



APPROFONDIMENTO

Erosione della base imponibile e stabile organizzazione

di Piergiorgio Valente (*)

Gli studi OCSE hanno evidenziato come molti schemi di pianificazione fiscale aggressiva sono attuati mediante il ricorso a transazioni o *arrangements* cd. "artificiosi", in quanto privi di effettiva sostanza economica o non coerenti con funzioni e attività svolte. Un tema di peculiare interesse nella prevenzione di eventuali abusi, derivanti da *arrangements* cd. "artificiosi", è quello della stabile organizzazione, la cui (attuale) definizione convenzionale può dare adito a situazioni di cd. *artificial avoidance* dello status di *permanent establishment*.

1. Premessa

Nel documento *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (di seguito, *Action Plan BEPS*), pubblicato il 19 luglio 2013 a completamento di

(*) *Chairman* del Comitato Fiscale della *Confédération Fiscale Européenne* (CFE).

¹ Le aree di intervento concernono specificamente l'economia digitale; gli strumenti ibridi e gli strumenti multilaterali; il *transfer pricing*, i beni immateriali, le transazioni ad alto rischio e gli oneri documentali; la stabile organizzazione; i fenomeni di abuso dei trattati, i regimi fiscali dannosi e la *disclosure*; la disciplina CFC; gli interessi passivi e gli strumenti finanziari; la composizione delle controversie internazionali.

Cfr. per approfondimenti P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 1895 ss.

² Va considerato che i profitti devono essere sottoposti a tas-

quanto contenuto nel precedente Rapporto del febbraio 2013, l'OCSE individua le principali azioni che i Governi nazionali devono intraprendere al fine di contrastare il fenomeno dell'erosione della base imponibile¹.

Nel dare attuazione agli interventi proposti nelle suindicate aree è opportuno che gli Stati della comunità internazionale tengano conto dei principi per un'efficace **lotta all'evasione e alla frode fiscale** e per un'effettiva **cooperazione amministrativa** in materia tributaria².

In materia di stabile organizzazione, si sottolinea la necessità di rivedere la definizione di *permanent establishment* per prevenire eventuale abusi. In particolare, obiettivo dell'OCSE è quello di contrastare i fenomeni di erosione della base imponibile connessi allo status di stabile organizzazione.

Il tema della stabile organizzazione è oggetto di considerazione nell'ambito dell'*Action* n. 7 dell'*Action Plan BEPS*, diretta a prevenire il cd. *artificial avoidance of PE status*:

...sazione nel Paese in cui hanno luogo le attività economiche che li generano. Inoltre, è necessario individuare, nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, i *gaps* in grado di essere sfruttati dalle imprese multinazionali per trasferire i profitti in giurisdizioni a tassazione più favorevole (cd. *profit shifting*), erodendo la base imponibile. Infine, risulta fondamentale intraprendere tutte le azioni necessarie a supportare lo sviluppo di un sistema per lo scambio automatico di informazioni, sia a livello multilaterale che bilaterale.

Cfr. T. O'Shea, *Tax avoidance and abuse of law*, in "The EC Tax Journal", Volume 11, 2010-11; H. van den Hurk, *Starbucks versus the People*, in "Bulletin for International Taxation", January 2014; P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 1927 ss.

“Develop changes to the definition of PE to prevent the artificial avoidance of PE status in relation to BEPS, including through the use of commissionaire arrangements and the specific activity exemptions. Work on these issues will also address related profit attribution issues”³.

L’aggiornamento della definizione di stabile organizzazione è diretto ad evitare i fenomeni di abuso connessi a specifiche situazioni in cui, in particolare, i *commissionaire arrangements* vengono in considerazione.

2. Stabile organizzazione e criticità in ottica antiabuso

Gli studi OCSE hanno evidenziato come molti schemi di pianificazione fiscale aggressiva sono attuati mediante il ricorso a transazioni o *arrangements* “artificiosi”, in quanto privi di effettiva sostanza economica o non coerenti con funzioni e attività svolte⁴.

Un tema di peculiare interesse nella prevenzione di eventuali abusi, derivanti da *arrangements* “artificiosi”, è quello della stabile organizzazione, la cui (attuale) definizione convenzionale può dare adito a situazioni di cd. *artificial avoidance of status of permanent establishment*⁵.

I fenomeni di abuso sono strettamente connessi, in primo luogo, a quelle situazioni in cui *commissionaire arrangements* sussistono.

