



Dipartimento  
di Impresa e Management

Cattedra di Diritto Tributario

## **Evoluzione ed analisi della definizione di stabile organizzazione.**

L'imposizione fiscale societaria materiale, personale e virtuale: dalle modifiche del Modello OCSE del 2017 alle sfide derivanti dalla tassazione della *digital economy*.

Prof. Avv. Fabio Marchetti

---

RELATORE

Prof. Giuseppe Napoli

---

CORRELATORE

Costanza Bagnera / Matr. 714551

---

CANDIDATO

Anno Accademico 2019/2020

# EVOLUZIONE ED ANALISI DELLA DEFINIZIONE DI STABILE ORGANIZZAZIONE

L'imposizione fiscale societaria materiale, personale e virtuale: dalle modifiche del Modello OCSE del 2017 alle sfide derivanti dalla tassazione della *digital economy*.

## INDICE

INTRODUZIONE .....	3
CAPITOLO PRIMO: LA RESIDENZA FISCALE .....	6
1.    PREMESSA.....	6
2.    LA RESIDENZA DELLE PERSONE FISICHE.....	6
3.    LA RESIDENZA DELLE SOCIETÀ E DEGLI ENTI.....	10
4.    LA RESIDENZA FISCALE NEL MODELLO OCSE .....	14
5.    LE CONVENZIONI INTERNAZIONALI.....	16
CAPITOLO SECONDO: LA DEFINIZIONE DI STABILE ORGANIZZAZIONE.....	19
1.    PREMESSA.....	19
2.    LA STABILE ORGANIZZAZIONE: IL MODELLO OCSE .....	19
2.1.    La stabile organizzazione materiale.....	21
2.1.1.    La positive list.....	22
2.1.2.    Le attività ausiliarie o preparatorie.....	23
2.1.3.    L'anti-fragmentation rule.....	25
2.2.    La stabile organizzazione personale.....	26
2.2.1.    Il contratto di commissione .....	28
2.2.2.    L'agente indipendente .....	30
2.3.    La rilevanza del controllo societario.....	33
2.3.1.    La sentenza Philip Morris .....	33
2.3.1.1.    I fatti .....	34
2.3.1.2.    L'evoluzione della vicenda e le conclusioni della Corte.....	34
3.    LA STABILE ORGANIZZAZIONE: IL TUIR.....	37
3.1.    I nuovi requisiti delle attività "esenti da stabile organizzazione" .....	38
3.2.    La regola anti-frammentazione .....	40
3.3.    La stabile organizzazione personale e l'agente indipendente.....	41
3.4.    La significativa e continuativa presenza economica.....	43
CAPITOLO TERZO: L'ATTRIBUZIONE DEI PROFITTI ALLA STABILE ORGANIZZAZIONE.....	47
1.    PREMESSA.....	47
2.    QUADRO NORMATIVO INTERNAZIONALE: LE DISPOSIZIONI DEL MODELLO OCSE .....	50
2.1.    Analisi dell'art. 7: Taxation of Income, Business Profits .....	50
2.2.    Analisi dell'art. 9: Taxation on Income, Associated Enterprises.....	55
2.2.1.    L'analisi di comparabilità.....	57

2.2.2.	<i>Selezione del metodo di transfer pricing più appropriato.....</i>	62
2.2.3.	<i>L'intervallo di libera concorrenza .....</i>	65
2.3.	<b><i>Applicazioni pratiche: Additional Guidance on the Attribution of Profit to Permanent Establishment.</i></b>	<b>66</b>
2.3.1.	<i>Esempio A: in merito all'anti-fragmentation rule.....</i>	69
2.3.2.	<i>Esempio B: in merito al contratto di commissione e alla nuova definizione di agente indipendente....</i>	70
3.	<b>LA DISCIPLINA DOMESTICA: IL TUIR.....</b>	<b>72</b>
3.1.	<b><i>Analisi dell'art. 153: Reddito di società ed enti commerciali non residenti derivante da attività svolte nel territorio dello Stato mediante stabile organizzazione.....</i></b>	<b>72</b>
3.2.	<b><i>Analisi dell'art. 110 c. 7: la normativa nazionale sui prezzi di trasferimento e le relative Linee Guida..</i></b>	<b>75</b>
3.2.1.	<i>La nozione di comparabilità.....</i>	76
3.2.2.	<i>Metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento.....</i>	76
3.2.3.	<i>L'intervallo di libera concorrenza .....</i>	77
<b>CAPITOLO QUARTO: LA DIGITAL ECONOMY E LA SFIDA DELLA STABILE ORGANIZZAZIONE VIRTUALE .....</b>		
<b>79</b>		
1.	<b>LA DEFINIZIONE DI IMPRESA DIGITALE .....</b>	<b>79</b>
2.	<b>ADATTAMENTO O STRAVOLGIMENTO DEL SISTEMA FISCALE INTERNAZIONALE ATTUALE? .....</b>	<b>82</b>
2.1.	<b><i>L'orientamento OCSE: BEPS Action 1 "Address the Tax Challenges of the Digital Economy" .....</i></b>	<b>87</b>
2.2.	<b><i>La vision europea .....</i></b>	<b>90</b>
2.2.1.	<i>La proposta di regime definitivo: tassazione della presenza digitale significativa .....</i>	90
2.2.2.	<i>La proposta di soluzione provvisoria: il sistema di imposta comune su taluni servizi digitali .....</i>	94
2.2.2.1.	<i>La "web tax" italiana.....</i>	100
2.3.	<b><i>La riforma USA.....</i></b>	<b>103</b>
2.4.	<b><i>Osservazioni.....</i></b>	<b>104</b>
3.	<b>VERSO UNA POSSIBILE SOLUZIONE GLOBALE: L'APPROCCIO UNIFICATO ED IL "SUPERAMENTO" DEL PRINCIPIO DI LIBERA CONCORRENZA.....</b>	<b>105</b>
3.1.	<b><i>Il May Programme of Work 2019: le proposte.....</i></b>	<b>107</b>
3.2.	<b><i>La proposta del Segretariato: la prima teorizzazione dello Unified Approach .....</i></b>	<b>108</b>
3.3.	<b><i>La Dichiarazione 2020: l'evoluzione dello Unified Approach .....</i></b>	<b>112</b>
3.3.1.	<i>Il nuovo diritto impositivo: Amount A.....</i>	113
3.3.2.	<i>Le integrazioni al principio di libera concorrenza: Amount B e Amount C .....</i>	116
3.3.3.	<i>Le interazioni: Amount A, B e C.....</i>	117
4.	<b>LO SPAZIO COME PROSSIMA FRONTIERA.....</b>	<b>118</b>
<b>CONCLUSIONE .....</b>		
<b>123</b>		
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>		
<b>124</b>		

## INTRODUZIONE

Nell'era post-BEPS, la fiscalità internazionale si è focalizzata principalmente sull'adeguamento delle misure presenti alle nuove necessità di un mondo ormai globalizzato, dove operare in più di una giurisdizione è divenuta la norma anche per società di medie-piccole dimensioni e le operazioni transfrontaliere sono di conseguenza divenute sempre più frequenti. Per dette ragioni, nel corso della trattazione si farà riferimento ad "entità", perché il riferimento è, in via generale, ad ogni tipologia di società. È comunque evidente che le misure proposte in seno al Progetto BEPS, volte ad evitare erosioni della base imponibile e localizzazioni dei redditi in territori a fiscalità privilegiata, interessino soprattutto i grandi gruppi multinazionali, trattandosi di soggetti che realizzano ingenti quantità di profitti ed essendo indubbio che l'incidenza derivante da una eventuale erosione della base imponibile, sia proporzionata alle redditività della società in questione.

In questa ottica, scopo essenziale del presente elaborato è quello di fornire una prospettiva circa l'evoluzione del concetto di stabile organizzazione, definizione che nell'ultimo decennio ha subito una profonda trasformazione, cercando di adattarsi sempre più alle esigenze dei nuovi modelli di impresa globalizzati che, come si vedrà, sono da ultimo sfociate nelle sfide derivanti dalla digitalizzazione dell'economia. Digitalizzazione che ha comportato la crisi del più tradizionale dei collegamenti territoriali, ossia quello di carattere reale, rendendo superfluo l'esercizio dell'attività per mezzo di una sede materiale. Per detta ragione, l'economia digitale sancisce un grande momento di rottura, considerato che i modelli normativi tutt'ora presenti non sono considerati adeguati a disciplinare un modello di impresa del tutto differente, per il quale non può parlarsi di mero "adeguamento" ma per cui, perlopiù, si rende necessaria una riforma del tradizionale sistema di imposizione.

Per comprendere, brevemente, il contenuto del presente lavoro, partiamo dall'assunto che una società debba essere tassata dove è residente. Diversi sono i riferimenti che potrebbero essere utilizzati ai fini dell'identificazione della residenza fiscale. In generale, può dirsi che una società è residente nel luogo in cui ha la sede amministrativa, per comprendere cosa si intende con detta accezione, scopo essenziale non è quello di seguire il tenore letterale della norma dello specifico ordinamento che ne dà una definizione, bensì, comprendere dove e come una società pone in essere le sue attività, individuando il luogo in cui le decisioni strategiche e gestionali vengono assunte e quindi dal quale provengono gli impulsi volitivi della società medesima. Ne consegue, che la residenza può considerarsi quale primo criterio di collegamento ai fini dell'imposizioni fiscali, ragione per la quale è oggetto principale del Capitolo I. Tale capitolo farà altresì riferimento al concetto di "esterovestizione", ossia alla fittizia localizzazione della residenza fiscale in un Paese a fiscalità privilegiata al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale, questo perché è implicito che il livello di tassazione non sia conforme a livello globale, ragione per cui è naturale che un eventuale divario tra l'imposizione nel Paese di residenza ed un Paese terzo generi delle opportunità di pianificazione fiscale aggressiva, seppur sia da notare che una società è libera di stabilirsi in qualsivoglia territorio al fine di porre in essere le sue attività, anche nel caso in cui l'insediamento derivi da ragioni fiscali, purché lo scopo non sia quello costituire artificialmente una società a scopi essenzialmente elusivi.

Ora, come anticipato è fondamentale comprendere che le imprese odierne non si limitano ad operare nel solo territorio di residenza. Assumiamo quindi che una società residente in Italia operi in Paesi differenti facendo figurare i suoi interessi in molteplici giurisdizioni, senza però avervi insediato alcuna sussidiaria e quindi alcuna società dotata di autonoma soggettività giuridica. È razionale che i profitti realizzati nelle varie giurisdizioni, da parte di entità separate ed indipendenti dalla casamadre, che pongono in essere le medesime attività, in condizioni identiche o simili, non siano imputati alla società principale e quindi soggetti ad imposizione in Italia, bensì, allocati a quelle entità indipendenti operanti nei territori esteri (i.e. stabili organizzazioni) e quindi, di conseguenza, assoggettate ad imposizione in detti ultimi Stati. Così si definisce la *ratio* del concetto di stabile organizzazione, intesa come quella sede fissa di affari materiale o, al più, personale che pone in essere attività identiche o simili a quelle esercitate dalla casamadre in giurisdizioni terze. Diversi sono i criteri utilizzati per individuare detta sede e, in tal senso, si richiede l'adozione di un approccio funzionale perlopiù incentrato sulle attività che vengono poste in essere dai soggetti che vi operano. L'inquadramento della definizione di stabile organizzazione, nonché la delimitazione della sua evoluzione temporale sono oggetto del Capitolo II.

Definita la stabile organizzazione, essenziale diviene capire come quantificare i profitti alla stessa attribuibili. Nel merito, fin dagli albori del diritto tributario internazionale questa, seppur definita come mera articolazione funzionale interna, priva di autonoma soggettività giuridica, è stata trattata, al fine di determinare il reddito imponibile sulla base delle risultanze contabili, come entità autonoma. Per dette ragioni i menzionati profitti sono determinati in ottemperanza al c.d. *Authorized OECD Approach* per cui le funzioni esercitate, gli asset utilizzati e i rischi assunti sono da valutare sulla base di un'analisi funzionale a cui segue la determinazione della remunerazione di libera concorrenza. Altro elemento da sottolineare, è che il legame tra la stabile organizzazione e la casamadre è imprescindibile, si prenda come esempio il caso-base di costituzione di una stabile organizzazione, ossia una società residente in Italia che costituisce una sede fissa di affari in un territorio estero per gestire la distribuzione dei suoi prodotti. È implicito, in tal caso, che venga posta in essere una transazione tra la casamadre e la stabile organizzazione per il passaggio delle merci che poi la seconda è tenuta a distribuire sul mercato estero di riferimento. Trattandosi di transazioni *intercompany* prende rilevanza la disciplina dei prezzi di trasferimento e ancora la determinazione del prezzo di libera concorrenza per la quantificazione della transazione, ossia di quel prezzo che sarebbe stato pattuito se la controparte fosse stata indipendente. La prospettiva del Capitolo III è esattamente quella di analizzare la disciplina inerente all'imputazione dei profitti alla stabile organizzazione, con riferimento altresì all'allocatione dei diritti impositivi tra giurisdizioni e ad un esame maggiormente approfondito inerente all'applicazione dell'*arm's lenght principle*.

Data l'impronta transfrontaliera dell'argomento, i Capitoli I, II e III faranno riferimento sia alla disciplina internazionale, perlopiù ispirandosi al Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni, che alla normativa domestica, al fine di comprendere come l'Italia si sia adeguata alle più recenti evoluzioni della materia.

In merito al Capitolo IV, questo si prospetta di analizzare un argomento che, seppur privo di una normativa definitiva a sostegno, è oggi al centro della discussione inerente alla fiscalità internazionale, ossia l'imposizione dell'economia digitale. Sul punto, deve notarsi che il momento in cui si scrive coincide con il periodo di diffusione della pandemia Covid-19 e la stessa ha fatto divenire la delocalizzazione dei dipendenti, nonché la digitalizzazione dei sistemi più che attuale. Se prima la diffusione del digitale era in decisa espansione, ora è da considerarsi travolgente, motivo per il quale si rende sempre più necessaria una soluzione condivisa a livello internazionale. In merito agli argomenti trattati, l'elaborato si pone come scopo, oltre che l'inquadramento della *digital economy*, quello di fornire una panoramica sulle misure proposte nel merito, trattando sia degli interventi ricompresi nel Progetto BEPS, i quali hanno sancito, per primi, nel 2014, la necessità di un futuro intervento, sia delle ultime misure proposte in ambito unionale nel 2018 ma, soprattutto, propone un'analisi di quella che è considerata, allo stato attuale, la soluzione più probabile, ossia l'implementazione del c.d. *Unified Approach*, consistente in una riforma condivisa da adottarsi a livello globale che introduce un nuovo sistema impositivo per i grandi gruppi multinazionali, digitali e non.

# CAPITOLO PRIMO

## LA RESIDENZA FISCALE

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. La residenza delle persone fisiche – 3. La residenza delle società e degli enti – 4. La residenza nel Modello OCSE – 5. Le Convenzioni internazionali.

### 1. Premessa

La residenza fiscale è il presupposto fondante per la tassazione sia delle persone fisiche che giuridiche. Questo è considerato elemento essenziale al fine di comprendere come e dove un soggetto debba essere tassato. Considerato che la disciplina internazionale rimanda alle disposizioni interne ai fini della categorizzazione dei “soggetti residenti”, i seguenti paragrafi avranno ad oggetto i caratteri fondamentali della disciplina italiana inerenti alla definizione di persona fisica residente ed ente o società residente e, infine, l’analisi della definizione di “soggetto residente” contenuta nella Convenzione Modello redatta dall’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, di qui in avanti “OCSE”.

Il motivo di tale riferimento, ai fini della presente trattazione, risiede nel fatto che risulta fondamentale comprendere il significato di “residenza fiscale” al fine di poter analizzare il concetto di “stabile organizzazione”. Infatti, seppur la stessa, come si vedrà in seguito, risulta apparentemente indipendente dall’idea di “residenza fiscale”, ciò che rileva è la sottrazione del reddito prodotto da un’entità per mezzo di stabile organizzazione al computo del reddito complessivo suscettibile di tassazione nello Stato di residenza. Infatti, in linea di principio, un’entità è soggetta a tassazione nello Stato di residenza per i redditi ivi prodotti, ad eccezione dei redditi prodotti all’estero per mezzo di stabile organizzazione materiale o personale<sup>1</sup>.

Oltretutto, si evidenzia che al termine del presente capitolo verrà altresì fatto riferimento a quelle che sono le caratteristiche fondamentali delle Convenzioni internazionali.

### 2. La residenza delle persone fisiche

Partendo dalle persone fisiche, due sono i modelli, distinti e opposti, cui gli Stati possono astrattamente informare il proprio sistema impositivo. Da un lato il “principio della fonte”, indipendente dal concetto di residenza, per il quale l’ordinamento colpisce i soli redditi prodotti e beni posseduti all’interno del territorio sul quale lo stesso risulta efficace. Dall’altro lato il “principio della residenza o domicilio fiscale”, per il quale, ferma restando la tassazione dei soggetti non residenti per i redditi prodotti e i beni posseduti all’interno del territorio dello Stato, sono assoggettati a tassazione i soli residenti con riferimento al loro reddito mondiale e ai beni ovunque esistenti (c.d. *worldwide income principle*). Il secondo modello risulta essere quello

---

<sup>1</sup> A titolo esemplificativo, una società residente nello Stato A con una stabile organizzazione nello Stato B verrà tassata nel paese A per i redditi prodotti nello stesso e nel paese B per quelli imputabili alla stabile organizzazione. Si rinvia ai capitoli successivi per un’analisi maggiormente approfondita dei concetti esposti.

maggiormente diffuso tra i Paesi ad economia avanzata e quindi aderenti al Modello OCSE, trattasi, a titolo esemplificativo, del modello adottato dall'ordinamento italiano e prediletto dal diritto tributario francese<sup>2</sup>.

Entrando nel merito dell'ordinamento italiano, "presupposto dell'imposta sul reddito delle persone fisiche è il possesso di redditi in denaro o in natura rientranti nelle categorie indicate nell'articolo 6<sup>3</sup>" (Art. 1, Tuir). Sono quindi soggetti passivi dell'imposta le persone fisiche, residenti e non nel territorio dello Stato<sup>4</sup>. A norma dell'art. 2, comma 2 del Tuir "**Si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo di imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile**"<sup>5</sup>. In merito al "periodo di imposta", è da evidenziare il carattere periodico delle imposte sui redditi, derivante dal fatto che il presupposto è delimitato temporalmente dal periodo di imposta, ossia, per le persone fisiche, dall'anno solare. Sul punto, risulta necessario specificare che è opinione prevalente in dottrina che i requisiti di residenza debbano sussistere, in alternativa, anche se non ininterrottamente, per un periodo di tempo minimo di 183 giorni (184 in anni bisestili). Tale precisazione dottrinale deriva dalla necessità, in sede di accertamento, di dover verificare l'esistenza del presupposto in un determinato arco temporale. In merito alle condizioni necessarie ai fini della categorizzazione di "soggetto residente", dal tenore letterale della norma si deduce che risulta sufficiente soddisfare anche una sola delle condizioni richieste.

- 1) In riferimento all' "**iscrizione nelle anagrafi della popolazione residente**", presupposto per l'iscrizione, ai sensi degli articoli 1 e 3 del D.P.R. 30 maggio 1989, è l'aver nel Comune la propria dimora abituale o, per le persone senza fissa dimora, l'aver stabilito nel Comune il proprio domicilio, considerato che i cittadini italiani che abbiano stabilito la propria dimora abituale all'estero sono tenuti a cancellarsi dall'anagrafe della popolazione residente e ad iscriversi all'anagrafe degli italiani residenti all'estero (Aire). Tale criterio di collegamento, come ritenuto dalla dottrina prevalente<sup>6</sup>, ha carattere di natura oggettiva e formalistica essendo appunto legato all'"iscrizione", reputata condizione *si per sé* sufficiente a far acquisire la residenza ai fini tributari. Tale tesi è stata infatti confermata dalla Corte di Cassazione per la quale l'iscrizione costituisce "**un dato preclusivo di ogni ulteriore**

---

<sup>2</sup> A norma dell'art. 4B del *Code Général des Impôts* le persone che hanno in Francia la residenza sono assoggettate ad imposta sui redditi ovunque prodotti, mentre i soggetti con residenza fiscale all'esterno del territorio francese sono tassati per i soli redditi prodotti in Francia.

<sup>3</sup> Si riporta di seguito il testo integrale dell'art. 6, comma 1, del Tuir:

I singoli redditi sono classificati nelle seguenti categorie:

- a) redditi fondiari;
- b) redditi di capitale;
- c) redditi di lavoro dipendente;
- d) redditi di lavoro autonomo;
- e) redditi di impresa;
- f) redditi diversi.

<sup>4</sup> Cfr. SCHIAVOLIN R., *I soggetti passivi*, in *Imposta sul reddito delle persone fisiche. Giur. sist. dir. trib.*, diretta da F. Tesauro, Torino, 1994, t. I, p. 58 ss.

<sup>5</sup> Cfr. FREGNI M.C., *La residenza fiscale delle persone fisiche*, in *Giur. it.*, 2009, pp. 2563-2572; PIANTAVIGNA P., *La funzione della nozione di "residenza fiscale" nell'Irpef*, in *Riv. dir. fin.*, 2013, I, p. 275.

<sup>6</sup> Sul punto si veda MELIS G., *La nozione di residenza delle persone fisiche nell'ordinamento tributario italiano*, in *Rassegna tributaria*, n. 6/1995, p. 1034.



