*" pubblicato a marzo 2018 parrebbe non precludere questa soluzione, laddove stabilisce: «*The MTC and its Commentary do not explicitly state whether a profit adjustment under Article 9 should precede the attribution of profits under Article 7. However, many jurisdictions find it logical and efficient first to accurately delineate the actual transaction between the non-resident enterprise and the intermediary and to determine the resulting arm's length profits while others may decide to undertake an Article 7 analysis first and then to apply Article 9 to adjust the profits of the associated enterprises (i.e. the non-resident enterprise and the intermediary)*»[30].

In questo senso, si è del resto già visto che, nell'impostazione accolta dall'OCSE dopo il 2010, i criteri che guidano la determinazione del reddito della stabile organizzazione e delle imprese associate tendono a livello concettuale a coincidere. In entrambe le fattispecie, lo Stato della fonte esercita la sua potestà impositiva in relazione alle funzioni, i rischi e gli asset localizzati nel suo territorio. In un'ottica economico-sostanziale, resta pertanto irrilevante che tali funzioni, asset e rischi

---

[28] BAKER - COLLIER, *General Report*, in *The attribution of profits to Permanent establishment - Cahier de Droit Fiscal International*, Vol. 91b, p. 30 ss.: «*since the dependent agent enterprise is resident within the host state, if that state considers that there are further risks or assets to be attributed to the functions of that dependent agent, that state always has the option to challenge the arm's length remuneration paid to the dependent agent enterprise*». Nello stesso senso, anche LE GALL, *Can a subsidiary be a permanent establishment of its foreign parent?*, in *Tax Law Review*, n. 3/2007, p. 208 ss..

[29] Al riguardo, è interessante osservare che il principale motivo per cui l'OCSE respinge il cd. «*single taxpayer approach*» è dato dal fatto che, nell'attribuire il reddito alla stabile organizzazione, tale approccio non tiene conto degli «*assets and risks that relate to the activity being carried on in the source jurisdiction simply because those assets and risks legally belong to the non-resident enterprise*»: cfr. OECD, *2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments*, cit., par. 230. Problema che, tuttavia, parrebbe essere notevolmente ridimensionato dalle conclusioni del Progetto BEPS – Action 8 - 10.

[30] OECD, *Additional guidance on the attribution of profits to permanent establishment*, cit., par. 34.

siano imputati all'agente/impresa residente ovvero alla stabile organizzazione dell'impresa non residente, nella sua veste di impresa autonoma virtuale.

Restano, semmai, da valutare l'impatto delle persistenti differenze nei principi che presiedono a tale localizzazione. Nonostante l'avvicinamento di cui si è detto in precedenza, possono infatti ancora darsi casi nei quali l'applicazione dell'AOA conduce ad un'allocazione dei rischi e degli asset tra casa madre e stabile organizzazione diversa rispetto a quella che si avrebbe nel contesto di una tradizionale analisi di *transfer price* tra imprese associate ai sensi dell'art. 9[31]. Ma, al di là di queste ipotesi (che direi residuali, specie alla luce delle conclusioni formulate in esito alle Action 8 – 10 del Progetto BEPS), mi pare possa dirsi che l'espletamento di un'accurata analisi di *transfer price* vale di regola a escludere il permanere di un'ulteriore quota di reddito riferibile alla stabile organizzazione[32]. Il che vuole anche dire che l'identificazione di due soggetti passivi (la stabile organizzazione dell'impresa non residente e l'agente/impresa residente) non dovrebbe dare luogo, almeno in linea tendenziale, ad un incremento della quota di reddito tassabile nello Stato della fonte.

Dalla priorità riconosciuta all'art. 9 deriverebbero nel concreto molteplici vantaggi. Anzitutto per i gruppi di imprese, che beneficerebbero di minori costi di *compliance* e, in caso di verifica, non correrebbero il rischio di vedere messo in discussione il proprio consolidato modello di business, con le relative conseguenze anche sul piano penale[33]. Ma anche per le autorità fiscali, che eviterebbero di

---

[31] Un'ipotesi è quella nella quale le funzioni siano affidate all'impresa/agente dipendente, mentre l'impresa non residente si fa carico dei correlati rischi. Qui, l'applicazione dell'AOA dovrebbe condurre ad assegnare questi rischi (e la relativa remunerazione) alla stabile organizzazione dell'impresa non residente, mentre l'analisi di transfer price di cui all'art. 9 del Modello di Convenzione condurrebbe ad attribuirli all'impresa non residente. Cfr. DZIURDZ, op. cit., p. 148 ss., e PIJL, *The zero-sum game, the Emperor's beard and the Authorized OECD Approach*, in *European Taxation*, n. 1/2006, pp. 31 – 32.