In alcuni regimi, l’interpretazione delle disposizioni convenzionali in materia di stabile organizzazione personale consente che i contratti di vendita di beni di una società estera vengano sottoscritti dal personale della *subsidiary* locale di tale società. I profitti derivanti dalle suindicate vendite non sono assoggettati alle medesime condizioni di quelli derivanti dalle vendite effettuate da un distributore.

Ciò ha portato molte imprese a sostituire gli *arrangements* in virtù dei quali la *subsidiary* locale normalmente opera nella qualità di distributore con i *commissionaire arrangements*, con un con-

seguente **trasferimento “artificioso” di profitti** dal Paese in cui le vendite hanno luogo, senza che a tale trasferimento corrisponda una sostanziale modifica nelle funzioni svolte in quel Paese medesimo.

Analogamente, le imprese multinazionali “artificialmente” frammentano le attività tra le **diverse entità del gruppo**, affinché le stesse, ai vari livelli, si qualificano come preparatorie o ausiliarie, ai sensi dell’art. 5, paragrafo 4 del Modello OCSE. Secondo l’OCSE, molte delle strutture che contemplano la figura del *commissionaire* sono state poste in essere, principalmente, con l’obiettivo di erodere la base imponibile dello Stato in cui le vendite sono effettuate.

Sarebbe quindi opportuno modificare i paragrafi 5 e 6 dell’art. 5 del Modello OCSE, allo scopo di chiarire che laddove le attività – che un intermediario svolge in uno Stato – implicano la regolare conclusione di contratti da parte dell’impresa estera, quest’ultima deve ritenersi avere un *sufficient taxable nexus* in quello Stato, a meno che l’intermediario operi nell’ambito di una propria attività indipendente⁶.

Una disposizione oggetto di attenzione è quella di cui al paragrafo 4 dell’art. 5 del Modello OCSE, secondo il quale una stabile organizzazione non può ritenersi sussistere laddove una sede fissa di affari venga utilizzata esclusivamente per lo svolgimento delle attività *ivi* indicate e/o che assumono carattere preparatorio o ausiliario rispetto all’attività di impresa.

In primo luogo, si rileva che alcune previsioni contenute nel paragrafo 4 non fanno specifico riferimento alle **attività “preparatorie o ausiliarie”**. Ciò contrasta con quello che dovrebbe essere l’*original purpose* del paragrafo, vale a dire, “coprire” soltanto le attività, appunto, a carattere preparatorio o ausiliario. La disposizione dovrebbe pertanto essere modificata al fine di subordinare tutte le attività elencate nel paragrafo 4 dell’art. 5 del Modello OCSE alla condizione del carattere “preparatorio o ausiliario”⁷.

In secondo luogo, solleva alcune criticità l’applicazione di erosione della base imponibile, prevenendo l’*artificial avoidance of PE status*.

³ Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 1103 ss.

⁴ Cfr. OCSE, *Discussion Draft “Beps Action 7: Preventing the artificial avoidance of PE status”*, 31 ottobre 2014.

⁵ Il *Discussion Draft “Beps Action 7: Preventing the artificial avoidance of PE status”*, pubblicato dall’OCSE il 31 ottobre 2014, sottolinea la necessità di rivedere la definizione di *permanent establishment* per prevenire eventuale abusi. In particolare, obiettivo dell’OCSE è quello di contrastare i fenomeni di erosione della base imponibile, prevenendo l’*artificial avoidance of PE status*.

men di erosione della base imponibile, prevenendo l’*artificial avoidance of PE status*.

⁶ A tal fine, vengono proposte alcune opzioni di modifica del wording dei citati paragrafi 5 e 6, le quali dovrebbero costituire oggetto di commenti e osservazioni da parte dei soggetti interessati.

⁷ Sono, altresì, contemplate opzioni di modifica cd. *intermediate*.

cazione del paragrafo 4 nei casi in cui vi è una **frammentazione delle attività tra parti correlate**. Il paragrafo 27.1 del Commentario all'art. 5 tratta dell'applicazione di quanto previsto dalla lett. f)⁸ del paragrafo 4, nel caso in cui una impresa suddivide a *cohesive operating business* in più operazioni, al fine di poter sostenere che ciascuna di esse coinvolge attività dal carattere meramente preparatorio o ausiliario.

Il citato paragrafo 27.1 tuttavia non prende in considerazione i casi in cui tali operazioni vengono poste in essere da parti correlate. Questi ultimi, in particolare, potrebbero essere disciplinati da una norma destinata ad applicarsi non soltanto alle attività svolte da una medesima impresa in posti diversi, ma altresì a quelle esercitate da più imprese correlate in posti differenti o nel medesimo luogo.