**accertamento ai fini dell'individuazione del soggetto passivo d'imposta**, diversamente da quanto avviene ai fini civilistici ove le risultanze anagrafiche sono invece concordemente considerate idonee unicamente a dar luogo a presunzioni relative superabili, come tali, da prova contraria". È quindi certamente prevalente, sul piano interpretativo, l'idea che l'iscrizione anagrafica sia stata concepita dal legislatore soprattutto come strumento destinato a consentire un'agevole e sollecita individuazione della persona residente. Tale orientamento non risulta però pienamente condiviso<sup>7</sup>, tanto che è stata anche prospettata l'incostituzionalità del criterio dell'iscrizione anagrafica per violazione dell'articolo 53 della Costituzione per il quale "Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva" perché inidoneo, *ex se*, a esprimere la reale capacità contributiva del soggetto passivo in termini di imposizione del reddito su base mondiale. Ciò che si contesta è il fatto che il solo elemento formale dell'iscrizione prescinde dall'esistenza di un effettivo legame tra la persona ed il territorio e, di conseguenza, un soggetto iscritto presso l'anagrafe potrebbe risultare privo di domicilio o dimora abituale nel territorio dello Stato e quindi, effettivamente, non beneficiario dei pubblici servizi ai quali lo stesso ha diritto perché sono quelli che egli stesso concorre a finanziare. Altro elemento contraddittorio, risulta essere il conflitto con la rilevanza civilistica dell'iscrizione considerato che risulta essere l'unico criterio che non rimanda alla stessa normativa e, soprattutto, che ai fini civilistici, come già sottolineato, le risultanze anagrafiche pongono solo una presunzione *iuris tantum*.

- 2) In relazione al "domicilio o residenza" nel territorio dello Stato. In tale ambito netto è il rinvio al disposto del codice civile per cui si qualifica quale "**domicilio**" il luogo in cui la persona **ha stabilito la sede principale dei suoi affari ed interessi** e quale "**residenza**" il sito in cui la persona ha la **dimora abituale**. La categorizzazione dipende quindi, necessariamente, dall'ampiezza attribuita ai concetti di "sede principale", "affari ed interessi" e "dimora abituale", rispetto ai quali è stata dimostrata un'incapacità, sia della giurisprudenza che della dottrina, di giungere ad una convergenza interpretativa relativa agli elementi che ne costituiscono il fondamento. Partendo dal domicilio, appare evidente l'importanza del requisito della principalità, secondo la tesi prevalente questo dovrebbe escludere la possibilità di configurare in capo allo stesso soggetto una pluralità di domicilia, trattasi di un criterio di carattere oggettivo accertabile di fatto attraverso parametri quantitativi e qualitativi. In merito ai caratteri quantitativi, il riferimento è alla sede che si caratterizza per il maggior fatturato o il maggior numero di collaboratori, ad esempio, nel caso di uno studio professione. Più critica risulta essere, invece, l'identificazione dei caratteri qualitativi, considerato che si rimanda per un verso all'analisi della sfera psichica del soggetto passivo, in tal senso è di soccorso la dottrina che nega la rilevanza dell'intenzione di stabilire una sede purché non si tratti di una volontà concretamente attuata che dà

---

<sup>7</sup> Sul punto si veda MOSCHETTI F., *La Capacità contributiva*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. V, 1988, op. cit., p. 215 secondo cui "il dovere di concorrere alle spese pubbliche è un dovere di solidarietà (primariamente) economica", "è quindi richiesto un legame durevole di carattere economico, come, ad esempio, il possesso di beni sul territorio, l'esercizio di attività prolungata, la permanenza".

luogo ad una situazione reale per la quale è possibile ravvisare un certo raggruppamento di affari ed interessi in un determinato luogo. In merito alla volontà, è necessario sottolineare che l'accezione "ha stabilito" risulta uno degli elementi distintivi tra la definizione di domicilio e residenza perché va ad indicare, nel primo caso, un'intenzione resasi manifesta del soggetto di voler collocare la sede principali dei propri affari ed interessi in un determinato ambito spaziale. All'espressione "affari ed interessi" è stato attribuito un significato comprensivo sia delle attività economiche, sia degli interessi di indole morale e sociale, sicché la determinazione del domicilio va desunta alla stregua di tutti gli elementi di fatto che, direttamente o indirettamente, denuncino la presenza in un certo luogo di tale complesso di rapporti e il carattere principale che esso ha nella vita della persona (Cass. Sez. civ., 20 luglio 1999, n. 7750). Spostandosi al concetto di residenza, tale condizione è stata interpretata dalla giurisprudenza civilistica facendo riferimento, da un lato, ad un elemento di natura materiale, ossia la permanenza in un luogo e, dall'altro, ad un elemento di carattere soggettivo, ossia l'intenzione di dimorarvi abitualmente. La stessa sancisce infatti che "la residenza è determinata dall'abituale volontaria dimora di una persona in un dato luogo, sicché concorrono ad instaurare tale relazione giuridicamente rilevante sia il fatto oggettivo della stabile permanenza in quel luogo sia l'elemento soggettivo della volontà di rimanervi, la quale, estrinsecandosi in fatti univoci evidenzianti tale intenzione, è normalmente nel primo elemento". Quindi, in riferimento al requisito dell'abitualità, la stessa è da intendersi sia nel senso di stabilità che nel senso di prevalente presenza in un determinato luogo.

In sintesi, il domicilio si lega ad un elemento che va a determinare una relazione tra la persona ed il luogo, integrato da un elemento di diritto che consiste nell'aver stabilito in tale luogo il centro dei propri affari ed interessi, anche a prescindere dall'effettiva presenza nel luogo considerato (Cfr. Cass. Sez. civ., 29 dicembre 1960, n. 3322) e si lega, di conseguenza, anche alla sfera familiare del soggetto passivo, lo stesso riguarda quindi la vita morale dell'individuo. Diversamente, la residenza fa riferimento alla vita fisica del soggetto e alla sede materiale della persona.

È da sottolineare, in ultima istanza, che l'art. 2, comma 2-*bis*, del Tuir prevede anche una presunzione di residenza, per cui sono da considerarsi residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati definiti "a fiscalità privilegiata"<sup>8</sup>. Il trattamento dei soggetti residenti e non, come anticipato, differisce in tema di determinazione della base imponibile, infatti, "l'imposta si applica sul reddito complessivo del soggetto, formato per i residenti da tutti i redditi posseduti al netto degli oneri deducibili indicati nell'articolo 10, e per i non residenti soltanto da quelli prodotti nel territorio dello Stato" (Art. 3, comma 1, Tuir).

---

<sup>8</sup> I Paesi a regime fiscale privilegiato sono indicati nella *black list* contenuta nel Decreto del 4 maggio 1999 del Ministero delle Finanze, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 107 del 10 maggio 1999 e modificato, da ultimo, dal Decreto del Ministero delle Finanze del 12 febbraio 2014.

### 3. La residenza delle società e degli enti

In tema di società ed enti soggetti all'Imposta sul Reddito delle Società, di qui in avanti "Ires", il presupposto di imposta risulta speculare rispetto a quello definito per le persone fisiche, ossia il "possesso dei redditi in denaro o in natura rientranti nelle categorie indicate nell'articolo 6" (Art. 72, Tuir). Il trattamento fiscale differisce a seconda del soggetto passivo, in merito l'art. 73, comma 1, del Tuir identifica come soggetti passivi:

- a) Le **società di capitali residenti nel territorio dello Stato**, tra le quali si intendono ricomprese le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, nonché le società e cooperative europee<sup>9</sup>;
- b) Gli **enti commerciali residenti nel territorio dello Stato**, ossia enti pubblici e privati diversi dalle società, compresi i trust, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale;
- c) Gli **enti non commerciali residenti nel territorio dello Stato**, ossia enti pubblici e privati diversi dalle società, i trust che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale<sup>10</sup>, nonché gli organismi di investimento collettivo del risparmio; e
- d) Le **società e gli enti di ogni tipo**, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, **non residenti nel territorio dello Stato**.

In relazione al trattamento fiscale dei soggetti di cui alla lettera a) e b) del presente articolo, il loro reddito è determinato secondo le disposizioni in tema di reddito di impresa, a prescindere dalla fonte di provenienza (Art. 81, Tuir)<sup>11</sup>. Tali soggetti passivi sono suscettibili di tassazione in Italia per la totalità dei redditi prodotti, esclusi quelli prodotti per mezzo di stabile organizzazione in territori esteri. Il reddito complessivo degli enti non commerciali (lettera c) è, invece, formato dai redditi fondiari, di capitale, di impresa e diversi, ovunque prodotti e quale ne sia la destinazione (Art. 143, Tuir). Tale reddito complessivo è determinato dalla sommatoria dei singoli redditi, applicando le regole di determinazione previste per ciascuna categoria reddituale. In merito alla società e agli enti non residenti di cui alla lettera d) del presente articolo, opera sia il principio del trattamento isolato dei redditi (Art. 151, comma 3, Tuir) che il principio di territorialità (Art. 151, comma 1, Tuir). Secondo il primo, i redditi prodotti dalla società o dall'ente non residente conservano la qualifica della categoria di appartenenza, il reddito complessivo di spettanza del soggetto non residente deriva quindi dalla sommatoria dei singoli redditi, calcolati in ottemperanza alle disposizioni di ciascuna categoria reddituale in base alla diversa natura. In merito al secondo principio, il reddito complessivo fa riferimento al solo reddito prodotto all'interno del territorio dello Stato a norma dell'art. 23 del Tuir per il

---

<sup>9</sup> Le società europee (previste dal regolamento CE n. 2157/2001) e le cooperative europee (previste dal regolamento CE n. 1435/2003) sono state inserite fra i soggetti passivi Ires dal D.lgs. 6 novembre 2007, n. 199.

<sup>10</sup> L'esercizio di "attività commerciale" si determina in base alla nozione di reddito d'impresa, fissata, in generale, nell'art. 55, del Tuir. "[...], l'ente, ancorché dichiarati finalità non lucrative, è considerato ente commerciale quando l'attività essenziale per la realizzazione degli scopi tipici è di natura commerciale" (Min. fin., circ. 12 maggio 1998, n. 124/E).

<sup>11</sup> Le disposizioni in termini di reddito di impresa sono contenute nel Tuir, Titolo II, Capo II, Sezione I.

quale, ai fini dell'applicazione dell'imposta nei confronti dei non residenti, si considerano prodotti nel territorio dello Stato:

- a) i redditi fondiari;
- b) i redditi di capitale corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti, con esclusione degli interessi e altri proventi derivanti da depositi e conti correnti bancari e postali;
- c) i redditi di lavoro dipendente prestato nel territorio dello Stato, compresi i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 50;
- d) i redditi di lavoro autonomo derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato;
- e) **i redditi d'impresa derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni;**
- f) i redditi diversi derivanti da attività svolte nel territorio dello Stato e da beni che si trovano nel territorio stesso, nonché le plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso di partecipazioni in società residenti, con esclusione:
  - 1) delle plusvalenze di cui alla lettera *c-bis*) del comma 1, dell'articolo 67, derivanti da cessione a titolo oneroso di partecipazioni in società residenti negoziate in mercati regolamentati, ovunque detenute;
  - 2) delle plusvalenze di cui alla lettera *c-ter*) del medesimo articolo derivanti da cessione a titolo oneroso ovvero da rimborso di titoli non rappresentativi di merci e di certificati di massa negoziati in mercati regolamentati, nonché da cessione o da prelievo di valute estere rivenienti da depositi e conti correnti;
  - 3) dei redditi di cui alle lettere *c-quater*) e *c-quinquies*) del medesimo articolo derivanti da contratti conclusi, anche attraverso l'intervento d'intermediari, in mercati regolamentati;
- g) i redditi di cui agli articoli 5, 115 e 116 imputabili a soci, associati o partecipanti non residenti.

In tale ambito, risulta alla stregua necessario definire il concetto di “soggetto passivo residente”. Si considerano residenti nel territorio dello Stato **“le società e gli enti che, per la maggior parte del periodo di imposta, hanno la sede legale, o la sede amministrativa, o l'oggetto principale dell'attività, nel territorio dello Stato”** (Art. 73, comma 3, Tuir). In relazione al periodo di imposta, il disposto dell'art. 76, comma 2 del Tuir prevede che questo si considera costituito dall'esercizio o periodo di gestione della società o dell'ente, determinato dalla legge o dall'atto costitutivo. Se la durata dell'esercizio o periodo di gestione non è determinato dalla legge o dall'atto costitutivo o è determinata in due o più anni, il periodo di imposta è costituito dall'anno solare. È opinione consolidata, anche per mezzo di sentenze della Suprema Corte, che l'acquisto della residenza può dirsi pienamente compiuto da parte della società quando i citati criteri risultano persistenti per almeno un termine minimo di 183 giorni (186 negli anni bisestili). In relazione a detti parametri di residenza, gli stessi sono da considerarsi applicabili per esclusione. Il disposto dell'art. 73, comma 3 espone un elenco gerarchico dei principi di localizzazione ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle società, detto

ciò appare evidente che la sussistenza di anche uno solo di essi sia sufficiente a definire una società come residente nel territorio dello Stato.

- 1) La **sede legale**. Fa riferimento al luogo indicato nell'atto costitutivo o nello statuto.
- 2) La **sede amministrativa**. Molto spesso giurisprudenza e dottrina sono state chiamate a colmare, stante il vuoto normativo, il concetto di sede di direzione effettiva. Secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, per sede di direzione effettiva deve intendersi il luogo in cui hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e dove operano i suoi organi rappresentativi o i suoi dipendenti con poteri direttivi, ossia **il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento nei rapporti interni e con i terzi degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività**<sup>12</sup>. È il "luogo in cui la società svolge la sua prevalente attività direttiva ed amministrativa per l'esercizio dell'impresa, cioè il centro effettivo dei suoi interessi, dove essa vive ed opera, dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per l'esplicazione ed il raggiungimento dei fini sociali"<sup>13</sup>. In sintesi, ci si riferisce a ciò che la giurisprudenza internazionale definisce come "*effective place of management*", ovvero al **luogo in cui vengono assunte le decisioni strategiche e gestionali e quindi da cui provengono gli impulsi volitivi della società**. Ne discende perciò che la residenza degli amministratori, ossia dei soggetti da cui derivano gli impulsi volitivi, è uno dei principali indizi per l'individuazione del luogo in cui l'attività è svolta<sup>14</sup>, ciò non comporta però che si possa univocamente determinare l'uguaglianza tra la sede dell'amministrazione e la sede di riunione del consiglio di amministrazione o dell'organo equivalente. La sede dell'amministrazione è da intendersi come il luogo da cui partono gli impulsi volitivi, anche nel caso in cui l'esecuzione pratica degli stessi sia svolta esternamente al territorio nazionale<sup>15</sup>. È quindi necessario comprendere chi amministra e chi, invece, è formalmente preposto all'esecuzione dell'attività, dando rilevanza al primo di questi.
- 3) L'**oggetto principale dell'attività**. Il disposto dell'art. 73, comma 4, del Tuir prevede che "L'oggetto principale o esclusivo dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'**attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.**" Il comma 5 del suddetto articolo continua poi affermando che "In mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'**attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato**" e che "**tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti**". Alla

---

<sup>12</sup> Cass. sez. civ., 18 gennaio 1997, n. 497.

<sup>13</sup> Cass. sez. civ., 22 gennaio 1958, n. 136.

<sup>14</sup> GAZZO M., *La residenza delle persone fisiche e giuridiche nel diritto tributario interno e convenzionale*, in *Corr. Trib.*, n. 25/2002, p. 2289.

<sup>15</sup> NOVARA G., *Residenza di enti e società nell'imposizione personale sui redditi*, in *Boll Trib.*, n. 1/1990, p. 17.

luce di quanto enunciato, è consolidato che trattasi del luogo in cui l'attività viene effettivamente esercitata, è infatti altresì ribadito dalla Suprema Corte che il riferimento è al luogo in cui si concretizzano gli atti produttivi e negoziali, nonché i rapporti che l'ente intrattiene con i terzi.

In tale contesto, operano comunque quattro presunzioni legali di residenza fiscale. Le prime due rientrano nell'enunciato dell'art. 73, comma 3, del Tuir che ricomprende tra i soggetti residenti anche (a) gli organismi di investimento collettivo del risparmio istituiti in Italia e (b) salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto, istituiti in Stati o territori a fiscalità privilegiata in cui almeno uno dei disponenti e uno dei beneficiari siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. In merito alla terza presunzione, particolarmente trattato è il disposto dell'art. 73, comma 5-bis, del Tuir, volto al contrasto del fenomeno della cd. “**esterovestizione**”. Il citato comma introduce nell'ordinamento una presunzione legale relativa, in virtù della quale sono da considerarsi residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria<sup>16</sup>, le società e gli enti che detengono partecipazioni di controllo in società commerciali residenti, compresi i trust, se soddisfatti, alternativamente, due criteri, ossia:

- a) Se controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato<sup>17</sup>; o
- b) Se amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

Ciò che in tale ambito rileva, è il fatto che si assiste all'imposizione, da parte del diritto tributario, di una **misura restrittiva della libertà di stabilimento** e quindi teoricamente in contrasto con i vincoli comunitari assunti dallo Stato e con quelli cui quest'ultimo si è impegnato per il tramite di Convenzioni internazionali, fra le quali quelle contro le doppie imposizioni<sup>18</sup>. Considerato che la libertà di stabilimento risulta essere uno dei principi fondamentali ai quali si informa il diritto comunitario garantito dal Trattato di Roma (artt. 43 e 48), per il quale un cittadino di uno Stato membro è libero di creare uno stabilimento in un altro Stato membro per esercitarvi le proprie attività e di partecipare così, in maniera continuativa e stabile, alla vita economica di

---

<sup>16</sup> Trattandosi di presunzione legale relativa si ha inversione dell'onere della prova a carico della società estera che controlla la società italiana presumibilmente gestita ovvero controllata, anche indirettamente, da soggetti di imposta italiani.

<sup>17</sup> Si riporta di seguito il testo integrale dell'art. 2359 c.c.:

Sono considerate società controllate:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati.

<sup>18</sup> BALLANCIN A., *Note in tema di esteroinvestizione societaria tra i criteri costitutivi della nozione di residenza fiscale e l'interposizione elusiva di persona*, in *Riv. dir. trib.*, n. 11/2008, p. 975 ss.; VIOTTO A., *Considerazioni di ordine sistematico sulla presunzione di residenza in Italia delle società holding estere*, in *Riv. dir. trib.*, vol. 3, 2007, pp. 269-288; In relazione ai rapporti con il diritto tributario internazionale e con quello comunitario Cfr. BIZIOLI G., *The Evolution of the Concept of Place of Management in Italian Case Law and Legislation: Interaction with Tax Treaties and EC Law*, in *European taxation*, vol. 48, n.10/2008, p. 527.

uno Stato diverso dal proprio di origine e di trarne vantaggio, è consolidato che un soggetto sia libero di scegliere il territorio di insediamento. Sul punto, la Corte di Giustizia Europea<sup>19</sup> è intervenuta affermando che **la decisione circa la localizzazione dell'attività può fondarsi anche, semplicemente, su motivazioni di convenienza fiscale** che rendono, ad esempio, maggiormente competitivo un sistema rispetto ad un altro per quella determinata forma di impresa. Alla luce di ciò, con il neologismo “esterovestizione” ci si riferisce all'operazione attraverso la quale una società riesce formalmente ad allocare in un altro Paese la propria residenza dal punto di vista tributario, pur concludendo nel territorio italiano la propria impresa principale o avendo qui di fatto la sede della propria amministrazione<sup>20</sup>. La società in questione è dunque “esterovestita” nel senso di una sua apparente non residenza, seppur il territorio italiano coincida con il suo centro decisionale, dei suoi affari, dei suoi beni ed investimenti. Sul caso è altresì intervenuta la Suprema Corte andando a definire la cd. “esterovestizione” per mezzo delle sentenze n. 33234/2018 e n. 33235/2018, pubblicate in data 21 dicembre 2018, come “fittizia localizzazione, allo scopo di sottrarsi al più gravoso regime nazionale, della residenza fiscale di una società in un Paese con un trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale”. Sul punto va però sottolineato che è opinione dei Supremi Giudici che **“purché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale”**. Ciò significa che la limitazione del principio di libero insediamento è da ritenersi ammissibile solo se riguarda costruzioni societarie di puro artificio che non svolgono alcuna attività economica, per tale motivo non rileva la sussistenza o meno di ragioni economiche diverse da quelle relative alla convenienza fiscale. Ancora rilevante, in tema di presunzioni di residenza, è, infine, il disposto dell'art. 73, comma 5-*quater*, del Tuir per il quale, “salvo prova contraria, si considerano residenti nel territorio dello Stato le società o enti il cui patrimonio sia investito in misura prevalente in quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio immobiliari che risultano controllati, direttamente o indirettamente, per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona, da soggetti residenti in Italia”. Anche in tale caso il controllo è da considerarsi sussistenze sulla base delle disposizioni dell'art. 2359 del codice civile, anche per partecipazioni possedute da soggetti diversi dalle società.

#### **4. La residenza fiscale nel Modello OCSE**

Al fine di completare il quadro normativo in termini di residenza fiscale, è opportuno menzionare la definizione di “soggetto residente” presente nella Convenzione Modello OCSE esplicitata per mezzo dell'art. 4 (1), per il quale **“il termine “residente di uno Stato contraente” indica qualsiasi persona che, in base alle leggi di quello Stato, è soggetta a tassazione nello stesso a causa del suo domicilio, residenza, place**

---

<sup>19</sup> Corte di Giustizia europea, 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes*, causa C-196/04.