[32] Sul punto, la posizione dell'OCSE è in realtà diversa, ancorché non del tutto perspicua: cfr. OECD, *Additional guidance on the attribution of profits to permanent establishment*, cit., par. 41: «*It should be noted that the host country's taxing rights are not necessarily exhausted by ensuring an arm's length compensation to the intermediary*». Più netta è la posizione di chi ha partecipato alla consultazione pubblica promossa dall'OCSE sul tema: si veda, ad esempio, Université de Lausanne, *Comments on the 22 June 2017 Discussion Draft on Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, p. 257: «*it seems to us that in situations where the transactions … fall under the scope of Art. 9, an arm's length remuneration ... does indeed exhaust the taxing rights of the source State over the* [non resident enterprise]».

[33] DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *Il rapporto tra stabile organizzazione e transfer pricing in alcuni casi di distribuzione di prodotti esteri in Italia*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, n. 1/2014, p. 94 ss.; TOMASSINI - LUPI, *Stabili organizzazioni occulte: un altro caso di evasione interpretativa*, in *Dial. Trib.*, n. 3/2012; LE GALL, op. cit., pp. 212 – 213. È appena il caso di rammentare che l'esistenza di una stabile organizzazione occulta apre la strada, sul piano penale, alla contestazione di omessa presentazione della dichiarazione di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 74/2000.

dover appurare la riferibilità all'impresa non residente ovvero alla controllata residente delle attività condotte localmente; compito tutt'altro che agevole nell'era delle "imprese globali"[34].

4. Il caso della *digitalized economy*

La sfida forse più ardua nell'allocazione dei redditi alla stabile organizzazione è però ancora da venire e riguarda la determinazione dei profitti da attribuire alla stabile organizzazione digitale. L'assenza di qualsivoglia forma di presenza fisica – e, di conseguenza, di «*significant people functions*» - nello Stato della fonte rende estremamente difficile ipotizzare in queste situazioni l'applicazione del metodo di allocazione del reddito fondato sull'AOA[35], tanto che le proposte che sono state formulate fino a questo momento convergono verso l'adozione di metodi di ripartizione del reddito su base proporzionale[36].

La più recente iniziativa in questa direzione è la proposta di direttiva avanzata dalla Commissione europea lo scorso 21 marzo[37], che introduce un nuovo nesso di collegamento basato sul concetto di "*significant digital presence*" (art. 4). Quanto all'allocazione del reddito, è proposto il ricorso al metodo del *profit split* (art. 5), con impiego, quali possibili *splitting factors*, delle spese sostenute per

---

[34] DELLA VALLE, *Per la stabile organizzazione occulta deve essere accertata la dipendenza soggettiva*, in *GT*, n. 5/2017, p. 447 ss.. Si vedano anche OECD, *2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments*, cit., parr. 246 – 247, e ID., *Additional guidance on the attribution of profits to permanent establishment*, *cit.*, par. 43: «*it is important to note that the potential burden on a non-resident enterprise of having to comply with host country tax and reporting obligation in the event it is determined to have an Article 5(5) PE cannot be dismissed as inconsequential, and nothing in this guidance should be interpreted as preventing host countries from continuing or adopting the kind of administratively convenient procedure mentioned above. For instance, a number of countries actually collect tax only from the intermediary even though the amount of tax is calculated by reference to activities of both the intermediary and the Article 5(5) PE*».

[35] HONGLER - PISTONE, *Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the era of the digital economy*, in *IBFD Working Paper - 20 January 2015*, p. 32: «*No detailed analysis is required in order to demonstrate that the current OECD transfer pricing guidelines based on risks, functions and capital allocated to a PE cannot be upheld if a new nexus is implemented based on digital presence; no profit could be allocated to a foreign PE following the current OECD guidelines*».

[36] *Ivi*, p. 33. Ma sul tema si vedano anche PETRUZZI - BURIAK, *Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy - A possible answer in the proper application of the transfer pricing rules?*, in *Bulletin for International Taxation*, n. 4a/2018, SCHON, *Ten questions about why and how to tax the digitalized economy*, in *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper 2017 - 11*, p. 24 ss., e FRANSONI, op. cit., p. 138.

[37] Com(2018) 147 Final, 21 marzo 2018.

attività di ricerca, sviluppo e marketing, del numero di utenti, dei dati raccolti in ogni Stato membro[38].

Si tratterebbe di un approdo in certo senso paradossale: all'innovazione estrema in punto di definizione del criterio di collegamento, non più ancorato al requisito della presenza fisica, si accompagnerebbe un ritorno al passato quanto ai metodi di allocazione del reddito. Tuttavia, allo stato pare questa la soluzione in grado di assicurare la più equa ripartizione della potestà impositiva tra Stati, poiché in grado di cogliere i percorsi di creazione del valore che connotano l'economia digitale[39].

Francesco Pedaccini

---

[38] Si veda la relazione di accompagnamento della proposta, in particolare p. 9, che poi specifica: «*The proposed rules only lay down the general principles for allocating profits to a significant digital presence as more specific guidelines on the allocation of profits could be developed at the appropriate international for a or at EU level*».

[39] BRAUNER - PISTONE, *Some comments on the attribution of profits to the digital permanent establishment*, in *Bulletin for International Taxation*, n. 4a/2018.