Il cd. **splitting up dei contratti** potrebbe portare, secondo l'OCSE, ad un abuso dell'eccezione di cui al paragrafo 3⁹ dell'art. 5 del Modello OCSE. Siffatta criticità potrebbe essere superata mediante l'introduzione di una disposizione diretta a prendere in considerazione le attività svolte da imprese associate, o attraverso la previsione di ulteriori esempi a chiarimento della regola anti-abuso generale (cd. "*Principal Purposes Test rule*").

3. Le soluzioni secondo i più recenti studi OCSE e relativi limiti

I più recenti sviluppi in tema di stabile organizza-

zione e azione di contrasto al fenomeno dell'erosione della base imponibile mediante il *profit shifting*, si rinvengono nel **Revised Discussion Draft** dell'OCSE del 15 maggio 2015, "*Beps Action 7: Preventing the artificial avoidance of PE status*" (di seguito, "*Revised Draft*").

Il *Revised Draft* riflette le proposte e i commenti che i soggetti interessati, ai vari livelli, hanno effettuato in relazione alle criticità e alle possibili soluzioni prospettate dall'OCSE nel *Discussion Draft "Beps Action 7: Preventing the artificial avoidance of PE status"*, pubblicato il 31 ottobre 2014. Obiettivo della consultazione lanciata dall'OCSE in occasione della pubblicazione di quest'ultimo documento è stato quello di individuare, con riferimento a ciascuna *avoidance strategy* connessa alla stabile organizzazione, una soluzione specifica e condivisa.

Sul versante delle strategie poste in essere mediante i cd. *commissionnaire arrangements*, il *Revised Draft*, sulla base dei commenti ricevuti, ribadisce la necessità di una modifica del *wording* dei paragrafi 5 e 6 dell'art. 5 del Modello OCSE, precisando che laddove le attività che un agente svolge in un Paese consistono nella regolare sottoscrizione di contratti – i quali devono essere eseguiti dall'impresa estera – quest'ultima può ritenersi avere un **sufficient taxable nexus** in quel Paese, a meno che l'agente medesimo non operi nell'ambito della propria indipendente attività d'impresa. Un elemento che potrebbe dare adito ad incertezze è rappresentato dall'espressione "**negoziamento di elementi materiali di un contratto**"¹⁰, mentre molti dei commenti ricevuti hanno posto

⁸ "(...) the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e), provided that the overall activity of the fixed place of business resulting from this combination is of a preparatory or auxiliary character".

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2012, pag. 245 ss.

⁹ "A building site or construction or installation project constitutes a permanent establishment only if it lasts more than twelve months".

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2012, pag. 245 ss.; P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2012, pag. 1103 ss.

¹⁰ A tal fine, il *Revised Draft* del 15 maggio 2015 suggerisce di introdurre nel Commentario all'art. 5 del Modello OCSE disposizioni del seguente tenore:

"32.5 The phrase «or negotiates the material elements of contracts» is aimed at situations where contracts that are essentially being negotiated by a person in a given State are subject to formal conclusion, possibly with further approval or review, outside that State. The fact that the key ingre-

dients of the contractual relationship have been determined in the relevant State is sufficient to treat these contracts in the same way as if they had been formally concluded in that State. For the purposes of that rule, the «material elements» of contracts may vary depending on the nature of the contract concerned but would typically include the determination of the parties between which the contract will be concluded as well as the price, nature and quantity of the goods or services to which the contract applies.

32.6 The phrase «concludes contracts or negotiates the material elements of contracts» must be interpreted in the light of the object and purpose of paragraph 5, which is to cover cases where the activities that a person exercises in a State are intended to result in the regular conclusion of contracts to be performed by a foreign enterprise. The paragraph applies to a person who acts as the sales force of the enterprise and, in doing so, makes or accepts contractual offers even if standard contracts are used for that purpose. The paragraph would therefore apply where, for example, a person solicits and receives (but does not formally finalise) orders which are sent directly to a warehouse from which goods belonging to the enterprise are delivered and where the enterprise routinely approves these transactions (...).

l'attenzione sui significativi costi amministrativi e di *compliance* che la costituzione di una stabile organizzazione potrebbe comportare.

Nella definizione di misure specifiche di contrasto al cd. **artificial avoidance of PE status**, è importante tenere in considerazione che lo svolgimento dell'attività di impresa presuppone certezza, vale a dire la possibilità di conoscere, valutare e definire anticipatamente le condizioni in presenza delle quali una stabile organizzazione può ritenersi sussistere.