<sup>20</sup> Per i riflessi di queste scelte sui modelli di gestione societaria si veda più diffusamente TASSANI T., *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 221.

*of management o qualsiasi altro criterio di natura simile*". Considerato poi che lo scopo del Modello, oltre ad essere quello di fornire standard internazionali al fine di far sì che i vari stati contraenti e aderenti adottino modelli unificati e condivisi, risulta essere quello di risolvere eventuali controversie derivanti da conflitti tra le normative interne, è opportuno evidenziare l'importanza del concetto di residenza in relazione ai fenomeni di doppia imposizione. Se da un lato, questa permette di comprendere l'ambito di applicazione della Convenzione; dall'altro è utilizzata al fine di risolvere problemi di doppia imposizione derivanti da duplice residenza o che emergono da una concorrenza di potestà impositiva di due Stati in relazione ad uno stesso reddito e quindi quando un reddito risulta tassabile sia nello Stato di residenza che nello Stato della fonte. Al fine di risolvere detti conflitti in ambito di doppia residenza, i paragrafi 2 e 3 vagliano una gerarchia di criteri rispettivamente per le persone fisiche e giuridiche.

In tema di persone fisiche, si fa riferimento all'abitazione permanente; al centro degli interessi vitali e quindi al luogo in cui la persona detiene le sue principali relazioni di carattere personale ed economico; al *place of abode*, ossia al luogo dove il soggetto usualmente si reca, facendo riferimento alle sue abitudini; e alla nazionalità.

Diversamente, in caso di persone giuridiche si rimanda all' *effective place of management*. In tale ultimo contesto, è bene ricordare che, anche nell'ambito delle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia sulla base del Modello OCSE<sup>21</sup>, il criterio ultimo di collegamento è quello della "sede della direzione effettiva" (*effective place of management*). In proposito, il Commentario OCSE 2017 non fornisce una chiara e puntuale definizione ma rimanda alle autorità competenti l'onere di risolvere eventuali casi di duplice residenza per mezzo di mutui accordi<sup>22</sup>. Invero, questo non manca però di sottolineare come la "sede della direzione effettiva" sia da intendersi come il luogo dove vengono effettivamente prese le decisioni chiave, sia di management che commerciali, per la gestione del business dell'impresa. A maggior precisazione, il Commentario continua specificando come tale luogo coincide con quello in cui la persona o il gruppo di persone di livello più elevato (i.e. il consiglio di amministrazione) forma le sue decisioni, tenendo in considerazione tutte le situazioni di fatto e le circostanze pertinenti<sup>23</sup>. È quindi indubbio che la valutazione circa l'individuazione della sede effettiva sia da effettuarsi sulla base di criteri sostanziali piuttosto che formali. Consolidato che è opinione diffusa dell'OCSE che non ci possa essere una regola fissa ed univoca per individuare l'*effective place of management*, è appunto opportuno considerare tutte le circostanze di fatto che aiutano nella determinazione di tale luogo.

---

<sup>21</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo, gli artt. 4, comma 3, della Convenzione sottoscritta tra Italia e Lussemburgo e della Convenzione tra Italia e Paesi Bassi. Per una versione integrale della Convenzione Modello OCSE e del relativo commentario, si faccia riferimento a: OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing.

<sup>22</sup> OECD Model: *Commentary on art. 4*, para 23 (2017).

<sup>23</sup> OECD Model: *Commentary on art. 4*, para 24.1 (2017).



## 5. Le Convenzioni internazionali

Il Modello OCSE sopracitato rientra nella categoria delle Convenzioni internazionali, trattasi del modello cui sono ispirate la maggior parte delle Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni. Considerando che, nel corso dei successivi paragrafi, si farà più volte riferimento allo stesso appare necessario effettuare una premessa relativa alla funzione e alle caratteristiche delle menzionate Convenzioni.

Le Convenzioni internazionali, che siano bilaterali o multilaterali, hanno un duplice obiettivo. Da un lato, sono volte ad eliminare (o ridurre) la doppia imposizione, attraverso la ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati contrenti ed il ricorso a specifici meccanismi, quali il credito di imposta o l'esenzione; dall'altro lato, hanno come obiettivo il contrasto dell'evasione fiscale per mezzo dello scambio di informazioni tra le autorità fiscali competenti. In tale sede, verrà esaminato perlopiù il primo aspetto delle stesse. I problemi inerenti alla doppia imposizione possono generarsi sia in termini di *double legal taxation*, nel caso in cui più di uno Stato detenga il diritto di tassare uno stesso contribuente in relazione allo stesso reddito, che in termini di *double economic taxation*, ossia in caso di duplice tassazione dello stesso reddito in capo a soggetti contribuenti differenti. Nel momento in cui sorge un problema di doppia imposizione, la gerarchia delle fonti vede, come prima tra tutte, la normativa domestica<sup>24</sup>. Nel caso in cui vi siano conflitto tra i disposti delle normative interne dei due Stati interessati, bisogna far riferimento a quanto definito dalle Direttive europee, ovviamente nel solo caso in cui entrambi gli Stati siano parte dell'Unione Europea. Se il conflitto a tal punto non risulta ancora risolto, prendono rilevanza eventuali Convenzioni internazionali stipulate.

In tale ambito è però necessario fare una precisazione, quanto detto non significa che le Convenzioni internazionali non prevalgano sul diritto interno, bensì è vero il contrario. Nel caso dell'Italia, è la stessa Costituzione a prevedere per mezzo dell'art. 10, comma 1 "un sistema di adattamento dell'ordinamento italiano alle norme del diritto internazionale" e altresì che gravi su Stato e Regioni l'obbligo comune di "conformarsi ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ed agli obblighi internazionali" (Art. 117, Cost.). Sulla base di dette norme, è indubbio che le Convenzioni, dato il loro carattere di **legge speciale**, **prevalgono sulla normativa interna** come statuito esplicitamente dalla Cassazione<sup>25</sup>. In sede di citata pronuncia circa la Convenzione tra Italia ed Irlanda, la Cassazione ha infatti affermato il principio generale per cui le Convenzioni "per il carattere di specialità del loro ambito di formazione, così come altre norme internazionali pattizie prevalgono sulle corrispondenti norme nazionali, dovendo la potestà legislativa essere esercitata nei vincoli derivanti, tra l'altro dagli obblighi internazionali".

In sintesi, se da un lato la normativa interna rappresenta la prima fonte cui si fa riferimento al fine di comprendere come poter risolvere un problema di doppia imposizione, dall'altro lato resta valido il principio consolidato di diritto internazionale per il quale, in caso di conflitto con la legislazione nazionale, prevale "sempre" la Convenzione, anche se antecedente, per effetto della sua natura di norma gerarchicamente

---

<sup>24</sup> Tale principio è ribadito anche all'art. 169, del Tuir per il quale "Le disposizioni del presente testo unico si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi interazionali contro la doppia imposizione".

<sup>25</sup> Cass. sez. trib, 19 gennaio 2009, n. 1138.

sovraordinata alla legge ordinaria interna. Sul punto, è necessario sottolineare che solo nel caso in cui la norma domestica abbia carattere antielusivo questa può considerarsi prevalente rispetto alla disposizione convenzionale.

Andando oltre alla normativa domestica e intracomunitaria, il ruolo delle Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione è senza dubbio fondamentale. Qui risulta necessario effettuare una distinzione tra Convenzioni bilaterali e multilaterali. Le prime assumono, per loro natura, rilevanza solo per i due Stati contraenti, a differenza delle seconde che invece assumono rilevanza per tutti gli Stati firmatari. In relazione alle Convenzioni multilaterali, è opportuno precisare che il 7 Giugno 2017 è stata firmata a Parigi la *Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*, di qui in avanti “Convenzione Multilaterale” o “MLI”. L’effetto principale di tale Convenzione risiede nella capacità della stessa di andare a modificare in modo automatico tutte le Convenzioni bilaterali concordate e ormai consolidate esistenti tra gli Stati firmatari, senza alcuna necessità di modifica di queste ultime. Come rilevato nella circolare n. 15/2018 pubblicata da Assonime, la formalizzazione di uno strumento multilaterale quale la Convenzione citata deriva dal fatto che la revisione per l’adeguamento alle indicazioni del BEPS riguarda circa 3.000 Convenzioni. La Convenzione è basata su alcuni principi chiave: in primo luogo, essa si applica in relazione ai trattati che entrambi gli Stati contraenti hanno notificato all’OCSE a tal fine; le disposizioni che costituiscono i cd. *minimum standards* del BEPS<sup>26</sup> si applicano automaticamente a tutti i trattati notificati, nel caso in cui i citati standard possano essere soddisfatti con diverse soluzioni, è rimesso alle parti il dovere di accordarsi al fine di identificare una soluzione reciprocamente soddisfacente; in relazione, invece, alle disposizioni che non costituiscono standard minimi, ciascun Paese firmatario può esprimere una riserva che ne impedisca l’applicazione; inoltre, in alcuni casi è la stessa Convenzione a prevedere opzioni alternative che risultano applicabili solo nel caso in cui entrambi gli Stati contraenti esercitino la medesima opzione. Seppur si tratti di un accordo stipulato nel 2017, questo non è stato in fatto mai applicato. Risulta quindi ancora discussa la sua adozione, soprattutto in considerazione del fatto che non tutte le previsioni contenute risultano obbligatorie per gli Stati firmatari, avendo gli stessi mosso diverse riserve inerenti a materie differenti<sup>27</sup>. In relazione, invece, alle Convenzioni bilaterali, l’Italia, come la maggior parte degli Stati ad economia avanzata, ha stipulato un network di accordi contro le doppie imposizioni che va a coprire la maggior parte degli scambi transnazionali. I trattati in questione sono in genere redatti secondo lo standard fissato dall’OCSE, piuttosto che secondo lo standard dell’Organizzazione delle Nazioni Unite. La rilevanza di detti accordi è stata sottolineata anche dalla Corte di Cassazione, la quale ha precisato che il **Modello OCSE in materia di doppie imposizioni “non contiene norme direttamente applicabili**

---

<sup>26</sup> Ad esempio, in relazione all’abuso dei trattati, il c.d. *Principal Purpose Test* (PPT) o la clausola relativa alla *Limitation Of Benefits* (LOB).

<sup>27</sup> Per un’analisi della Convenzione Multilaterale e della sua entrata in vigore si rinvia a FERRONI B., *Firmata la Convenzione multilaterale del progetto BEPS: effetti su migliaia di trattati fiscali in tutto il mondo*, in *il fisco*, n. 30/2017, pp. 1-2952; RIZZARDI R., *Con la Convenzione multilaterale le azioni BEPS entrano direttamente negli accordi dei singoli Stati*, in *Corr. Trib.*, n. 3/2017, p. 223.

**nell'ordinamento interno ma costituisce soltanto un modello che può ispirare gli Stati membri nella conclusione di Convenzioni bilaterali".** In merito, è necessario sottolineare che tali accordi sono infatti prima negoziati tra i due Stati interessati e sottoscritti dai medesimi e, successivamente, ratificati dagli stessi nella normativa interna. Tale ultimo elemento è condizione necessaria ai fini della validità dell'accordo e ciò deriva dal fatto che le disposizioni convenzionali non possono creare obblighi fiscali, a meno che i diritti impositivi previsti dalla Convenzione non siano previsti anche dalla normativa interna. In sintesi, il Modello OCSE può essere interpretato quale una "raccomandazione" rivolta dall'Organizzazione agli Stati membri ai fini della stesura di detti accordi bilaterali. In fatto, il Modello è stato recepito quasi integralmente nella maggior parte dei citati accordi. Ai fini della presente trattazione, la Convenzione Modello OCSE verrà citata più volte come punto di riferimento per quanto concerne standard internazionali di carattere fiscale.

## CAPITOLO SECONDO

### LA DEFINIZIONE DI STABILE ORGANIZZAZIONE

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. La stabile organizzazione: Il Modello OCSE – 2.1. La stabile organizzazione materiale – 2.1.1. La *positive list* – 2.1.2. Le attività ausiliarie o preparatore – 2.1.3. L'*anti-fragmentation rule* – 2.2. La stabile organizzazione personale – 2.2.1. Il contratto di commissione – 2.2.2. L'agente indipendente – 2.3. La rilevanza del controllo societario – 2.3.1. La sentenza Philip Morris – 2.3.1.1. I fatti – 2.3.1.2. L'evoluzione della vicenda e le conclusioni della Corte – 3. La stabile organizzazione: Il TUIR – 3.1. I nuovi requisiti delle attività "esenti da stabile organizzazione" – 3.2. La Regola Anti-frammentazione – 3.3. La stabile organizzazione personale e l'agente indipendente – 3.4. La significativa e continuativa presenza economica

#### 1. Premessa

La stabile organizzazione, di qui in avanti "S.O." o "*permanent establishment*" o "P.E.", non è un soggetto giuridico distinto rispetto alla società estera cui appartiene ma un mero centro di imputazione di situazioni giuridiche, nonostante ciò la stessa "**si considera entità separata e indipendente, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o similari, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati**" (Art. 152, comma 2, Tuir).

L'individuazione della stabile organizzazione, come anticipato, prende rilevanza su due distinti fronti:

1. Considerato che il reddito prodotto dalla S.O. è tassato nel paese di "insediamento" della stessa (i.e. Stato della fonte), è evidente l'interesse dello Stato di residenza ad evitare che una società crei una stabile organizzazione in un Paese a fiscalità privilegiata, al fine di sottrarre parte dei profitti al livello di tassazione domestica.
2. Dall'altra parte, risulta altrettanto evidente l'interesse alla tassazione del Paese di insediamento della S.O. e quindi la necessità di confutare la presenza della stessa all'interno del territorio dello Stato, al fine di evitare che un'entità possa operare sottraendosi alla piena tassazione del reddito ivi prodotto.

Nel complesso, si sottolinea come l'esistenza di una stabile organizzazione sia un concetto di fondamentale importanza, al fine di comprendere come e dove determinati redditi prodotti debbano essere tassati.

#### 2. La stabile organizzazione: il modello OCSE

L'articolo 5 della *OECD Model Convention with respect to taxes on income and capital*, di qui in avanti "La Convenzione" o "Il Modello", è dedicato alla definizione di stabile organizzazione. Nel novembre 2017, sono state apportate importanti modifiche al menzionato articolo, relative ai paragrafi 4, 5 e 6. Tali modifiche, che verranno accuratamente delineate ed analizzate nel corso dei successivi paragrafi, rappresentano punti fondamentali nell'evoluzione del concetto di stabile organizzazione, nonché un punto di rottura rispetto ai precedenti aggiornamenti del Modello, considerando che la versione del 2017 riscrive larghe parti dello stesso (non solo in tema di stabile organizzazione) andando a modificarne la struttura di fondo. Le

menzionate modifiche possono considerarsi il frutto di un fenomeno definito nel 2013 dall'OCSE come “*Base Erosion and Profit Shifting*”, di qui in avanti “BEPS”. Il Progetto BEPS, iniziato nel Luglio del 2013 dai paesi aderenti all'OCSE e dai paesi facenti parte del G20, ha portato alla creazione di un piano d'azione<sup>28</sup> stilato in quindici punti volti alla creazione di norme fiscali internazionali fondate sul consenso ed è stato poi approfondito nel dettaglio tramite la redazione, tra il 2014 e il 2015, di quindici report distinti<sup>29</sup>. Gli aggiornamenti vanno quindi ad incorporare parti significative dei principi contenuti nei rapporti conclusivi alle varie Azioni del Progetto BEPS, a loro volta confluite in larghe parti nella Convenzione Multilaterale. Dal punto di vista normativo, appare evidente che il risultato sia un quadro particolarmente articolato, in cui vanno a sovrapporsi le Convenzioni bilaterali, costruite e consolidate secondo le precedenti versioni del Modello OCSE, il Nuovo Modello e la Convenzione Multilaterale.

L'obiettivo principale delle proposte BEPS è quello di portare la tassazione il più vicino possibile al luogo in cui i profitti sono stati generati e quindi di sviluppare delle misure di contrasto alla c.d. erosione della base imponibile, in particolare da parte dei gruppi multinazionali, nonché evitare l'allocazione dei profitti in giurisdizioni caratterizzate da regimi fiscali privilegiati o tassazione nulla<sup>30</sup>. Risulta quindi fondamentale individuare l'attività economica che ha generato la componente reddituale, il luogo in cui l'attività è svolta e il nesso esistente tra l'attività, il reddito generato e il luogo. Alla luce di quanto sopra sottolineato, la rilevanza della stabile organizzazione come tema oggetto di discussione in ambito BEPS appare evidente, soprattutto considerato che il concetto di S.O. è utilizzato al fine di determinare il diritto di uno Stato contraente di tassare i profitti di un'impresa residente nell'altro Stato Contraente. L'art. 7 della Convenzione dispone infatti che uno Stato contraente non possa tassare i profitti di un'impresa residente nel secondo Stato, a meno che questa non eserciti la sua attività per mezzo di stabile organizzazione situata nel primo Stato<sup>31</sup>.

La successiva trattazione avrà ad oggetto l'analisi per paragrafi della definizione di *permanent establishment* contenuta dell'art. 5 della Convenzione e rimanderà più volte all'utilizzo del Commentario OCSE 2017. In merito, è opportuno sottolineare che al Commentario è stata riconosciuta ampia valenza interpretativa, sia da parte della giurisprudenza che da parte degli stessi Stati, seppur non si possa riconoscere lo stesso quale fonte di interpretazione vincolante per le Convenzioni redatte in conformità al Modello.

---

<sup>28</sup> OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

<sup>29</sup> Per un esame delle singole azioni si rimanda a VALENTE P., *Erosione della base imponibile e profit shifting: pubblicati i 13 rapporti OCSE*, in *Quotidiano IPSOA*, 15 ottobre 2015; VALENTE P., *La pianificazione fiscale internazionale nell'Era BEPS*, in *Quotidiano IPSOA*, 31 ottobre 2016.

<sup>30</sup> Sul punto, si vada VALENTE P., *Base Erosion e Profit Shifting – L'Action plan dell'OCSE*, in *il fisco*, n. 37/2013; P. VALENTE, *Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE – Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, in *il fisco*, n. 12/2013

<sup>31</sup> *OECD Model: Commentary on Art. 5* para. 1 (2017).

## 2.1. La stabile organizzazione materiale

5(1) *Ai fini della presente Convenzione, il termine “stabile organizzazione” designa una sede fissa di affari in cui l’impresa esercita in tutto o in parte la sua attività*<sup>32</sup>.

Il paragrafo 1 dà una definizione generale di stabile organizzazione materiale, definendola come una sede fissa di affari e va a sottolineare l’aspetto fondamentale della stessa, ossia il riferimento ad un’entità distinta rispetto alla società estera, seppur non giuridicamente autonoma. Il Commentario 2017 cita tre condizioni fondamentali che emergono dalla definizione sopra esposta<sup>33</sup>:

- 1) **Esistenza di una sede di affari**, il riferimento è in tal senso verso strutture come locali o, in alcuni casi, macchinari o attrezzature;
- 2) **Fissità della sede di affari**, è richiesto che la sede sia insediata in un posto distinto rispetto alla società cui fa apparentemente capo e che si caratterizzi per un certo livello di permanenza. Più nello specifico, si può parlare di disponibilità, fissità spaziale e permanenza temporale della sede di affari: il carattere della **disponibilità** rimanda alla capacità dell’impresa estera di esercitare il controllo sulla stabile organizzazione, a tal fine il controllo non va inteso in senso prettamente giuridico ma perlopiù analizzando l’effettiva disponibilità della struttura. Non risulta quindi necessario che le strutture siano possedute dalla società, né che siano isolate, potendo anche essere insediate in un’altra società o rappresentate da un complesso di impianti. Anche uno spazio utilizzato come magazzino può costituire S.O. In sintesi, la mera disponibilità di uno spazio è sufficiente a determinare l’esistenza di una stabile organizzazione, motivo per cui la stessa potrebbe nascere anche da uno spazio occupato illegalmente<sup>34</sup>. È da evidenziare però che, allo stesso modo, la proprietà di una struttura non determina automaticamente la disponibilità della stessa in capo alla società. Per quanto riguarda la **fissità spaziale**, perché un’installazione posseda tale requisito dovrà necessariamente manifestare un determinato collegamento con il luogo materiale in cui è situata e quindi essere presente in tale luogo o nell’aria definita geograficamente e commercialmente coerente<sup>35</sup>. In ultima analisi, il concetto di **permanenza temporale** non va inteso in termini di “durata dell’insediamento”, riferendosi piuttosto alla regolarità di svolgimento dell’attività, è infatti richiesto che l’attività sia svolta in modo regolare, seppur non continuativo<sup>36</sup>.
- 3) **Strumentalità allo svolgimento dell’attività di impresa**. Tale condizione richiede che l’attività esercitata nella struttura identificata come possibile S.O., solitamente identificata nell’attività esercitata per mezzo dell’imprenditore e del personale, ivi compresi gli agenti dipendenti<sup>37</sup> che operano

---

<sup>32</sup> Si riporta di seguito il testo originale del par. 1:

*For the purposes of this Convention, the term “permanent establishment” means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.*

<sup>33</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 6 (2017).

<sup>34</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 11 (2017).

<sup>35</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 21 (2017).

<sup>36</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 28 (2017).