L'esigenza di assicurare **certezza alle imprese** è stata sottolineata dalla CFE (*Confédération Fiscale Européenne*), che ha altresì rilevato la necessità di prevenire l'insorgenza di controversie fiscali¹¹. Le medesime preoccupazioni sono state condivise da BIAC (*The Business and Industry Advisory Committee to the OECD*)¹².

A tal fine, è opportuno che vengano fornite, a livello internazionale, principi e linee guida specifiche e condivise.

Una disposizione sui cui i commentatori del *Discussion Draft* del 31 ottobre 2014 hanno concentrato la loro attenzione è quella che concerne il **carattere preparatorio o ausiliario delle attività** di cui al paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE. Vi è la necessità di fornire, nell'ambito del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE, chiare e precise indicazioni in merito al significato da at-

tribuire all'espressione "carattere preparatorio o ausiliario"¹³.

Il *Revised Draft* conferma poi come il cd. **splitting up dei contratti** possa portare ad un abuso dell'eccezione di cui al paragrafo 3 dell'art. 5 del Modello OCSE. Una soluzione prospettata dai commentatori del *Discussion Draft* del 31 ottobre 2014 prevede l'inclusione, nel Commentario all'art. 5 del Modello OCSE, di una ipotesi esemplificativa sulla cd. *Principal Purposes Test rule*. Un siffatto esempio potrebbe rappresentare un punto di riferimento importante per la costruzione di una **clausola anti-abuso** in ciascuno degli Stati interessati. Laddove però l'ordinamento interno non dovesse contemplare norme anti-abuso, le criticità poste dal cd. *splitting up* dei contratti potrebbero essere superate soltanto mediante l'introduzione, nel Commentario all'art. 5 del Modello OCSE, di una disposizione idonea ad essere accolta in via immediata nelle singole convenzioni fiscali bilaterali.

4. Lo status di permanent establishment nell'economia digitale

Le criticità connesse al cd. *artificial avoidance* dello status di *permanent establishment* potranno essere efficacemente superate soltanto se vi è un effettivo coordinamento con tutte le aree di inter-

¹¹ "Any review of the PE definition should ensure that no additional uncertainty nor any unnecessary burden be generated on taxpayers. Further guidance on the issue should be designed to provide greater certainty and to reduce the possibility of disputes (between taxpayers and tax authorities). In our opinion, the suggested changes might end up producing an increase of PEs, which would necessarily generate further compliance burden on businesses, and which would hamper the desired level playing field and negatively affect foreign investment" (cfr. Joint AOTCA/CFE Opinion Statement FC 1/2015 on the OECD 2014 Public Discussion Draft on Preventing the Artificial Avoidance of PE Status (BEPS Action 7), gennaio 2015).

¹² "(...) any rule which makes it easier to establish the presence of a PE will almost certainly increase the substantive and administrative costs of doing cross-border business for companies. Second, if the rules are changed, then it is crucial that any new rules be clear, and at least as well understood as the rules that they replace. If there is any vagueness and ambiguity in the new rules, then that will inevitably increase disputes between countries with a resultant increase in double taxation, and this second problem will be exacerbated if it proves difficult to make substantial progress on dispute resolution under Action 14 (...)" (cfr. BIAC, Letter to Marlies de Ruiter on Proposed Discussion Draft: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment (PE) Status, gennaio 2015).

¹³ A tal fine, il *Revised Draft* del 15 maggio 2015 suggerisce di introdurre nel Commentario all'art. 5 del Modello OCSE una disposizione del seguente tenore:

"21.2 As a general rule, an activity that has a preparatory character is one that is carried on in contemplation of the carrying on of what constitutes the essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole. Since a preparatory activity precedes another activity, it will often be carried on during a relatively short period, the duration of that period being determined by the nature of the core activities of the enterprise. This, however, will not always be the case as it is possible to carry on an activity at a given place for a substantial period of time in preparation for activities that take place somewhere else. Where, for example, a construction enterprise trains its employees at one place before these employees are sent to work at remote work sites located in other countries, the training that takes place at the first location constitutes a preparatory activity for that enterprise. An activity that has an auxiliary character, on the other hand, generally corresponds to an activity that is carried on to support, without being part of, the essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole. It is unlikely that an activity that requires a significant proportion of the assets or employees of the enterprise could be considered as having an auxiliary character".

vento in tema di contrasto all'erosione della base imponibile mediante il *profit shifting*.

Un'area di particolare interesse, sul piano della configurazione di una stabile organizzazione, è quella della cd. "economia digitale"¹⁴.

L'economia digitale presenta diversi riflessi e problematiche, le quali possono assumere particolare rilevanza dal punto di vista fiscale¹⁵:

- la **mobilità dei beni immateriali** (cd. "*intangibles*") trasferiti nell'ambito dell'economia digitale, e degli *users*, in grado di acquistare *on line* beni e servizi dai luoghi più diversi; tale mobilità concerne inoltre le funzioni delle imprese multinazionali stesse, le quali possono essere facilmente coordinate e trasferite "a distanza";
- l'**uso "massivo" di dati** (cd. *reliance on data*), che possono essere facilmente ottenuti grazie alle nuove tecnologie e utilizzati ai fini del miglioramento di prodotti o servizi;
- la presenza di cd. **multi-sided business models**, basati su un mercato all'interno del quale gruppi distinti di individui interagiscono attraverso un intermediario o una piattaforma, e le decisioni di ogni gruppo o individuo influenzano quelle dell'altro gruppo;
- la tendenza a creare **monopoli o oligopoli**, causata dalla combinazione tra costi incrementali contenuti ed "effetti di rete", che determina, in alcune aree specifiche dell'economia

digitale, la possibilità per le imprese di raggiungere una posizione dominante in breve tempo;

- la volatilità, causata dalla **rapidità dei processi di innovazione**, che può determinare una perdita di quote di mercato in tempi brevi da parte di imprese che risultavano controllare una parte sostanziale del mercato medesimo.

Le **strategie di pianificazione fiscale** in grado di determinare fenomeni di erosione della base imponibile nell'ambito delle imposte dirette¹⁶ possono comportare:

- una riduzione della tassazione nel *market country* evitando la formazione di un'entità rilevante ai fini fiscali, o spostando i profitti attraverso strutture commerciali, ovvero massimizzando le deduzioni per il *payer*;
- una ritenuta alla fonte ridotta o assente;
- una tassazione ridotta o esente per il beneficiario;
- l'assenza di tassazione sui *low-tax profits* per la *parent company*.

Tra gli interventi necessari a contrastare i fenomeni di erosione della base imponibile connessi all'economia digitale¹⁷, si segnalano:

- l'individuazione di modalità dirette a stabilire la tassazione del cd. "*stateless income*", tramite il contrasto ai fenomeni di **treaty abuse** e la

¹⁴ In data 24 marzo 2014, l'OCSE ha pubblicato il documento "*Public Discussion Draft – BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy*", il quale illustra i più rilevanti sviluppi avvenuti negli ultimi anni nel settore della comunicazione e dell'informazione, che hanno comportato una crescente "digitalizzazione" del contesto economico in cui le imprese multinazionali si trovano a operare. Cfr. N. Gaoua, *Taxation of the Digital Economy: French Reflections*, in "European Taxation", January 2014; P. Valente, G. Ianni, F. Roccatagliata, *Economia digitale e commercio elettronico: fiscalità in internet nella gestione d'impresa*, IPSOA, 2015, pag. 125 ss.; P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2012, pag. 2063 ss.

¹⁵ "BIAC strongly agrees with the Task Force that, «because the digital economy is increasingly becoming the economy itself, it would be difficult, if not impossible, to ring-fence the digital economy from the rest of the economy.» (Para. 59) As a corollary to this statement, BIAC notes that it is equally difficult to distinguish the digital economy from the larger economy. Moreover, with the ever increasing digitalization of commercial activity, BIAC notes that it is difficult to distinguish «pure play» digital/internet companies - i.e., companies that use the internet as their principal method to deliver goods and services, including communicating with users and suppliers through hosted web pages - from other companies" (cfr. BIAC, OECD discussion draft on BEPS Action 1: tax challenges of the digital economy, 14 aprile 2014).

¹⁶ Con riguardo alle imposte indirette, l'OCSE sottolinea che, in determinate condizioni, potrebbero insorgere opportunità di *tax planning* con particolare riferimento principalmente alle cd. *remote digital supplies* a imprese esenti da Iva, nonché a *remote digital supplies* da imprese rientranti nella categoria di *multiple location entity* e coinvolte in attività esenti da tassazione indiretta. Per approfondimenti cfr. Valente P., Ianni G., Roccatagliata F., *Economia digitale e commercio elettronico: fiscalità in internet nella gestione d'impresa*, IPSOA, 2015, pag. 125 ss.