<sup>37</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 39 (2017).

sulla base delle direttive imposte dalla società estera, non sia di carattere preparatorio o ausiliario ma anzi di carattere principale<sup>38</sup>. L'attività di impresa può essere anche esercitata per mezzo di *subcontractors* che esercitano l'attività tramite una sede fissa di affari nella disponibilità della società estera<sup>39</sup> o, ancora, per mezzo di attrezzature automatiche dove l'attività del personale lavoratore si limita all'installazione, al controllo e alla manutenzione di tali attrezzature. In tale ultimo caso, si ha stabile organizzazione nel momento in cui non sono effettuate dal personale solo operazioni di installazione e *set-up* ma anche attività inerenti alla manutenzione dei macchinari.<sup>40</sup>

Fermo restando quanto fino ad ora definito, nella pratica passata sono state adottate anche altre condizioni, quali ad esempio il carattere produttivo dell'organizzazione e quindi la capacità della stessa di contribuire ai profitti della società principale estera, fattore da analizzarsi considerando la tipologia di attività perseguita nel complesso. Il Commentario 2017 sottolinea, inoltre, la necessità di analizzare l'eventuale presenza di una stabile organizzazione in un periodo circoscritto, facendo riferimento alle sole circostanze che si realizzano in tale orizzonte temporale.

### 2.1.1. La *positive list*

5 (2) *L'espressione "stabile organizzazione" comprende in particolare:*

- a) *una sede di direzione;*
- b) *una succursale;*
- c) *un ufficio;*
- d) *un'officina;*
- e) *un laboratorio;*
- f) *una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali<sup>41</sup>.*

Il paragrafo 2 fornisce una lista, non esaustiva, di strutture che sono suscettibili di essere considerate stabile organizzazione, nel caso in cui rientrino anche nei criteri stabiliti al paragrafo 1.

---

<sup>38</sup> Si rimanda al Capitolo II, paragrafo 2.1.2 inerente all'analisi dell'art. 5 (4) per la definizione di "attività di carattere preparatorio o ausiliario".

<sup>39</sup> *OECD Model: Commentary on Art. 5* para. 40 (2017).

<sup>40</sup> *OECD Model: Commentary on Art. 5* para. 41 (2017).

<sup>41</sup> Si riporta di seguito il testo originale del par. 2:

*The term "permanent establishment" includes especially:*

- a) *a place of management;*
- b) *a branch;*
- c) *an office;*
- d) *a factory;*
- e) *a workshop, and*
- f) *a mine, an oil or gas well, a quarry or any other place of extraction of natural resources.*

5 (3) *Un cantiere o un progetto di costruzioni o installazione costituisce una stabile organizzazione solo se dura più di dodici mesi*<sup>42</sup>.

Diverso è il trattamento di cantieri di montaggio, costruzione o installazione, considerando che in tal caso è richiesto un periodo di presenza minima al fine di poterli considerare S.O., lo stesso Commentario invita però ciascun Paese a definire, nell'ambito delle Convenzioni bilaterali stipulate, un periodo di permanenza considerato idoneo<sup>43</sup>. Tale trattamento non è invece riservato agli uffici o ai laboratori, motivo per il quale, nel caso di compresenza di cantieri e uffici, risulta necessario effettuare una distinzione tra i profitti attribuibili agli uffici, sulla base dei rischi assunti e degli asset utilizzati, e quelli attribuibili al cantiere, considerando che solo i primi saranno tassati nello Stato della fonte perché imputabili alla S.O., fermo restando che i secondi non siano installati per un periodo considerato sufficiente ai fini della configurazione di una sede fissa di affari<sup>44</sup>.

### 2.1.2. Le attività ausiliarie o preparatorie

5 (4) *Ferme le precedenti disposizioni del presente Articolo, il termine “stabile organizzazione” non si considera comprendere:*

- a) *l'uso di strutture ai soli fini di deposito, esposizione o consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;*
- b) *la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;*
- c) *la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;*
- d) *la disponibilità di una sede fissa di affari ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa;*
- e) *la disponibilità di una sede fissa di affari ai soli fini dello svolgimento, per l'impresa, di ogni altra attività;*
- f) *la disponibilità di una sede fissa di affari ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nei sotto paragrafi da a) ad e).*

*purché tale attività o, nel caso del sotto paragrafo f), l'attività complessiva della sede fissa di affari, sia di carattere preparatorio o ausiliario*<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Si riporta di seguito il testo originale del par. 3:

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

<sup>43</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 50 (2017).

<sup>44</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 49 (2017).

<sup>45</sup> Si riporta di seguito il testo originale del par. 4:

*Notwithstanding the preceding provisions of this Article, the term “permanent establishment” shall be deemed not to include:*

- a) *the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise;*
- b) *the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery;*



Il paragrafo 4 elenca una serie di attività che, perché definite di carattere ausiliario o preparatorio, non comportano la presenza di un P.E., seppur esercitate per mezzo di una sede fissa di affari. Generalmente, un'attività di carattere preparatorio, precedendo l'attività principale, ha durata relativamente breve, salvo particolari necessità inerenti al modello di business perseguito. Un'attività a carattere ausiliario, dall'altra parte, corrisponde ad un'attività di supporto e per tale ragione tende a non utilizzare in modo rilevante gli asset o i dipendenti dell'impresa trattandosi, essenzialmente, di un'attività secondaria<sup>46</sup>. Il carattere ausiliario o preparatorio delle attività non espressamente elencate nel paragrafo 4 è ricompreso nella lettera e) che rimanda ad attività non considerate principali perché, seppur concorrenti alla formazione dei profitti, sono da intendersi troppo remote rispetto all'effettiva realizzazione degli stessi. L'incidenza della singola attività rispetto all'attività più complessa della società estera è quindi rilevante ai fini della valutazione circa l'ausiliarità della stessa, lo scopo è comprendere se l'attività esercitata per mezzo della sede di affari sia essenziale e significativa rispetto all'attività più complessa. Ovviamente non potrà considerarsi ausiliaria o preparatoria un'attività speculare a quella esercitata dall'impresa estera. Ogni caso deve comunque essere valutato in base alle sue specifiche caratteristiche<sup>47</sup>.

Per quanto riguarda, invece, le attività espressamente escluse, la lettera a) fa riferimento all'utilizzo di strutture al solo fine di deposito e spedizione, in tal caso è necessario che le attività esercitate in tale sede siano valutate rispetto all'attività principale della società estera – un'impresa residente nello Stato R che possiede nello Stato S un magazzino dove un numero significativo di dipendenti è impiegato, con mansioni inerenti prevalentemente al deposito e alla spedizione di beni venduti online, comporta la nascita di una stabile organizzazione perché il magazzino rappresenta per la società residente nello Stato S un asset rilevante<sup>48</sup>. Le lettere b) e c) rimandano al mantenimento delle scorte al solo scopo di deposito e spedizione o al fine di essere processati da un'altra impresa. La prima parte della lettera d), invece, si riferisce all'utilizzo di una sede fissa di affari al solo scopo di acquistare beni o merci, l'attività non è da considerarsi ausiliaria se l'attività principale della società estera è la vendita di tali beni e merci e se l'attività di acquisto rappresenta una delle funzioni *core* del business<sup>49</sup>. La seconda parte della previsione alla lettera d) fa, ancora, riferimento all'attività di raccolta di informazioni, considerata ausiliaria per la maggior parte delle imprese. Nel momento in cui però tale attività viene esercitata per mezzo di una sede fissa di affari, risulta necessario comprendere se si tratti o meno di un'attività di carattere preparatorio o ausiliario e quindi se si tratti di mera raccolta di informazioni o

- 
- c) *the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;*
  - d) *the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise or of collecting information, for the enterprise;*
  - e) *the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any other activity;*
  - f) *the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e), 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.*

<sup>46</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 60 (2017).

<sup>47</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 59 (2017).

<sup>48</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 62 (2017).

<sup>49</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 68 (2017).

meglio di raccolta, elaborazione e analisi delle stesse, ossia di attività non ricomprese nello scopo del paragrafo 4. In ultima analisi, la lettera f) sottolinea che l'esercizio di una combinazione delle attività precedentemente menzionate non comporta la nascita di una S.O., purché si tratti, nel complesso, di un'attività ausiliaria o preparatoria<sup>50</sup>.

### 2.1.3. L'anti-fragmentation rule

5 (4.1) *Il Paragrafo 4 non si applica a una sede di 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 nello stesso Stato Contraente e*

- a) *lo stesso luogo o un altro luogo costituisce una stabile organizzazione per l'impresa o per l'impresa strettamente correlata in base alle previsioni del presente Articolo, ovvero*
- b) *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 di impresa***<sup>51</sup>.

L'introduzione della regola anti-frammentazione rappresenta una delle principali modifiche introdotte con la rivisitazione del Modello intervenuta nel 2017. Lo scopo di tale regola è quello di evitare che le imprese frammentino i loro business in diverse piccole operazioni, al fine di argomentare che si tratta di attività meramente preparatorie o ausiliarie sulla base del disposto del paragrafo 4. Il Commentario 2017 sottolinea, infatti, come una serie frammentata di attività esercitate nello stesso territorio, dalla stessa impresa o da imprese strettamente collegate<sup>52</sup>, non possano considerarsi organizzativamente separate se costituiscono funzioni complementari parte di un complesso unitario di operazioni commerciali. Ai fini dell'applicazione del paragrafo 4.1, resta comunque necessario che almeno una delle sedi individuate sia una stabile organizzazione, a norma di quanto definito nei paragrafi precedenti, ovvero che si tratti di attività che, nel loro complesso, non possono considerarsi meramente ausiliarie o preparatorie<sup>53</sup>. Si prevede quindi che operi una

---

<sup>50</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 73 (2017).

<sup>51</sup> Si riporta di seguito il testo originale del par. 4.1:

*Paragraph 4 shall not apply to a fixed place of business that is used or maintained by an enterprise if the same enterprise or a closely related enterprise carries on business activities at the same place or at another place in the same Contracting State and*

- a) *that place or other place constitutes a permanent establishment for the enterprise or the closely related enterprise under the provisions of this Article, or*
- b) *the overall activity resulting from the combination of the activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, is not of a preparatory or auxiliary character, provided that the business activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation*

<sup>52</sup> Si rimanda al paragrafo 2.2.2 del presente capitolo inerente all'analisi dell'art. 5 (8) per la definizione di "impresa strettamente collegata".

<sup>53</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 79 (2017).

sorta di regola attrattiva: le attività svolte da sedi di affari che dipendono da una stessa società estera o da una società a quest'ultima strettamente connessa, devono essere considerate, ai fini della valutazione circa la presenza di una S.O., nel loro complesso. Ciò significa che si rende necessaria, oltre che un'analisi delle singole attività, anche l'adozione di un approccio olistico da applicare a tutte le singole sedi di affari, al fine di determinare eventuali sinergie e la natura complessiva dell'attività esercitata.

## 2.2. La stabile organizzazione personale

È generalmente accettato il principio per cui un'impresa si considera operante in uno Stato per mezzo di stabile organizzazione se questa vi opera per mezzo di una persona che agisce in suo nome, anche in assenza di una sede fissa di affari intesa secondo il disposto dei paragrafi 1 e 2 del presente articolo. Si parla in tal caso di stabile organizzazione personale.

*5(5) Ferme le disposizioni dei paragrafi 1 e 2 e salvo quanto previsto al paragrafo 6, se un soggetto agisce in uno Stato Contraente per conto di un'impresa e, nel farlo, conclude abitualmente contratti, o abitualmente ricopre un ruolo principale che porta alla conclusione di contratti che sono solitamente conclusi senza modifiche materiali da parte dell'impresa, e i contratti sono*

- a) in nome dell'impresa; o*
- b) per il trasferimento della proprietà, o per la concessione del diritto di utilizzo, di beni posseduti da parte dell'impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare; o*
- c) per la fornitura di servizi da parte dell'impresa,*

*si considera che tale impresa abbia una stabile organizzazione in tale Stato in relazione ad ogni attività svolta dal suddetto soggetto per conto dell'impresa, a meno che le attività di tale soggetto siano limitate a quelle menzionate al Paragrafo 4 che, se esercitate per mezzo di una sede fissa di affari (diversa dalla sede fissa di affari di cui al Paragrafo 4.1), non permetterebbero di considerare questa sede fissa una stabile organizzazione ai sensi delle disposizioni del detto paragrafo<sup>54</sup>.*

Si considerano soggetti suscettibili di essere eletti a S.O. personale, persone che operano in nome e per conto della società, dipendenti della stessa e non, e che non operano nel corso del normale svolgimento della

---

<sup>54</sup> Si riporta di seguito il testo originale del par. 5:

*Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2 but subject to the provisions of paragraph 6, where a person is acting in a Contracting State on behalf of an enterprise and, in doing so, habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise, and these contracts are*

- a) in the name of the enterprise, or*
- b) for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or*
- c) for the provision of services by that enterprise,*

*that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business (other than a fixed place of business to which paragraph 4.1 would apply), would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph.*

loro attività di agente indipendente<sup>55</sup>. Tali “persone” possono essere sia persone fisiche che enti e non risulta necessario che siano residenti nello Stato della fonte, lo scopo di tale paragrafo è quello di far sì che un’impresa che opera in tale ultimo Stato in modo significativo e per mezzo di un soggetto come sopra definito sia tassata come stabile organizzazione per i profitti prodotti nello stesso. Si rinvia al Capitolo III, par. 2.1, inerente all’analisi dell’art. 7 della Convenzione, per quanto concerne l’attribuzione dei profitti realizzati per mezzo di stabile organizzazione personale. In merito al paragrafo 5 questo ricomprende:

- 1) Persone che **concludono abitualmente contratti in nome dell’impresa**. La capacità di “concludere contratti” è da intendersi in riferimento alla normativa specifica degli Stati contraenti e, altresì, considerando che un contratto può essere concluso anche in assenza di un’attiva di negoziazione circa i termini dello stesso, esempio nel caso in cui sia concluso tramite l’accettazione dei termini proposti dalla controparte. Un contratto potrebbe considerarsi concluso in uno Stato anche se firmato in un altro Stato, esempio nel caso di chiusura di un contratto tramite l’accettazione, da parte del soggetto operante per conto dell’impresa, di un’offerta fatta da una terza parte. Sostanzialmente, un contratto vincolante negoziato in un determinato Stato può considerarsi nello stesso concluso anche se firmato in uno Stato diverso<sup>56</sup>. Si prevede quindi, per la prima volta, che per verificare l’esistenza di una stabile organizzazione occorre considerare il **luogo in cui i contratti sono effettivamente negoziati**, anziché quello in cui sono giuridicamente conclusi e perfezionati. La disposizione supera quindi la precedente tesi, sostenuta dall’OCSE, secondo cui era da escludere la stabile organizzazione personale qualora i contratti, nonostante le condizioni fossero state negoziate da un soggetto che operava nel territorio dello Stato<sup>57</sup>, venissero poi firmati e formalizzati, senza modifiche, presso la sede della casamadre estera.
- 2) Persone che **abitualmente ricoprono un ruolo principale nella stipula del contratto, il quale viene poi concluso dall’impresa senza sostanziali modifiche**. Il Commentario 2017 si riferisce in tal senso ai casi in cui il contratto stipulato sia un risultato diretto delle azioni poste in essere dal soggetto operante per conto dell’impresa. Ciò significa che l’accezione relativa alla “conclusione di un contratto” è da intendersi, non solo facendo riferimento alla definizione data dalla legge, ma anche adottando un approccio funzionale riferito alle attività poste in essere ai fini della stipula<sup>58</sup>. Anche prima delle modifiche intervenute nel 2017, il Commentario faceva riferimento ad un’attività che doveva essere più che meramente transitoria e che andava valutata considerando la natura del contratto stesso e del business. L’utilizzo di un approccio funzionale è altresì utilizzabile al fine di valutare lo specifico ruolo che il soggetto suscettibile di rappresentare una S.O. ricopre nella contrattazione. La

---

<sup>55</sup> Si rimanda al paragrafo 2.2.2 del presente capitolo inerente all’analisi dell’art. 5 (6) per la definizione di “agente indipendente”.

<sup>56</sup> *OECD Model: Commentary on Art. 5* para. 87 (2017).

<sup>57</sup> Si pensi ad esempio ad un funzionario di vendita di un’impresa tedesca che opera in Italia negoziando con i clienti locali il prezzo e le altre principali condizioni delle vendite, facendo poi formalizzare la conferma d’ordine (in modo esattamente identico a quanto pattuito) direttamente dalla direzione commerciale situata presso la sede della casamadre.

<sup>58</sup> *OECD Model: Commentary on Art. 5* para. 88 (2017).

mera partecipazione alla negoziazione non costituisce infatti elemento sufficiente ai fini della presenza di una S.O. personale, fondamentale è comprendere il ruolo del soggetto negoziatore e il peso della negoziazione rispetto al business della società estera, nonché il peso della partecipazione dello stesso soggetto alla contrattazione<sup>59</sup>.

Il ricorso all'utilizzo del termine "stabile organizzazione" presuppone, ovviamente, che tali attività siano esercitate ripetutamente e non in modo isolato e che si tratti di contratti relativi ad operazioni che costituiscono il business proprio della società estera. In riferimento all'art. 5, par. 5, lettera a), un soggetto si considera operante per conto dell'impresa nel momento in cui coinvolge la stessa in misura significativa, è il caso di un lavoratore che opera per un datore di lavoro, di un dirigente che opera per l'impresa, di un'agente che opera per il suo principale o di un partner che agisce per una partnership. Contrariamente, non può considerarsi "operante per conto dell'impresa" un soggetto le cui azioni non inficiano direttamente o indirettamente sulla stessa. Va specificato che, nel caso in cui il soggetto sopra menzionato sia un'impresa, le azioni dei suoi dipendenti sono da considerarsi come un *unicum*<sup>60</sup>. In riferimento alle lettere b) e c), lo scopo è quello di ricomprendere anche i contratti che creano obbligazioni che verranno effettivamente adempiute dall'impresa e non dal soggetto dipendente. Esempio di tali contratti sono quelli conclusi da parte di un commissionario operante per una società estera, sulla base di un contratto di commissione per cui il commissionario opera per conto dell'impresa ma, nel farlo, conclude i contratti in proprio nome senza generare diritti e obbligazioni legalmente vincolanti in capo alla stessa, seppur gli effetti dell'accordo sono tali per cui sarà l'impresa estera a trasferire direttamente alle terze parti la proprietà o il diritto all'uso dei beni, tangibili o intangibili, o a prestare i servizi<sup>61</sup>.

### 2.2.1. Il contratto di commissione

La menzione del contratto di commissione ha rappresentato una delle principali modifiche introdotte nel 2017, come rilevato per mezzo del *Final Report* redatto dal gruppo di lavoro OCSE<sup>62</sup>, il quale individuava l'utilizzo dello stesso come mezzo di pianificazione fiscale internazionale, considerando che trattasi di soggetto capace di concludere contratti, seppur per conto dell'impresa estera, in nome proprio. La modifica è stata volta all'introduzione di un nuovo *nexus* nello Sato della fonte che permette di individuare la S.O. personale in capo al soggetto commissionario, in quanto rappresentante della volontà propria della società non residente la quale si limita, infatti, alla mera ratifica del contratto stipulato in nome di detto soggetto. In sintesi, si riprende il concetto per cui elemento fondamentale risulta essere il fatto che sostanzialmente sarà l'impresa estera a trasferire i beni o i servizi oggetto del contratto.

---

<sup>59</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 98 (2017).

<sup>60</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 86 (2017).

<sup>61</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 92 (2017).

<sup>62</sup> OECD (2015), *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 9.

Le ragioni sottostanti alla modifica del paragrafo 5 sono da ricercarsi, principalmente, nella differenziazione fatta, dai soli ordinamenti di *civil law*, tra contratti di mandato con e senza rappresentanza<sup>63</sup>. In tale contesto, risulta necessario fare una premessa con scopi chiarificatori e, a tali fini, può prendersi quale esempio il diritto italiano<sup>64</sup>. Nello stesso, il contratto di commissione non è che una particolare figura del contratto di mandato senza rappresentanza che si caratterizza per il fatto di avere per oggetto la **compravendita di un bene per conto del committente ed in nome del commissionario**, per effetto dello stesso il commissionario acquista e assume in proprio, ma nell'interesse del committente (i.e. l'impresa), i diritti e gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi. Chiarito quanto precisato, l'elemento distintivo tra mandati con e senza rappresentanza è appunto la rappresentanza: il mandato con rappresentanza conferisce al mandatario il potere di agire in nome e per conto del mandante; dall'altro lato, il mandato senza rappresentanza (in cui è compreso anche il contratto di commissione) prevede che il mandatario agisca in proprio nome, seppur per conto dell'impresa.

Come affermato in precedenza, tale distinzione è presente nei soli ordinamenti di *civil law*, i paesi di *common law*, infatti, ignorando il *discrimen* fra le due ipotesi di rappresentanza diretta ed indiretta, rendendo suscettibile di essere eletto a S.O. personale qualsiasi agente, purché non indipendente, perché, nell'ambito del rapporto di agenzia, le azioni dell'agente risultano sempre vincolanti per il principale. Le differenze appena enunciate hanno comportato, ovviamente, disparità di trattamento. Nel merito, possono essere portati alla luce due dei casi maggiormente esemplificativi che sottintendono l'introduzione del nuovo *nexus* di cui sopra e quindi della nuova ipotesi di stabile organizzazione personale legata al contratto di commissione.