¹⁷ Il tema dell'economia digitale assume proporzioni alquanto vaste, in quanto le imprese operanti in tale settore, per effetto dell'implementazione dei cd. "schemi di pianificazione fiscale aggressiva", possono sottrarsi a tassazione sia nel Paese di residenza sia nella/nelle giurisdizione/giurisdizioni in cui sono situati i clienti (cd. "*double non-taxation*"). Cfr. M. Shaw, *E-commerce and the Digital Economy*, M.E. Sharpe, 2006; M. Peitz, J. Waldfogel, *The Oxford Handbook of the Digital Economy*, in "Oxford University Press", 23 agosto 2012; R.H. Weber, M. Burri, *Classification of Services in the Digital Economy*, Springer, 20 settembre 2012; E.J. Malecki, B. Moriset, *The Digital Economy: Business Organization, Production Processes and Regional Developments*, Routledge, 7 dicembre 2007; P. Valente, G. Ianni, F. Roccatagliata, *Economia digitale e commercio elettronico: fiscalità in internet nella gestione d'impresa*, IPSOA, 2015, pag. 189 ss.

neutralizzazione degli effetti degli *hybrid mismatch arrangements*;

- l'elaborazione di disposizioni volte a limitare i fenomeni di erosione della base imponibile derivanti dalle politiche di *transfer pricing*, con particolare riferimento ai prezzi di trasferimento dei beni immateriali;
- la definizione puntuale del concetto di **stabile organizzazione**.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, particolare rilevanza assumono le questioni legate alla cd. **“presenza digitale” di un'impresa** nell'economia di un altro Paese, dove spesso non vi è alcuna imposizione per l'assenza di collegamento territoriale ai sensi delle vigenti norme internazionali convenzionali.

Nei modelli di *business* tipici dell'economia digitale, una società residente di uno Stato può effettuare transazioni con soggetti presenti in un altro Paese, tramite un proprio sito *web* o altri mezzi digitali (e.g., un'applicazione su un dispositivo mobile) senza mantenere una “presenza fisica” in quest'ultimo Stato. Inoltre, la crescente presenza di processi automatizzati può ridurre ulteriormente la “presenza fisica” su un dato territorio. Ai sensi degli artt. 5 e 7 del Modello di Convenzione dell'OCSE, una società è soggetta ad imposizione sui redditi prodotti in un Paese diverso da quello della sede, se in tale Stato è presente una stabile organizzazione. Molte imprese che effettuano transazioni con soggetti (clienti) situati in Stati diversi da quelli in cui le prime sono residenti operano in assenza di stabile organizzazione sul territorio: le transazioni vengono svolte telefonicamente, tramite *fax* o agenti indipendenti. Inoltre, le imprese multinazionali non di rado

“frammentano artificialmente”, in più fasi operative e tra più entità, l'attività svolta, affinché la stessa si presenti come “ausiliaria” e/o “preparatoria”, o, comunque, non presenti i requisiti (minimi) previsti convenzionalmente per la configurazione di una stabile organizzazione (sede fissa di affari).

L'OCSE illustra una serie di proposte per la soluzione delle problematiche e delle criticità connesse alla *taxable presence* delle imprese dell'economia digitale. In particolare (e tra le altre):

- si potrebbe procedere alla modifica delle disposizioni di cui al paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE, al fine di prevedere che, in **determinati settori di business**, le attività previste al suindicato paragrafo 4 non hanno natura meramente “ausiliaria” o “preparatoria”, bensì costituiscono *core functions of a business*;
- un'opzione ulteriore potrebbe essere quella di prevedere un **nexus alternativo** per le situazioni in cui l'attività di *business* viene svolta esclusivamente in forma digitale¹⁸. In tali casi, una impresa che svolge *fully dematerialised digital activities* potrebbe avere una stabile organizzazione in un dato Stato se registra una **significant digital presence** nell'economia di quest'ultimo¹⁹;
- con riferimento alla questione del cd. *virtual permanent establishment*, si potrebbe fare riferimento alle seguenti tre soluzioni alternative:
 - **virtual fixed place of business PE**: si configura una stabile organizzazione ogniqualvolta un'impresa mantenga il proprio *website* sul *server* di un'altra impresa con sede in uno Stato diverso e svolge attività di *business* per il tramite di quel *website*;
 - **virtual agency PE**: la fattispecie dell'agente

¹⁸ “This proposal seems to directly contradict that statement that ring-fencing the digital economy is neither appropriate nor feasible. We note that the proposals in the Discussion Draft do not seem to focus on whether payments made in relation to goods and services are deductible for tax purposes, and rather largely focuses on B2C transactions. Without this key element, it is difficult to see how this proposal targets base erosion. BEPS is intended to address artificial profit shifting. If the income is attributable to actual activities that have moved out of the jurisdiction, then the profit shifting is not artificial and there is no BEPS issue (...).”