Il primo caso è inerente all'*affaire Zimmer*, qui la vicenda giudiziale vede la società britannica Zimmer UK, specializzata nella commercializzazione di prodotti ortopedici, avvalersi per la distribuzione nel territorio francese di una controllata, la Zimmer France, agente in qualità di distributore. Tuttavia, nel marzo 1995 le due società concludono un contratto di commissione, ai sensi della normativa francese, in base al quale, a decorrere da tale data, Zimmer France avrebbe agito in qualità di commissionario e commercializzato in Francia prodotti della Zimmer UK, concludendo contratti di vendita a proprio nome ma per conto della controllante inglese. Ciò posto, l'Amministrazione finanziaria francese rilevava la presenza di una stabile organizzazione personale in Francia della *parent company* inglese, trovando favorevole riscontro nel giudice di primo e secondo grado. Il Consiglio di Stato, tuttavia, adottando un approccio rigidamente formalistico, ha ribaltato le precedenti pronunce, sostenendo che potesse ravvisarsi in Francia una stabile organizzazione personale di un soggetto non residente, solo nel caso in cui il commissionario avesse il potere di vincolare anche dal punto di vista legale il committente, agendo espressamente a suo nome<sup>65</sup>. In tal modo, come rilevato dalla migliore dottrina in materia, il giudice di legittimità francese ha reso rilevante per il diritto una differenza

---

<sup>63</sup> ROBERTS S., *The Agency Element of Permanent Establishment: the OECD Commentaries from the Civil Law View*, in *Intertax*, 1993, p. 398 ss.

<sup>64</sup> Nel merito, i contratti di mandato con e senza rappresentanza sono rispettivamente disciplinati, nell'ordinamento italiano, dagli artt. 1702 e 1705 del c.c.; al contratto di commissione è dedicata apposita previsione per mezzo dell'art. 1731 del c.c.

<sup>65</sup> *Conseil d'État* francese, 31 marzo 2010, *Zimmer*, n. 304715.

insignificante per la scienza dell'organizzazione aziendale, ossia quella tra contratto di commissione (i.e. rappresentanza indiretta) e rappresentanza diretta.

Nel secondo caso, si vedeva, invece, una società residente in Irlanda, la Dell Products, incaricata della distribuzione di computer prodotti dalla società controllante, la Dell Products Europe BV, residente anch'essa in Irlanda. La commercializzazione dei prodotti in Europa avveniva però per mezzo di società residenti nei vari Stati, nello specifico in Norvegia i computer erano venduti dalla Dell AS, agente commissionario della controllante irlandese<sup>66</sup>. A fronte dell'esistenza di un contratto di commissione, l'autorità fiscale norvegese contestava la presenza di stabile organizzazione personale sul proprio territorio, in ossequio ad un approccio "funzionale-sostanzialistico", giustificando la sua pretesa sulla base di un'interpretazione ampia del (previgente) art. 5 (5), il quale individuava come suscettibili di rappresentare S.O. personale i soggetti che "hanno l'autorità di concludere contratti in nome dell'impresa". Nonostante il favorevole avallo del giudice delle prime e seconde curie, la Suprema Corte ha disconosciuto l'attribuzione di una stabile organizzazione in capo alla società residente in Norvegia, in virtù di un'interpretazione letterale della previgente Convenzione, la quale riteneva, di nuovo, che il commissionario dovesse avere il potere di vincolare il committente spendendo il nome di quest'ultimo<sup>67</sup>.

### 2.2.2. L'agente indipendente

5 (6) *Il Paragrafo 5 non si applica se il soggetto che agisce in uno Stato contraente per conto di un'impresa dell'altro Stato contraente svolge la propria attività nel primo Stato in qualità di agente indipendente e agisce per l'impresa nel corso della sua ordinaria attività. Tuttavia, **quando un soggetto opera esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di una o più imprese alle quali è strettamente correlato, tale soggetto non dovrebbe essere considerato agente indipendente ai sensi del presente paragrafo rispetto a nessuna di tali imprese***<sup>68</sup>.

L'art. 5 (5) della Convenzione definisce S.O. personale il soggetto dipendente che opera per conto della società estera nello Stato della fonte. Il disposto del paragrafo 6 prevede che tali disposizioni non si applichino nel caso in cui il soggetto sopra menzionato agisca come agente indipendente, ancorché questo non agisca esclusivamente o quasi esclusivamente per l'impresa a cui è strettamente correlato.

L'indipendenza di un soggetto operante per conto di un'impresa dipende essenzialmente dall'estensione dei suoi compiti e responsabilità e dalla libertà di azione dello stesso, rispetto alle direttive

---

<sup>66</sup> Secondo il diritto norvegese, il commissionario acquista o cede beni concludendo i relativi contratti in proprio nome e agendo per conto del committente, il quale assume i relativi rischi.

<sup>67</sup> Corte Suprema di Norvegia, 2 dicembre 2011, *Dell*, n. HR-2011-A.

<sup>68</sup> Si riporta di seguito il testo originale del par. 6:

*Paragraph 5 shall not apply where the person acting in a Contracting State on behalf of an enterprise of the other Contracting State carries on business in the first-mentioned State as an independent agent and acts for the enterprise in the ordinary course of that business. Where, however, a person acts exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is closely related, that person shall not be considered to be an independent agent within the meaning of this paragraph with respect to any such enterprise.*

imposte dalla società. Un soggetto che agisce sulla base di dettagliate istruzioni o sotto il controllo della società, non può considerarsi indipendente rispetto alla stessa<sup>69</sup>. Altro fattore da considerare ai fini della valutazione circa l'indipendenza dell'agente, nonostante non si tratti di un criterio determinante, è il numero di imprese rappresentate, seppur è consolidato che l'indipendenza venga meno nel caso in cui il soggetto operi esclusivamente (o quasi) per una sola impresa. Risulta in ogni caso necessario adottare un approccio funzionale, esaminando tutte le considerazioni del caso, e quindi anche elementi quali la durata del rapporto esclusivo o prevalente con una singola impresa, il momento in cui tale rapporto è nato e quindi, ad esempio, se si tratta del periodo iniziale di attività dell'agente. Dall'altra parte, è possibile che vi sia dipendenza anche nel caso in cui un soggetto operi nel normale corso di svolgimento della sua attività per una molteplicità di imprese, senza che nessuna di queste sia predominante, se tali imprese agiscono in concreto al fine di esercitare un controllo sul soggetto ultimo<sup>70</sup>. Resta comunque essenziale comprendere se le attività poste in essere dall'agente costituiscono un business autonomo i cui rischi e benefici ricadono direttamente sul soggetto interessato.

Prima dei cambiamenti introdotti nel 2017, la definizione di "agente dipendente" veniva data in negativo, definendo come dipendente qualsiasi soggetto che non fosse indipendente. Il Modello prevedeva che una società estera non operasse per mezzo di S.O. nello Stato della fonte se la stessa vi operava per mezzo di "un *broker*, di un commissario generale o di un qualsiasi altro agente indipendente", provato che lo stesso operasse nel corso del suo ordinario business. L'indipendenza era quindi connessa ad un duplice test: da una parte, era richiesta un'indipendenza sia di carattere legale che economico mentre, dall'altra, era richiesto che il soggetto operasse nel corso normale del suo business e quindi che i profitti derivanti dall'esercizio dell'attività per la società estera facessero capo alla sfera economica del soggetto menzionato. Ai fini della valutazione circa l'indipendenza giuridica ed economica, il Commentario del 2014 suggeriva alcuni criteri, quali:

- a) l'estensione degli obblighi che il soggetto ha verso l'impresa. Una persona soggetta ad istruzioni dettagliate o ad un controllo esterno da parte dell'impresa mandataria non può essere considerata indipendente;
- b) il rischio imprenditoriale. In tal caso risulta necessario comprendere se il rischio imprenditoriale è supportato dal soggetto indipendente o dall'impresa mandataria; e
- c) il numero di imprese che l'agente rappresenta. Lo status di indipendenza è da considerarsi meno probabile se l'agente agisce esclusivamente (o quasi) per un unico mandante.

La versione corrente dell'art. 5 (6) manca dei riferimenti a *broker*, commissionari generali e agenti indipendenti e si focalizza esclusivamente sul secondo criterio (*ordinary course of business*) come è possibile evincere dall'analisi sopra riportata. Resta salva l'analisi dei rischi assunti come criterio per la valutazione

---

<sup>69</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 104 (2017).

<sup>70</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 109 (2017).



dell'indipendenza del soggetto che agisce in nome e per conto dell'impresa e quindi della sua responsabilità per le operazioni intraprese.

*5 (8) Ai fini del presente Articolo, una persona o un'impresa è strettamente correlata ad un'impresa se, tenuto conto di tutti i fatti e di tutte le circostanze rilevanti, uno ha il controllo dell'altra o entrambe sono controllate dalla stessa persona o impresa. In ogni caso, una persona o un'impresa deve essere considerata strettamente correlata a un'impresa se una possiede direttamente o indirettamente più del 50 per cento della partecipazione dell'altra (o, nel caso di una società, più del 50 per cento del totale dei diritti di voto e del valore della azioni o della partecipazione effettiva nella società) o se un'altra persona o impresa possiede direttamente o indirettamente più del 50 per cento della partecipazione (o, nel caso di una società, più del 50 per cento del totale dei diritti di voto e del valore delle azioni della società o della partecipazione effettiva nella società) nella persona e nell'impresa o nelle due imprese<sup>71</sup>.*

Il paragrafo 8 ha per oggetto la definizione di “impresa strettamente correlata” ai fini dell'applicazione del presente articolo. Lo stesso rimanda in prima istanza alla più generica definizione di impresa correlata, riferendosi a quei casi in cui una persona o un'impresa, in virtù di uno specifico accordo, esercita poteri simili a quelli derivanti dalla condizione di controllo, ovvero al caso in cui due società siano soggette a comune controllo. La seconda parte si riferisce, invece, a determinate circostanze da cui discende automaticamente la condizione di controllo, quali:

- a) Possesso, diretto o indiretto, da parte di un soggetto di più del cinquanta per cento della partecipazione o, nel caso di una società, di più del cinquanta per cento del totale dei diritti di voto e del capitale sociale; ovvero
- b) possesso, diretto o indiretto, da parte di un terzo soggetto di più del cinquanta per cento della partecipazione dei due soggetti sopra menzionati o, nel caso di una società, di più del cinquanta per cento del totale dei diritti di voto e del capitale sociale.

---

<sup>71</sup> Si riporta di seguito il testo originale del par. 8:

*For the purposes of this Article, a person or enterprise is closely related to an enterprise if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same persons or enterprises. In any case, a person or enterprise shall be considered to be closely related to an enterprise if one possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest in the other (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) or if another person or enterprise possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) in the person and the enterprise or in the two enterprises.*

### 2.3. La rilevanza del controllo societario

5 (7) *Il fatto che un'impresa residente in uno Stato contraente controlla o è controllata da un'impresa residente in un altro Stato contraente, o svolga la sua attività in questo altro Stato (sia per mezzo di stabile organizzazione oppure no), non costituisce di per sé motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una stabile organizzazione dell'altra*<sup>72</sup>.

È generalmente consolidato che una società controllata non possa, di per sé, essere considerata stabile organizzazione della società controllante, per il fatto che la controllata è un'entità legalmente indipendente. Ciò non significa che la società controllante non possa avere una stabile organizzazione nel paese in cui si trova la società controllata, se rispettati i criteri definiti nell'art. 5 della Convenzione. Ogni spazio o struttura appartenente alla società controllata e nella disponibilità della società controllante che costituisce una sede fissa di affari, tramite cui l'impresa controllante esercita la propria attività, costituisce stabile organizzazione della società controllata. Inoltre, si ha stabile organizzazione della società controllante rispetto ad ogni attività esercitata dalla sussidiaria per la prima, se rispettate le condizioni del presente articolo<sup>73</sup>.

Lo stesso principio si applica ad ogni società parte di un gruppo multinazionale. È in tal caso necessario che la valutazione circa l'esistenza della stabile organizzazione sia effettuata per ogni compagnia appartenente al gruppo. In tema di gruppi multinazionali, è importate distinguere tra due differenti situazioni: la prima fa riferimento all'utilizzo dei locali di proprietà di una delle società appartenenti al gruppo da parte di un'altra consociata, locali che sono eleggibili di rappresentare stabile organizzazione della consociata (se rispettate le condizioni dell'art. 5) se questa, tramite gli stessi, pone in essere le sue attività; diverso è il caso in cui una delle consociate presta servizi ad un'altra consociata utilizzando i propri locali ed il proprio personale, come attività parte del suo business. In questo ultimo caso, tali locali non sono nelle disponibilità della società che riceve i servizi e tramite gli stessi quest'ultima non pone in essere alcuna attività, per tale ragione non esistono i presupposti affinché la sede di affari sia considerata S.O.<sup>74</sup>.

#### 2.3.1. La sentenza Philip Morris

In tema di controllo societario, risultano esemplificative le sentenze della Corte di Cassazione del 2002 inerenti al noto caso Philip Morris<sup>75</sup>. In materia di imposte indirette, successivamente al ricorso proposto dal Ministero delle finanze, nei confronti della società estera GerCo., residente in Germania, consociata della società ItalCo., residente in Italia, per esistenza di stabile organizzazione nel territorio dello Stato, la citata controversia era stata portata dinanzi alla Corte di Cassazione ai fini di un giudizio di legittimità. La società

---

<sup>72</sup> Si riporta di seguito il testo originale del par. 7:

*The fact that a company which is a resident of a Contracting State controls or is controlled by a company which is a resident of the other Contracting State, or which carries on business in that other State (whether through a permanent establishment or otherwise), shall not of itself constitute either company a permanent establishment of the other.*

<sup>73</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 116 (2017).

<sup>74</sup> OECD Model: Commentary on Art. 5 para. 118 (2017).

<sup>75</sup> Cass. sez. trib., 7 marzo 2002, n. 3368 (in materia IVA); Cass. sez. trib., 25 maggio 2022, n. 7682 (in materia di imposta sui redditi).

italiana era stata accusata di operare per mezzo di S.O. della società GerCo. e delle altre società facenti parte del Gruppo multinazionale Philip Morris.<sup>76</sup>

Come analizzato nel precedente paragrafo, il possesso del capitale di una società da parte di una società avente sede in un altro paese aderente all'OCSE, non costituisce motivo per far ritenere che la prima sia una stabile organizzazione della seconda. Ai fini tributari, la società controllata risulta infatti soggetto autonomo rispetto alla controllante, anche quando l'ultima ne gestisca l'attività commerciale. Sul punto, è però necessario sottolineare che nel momento in cui l'elemento della sussidiarietà viene meno perché la posizione di subordinazione della controllata è tale da far venire meno ogni autonomia economica e gestionale, allora tutti i rischi imprenditoriali ricadono sulla società casamadre e la sussidiaria non diviene altro che un mero centro di imputazione di situazioni giuridiche e quindi una stabile organizzazione.

#### 2.3.1.1. *I fatti*

La società ItalCo. aveva per oggetto, fino al 1996, la produzione, distribuzione, vendita e commercializzazione di filtri per prodotti di tabacco, come attività principale, e la prestazione di servizi a favore di società affiliate, come attività residuale.

Secondo la Guardia di Finanza, l'attività svolta in base ai contratti (di agenzia, di fornitura e di vendita) stipulati, sia con le consociate che con l'Amministrazione dei Monopoli di Stato (A.A.M.S), serviva a mascherare il ruolo effettivo di stabile organizzazione rivestito dalla società residente, trattasi di attività indirizzate e coordinate direttamente dai vertici del Gruppo e volte al raggiungimento di un obiettivo unitario. Ancora secondo l'Amministrazione finanziaria, la scelta di dissimulare la presenza di una sede fissa di affari in Italia (i.e. stabile organizzazione) derivava dalla volontà di sottrarre ad imposizione nel territorio nazionale utili che, sulla base delle Convenzioni contro le doppie imposizioni in vigore, "sopportano" un minor carico fiscale se corrisposti a favore di un soggetto estero privo di stabile organizzazione nel territorio dello Stato (i.e. *royalties*). Ai sensi dell'art. 12 del Modello OCSE, infatti, le *royalties* sono imponibili nello Stato di residenza dell'effettivo beneficiario con poi l'applicazione di una ritenuta nello Stato della fonte, solitamente inferiore a quella prevista dalla normativa interna del secondo Stato. Diversamente, le *royalties* divengono imponibili nello Stato della fonte, secondo la legislazione interna di questo ultimo, se il soggetto percipiente esercita attività industriale o commerciale in detto Stato per mezzo di stabile organizzazione e se i diritti o i beni generatori dei canoni si ricollegano effettivamente alla stabile organizzazione.

#### 2.3.1.2. *L'evoluzione della vicenda e le conclusioni della Corte*

Le prove prodotte dall'Amministrazione finanziaria per dimostrare l'esistenza di una S.O. possono essere così sintetizzate:

---

<sup>76</sup> Si precisa che ai fini di rendere più agevole la comprensione del caso, sono stati attribuiti nomi fittizi alle società interessate.

- partecipazione di dirigenti della società italiana alla conclusione di contratti di licenza esclusiva per la distribuzione di sigarette con il marchio Philip Morris a favore dei Monopoli di Stato stipulato a nome di società estere facenti parte del Gruppo;
- effettuazione dei controlli sulla regolare esecuzione dei suddetti contratti;
- assunzione di oneri e spese per conto di altre società del Gruppo;
- realizzazione dell'attività promozionale sul mercato italiano per le altre società del Gruppo;
- dipendenza, per quanto riguarda le scelte produttive e commerciali, dai vertici organizzativi del Gruppo; e
- presenza nella società italiana di dirigenti e funzionari stipendiati anche da altre società estere, presso le quali avevano precedentemente prestato servizio.

Alla luce delle menzionate prove, l'esistenza di S.O. era stata contestata dalla società GerCo., la quale affermava che la società ItalCo. non aveva posto in essere alcuna attività di fornitura di materie prime all'A.A.M.S., essendosi limitata all'esercizio di attività ausiliarie. Secondo la società GerCo., non ricorrevano quindi i presupposti per dichiarare l'esistenza di una S.O. materiale o personale. Nel primo caso, gli uffici e il personale della società ItalCo. appartenevano alla stessa e comunque, anche se appartenuti alla capogruppo, le attività erano da considerarsi di carattere preparatorio o ausiliario. In relazione alla S.O. personale, la società ItalCo. non disponeva del potere di concludere contratti in nome della società GerCo. e risultava pertanto indipendente.

Nonostante le controdeduzioni proposte da GerCo., la Cassazione si era espressa accogliendo il ricorso e rinviando la sentenza alla Commissione Tributaria Regionale. Consolidato che il controllo societario non è elemento sufficiente ai fini dell'identificazione di una S.O., il fondamento del rinvio della Cassazione era da ricercarsi nella valutazione circa l'ausiliarità delle attività poste in essere e l'effettiva indipendenza del personale della società ItalCo. A tal proposito, la Corte aveva intimato i giudici di merito ad uniformarsi ai seguenti principi di diritto, ai fini di un corretto accertamento della stabile organizzazione:

- 1) **Rideterminazione del carattere ausiliario o preparatorio.** Una società di capitali con sede in Italia può assumere il ruolo di “**stabile organizzazione plurima**” di società estere appartenenti allo stesso gruppo e perseguiti una strategia unitaria. In tal caso, **la ricostruzione dell'attività posta in essere dalla società operante nel territorio nazionale, al fine di accertare se si tratti o meno di attività ausiliaria o preparatoria, deve essere unitaria e riferita al programma del gruppo unitariamente considerato.** Sul punto, la Corte si è espressa affermando che “poiché il fenomeno delle stabili organizzazioni occulte trova un più favorevole terreno di coltura all'interno dei gruppi multinazionali di società, nei quali la politica unitaria del gruppo può assumere forme di utilizzazione delle società controllate talmente penetranti da far diventare queste ultime, pur dotate di uno *status* di soggetti autonomi, vere e proprie strutture di gestione dell'impresa esercitata da altre società”, non appare metodologicamente scorretta – nella prospettiva dell'accertamento – l'utilizzazione di tutti gli elementi acquisiti nel corso della verifica, i quali, pur non concernendo direttamente il rapporto tra la società

italiana e la società tedesca, possano riguardare un programma alla cui realizzazione contribuiscano anche altre società del gruppo, oltre alla menzionata società tedesca. Tal pronuncia ha rappresentato un'importante novità per la giurisprudenza italiana, considerando che seppur il Commentario prevedesse la possibile configurazione di una “stabile organizzazione plurima” ricomprendendo nella c.d. *positive list* un “ufficio sia di una singola impresa sia di un gruppo”, nella prassi tale accezione non era mai stata utilizzata. In sintesi, ne deriva che l'attività dell'entità suscettibile di essere eletta a S.O. deve essere di carattere ausiliario o preparatorio rispetto all'attività del Gruppo. In merito a tale punto, è da sottolineare che al momento della pronuncia della Corte non era ancora stata introdotta la regola anti-frammentazione, motivo per il quale risultava ancora discussa la valenza – di presunzione relativa o assoluta – della previsione circa l'esclusione di attività ausiliare e preparatorie<sup>77</sup>. La citata sentenza ha, infatti, anticipato in tal senso la successiva modifica del modello OCSE, intervenuta solo nel 2017, perché, oltre a partire dal presupposto che l'esercizio di una molteplicità di attività ausiliarie tra loro interconnesse non potesse considerarsi ragione di esenzione dall'integrazione di S.O., questa ha altresì previsto che il particolare carattere fosse da definirsi in base all'attività esercitata unitariamente dal gruppo e non in riferimento ai rapporti con le singole consociate. A tal proposito, nelle indagini svolte dalla Guardia di Finanza era stata dimostrata la sussistenza di un rapporto di dipendenza, economica e funzionale, della società ItalCo. rispetto al Gruppo multinazionale piuttosto che rispetto alle singole imprese oggetto di accertamento.