18. This option would result in significant controversy and double taxation and would discourage the expansion of digital goods and services into remote economies, which will adversely affect economic growth” (cfr. BIAC, OECD discussion draft on BEPS Action 1: tax challenges of the digital economy, 14 aprile 2014).

¹⁹ “The concept of «significant digital presence» creates a PE in a country for fully dematerialised digital activity if certain

tests are satisfied including if there are a significant number of contracts signed remotely by the enterprise and a tax-resident consumer of that country or the customer, or substantial payments are made by the consumers resident in the country. Because of the wording «significant», there have been suggestions to introduce thresholds. In our view, however, the concept of thresholds would not fit in a direct tax solution and would, by distinguishing between digital and non-digital services, not be in accordance with the Ottawa principles.

As we do not believe that there should be separate rules for the digital economy, we are not convinced that extending the definition of PE to «virtual» PEs will offer a workable solution. We are concerned that such concept would lead to the creation of a taxable presence for almost any activity” [cfr. CFE, Opinion Statement FC 7/2014 on the OECD Discussion Draft: Address the tax challenges of the digital economy (BEPS Action 1), aprile 2014].

dipendente potrebbe essere “estesa” a quelle situazioni in cui i contratti sono abitualmente sottoscritti per conto di un’impresa, per il tramite di soggetti situati in uno Stato diverso, ma esclusivamente con strumenti tecnologici;

- **on-site business presence PE:** *l'economic presence* di una impresa in uno Stato potrebbe rinvenirsi in tutti i casi in cui l’impresa estera medesima fornisce *on site services* o altra *business interface*, nel luogo in cui è situato il consumatore.

5. Le questioni connesse all’attribuzione del reddito alla stabile organizzazione

Nella definizione delle questioni connesse alla configurazione della stabile organizzazione in un’ottica anti-abuso, l’**attribuzione dei profitti** alla stessa stabile organizzazione è una questione-chiave.

L’art. 7 del Modello OCSE disciplina l’allocazione tra gli Stati contraenti del diritto di imposizione con riferimento al reddito di impresa, nei limiti in cui lo stesso non trova una diversa regolamentazione in altre disposizioni convenzionali. Esso include il principio fondamentale secondo cui, a meno che un’impresa di uno Stato contraente non abbia una stabile organizzazione nell’altro Stato, i redditi dalla stessa prodotti non possono che essere assoggettati a tassazione nel primo Stato.

L’OCSE ha riscontrato la necessità, a tutela del contribuente, di garantire l’applicazione e l’inter-

pretazione uniforme del **principio dell’arm’s length**²⁰ alle stabili organizzazioni.

Le linee guida interpretative sull’attribuzione del reddito alla stabile organizzazione si ritrovano nell’art. 7 e relativo Commentario del Modello OCSE. In particolare:

- il paragrafo 1 fissa la regola per l’allocazione del **diritto di assoggettare a tassazione i redditi di impresa**. In primo luogo, si statuisce che, a meno che un’impresa di uno Stato contraente non disponga di una stabile organizzazione in un altro Stato, i suoi redditi non possono essere assoggettati a tassazione in quest’ultimo Stato. In secondo luogo, si prevede che qualora l’impresa di uno Stato contraente svolga attività d’impresa in un altro Stato per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, i redditi connessi a tale stabile organizzazione sono assoggettati a tassazione in quest’ultimo Stato. La determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione è effettuata ai sensi di quanto previsto dal paragrafo 2 dell’art. 7;
- il paragrafo 2 prevede che nel determinare il **reddito at arm’s length** da attribuire alla stabile organizzazione bisogna tenere conto delle “functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise”. Come precisato dal nuovo paragrafo 15 del Commentario all’art. 7, il paragrafo 2 dell’articolo in commento fissa la regola principale per la determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione: il reddito della stabile organizzazione è quello che quest’ultima “might be expected to make

²⁰ Il principio del valore normale è alla base delle disposizioni sui prezzi di trasferimento: il Rapporto BEPS evidenzia, infatti, che il principio riconosciuto a livello internazionale, in materia di *transfer pricing* è quello del cd. *arm’s length* secondo il quale, ai fini fiscali, i soggetti “collegati”, appartenenti al medesimo gruppo multinazionale, devono allocare il reddito in conformità a quanto si rinviene tra soggetti terzi indipendenti, operanti in circostanze comparabili. Pertanto, l’obiettivo dell’*arm’s length principle* è garantire che il prezzo praticato e le condizioni stabilite in transazioni intercorrenti tra soggetti collegati siano le medesime previste nei rapporti tra soggetti terzi indipendenti.