- 2) **Contratti stipulati, seppur non in nome dell'impresa estera, per conto della stessa.** Qui ancora la sentenza va ad anticipare quelle che poi è divenuto l'orientamento dell'OCSE nel 2017. La Cassazione, infatti, in tale sede sottolinea che la “facoltà di concludere contratti” non è da intendersi nel senso di una rappresentanza esclusivamente diretta, “**ma comprende anche tutte quelle attività che abbiano contribuito alla conclusione di contratti, anche se gli stessi sono stati conclusi in nome dell'impresa**”. Inoltre, è stato aggiunto che l'attività di controllo sull'esatta esecuzione di un contratto tra un soggetto residente e un soggetto non residente non può considerarsi, in principio, ausiliaria perché estremamente funzionale alla produzione del reddito. Sulla base delle prove fornite dall'Amministrazione finanziaria, relative alla partecipazione dei dirigenti di ItalCo. alla conclusione dei contratti di licenza tra le società estere del Gruppo e i Monopoli di Stato, si desumeva come la società italiana operasse, in effetti, come “rappresentante” italiana delle società del Gruppo, anche in assenza di un formale incarico. A norma del principio di diritto enunciato dalla Corte, si rileva, infatti, come “l'accertamento dei requisiti della stabile organizzazione, ivi compresi quello di dipendenza e quello di partecipazione alla conclusione dei contratti, deve essere condotto non solo sul piano formale, ma anche – e soprattutto – su quello sostanziale”.

---

<sup>77</sup> Sul punto si veda il paragrafo 2.1.3. del presente capitolo circa la definizione della regola anti-frammentazione.

In primo luogo, ciò che si evince da tale analisi è che il controllo societario debba piuttosto essere considerato come “indizio” circa l’esistenza di una S.O., soprattutto nel caso in cui la controllante non sia dotata di effettiva autonomia neppure in relazione all’esecuzione dei contratti. Infatti, seppur il controllo societario non sia carattere sufficiente per fare desumere che la società controllata operi come stabile organizzazione della controllante, la controllata è comunque ritenuta tale se agisce come “agente dipendente”.

In secondo luogo, si rileva che le sentenze in oggetto sono state pronunciate nell’anno 2002 e quindi in un periodo anteriore rispetto alle modifiche del testo della Convenzione Modello e, per tale ragione, queste sono state a lungo considerate come riferimento ai fini della risoluzione di controversie simili, poiché hanno comportato l’ampliamento della definizione di “stabile organizzazione occulta” e l’introduzione nel nostro ordinamento del concetto di “stabile organizzazione plurima” di più società estere<sup>78</sup>.

### 3. La stabile organizzazione: il TUIR

L’ordinamento italiano, fino al 2004, non conteneva una definizione nazionale di stabile organizzazione, la cui configurazione era stata lasciata all’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sulla base dei principi internazionali. Nell’ambito della riforma dell’imposizione sul reddito delle società, il D.lgs. 344/2003 ha aggiunto al Tuir il nuovo articolo 162, applicabile dal 1° gennaio 2004, che contiene la definizione interna di stabile organizzazione, fondamentalmente ispirata a quella del Modello OCSE. Del resto, il D.lgs. 344/2003 è stato adottato sulla base di quanto previsto dalla legge delega per la riforma del sistema fiscale statale (L. 80/2003), il cui articolo 4, comma 1, lettera a, prevedeva espressamente, tra i principi e i criteri direttivi che il legislatore delegato avrebbe dovuto seguire nella riforma dell’imposizione sul reddito delle società, quello della “definizione della nozione di stabile organizzazione sulla base dei criteri desumibili dagli accordi internazionali contro le doppie imposizioni”.

La successiva modifica dell’**art. 162 del Tuir** è intervenuta con la **Legge di bilancio 2018**<sup>79</sup>, la quale ha modificato significativamente la definizione di stabile organizzazione proposta dalla disciplina interna e alcuni dei criteri utilizzati per la sua individuazione. Va notato che tali modifiche rispecchiano essenzialmente le indicazioni provenienti dal contesto internazionale, soprattutto in merito a quanto definito nell’ambito dell’*Action 7 BEPS* e della Convenzione Multilaterale siglata il 7 giugno 2017 precedentemente citata e possono quindi considerarsi rappresentative della volontà del legislatore italiano di conformarsi a quanto definito a livello internazionale. Il nuovo articolo del Tuir è entrato in vigore a decorrere dal primo gennaio 2018 (per i soggetti con periodo di imposta coincidente con l’esercizio solare) e, in linea di principio, questo trova applicazione in assenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni, ovvero laddove disponga un

---

<sup>78</sup> SOZZA G., *Note a margine della pronuncia della Cassazione sul caso Philip Morris*, in *il fisco*, n. 38/2002, pp. 1-6036; D’ALFONSO G., *L’evoluzione del concetto di stabile organizzazione nell’ambito dei processi di pianificazione fiscale*, in *il fisco*, n. 25/2002, pp. 1-3973.

<sup>79</sup> Art. 1, comma 1010, della Legge 27 dicembre 2017, n. 205, *Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 302 del 29 dicembre 2017.

trattamento più favorevole per il contribuente<sup>80</sup>. Tale impostazione è stata chiaramente confermata dalla stessa Agenzia delle Entrate, secondo cui “sebbene la norma sia destinata ai casi non disciplinati da una Convenzione contro le doppie imposizioni, è rimessa al contribuente la possibilità di invocare l’eventuale trattamento più favorevole della norma interna rispetto a quanto previsto dagli Accordi internazionali”<sup>81</sup>.

Di seguito si passeranno in rassegna le novità introdotte dalla nuova formulazione dell’art. 162 del Tuir che possono essere, in prima analisi, suddivise in due distinti interventi. *In primis*, si menziona l’introduzione, nei commi da 4 a 7-*bis* del novellato art. 162, di disposizioni di adeguamento della normativa italiana alle nuove regole OCSE emanate per contrastare strategie fiscali tese ad aggiornare la disciplina della stabile organizzazione, con particolare riferimento ai requisiti delle **attività “esenti” da stabile organizzazione** (i.e. *negative list*), alle **disposizioni “anti-frammentazione”** e alla disciplina della **stabile organizzazione personale**. Tuttavia, come si tenterà di argomentare nella successiva trattazione, il travaso dei meccanismi antielusivi elaborati in sede internazionale da parte del legislatore italiano non è stato completamente lineare, soprattutto in tema di stabile organizzazione personale, in proposito due sono gli orientamenti da sottolineare. Da una parte, si ritiene che il legislatore italiano abbia mancato di replicare importanti elementi indiziari che, nelle intenzioni degli analisti OCSE, avrebbero dovuto guidare le Amministrazioni finanziarie degli Stati contraenti nell’analisi funzionale del **contratto di commissione**, al fine di verificare gli effettivi requisiti di dipendenza di un soggetto agente e le condizioni di sussistenza di uno stato di stabile organizzazione in capo allo stesso<sup>82</sup>. Dall’altra parte, si ritiene, contrariamente, che questo abbia introdotto un presupposto applicativo più ampio rispetto a quello previsto in ambito OCSE<sup>83</sup>. Si rimanda all’analisi del paragrafo 3.3 del presente capitolo per la discussione delle sopraesposte osservazioni. In secondo luogo, si è assistito all’introduzione, alla lett. f-*bis*) del comma 2 dell’art. 162, di una nuova fattispecie (non prevista dallo schema OCSE di Convenzione) costituita da una **presenza economica significativa e continuativa** nel territorio nazionale, **senza consistenza fisica**.

### 3.1. I nuovi requisiti delle attività “esenti da stabile organizzazione”

La Legge di bilancio 2018 è intervenuta sulla c.d. *negative list*, contenuta nel **comma 4, art. 162**, del Tuir, cioè sull’elenco che include le ipotesi che non costituiscono stabile organizzazione. Le fattispecie indicate al comma 4 alle lett. da a) a f) restano le stesse previste dalla versione previgente. La novella è in tal caso rappresentata dall’introduzione del nuovo comma 4-*bis*. Le modifiche risultano comunque, nel caso in oggetto, pienamente conformi a quelle previste dal Modello OCSE all’art. 5 (3) precedentemente analizzato<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> Sul tema Cfr. MAYR S., *Alcune misure anti-BEPS ed i trattati contro le doppie imposizioni*, in *Boll. trib.*, n. 11/2016.

<sup>81</sup> Circolare dell’Agenzia delle Entrate (CIR) n. 25/E del 16 giugno 2004.

<sup>82</sup> BERRUTI G.L. – SAVASTANO L., *Ragioni tradite della Agency PE italiana: i casi Zimmer e Dell*, in *il fisco*, n. 46/2018, pp. 1-4453.

<sup>83</sup> ROSSI L. – FLISI S., *Stabile organizzazione personale tra Significant People Functions e Risk Management Function*, in *Corr. Trib.*, n. 1/2019, p. 81.

<sup>84</sup> Si riporta di seguito il testo dell’art. 162, comma 4 e 4-*bis*:

4. Fermi restando i commi da 1 a 3, la dizione “stabile organizzazione” non comprende:

a) l’uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all’impresa;

Partendo dal presupposto su cui si fonda l'esonero delle attività ausiliarie o preparatorie, perché una società italiana possa essere considerata stabile organizzazione di una società estera, è necessario dimostrare che quest'ultima eserciti una pervasività gestionale, organizzativa, di coordinamento e di controllo, tale da lasciar ipotizzare che la società di diritto italiano sia, in realtà, un "ramo" della casa madre estera, "asservita" alle necessità aziendali della stessa, priva, di fatto, di autonomia economica e giuridica. In questo quadro, la normativa prevede che, nel caso in cui le attività esercitate siano di mero carattere preparatorio o ausiliario, possa escludersi la configurazione di stabile organizzazione perché l'attività risulta "troppo remota" rispetto alla produzione di reddito e quindi non soddisfa le condizioni appena citate.

Nel contesto del previgente art. 162, comma 4, del Tuir e del correlato art. 5 dello schema di Convenzione OCSE 2014, il principale elemento di discussione era il valore da attribuire all'elenco di ipotesi negative, e quindi se lo stesso dovesse assumere valore assoluto o se comunque, per ognuna delle attività elencate, dovesse ricorrere il carattere "preparatorio" o "ausiliario"<sup>85</sup>. Seppur i *Discussion draft* di modifica al Commentario OCSE, precedenti al progetto BEPS, abbiano sposato la tesi per cui il carattere preparatorio o ausiliario di un'attività non doveva essere necessariamente riscontrato per le attività rientranti nel disposto del paragrafo 4, giustificando la scelta come volta alla tutela delle "esigenze di certezza" dei contribuenti<sup>86</sup>, il più recente orientamento dell'OCSE risulta andare nella direzione opposta, così come il recepimento dello stesso da parte dell'ordinamento italiano, infatti, secondo il nuovo comma 4-bis) "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". In questo modo, si rende esplicito come il profilo funzionale della sede fissa di affari vada comunque valutato caso per caso e ne vada qualificata la natura in termini di ausiliarità, ovvero di rilevanza per il business svolto dall'impresa estera ai fini della capacità di produrre ricchezza nel territorio dello Stato. La scelta del legislatore nazionale è stata quindi quella di passare da una disapplicazione automatica ad una valutazione di tipo casistico: in sintesi, tutte le attività elencate al comma 4, per poter essere considerate irrilevanti ai fini dell'integrazione dell'esistenza di una stabile organizzazione, devono, *in re ipsa*, essere di carattere ausiliario o preparatorio.

- 
- b) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;
  - c) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;
  - d) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa;
  - e) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dello svolgimento, per l'impresa, di ogni altra attività;
  - f) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e).

4-bis. 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.

<sup>85</sup> Cfr. GAFFURI A.M., *Le ipotesi negative di stabile organizzazione. Spunti problematici e sviluppi interpretativi*, in *Dir. prat. trib.*, n. 2/2015, p. 209.

<sup>86</sup> OECD (2012), *Discussion Draft, Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention*, 12 ottobre 2011 – 10 febbraio 2012; OECD (2012), *Discussion Draft, OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment)*, 19 ottobre 2012 – 31 gennaio 2013.



Nel merito, si rende necessario un breve riferimento al disposto dell'**art. 13 della Convenzione Multilaterale**, il quale prevede due differenti opzioni: (a) adozione del nuovo testo (conforme all'art. 162, comma 4-bis, del Tuir) e conseguente estensione del carattere ausiliario ad ogni attività; oppure (b) mantenimento del vecchio testo. Adottando la prima opzione, e dunque l'estensione del carattere residuale o accessorio a tutte le attività della *negative list*, si attribuisce natura innovativa alla disposizione. L'opzione (b), invece, lascia liberi gli Stati di considerare queste condizioni (anche per il passato) come vevoli per tutte le attività oppure solo per quelle delle lett. d) ed f). In tale contesto, si evidenzia che l'Italia ha adottato l'opzione (a) ai fini della modifica dei trattati bilaterali nel senso appena esposto e si ricorda altresì che questa avrà effetto rispetto alle sole Convenzioni per cui anche il secondo Stato contraente ha esercitato l'opzione<sup>87</sup>.

### 3.2. La regola anti-frammentazione

Il nuovo **comma 5 dell'art. 162** introduce nel nostro ordinamento la cd. "regola anti-frammentazione", ossia una delimitazione all'esenzione delle attività elencate nel comma 4. La stessa previsione è altresì contenuta all'art. 13 della Convenzione Multilaterale e risulta conforme a quanto definito al paragrafo 4.1 dell'art. 5 della Convenzione Modello OCSE 2017. Tale disposizione è finalizzata ad evitare che l'impresa non residente suddivida artificialmente un'attività unitaria in più operazioni, ritenute preparatorie o ausiliarie, al solo scopo di ricadere in una delle ipotesi di esclusione della configurazione di una stabile organizzazione previste dall'art. 162, comma 4, del Tuir.

A tal fine, si prevede che la *negative list* "non si applica a una sede fissa di 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 in Italia e lo stesso luogo o l'altro luogo costituisce una stabile organizzazione per l'impresa o per l'impresa strettamente correlata, 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" (Tuir, Art. 162, comma 5). In sintesi, le circostanze rilevanti sono due:

- a) quella in cui rileva la preesistenza di una stabile organizzazione dell'impresa o di altre imprese del gruppo; e
- b) quella in cui, pur in assenza di una preesistente stabile organizzazione, rileva la combinazione di attività di impresa e/o di altre attività del gruppo.

Inoltre, allo scopo di individuare il rapporto di correlazione rilevante, il nuovo comma *7-bis*, analogamente a quanto previsto dalla Convenzione Multilaterale, prevede che un soggetto si considera strettamente correlato a un'impresa se, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze rilevanti, l'uno ha il controllo

---

<sup>87</sup> Circolare Assonime n. 15/2018, pubblicata in data 27 giugno 2018.

dell'altra, ovvero entrambi sono controllati da uno stesso soggetto. In ogni caso, un soggetto è considerato strettamente correlato a un'impresa se l'uno possiede direttamente o indirettamente più del 50% della partecipazione dell'altra o, nel caso di una società, più del 50% del totale dei diritti di voto e del capitale sociale, o se entrambi sono partecipati da un altro soggetto, direttamente o indirettamente, per più del 50% della partecipazione, o, nel caso di una società, per più del 50% del totale dei diritti di voto e del capitale sociale.

### 3.3. La stabile organizzazione personale e l'agente indipendente

La Legge di bilancio 2018, ancora, modifica la nozione di stabile organizzazione personale e di agente indipendente, può dirsi in modo simile al disposto dell'**art. 12 della Convenzione Multilaterale**. Sul punto, si evidenzia che, rispetto a detta disposizione, l'Italia ha, ad oggi, esercitato la propria riserva ai fini della disapplicazione<sup>88</sup>. Il nuovo **comma 6 dell'art. 162** prevede che “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, 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, si considera che tale impresa abbia una stabile organizzazione nel territorio dello Stato in relazione a ogni attività svolta dal suddetto soggetto per conto dell'impresa, a meno che le attività di tale soggetto siano limitate allo svolgimento delle attività di cui al comma 4 le quali, se esercitate per mezzo di una sede fissa di affari, non permetterebbero di considerare questa sede fissa una stabile organizzazione ai sensi delle disposizioni del medesimo comma 4”. Sono perciò due le condizioni richieste ai fini dell'identificazione di una S.O. personale<sup>89</sup>: in primo luogo è richiesto che il soggetto (residente o non) agisca nel territorio dello Stato per conto dell'impresa non residente e abitualmente concluda contratti o operi ai fini della conclusione di contratti senza sostanziali modifiche da parte dell'impresa; in secondo luogo, si richiede che tali contratti siano conclusi in nome dell'impresa, ovvero siano relativi al trasferimento della proprietà, o alla concessione del diritto di utilizzo, di beni dell'impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare, ovvero siano relativi alla fornitura di servizi da parte dell'impresa. Va ancora precisato che tale approccio trae fondamento dalle conclusioni dell'*Action 7*, in particolare dalla constatazione che la previgente formulazione della Convenzione, come già discusso, ha consentito che la figura del commissionario sfuggisse alla stabile organizzazione personale, pure in presenza di un intermediario che contribuiva in modo determinante alla regolare esecuzione di contratti nel territorio in cui si trovavano i clienti dell'impresa non residente.

Sul punto, è da notare che la dottrina risulta divisa in relazione all'interpretazione della normativa introdotta dal legislatore italiano. Invero, l'art. 5 della Convenzione Modello OCSE fa riferimento, ai fini della

---

<sup>88</sup> Si rimanda al paragrafo 2.2 del presente capitolo per quanto concerne le ragioni che hanno portato all'introduzione del commissionario quale agente indipendente e che sono alla base delle novelle introdotte nel 2017 all'art. 5 (5) della Convenzione.

<sup>89</sup> CAPOLUPO S., *Legge di bilancio 2018: cambia la nozione di stabile organizzazione*, in *IPSOA Quotidiano*, 30 ottobre 2017.

configurazione di stabile organizzazione personale, ad un soggetto che “*habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise*”; dall’altra parte il Tuir, invece, si limita a configurare come S.O. personale il soggetto che “**opera ai fini della conclusione di contratti senza modifiche sostanziali da parte dell’impresa**”. Secondo parte della dottrina<sup>90</sup>, la scarna definizione di stabile organizzazione italiana omette elementi non meramente definitivi della funzione in concreto svolta dal mandatario, in grado di espandere la portata dell’istituto civilistico di un mandato senza rappresentanza<sup>91</sup> oltre i limiti angusti della formulazione letterale del negozio che lo lega al suo *principal*. Contrariamente, altra parte della dottrina<sup>92</sup>, sostiene che il legislatore italiano, mancando del riferimento al “*principal role leading to the conclusion of contract*”, ritenga sufficiente che la persona “operi” ai fini della conclusione dei contratti per conto dell’impresa non residente. Sembrerebbe quindi trasparire un presupposto applicativo più ampio rispetto a quello previsto in ambito internazionale. Sul punto, è stato osservato<sup>93</sup> come il legislatore italiano possa essersi discostato dall’OCSE al fine di formalizzare, nel testo attuale dell’art. 162 del Tuir, il consolidato orientamento giurisprudenziale della nota sentenza Philip Morris<sup>94</sup>, così da rilevare non solo quelle attività più rilevanti alla fine della conclusione dei contratti ma anche quelle attività ancillari o complementari poste in essere dall’agente per conto dell’impresa estera (i.e. attività poste in essere in fase di trattazione). Nel merito, può dirsi che l’orientamento del legislatore italiano appare conforme alla volontà domestica, più volte dimostrata, di espandere il concetto di stabile organizzazione. La questione che ora si pone è inerente alla valenza da attribuire alla menzionata disposizione, alla luce soprattutto della riserva espressa in relazione alla MLI. Partendo, ancora, dal presupposto che obiettivo del legislatore è l’ampliamento dell’ipotesi di S.O., la **portata antielusiva** della norma giustificherebbe il discostamento dalla previsione OCSE, comportando prevalenza della disposizione italiana sulla Convenzione Multilaterale per effetto del suo carattere antiabuso. Sebbene tale orientamento risulti, ad oggi, il più probabile, è stato altresì ipotizzato che “l’ampio presupposto” possa considerarsi applicabile solo con riferimento a quei Paesi con cui non è in vigore una Convenzione contro le doppie imposizioni perché, in caso di mancato riconoscimento del carattere antielusivo della norma, la disposizione convenzionale avrebbe prevalenza sulla normativa domestica e quindi effetto solo al di fuori di eventuali Convenzioni<sup>95</sup>.

In ultima istanza, il successivo **comma 7 dell’art 162** del Tuir stabilisce che le disposizioni appena descritte “non si applicano quando il soggetto, che opera in Italia per conto di un’impresa non residente, svolge la propria attività in qualità di agente indipendente e agisce per l’impresa nell’ambito della propria ordinaria

---

<sup>90</sup> BERRUTI G.L. – SAVASTANO L., *Ragioni tradite dalla Agency PE italiana: i casi Zimmer e Dell*, in *il fisco*, n. 46/2018, pp. 1-4453.

<sup>91</sup> Ex. art. 1705 c.c.

<sup>92</sup> ROSSI R. – FLISI S., *Stabile organizzazione personale tra Significant People Functions e Risk Management Function*, in *Corr. Trib.*, n. 1/2019, p. 81.