Le Amministrazioni finanziarie di molti Paesi attribuiscono rilievo crescente alla determinazione dei valori delle transazioni intercorrenti tra entità localizzate in Stati diversi, nel caso in cui tra esse sussistano rapporti di controllo, diretto o indiretto. Tali operazioni, caratterizzate dall’esistenza di interessi economici non confliggenti tra i soggetti che le realizzano, comportano la possibilità che i corrispettivi pattuiti (*transfer prices*) non risultino aderenti ai valori di mercato

(propri di negoziazioni condotte in assenza di legami tra le parti). Secondo il Rapporto BEPS, l’utilizzo di politiche di *transfer pricing* finalizzate al “trasferimento” di utili tra imprese o verso Stati a fiscalità privilegiata (cd. *profit shifting*) ha determinato una crescente attenzione da parte delle Autorità fiscali.

In questo contesto, solo la disponibilità di una chiara ed esaustiva analisi attestante le logiche della politica di *transfer pricing* adottata consente di dimostrare la coerenza e l’allineamento della stessa con le strategie d’impresa. Nelle relazioni economiche tra imprese indipendenti, il compenso per la cessione di beni o la prestazione di servizi riflette le funzioni che ciascuna impresa è chiamata a svolgere. Complementare all’individuazione e all’analisi delle funzioni esercitate è lo studio dei rischi assunti dalle parti nell’espletamento delle proprie funzioni, in quanto all’assunzione di maggiori rischi dovrebbe ragionevolmente corrispondere un aumento del rendimento previsto.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer pricing*, IPSOA, 2012, pag. 289 ss.

if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions”²¹.

Mentre gli studi ad oggi svolti sulla citata questione nell’ambito del Progetto BEPS hanno consentito di individuare solo alcune delle aree che richiedono chiarimenti/integrazioni, non risultano tuttavia ancora ben identificate le modifiche sostanziali – alle norme sulla **attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione** – che si rivelano necessarie se le proposte di modifica alla disciplina

convenzionale della stabile organizzazione sopra delineate dovessero essere definitivamente approvate²².

Il *Revised Draft* del 15 maggio 2015 - sulla base dei commenti al precedente *Discussion Draft* del 31 ottobre 2014, diretti a rilevare la necessità di **linee guida più specifiche** sull’attribuzione del reddito alla stabile organizzazione - rinvia ad una fase successiva l’analisi delle questioni relative, con il proposito di poter fornire chiare indicazioni entro la fine del 2016²³.

²¹ La determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione implica il calcolo dei profitti (o delle perdite) derivanti da tutte le attività, incluse le transazioni con parti indipendenti, le transazioni con parti correlate e i *dealings* con le altre parti dell’impresa.

²² I commenti al *Revised Draft* del 15 maggio 2015 sono stati pubblicati dall’OCSE in data 15 giugno 2015. Secondo CFE e AOTCA, “unless current proposals are further amended, they are liable to generate, as a final outcome, an unprecedented rise of disputes involving PE-related double taxation and allocation issues. And there are still some misgivings related to the fact that the Draft proposals may reduce the PE threshold, which exceeds by far the scope of BEPS-related issues and targeted e-economy questions as well” (cfr. Opinion Statement FC 10/2015 on the revised OECD Discussion Draft on preventing the artificial avoidan-

ce of PE status (BEPS Action 7) - Prepared by the CFE and AOTCA, giugno 2015).

²³ Secondo BIAC, “Aligning the work on the Commentary and profit attribution guidance will help to improve the objectivity and practicability of the proposals, and would mitigate, to a certain extent, the risk that governments seek to apply new PE principles before profit attribution guidance has been agreed. As indicated above, BIAC does understand that changes to the PE standard will be made, but it is crucial that the new rules are very clear, and at least as well understood as the rules that they replace, providing the bright line tests that help to promote cross-border trade and investment” (cfr. BIAC, Letter to Marlies de Ruyter on Revised Discussion Draft: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment (PE) Status, giugno 2015).