<sup>93</sup> Cfr. Circolare Assonime n.15/2018, pubblicata in data 27 giugno 2018; BRUNELLI F. – TRONCI S., *La nuova definizione di stabile organizzazione personale e la disciplina del transfer pricing nell’abito dei gruppi*, in *Boll. trib.*, 2018, p. 1218; ANTONINI M. – MARIELLA M.L., *Stabile organizzazione: la parola di Assonime*, in *Corr. Trib.*, n. 34/2018, p. 2593.

<sup>94</sup> Si rimanda al paragrafo 2.3.1 del presente capitolo inerente all’analisi della sentenza Philip Morris.

<sup>95</sup> Si faccia riferimento a quanto riportato al paragrafo successivo (3.4) per quanto concerne la prevalenza della normativa domestica sulle disposizioni convenzionali in caso di norma a carattere antielusivo.

attività”. L’indipendenza dell’intermediario va quindi analizzata sia sotto il profilo giuridico che economico. Il citato comma 7 continua poi prevedendo che “quando un soggetto opera esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di una o più imprese alle quali è strettamente correlato, tale soggetto non è considerato un agente indipendente, ai sensi del presente comma, in relazione a ciascuna di tali imprese”. In tale caso, è necessario evidenziare una differenza tra quanto previsto dal Modello OCSE al paragrafo 6 per il quale, si ricorda, “una persona non dovrebbe essere considerata un agente indipendente nel senso del presente paragrafo se opera esclusivamente (o quasi) per conto di una o più imprese a cui è strettamente correlato” e quanto, invece, previsto dalla normativa italiana per la quale la stessa fattispecie è condizione sufficiente per ritenere integrato l’elemento della dipendenza. In sintesi, il Modello, come anche specificato dal relativo Commentario aggiornato, consideri il fatto che il soggetto opera esclusivamente (o quasi) per una sola impresa come indice sufficiente per ritenere integrato l’elemento della dipendenza, mentre, la normativa italiana, ritiene la stessa condizione quale elemento sufficiente ai fini di dimostrare una condizione di dipendenza, sposando l’interpretazione della prima bozza del *Discussion draft* dell’OCSE sull’*Action 7*, poi smentita dal *Final Report*<sup>96</sup>. Può concludersi che, secondo il legislatore italiano nella suddetta ipotesi il requisito dell’indipendenza non può considerarsi realizzato, con la conseguenza che l’intermediario è automaticamente qualificabile come agente dipendente, a prescindere da qualsiasi analisi in merito all’indipendenza giuridica ed economica dello stesso rispetto al soggetto cui risulta “strettamente correlato”.

### 3.4. La significativa e continuativa presenza economica

In ultima analisi, l’art. 162, comma 2, del Tuir ha per oggetto la definizione di una serie di fattispecie costituenti *prima facie*<sup>97</sup> stabile organizzazione “materiale”, la cd. *positive list*, specularmente a quella data dall’art. 5 (2) della Convenzione dalla lettera a) ad f). In tale ambito, la Legge di bilancio 2018 ha introdotto una nuova ipotesi di stabile organizzazione che fa riferimento ad “**una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso**” (Tuir, Art. 162, comma 2, lettera f-*bis*). La modifica citata non è presente nel disposto dell’art. 5 della Convenzione e non lo era nemmeno nell’originario Disegno di Legge n. 2960, presentato in Senato il 29 ottobre 2017, essendo stata il frutto di un emendamento presentato nel corso del dibattito parlamentare. Come rinvenibile nella documentazione parlamentare<sup>98</sup>, lo scopo di tale introduzione è stato

---

<sup>96</sup> OECD (2015), *Public Discussion Draft – Beps Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status*, 31 ottobre 2014 – 9 gennaio 2015.

<sup>97</sup> Sul punto, la valenza delle c.d. *positive list* è stato argomento oggetto di dibattito, soprattutto nel passato, considerato che alla stessa è attribuibile sia valore di presunzione assoluta che relativa. Dato che la prassi attribuiva alle stesse valenze relative mentre il Commentario OCSE le definiva come ipotesi sempre costituenti stabile organizzazione, sino alla versione del Commentario OCSE 2008 l’Italia aveva apposto specifica osservazione per cui le dette ipotesi avrebbero dovuto essere considerate come sempre costituenti ipotesi di stabile organizzazione, come definito nel Commentario. Tale orientamento è stato però superato nel 2010, quando l’Italia ha deciso di ritirare la citata osservazione e sposare la tesi per cui tale lista avrebbe carattere solo esemplificativo, dovendosi comunque procedere al riscontro dei requisiti definiti al paragrafo 1.

<sup>98</sup> Si veda, al riguardo, il Dossier n. 560/2 relativo all’Atto Senato n. 2960 nel commento all’art. 88-*bis* (Misure fiscali per l’economia digitale), introdotto dall’emendamento 88.0.1 (testo 3) nel corso dell’esame in Commissione di Bilancio.

quello di “alleviare il nesso, finora imprescindibile, tra la presenza fisica di un’attività nel territorio dello Stato e assoggettabilità alla normativa fiscale”, valorizzando, di contro, il riferimento agli elementi della stabilità, della ricorrenza e della dimensione economica dell’attività con l’intento di “impedire, ad opera dei contribuenti, manipolazioni che impediscano la qualificazione di stabile organizzazione”.

Particolarmente discussa è, tutt’ora, la *ratio* della norma e, di conseguenza, i suoi rapporti rispetto all’ordinaria definizione di stabile organizzazione materiale e, più in generale, rispetto alla Convenzione Multilaterale che, quantomeno allo stato attuale, non contiene analoga previsione<sup>99</sup>. Secondo quanto riportato nel Dossier parlamentare, la *ratio* della nuova disposizione è da ricercarsi, da un lato, nella **volontà di allineamento della disciplina domestica alle indicazioni internazionali**, seppur mediante l’adozione di una misura unilaterale e, dall’altro lato, nella sua **portata antielusiva**.

Per quanto riguarda la volontà di allineamento, sul punto va precisato che sia l’OCSE che la Comunità Europea hanno tentato di porre enfasi sulla tassazione dei soggetti digitali. La prima per mezzo dell’*Action 1* del Progetto BEPS, secondo cui le “legislazioni degli Stati dovrebbero introdurre un nuovo legame costituito dalla c.d. presenza digitale significativa, individuandone i presupposti costitutivi, al fine di ricomprendere nella base imponibile locale anche il reddito prodotto nello Stato secondo nuovi modelli di business dell’economia digitale”, lo scopo dovrebbe essere quindi, per l’OCSE, quello di superare l’impostazione per cui la stabile organizzazione si verifica solo in relazione all’insediamento di una struttura fisica nel territorio dello Stato<sup>100</sup>, dando, invece, rilevanza al luogo in cui si svolgono le attività e si produce la ricchezza<sup>101</sup>. La Comunità europea, dall’altro lato, attraverso la proposta di direttiva COM (2018) 147<sup>102</sup> tenta di individuare una nuova fattispecie di stabile organizzazione basata sulla presenza digitale significativa, precisandone gli elementi costitutivi e le modalità di attribuzione del reddito. Nonostante quanto definito, secondo Assonime<sup>103</sup>, seppur vi siano alcune assonanze con le proposte BEPS e le iniziative UE, la disposizione contenuta nella lett. *f-bis*) dell’art. 162 non sembra potersi qualificare come nuova ipotesi di S.O. mancando, essenzialmente, di ogni indicazioni circa quali dovrebbero essere i parametri da utilizzare per stabilire se e quanto questa “presenza economica” può dirsi sussistente, fattori che sono invece ben delineati nella Proposta di Direttiva europea e definiti come necessari nell’ambito dell’*Action 1*.

In merito alla portata antielusiva, la norma è stata considerata come finalizzata al contrasto di comportamenti e situazioni di “abuso del diritto” caratterizzate da elementi di artificiosità o operazioni progettate per eludere la presenza di S.O. personale o materiale nel territorio dello Stato. In tal senso, il

---

<sup>99</sup> Cfr. CORSO L. – ODETTO G., *La nuova nozione di stabile organizzazione*, in *Le Novità della legge di bilancio 2018 e del DL collegato*, in *Quaderni Eutekne*, 2017, p.170

<sup>100</sup> Cfr. OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, para 7.6.

<sup>101</sup> Sul punto si veda GASPARRI T., *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del Fisco, tra sostanza e trasparenza*, in *Nota e Studi Assonime*, n. 15/2017.

<sup>102</sup> Direttiva del Consiglio europeo che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa, COM(2018) 147 final, 31 marzo 2018.

<sup>103</sup> Circolare Assonime n. 15/2018, pubblicata in data 27 giugno 2018.

carattere antielusivo viene identificato come l'elemento legittimante la sottostante disposizione alla luce di due considerazioni fondamentali. In primo luogo, il preambolo delle Convenzioni contro le doppie imposizioni prevede che l'intento dell'accordo sia quello di "eliminare la doppia imposizione con riferimento alle imposte oggetto del presente accordo senza creare opportunità di non imposizione o di ridotta imposizione attraverso l'evasione o l'elusione fiscale". Obiettivo principale di una Convenzione stipulata in tal senso è quindi quello di evitare il realizzarsi di un fenomeno di doppia imposizione evitando che, facendo ciò, si creino opportunità di evasione od elusione<sup>104</sup>. In secondo luogo, si precisa altresì che tali accordi prevedono ancora che "un beneficio ottenuto ai sensi di una Accordo fiscale coperto non è concesso in relazione ad un elemento di reddito o di patrimonio se è ragionevole concludere, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti, che l'ottenimento di tale beneficio era uno degli scopi principali di qualsiasi intesa o transazione che ha portato direttamente o indirettamente a tale beneficio". Essenzialmente, si prevede che i vantaggi derivanti da una Convenzione contro la doppia imposizione non dovrebbero essere adottati quando il fine principale è quello di entrare in una certa transazione o accordo al fine di ottenere un vantaggio fiscale e quindi, sostanzialmente, nel caso in cui il contribuente adotti un comportamento elusivo<sup>105</sup>.

Sulla base degli elementi esposti, sarebbe ragionevole concludere che la norma italiana è da considerarsi applicabile, perché antielusiva, nel momento in cui questa ha lo scopo di evitare il realizzarsi di un fenomeno di doppia imposizione, perché in questo caso questa non comporterebbe un trattamento fiscale non conforme alle disposizioni del trattato fiscale, visto che scopo essenziale dello stesso resta quello di evitare che si realizzino fenomeni elusivi. Di contro, l'art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati prevede che "se l'applicazione di norme anti-abuso specifiche riscontrate nel diritto interno dovesse comportare un trattamento fiscale non conforme alle disposizioni di un trattato fiscale, ciò sarebbe in conflitto con le disposizioni di tale trattato e le disposizioni del trattato dovrebbero prevalere nel diritto internazionale pubblico" (principio "*pacta sunt servanda*"). Si rendono comunque necessarie due ulteriori osservazioni: *in primis*, l'OCSE inviti gli Stati contraenti a rispettare gli obblighi convenzionali e a ricercare soluzioni condivise in relazione anche a misure antiabuso, quindi l'eventuale adozione di misure unilaterali dovrebbe avvenire nel rispetto degli impegni internazionali assunti con la sottoscrizione dei Trattati contro le doppie imposizioni. In base a quanto esposto, la norma italiana non dovrebbe avere alcun effetto sulle Convenzioni bilaterali stipulate, quindi la sua applicazione dovrebbe considerarsi circoscritta ai non residenti non coperti da previsione convenzionale; inoltre, sul piano delle fonti del diritto, non sarebbe legittimo modificare, rispetto al contesto internazionale, i criteri necessari ad integrare il presupposto giuridico, si assiste infatti a piena discontinuità rispetto alle ipotesi declinate all'art. 5 della Convenzione considerato che quest'ultima si riferisce, imprescindibilmente, all'esistenza di una "sede fissa di affari", caratterizzata da un certo grado di

---

<sup>104</sup> Cfr. Art. 6, comma 1, (Scopo di un Accordo fiscale coperto), OECD (2016), *Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*.

<sup>105</sup> Cfr. Art. 7, comma 2, (Prevenzione dell'abuso dei trattati), OECD (2016), *Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*.

diponibilità, fissità spaziale e permanenza temporale e che, di contro, la norma italiana presuppone l'esistenza di un sede fissa di affari anche in assenza di una consistenza fisica nel territorio.

Ora, considerato il tentato intervento del legislatore italiano, è opportuno menzionare che l'orientamento attuale sul fronte internazionale, volto al raggiungimento dei medesimi scopi, ossia alla tassazione di società in grado di operare senza la necessità di disporre di una sede fisica, risulta differente rispetto a quello nazionale. Sul punto, si rimanda al Capito IV, inerente alla *digital economy* e all'analisi dell'Approccio Unificato proposto in sede OCSE e si osserva, altresì, che risulta più probabile una ratifica da parte dell'ordinamento italiano delle nuove disposizioni OCSE, fermo restando che queste diventino definitive, piuttosto che una convergenza verso quando disposto dalla lettera *f-bis*, seppur non sia da sottovalutare la possibile introduzione della nuova menzionata disposizione, fermo restando che questa sia adeguatamente corredata da norme inerenti all'allocazione dei profitti alla nuova fattispecie, in qualità di regime transitorio in attesa dell'adozione di una soluzione globalmente condivisa.

## CAPITOLO TERZO

### L'ATTRIBUZIONE DEI PROFITTI ALLA STABILE ORGANIZZAZIONE

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. Quadro normativo internazionale: le disposizioni del Modello OCSE – 2.1. Analisi dell'art. 7: *Taxation of Income, Business Profits* – 2.2. Analisi dell'art. 9: *Taxation of Income, Associated Enterprises* – 2.2.1. L'analisi di comparabilità – 2.2.2. Selezione del metodo di *transfer pricing* più appropriato – 2.2.3. L'intervallo di libera concorrenza – 2.3. Applicazioni pratiche: *Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishment* – 2.3.1. Esempio A: in merito all'*anti-fragmentation rule* – 2.3.2. Esempio B: in merito al contratto di commissione e alla nuova definizione di agente indipendente – 3. La disciplina domestica: il TUIR – 3.1. Analisi dell'art. 152: Reddito di società ed enti commerciali non residenti derivante da attività svolte nel territorio dello Stato mediante stabile organizzazione – 3.2. Analisi dell'art. 110 c. 7: La normativa nazionale sui prezzi di trasferimento – 3.2.1. La nozione di comparabilità – 3.2.2. Metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento – 3.2.3. L'intervallo di libera concorrenza

#### 1. Premessa

Lo scopo del presente capitolo è quello di fare luce sui principi che regolano l'allocazione dei profitti. Come già discusso in apertura della trattazione, principio regolatore ai fini dell'identificazione della potestà impositiva è il concetto di residenza fiscale. È infatti consolidato che un'impresa risulti tassabile nel suo Stato di residenza, a meno che questa non operi in uno Stato estero per mezzo di stabile organizzazione. In tale ultima ipotesi, i profitti attribuibili alla stabile organizzazione rientrano nella potestà impositiva dello Stato dove è situata la stessa (i.e. Stato della fonte). Sul punto, si rende necessaria una precisazione. Scopo dell'art. 5 della Convenzione Modello OCSE, precedentemente trattato ed analizzato nel corso della sezione 2.2, è quello di definire il concetto di "stabile organizzazione" e risulta perciò rilevante al fine di comprendere quando i profitti di un'impresa residente in uno Stato contraente sono suscettibili di tassazione in un altro Stato contraente, considerato il principio generale sopra enunciato. Una volta identificata la stabile organizzazione, si rende però necessaria la quantificazione dei profitti alla stessa attribuibili e, a tale necessità, risponde l'**art.7 della Convenzione Modello OCSE** il quale, non si propone di allocare diritti impositivi agli Stati contraenti, bensì, di determinare quali sono i profitti tassabili nei due Stati<sup>106</sup>.

Ora, già nella proposta di Convenzione Multilaterale approvata dalla Società delle Nazioni nel 1933, l'allocazione del reddito alla stabile organizzazione era governata dal c.d. "*separate entity arm's length principle*"<sup>107</sup> ciò significa che, fin dagli albori del diritto tributario internazionale, la stabile organizzazione, seppur definita come mera articolazione funzionale interna, priva di autonoma soggettività giuridica<sup>108</sup>, è stata

---

<sup>106</sup> OECD Model: *Commentary on art. 7*, para 2 (2017).

<sup>107</sup> Si veda CARROLL M.B., *Methods of Allocating Taxable Income*, in *League of Nations, Taxation of Foreign and National Enterprises*, Vol. IV, Ginevra, 1933; SASSEVILLE J. – VANN R., *Article 7: Business Profits*, in *Global Tax Treaty Commentaries*, Amsterdam, 2017, par. 1.2 e ss. per una puntuale ricostruzione storica delle norme che regolano l'attribuzione dei redditi alla stabile organizzazione.

<sup>108</sup> GALLO F., *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1985, p. 387 ss.; LOVISOLO A., *La stabile organizzazione*, in V. UCKMAR (a cura di), *Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 2005, p. 439 ss.; BORIA P., *L'individuazione della stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, n. 1/2014, p. 1 ss.



trattata, al fine di determinare il reddito imponibile sulla base delle risultanze contabili, come entità autonoma “*engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions*”<sup>109</sup>. La mancanza dell’effettiva autonoma soggettività giuridica ha comportato la previsione di alcuni temperamenti all’applicazione pura del principio di libera concorrenza, tra cui la possibilità di fare ricorso, in via sussidiaria, a metodi di ripartizione proporzionale (c.c. “*formulary apportionment*”) del reddito tra stabile organizzazione e casa-madre<sup>110</sup>. I tratti essenziali di tale schema sono poi confluiti nella prima stesura della Convenzione modello OCSE nel 1963 all’art. 7, inerente al tema degli utili di impresa. Tale impostazione è rimasta sostanzialmente invariata nelle successive versioni del Modello fino al 2010, anno in cui è stata approvata una nuova versione dello stesso contenente una nuova formulazione dell’art. 7, paragrafo 2<sup>111</sup>. In concomitanza con l’approvazione del documento inerente alle modifiche alla versione del 2008 del Modello OCSE, il 22 luglio 2010 è stato altresì pubblicato il *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, di qui in avanti “Il Rapporto 2010”, contenente le linee guida interpretative del nuovo art. 7, vista la necessità riscontrata dall’OCSE di garantire al contribuente l’applicazione e l’interpretazione uniforme del principio di libera concorrenza<sup>112</sup>. Invero, la versione ante 2010 dell’articolo generava dubbi interpretativi e difformità applicative per il fatto che ammetteva due distinti metodi, ossia il “*relevant business activity approach*” ed il “*functionally separate entity approach*”. Il primo, attribuiva alla stabile organizzazione i soli profitti derivanti dalle attività che la coinvolgevano attivamente ed era quindi implicito che i profitti attribuibili a questa non potessero in ogni caso

---

<sup>109</sup> Art. 3, comma 1, del Modello di Convenzione OCSE 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, Ginevra, 26 giugno 1933.

<sup>110</sup> Cfr. art. 3, commi 3 e 4, del Modello di Convenzione OCSE 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*”.

<sup>111</sup> In dettaglio, l’art. 7, paragrafo 2, del Modello di Convenzione OCSE del 1933 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 independently with the enterprise of which it is a permanent establishment*”. Diversamente, l’art. 7, paragrafo 2, del Modello di Convenzione OCSE del 2010 si riferiva agli utili che la stabile organizzazione “*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 performed, assets used and risk assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise*”.

<sup>112</sup> Il Rapporto 2010 si compone di quattro parti:

- Parte I, inerente a considerazioni generali circa l’attribuzione del reddito alla stabile organizzazione, a prescindere dal settore di attività in cui l’impresa opera;
- Parte II, contenente l’illustrazione dell’applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione con riferimento all’attività bancaria;
- Parte III, inerente a considerazioni speciali circa l’applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione in caso di imprese svolgenti attività di trading di strumenti finanziari;
- Parte IV, relativa a considerazioni speciali circa l’applicazione dei criteri di determinazione del reddito delle stabili organizzazioni delle compagnie di assicurazione.

eccedere quelli totali della casa-madre; per il secondo, invece, la stabile organizzazione poteva produrre utili indipendentemente dal risultato dell'impresa nel suo complesso<sup>113</sup>.

L'intervento del 2010, che ha portato all'inaugurazione del c.d. "*Authorized OECD Approach*", di qui in avanti "AOA", ha comportato l'identificazione del "*separate entity arm's length principle*" come unico metodo ammesso per determinare la base imponibile di una stabile organizzazione e ha chiarito, soprattutto, che la sua applicazione deve avvenire secondo il c.d. "*functionally separate legal entity approach*", ossia 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. La proclamata indipendenza "virtuale" della stabile organizzazione richiede, in prima battuta, l'individuazione delle funzioni svolte, dei beni utilizzati e dei rischi assunti dalla *branch*, nonché delle transazioni (i.e. *internal dealings*) che questa pone in essere in qualità con la casamadre e, in un secondo momento, la determinazione della remunerazione di libera concorrenza di tali funzioni, beni e rischi, avuto riguardo dei criteri sanciti dalle Linee Guida OCSE in materia di prezzi di trasferimento, di cui in avanti "TPG" o "Linee Guida OCSE"<sup>114</sup>. Sul punto, occorre precisare che la prima fase dell'AOA, sotteso all'art. 7 del Modello, assolve la medesima funzione dello studio di comparabilità necessario in materia di *transfer pricing* di cui all'art. 9 dello stesso Modello<sup>115</sup>. Considerato poi che permane, in tali circostanze, l'ostacolo derivante dall'assenza di contratti stipulati tra la casa-madre e la stabile organizzazione, l'AOA impone come punto di partenza le funzioni svolte dal personale della S.O., riferendosi all'analisi delle c.d. "*significant people functions*", alle quali ancorare i rischi virtualmente assunti e gli asset virtualmente posseduti dal P.E, con i diritti e gli obblighi che ne derivano. Sul punto, occorre precisare che anche in materia di prezzi di trasferimento la rilevanza del contratto stipulato è andata progressivamente riducendosi, nel tentativo di valorizzare l'effettiva condotta delle parti piuttosto che la struttura giuridica dell'operazione posta in essere. Infatti, le conclusioni elaborate nell'ambito delle *Action 8-10* del Progetto BEPS<sup>116</sup> dispongono che l'analisi di comparabilità debba guardare, più che alle mere risultanze contrattuali, al comportamento delle parti. In sintesi, si assiste ad un avvicinamento tra l'analisi richiesta dall'art. 7 e quella rilevante in base all'art. 9<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> Per una compiuta descrizione dei due metodi, OECD (2001), *Discussion draft on the attribution of profits to permanent establishment*, par. 12 e ss. Per un approfondimento integrale circa le novità introdotte dalla versione del 2010, si veda, VALENTE P., *Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizione. La versione 2010, in il fisco*, n. 33/2010.

<sup>114</sup> OECD (1995), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 1995*, OECD Publishing, Paris, aggiornate, da ultimo, nel 2017. Di qui in avanti si faccia riferimento a: OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris.

<sup>115</sup> Si rinvia al paragrafo 2.2 del presente capitolo inerente all'analisi dell'art 9 della Convenzione Modello OCSE.

<sup>116</sup> OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<sup>117</sup> HOLZINGER R. – PETRUZZI R., *Attributions of Participations to Permanent Establishments (I)*, in *Transfer Pricing International*, n. 2/2018, pp. 109-125, op. cit., per i quali la nozione di "*actual conduct of the parties*" rilevanti 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 MALHERBE J. – DAENEN P., *Permanent establishments claim their share of profits: does the Taxman agree?*, in *Bulletin for International Taxation*, n. 7/2010, par. 4.2.

Si procederà di seguito ad un'analisi del quadro normativo internazionale di riferimento, con specifica analisi dell'art. 7 e dell'art. 9 per poi porre l'attenzione su quelle che sono le implicazioni pratiche derivanti dalla modifica dell'art. 7 e dall'applicazione congiunta negli artt. 7 e 9, andando ad analizzare principalmente il contenuto dell'*Additional Guidance on the Attribution of Profit to Permanent Establishment*, citando, in ultima istanza, alcuni esempi chiarificatori tratti dalla stessa. Seguirà poi la delineazione della disciplina italiana in termini di attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione e in materia di prezzi di trasferimento.

## 2. Quadro normativo internazionale: le disposizioni del Modello OCSE

### 2.1. Analisi dell'art. 7: *Taxation of Income, Business Profits*

7 (1) *Gli utili di un'impresa di uno Stato contraente sono imponibili solo in quello Stato a meno che l'impresa eserciti la sua attività nell'altro Stato per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata. Se l'impresa esercita l'attività di cui sopra, gli utili attribuibili alla stabile organizzazione in base al paragrafo 2 possono essere tassati in tale altro Stato*<sup>118</sup>.

Il paragrafo 1 sottolinea due principi fondamentali, in primo luogo rimanda all'impossibilità, per uno Stato contraente, di tassare i profitti di un'impresa residente in un altro Stato contraente, a meno che la stessa non eserciti la sua attività nel primo stato (i.e. Stato estero o Stato della fonte) per mezzo di stabile organizzazione, perché, in assenza della stessa, l'impresa non partecipa alla vita economica dello Stato della fonte e perciò la tassazione dei profitti ivi prodotti non sarebbe congrua<sup>119</sup>. In secondo luogo, il paragrafo 1 continua richiamando la circoscrizione della suscettibilità a tassazione dei soli profitti attribuibili alla stabile organizzazione. È ormai consolidato nei vari ordinamenti il principio per il quale, in tale ambito, non opera il principio di attrazione della stabile organizzazione, ciò significa che i profitti non direttamente attribuibili alla stessa restano esclusi dal computo della base imponibile tassabile nello Stato della fonte<sup>120</sup>. Sul punto, si è espresso anche il Report 2010, evidenziando che il diritto alla tassazione dello Stato della fonte non si estende a quei profitti che l'impresa ha prodotto in tale Stato in modalità differenti che per mezzo di stabile organizzazione<sup>121</sup>. Esempificazione di tale principio, può essere proposta nel caso in cui una società operi in uno Stato estero per mezzo di S.O., ponendo in essere attività manifatturiere, e poi vi operi anche per mezzo di agenti indipendenti, i quali si occupano della vendita di beni diversi rispetto a quelli ivi prodotti. In tale caso, vi sarà una differenziazione tra le due categorie di profitti e la tassazione nello Stato della fonte dei soli primi. Ancora, è da precisare che i redditi non direttamente attribuibili alla S.O., perché non direttamente

---

<sup>118</sup> Si riporta di seguito il testo originale dell'art. 7(1):

*Profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other State.*

<sup>119</sup> OECD Model: Commentary on art. 7, para 11 (2017).

<sup>120</sup> OECD Model: Commentary on art. 7, para 12 (2017).

<sup>121</sup> Cfr. OECD (2010), *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, 22 luglio 2010, Parte I, par. 10.

connessi all'attività di quest'ultima, non possono essere qualificati quali redditi di impresa, tali redditi rientreranno, infatti, nell'area previsionale di altre norme del Modello OCSE ed opereranno i criteri di collegamento territoriale previsti per le altre categorie reddituali<sup>122</sup>. In sintesi, solo il reddito che risulti direttamente ed effettivamente connesso all'attività produttiva può essere imputato alla stabile organizzazione e, conseguentemente, assoggettato al regime impositivo del reddito di impresa.

*7 (2) Per lo scopo di tale Articolo e degli Articoli [23A] e [23B], i profitti attribuibili in ciascuno Stato contraente alla stabile organizzazione di cui al paragrafo 1 sono i profitti che si attende che questa possa generare, in particolare rispetto ad operazioni poste in essere con altre parti dell'impresa, se si trattasse di un'impresa separata ed indipendente impegnata in attività uguali o similari in condizioni uguali o similari, tenendo conto delle funzioni svolte, degli asset utilizzati e dei rischi assunti dall'impresa per mezzo della stabile organizzazione e delle altre parti dell'impresa*<sup>123</sup>.

Partendo dal presupposto che sono da considerarsi inclusi nel computo dei **profitti attribuibili alla stabile organizzazione quelli derivanti da qualsiasi attività esercitata dalla stessa, incluse quindi sia le transazioni intervenute con parti terze indipendenti che con parti correlate, nonché gli accordi definiti con altre parti della stessa impresa** (cd. *internal dealings*)<sup>124</sup>, la metodologia di determinazione espressa al paragrafo 2 (i.e. "AOA") si sviluppa su due fasi successive (secondo il c.d. *two step approach*). La prima fase si basa sull'ipotesi che la stabile organizzazione eserciti la propria attività come se fosse un'entità funzionalmente separata e distinta dal resto dell'impresa della quale costituisce una parte, tale ipotesi risulta fondamentale ai fini della seconda fase, ossia dell'attribuzione ad essa di quei profitti (o di quelle perdite) che si ritiene avrebbe conseguito *at arm's length*, nelle transazioni intercorse con le altre parti dell'impresa, svolgendo le medesime o similari funzioni, alle medesime o analoghe condizioni, considerate le funzioni svolte, i rischi assunti e gli asset impiegati<sup>125</sup>.

In primo luogo, si richiede quindi che sia effettuata un'**analisi funzionale e fattuale** diretta a:

- a) Attribuire alla stabile organizzazione diritti ed obblighi derivanti dalle transazioni che coinvolgono l'impresa di cui la medesima S.O. è parte;
- b) Individuare gli asset "economicamente posseduti" e/o utilizzati dalla stabile organizzazione. Il Rapporto 2010 indica che le conseguenze che si generano sulla determinazione del reddito (effettuata in fase di secondo *step*) derivanti dell'attribuzione dell'"*economic ownership*" alla stabile

---

<sup>122</sup> Cfr. GARBARINO C., *Forza di attrazione della stabile organizzazione e trattamento isolato dei redditi*, in *Rass. trib.*, 1990, p. 427 ss.

<sup>123</sup> Si riporta di seguito il testo originale dell'art. 7 (2):

*For the purposes of this Article and Article [23 A] [23 B], the profits that are attributable in each Contracting State to the permanent establishment referred to in paragraph 1 are the profits it 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 performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise.*

<sup>124</sup> OECD Model: Commentary on art. 7, para 20 (2017).

<sup>125</sup> OECD Model: Commentary on art. 7, para 21 (2017).

organizzazione, dipendono non solo dal tipo di asset ma anche dalla tipologia di attività per cui questi sono utilizzati;

- c) Attribuire alla stabile organizzazione i rischi inerenti alle funzioni svolte, tenendo conto dell'eventuale trasferimento dei medesimi rischi o della loro gestione ad altre parti dell'impresa o ad altre imprese. Sul punto, è da specificare che l'analisi funzionale e fattuale implica l'attribuzione alla stabile organizzazione, in via preliminare, di ogni rischio inerente alle funzioni svolte dal personale dell'ente. Risulta altresì rilevante evidenziare il rinvio alle c.d. “*significant people functions*”, ossia a quelle funzioni che richiedono un'attiva capacità decisionale in merito all'accettazione e/o alla gestione (e al successivo trasferimento) di tali rischi<sup>126</sup>.
- d) Attribuire alla stabile organizzazione il c.d. “*free capital*”, generalmente definito come “fondo di dotazione figurativo”. L'assunto base è che, nel rispetto del principio di libera concorrenza, una stabile organizzazione deve disporre di un capitale sufficiente a sostenere le funzioni che svolge, i beni di cui ha la proprietà economica ed i rischi che assume. In tal senso, il capitale figurativamente attribuito alla stabile organizzazione rappresenta, ai fini fiscali, quell'ammontare di mezzi propri che, in contrapposizione al capitale di debito, non può dar luogo al sostenimento di interessi passivi. In particolare, è la quantità e la natura dei rischi assunti ad influire sulla quantità di capitale che le deve essere attribuito<sup>127</sup>.
- e) Riconoscere e determinare la natura di eventuali accordi o transazioni intervenuti tra la stabile organizzazione e l'impresa di cui questa è parte.

In secondo luogo, ai fini della ricomprensione nel computo dei profitti attribuibili alla stabile organizzazione di eventuali transazioni intervenute con parti correlate (i.e. imprese associate), l'AOA presuppone l'applicazione della disciplina inerente ai prezzi di trasferimento, contenuta nell'art. 9 del Modello, nonché nelle Linee Guida OCSE, applicabile, per analogia, anche agli *internal dealings*<sup>128</sup>. Il secondo *step* consiste perciò nella conduzione di un' **analisi di comparabilità** volta alla determinazione del prezzo *at arm's length* di eventuali transazioni intervenute con parti correlate (residenti in Stati esteri) e degli *internal dealings*, per mezzo del confronto di suddette operazioni con transazioni comparabili non controllate (i.e. *uncontrolled comparable transactions*) e dell'applicazione del metodo di determinazione del prezzo più appropriato, tenuto

---

<sup>126</sup> Cfr. OECD (2010), *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, 22 luglio 2010, Parte I, paragrafo 22.

<sup>127</sup> Gli approcci ammessi dall'OCSE per l'attribuzione di *free capital* alla S.O., riportati nel Report 2010, sono (i) il *capital allocation approach* che, in sintesi, attribuisce il free capital in proporzione agli asset e ai rischi previamente allocati tramite l'analisi funzionale e fattuale; (ii) l'*economic capital approach*, specificatamente previsto per il settore bancario; (iii) il *thin capitalization approach* che comporta l'attribuzione alla S.O., per mezzo di un'analisi di comparabilità, del medesimo ammontare di *free capital* che sarebbe necessario ad un'impresa indipendente per esercitare la stessa attività o attività similari, alle medesime o similari condizioni nel paese ospitante. Per tutto ciò che concerne tematiche di carattere finanziario, si rimanda alle novelle Linee Guida OCSE inerenti alle transazioni finanziarie (2020). Sul punto, si veda OECD (2020), *Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions: Inclusive Framework on BEPS Actions 4, 8-10*, OECD, Paris.

<sup>128</sup> OECD Model: *Commentary on art. 7*, para 22 (2017).

conto delle funzioni svolte, degli asset posseduti e dei rischi attribuiti alla stabile organizzazione<sup>129</sup>. È comunque implicito che una transazione tra imprese associate sia differente rispetto ad una transazione intervenuta tra due parti della stessa impresa: la differenza deriva dal fatto che la seconda tipologia di operazione non comporta conseguenze legali per l'impresa nel suo complesso, perché non regolata da contratti vincolanti. Per tale ragione, si rende necessaria un'analisi maggiormente dettagliata di tali transazioni e della relativa documentazione, ciò però non significa che la documentazione debba risultare più gravosa per il contribuente, considerato e generalmente consolidato che questa non dovrebbe andare ad imporre in capo a tale ultimo soggetto costi ed oneri non proporzionati rispetto alla particolare circostanza<sup>130</sup>. In merito alla documentazione, nonostante questa sia priva di valenza legale, è da sottolineare come in realtà assuma valore per le Amministrazioni finanziarie, andando ad attestare la consistenza della transazione rispetto alla sostanza economica delle attività poste in essere; l'adeguatezza dell'accordo rispetto a transazioni comparabili intervenute tra società indipendenti, se presenti, ovvero l'adeguatezza degli aggiustamenti effettuati; nonché la legittimità della trattativa rispetto ai principi enunciati nel Report OCSE 2010<sup>131</sup>.

Il risultato delle due menzionate fasi dovrebbe quindi permettere di calcolare gli utili (o le perdite) derivanti da tutte le attività svolte dalla stabile organizzazione, comprese le operazioni con imprese indipendenti, le operazioni con imprese associate e i rapporti con altre parti dell'impresa.

Riprendendo l'analisi del paragrafo 2, altro elemento da evidenziare è l'accezione "in ogni Stato contraente", la quale va ad indicare che la sopracitata previsione risulta applicabile, non solo allo scopo di determinare i profitti che lo Stato contraente dove è situata la stabile organizzazione può tassare, in relazione alle disposizioni del paragrafo 1, ma, anche, ai fini dell'applicazione dei menzionati artt. 23A e 23B della stessa Convenzione nel secondo Stato contraente, relativi ai metodi volti all'eliminazione di fenomeni di doppia imposizione (i.e. *exemption method* e *credit method*). Quando un'impresa di uno Stato contraente esercita attività di impresa per mezzo di stabile organizzazione nell'altro Stato contraente, il primo Stato è tenuto ad esentare da tassazione i profitti attribuibili alla S.O. (Articolo 23 A) o, in alternativa, a conferire un credito di imposta pari all'imposta riscossa dall'altro Stato su tali profitti (Articolo 23 B). In entrambi i casi, lo Stato di residenza dell'impresa estera (i.e. il primo Stato) è tenuto a determinare i profitti attribuibili alla stabile organizzazione, al fine di garantire che non si creino casi di doppia imposizione<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> In questo senso, OECD (2010), *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, 22 luglio 2010, Parte I, par. 44 afferma "[...] the arm's length remuneration of dealings should be determined, under the authorized OECD approach, by applying the traditional transaction methods (CUP, resale price, and cost plus) or, where such methods cannot be applied reliably, the transactional profit methods (profit split and TNMM)".

<sup>130</sup> OECD Model: *Commentary on art. 7*, para 25 (2017).

<sup>131</sup> OECD Model: *Commentary on art. 7*, para 26 (2017).

In merito al Report OCSE 2010 va notato che questo rappresenta il frutto di una serie di Report che si sono susseguiti nel tempo allo scopo principale di convergere ad un'interpretazione unitaria dei criteri di applicazione dei principi di "separate entity approach" e "arm's length", al fine di evitare il realizzarsi di fenomeni di doppia imposizione o doppia non-imposizione. Al riguardo, si vedano: *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Three Taxation Issues*, OECD, Parigi, 1984 e *Report on the Attribution of Profit to Permanent Establishment*, 17 luglio 2008, OECD poi modificato nel 2010, in seguito alle modifiche apportate alla formulazione dell'art. 7.

<sup>132</sup> OECD Model: *Commentary on art. 7*, para 27 (2017).

7 (3) *Laddove, conformemente al paragrafo 2, uno Stato contraente rettifica gli utili attribuibili a una stabile organizzazione di un'impresa di uno degli Stati contraenti e tassa di conseguenza gli utili dell'impresa che è stata soggetta a tassazione nell'altro Stato, l'altro Stato, nella misura necessaria per eliminare la doppia imposizione su tali profitti, deve effettuare gli opportuni aggiustamenti all'importo dell'imposta applicata sugli stessi. Nel determinare tale aggiustamento, le autorità competenti degli Stati contraenti devono consultarsi tra loro, se necessario*<sup>133</sup>.

Il paragrafo 3 si propone di andare ad evitare il realizzarsi di fenomeni di doppia imposizione. Due sono essenzialmente le situazioni che potrebbero configurarsi. Si consideri un'impresa manifatturiera residente nello Stato R che nello stesso produce merce; tale merce è poi distribuita nello Stato S per mezzo di stabile organizzazione ivi identificata. Al fine della determinazione dei profitti attribuibili al P.E., il Report OCSE 2010 richiede che sia riconosciuto un affare e determinato un prezzo di libera concorrenza. Nel primo caso, si ipotizzi che la documentazione presentata dall'impresa sia consistente con l'analisi fattuale e funzionale condotta ed utilizzata per determinare il reddito tassabile in ciascuno Stato e che entrambi gli Stati concordino sulla conformità del prezzo rispetto ai principi enunciati nel suddetto Report e nelle Linee Guida OCSE. In tale scenario, non risulta necessario alcun aggiustamento perché entrambe le Autorità finanziarie concordano sul prezzo di trasferimento determinato dal contribuente, motivo per il quale non si genera nessun fenomeno di doppia imposizione<sup>134</sup>. Contrariamente, potrebbe generarsi una situazione in cui i due Stati contraenti non interpretano conformemente il paragrafo 2 e si rendono perciò necessari gli aggiustamenti di cui al paragrafo 3. Si consideri quindi un secondo caso, in cui i due Stati contraenti non convengono sul prezzo di libera concorrenza determinato dal contribuente: lo Stato S (i.e. Stato di insediamento della S.O.) valuta l'operazione 90, mentre lo Stato R (i.e. Stato di residenza dell'impresa estera) 110. In tale scenario, si assisterebbe alla doppia imposizione della differenza tra i due prezzi di trasferimento (20) e si renderebbe quindi necessaria la stipula di un mutuo accordo (i.e. procedura amichevole), come previsto dall'art. 25 (5) al fine di giungere ad un prezzo di libera concorrenza comune<sup>135</sup>. Ciò significa che la Convenzione potrebbe non garantire un'adeguata protezione contro la doppia imposizione nel momento in cui i due Stati contraenti adottano interpretazioni differenti del paragrafo 2 che, entrambi, considerano conformi alla Convenzione.

Alla luce di quanto definito, lo scopo del paragrafo 3 è di garantire, in ogni caso, che non si creino situazioni di doppia imposizione, prevedendo gli opportuni aggiustamenti in caso di discordanze<sup>136</sup>. Il paragrafo 3 non specifica il metodo da utilizzare ai fini dell'applicazione del citato aggiustamento. Nel

---

<sup>133</sup> Si riporta di seguito il testo originale dell'art. 7 (3):

*Where, in accordance with paragraph 2, a Contracting State adjusts the profits that are attributable to a permanent establishment of an enterprise of one of the Contracting States and taxes accordingly profits of the enterprise that have been charged to tax in the other State, the other State shall, to the extent necessary to eliminate double taxation on these profits, make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged on those profits. In determining such adjustment, the competent authorities of the Contracting States shall if necessary, consult each other.*

<sup>134</sup> *OECD Model: Commentary on art. 7, para 47 (2017).*

<sup>135</sup> *OECD Model: Commentary on art. 7, para 56 (2017).*

<sup>136</sup> *OECD Model: Commentary on art. 7, para 57 (2017).*

momento in cui il primo aggiustamento viene effettuato dallo Stato di insediamento della stabile organizzazione, l'adeguamento previsto dal paragrafo 3 potrebbe essere garantito nello Stato di residenza dell'impresa estera sia per mezzo dell'aggiustamento dell'importo dei profitti da esentare sulla base dell'Articolo 23 A, che per mezzo della concessione di un credito di imposta come previsto dall'Articolo 23 B. Nel caso in cui, invece, il primo aggiustamento venga effettuato nello Stato di residenza della società estera, lo Stato di insediamento della S.O. può effettuare il corrispettivo adeguamento tramite la riduzione dei profitti da tassare.<sup>137</sup>

7 (4) *Laddove i profitti includano componenti reddituali che sono trattati separatamente in altri Articoli della presente Convenzione, le disposizioni di tali Articoli non sono interessate dalle disposizioni del presente Articolo*<sup>138</sup>.

Ultima previsione dell'art. 7 è l'esenzione, dalle disposizioni del presente Articolo, di quelle componenti reddituali esplicitamente regolate da altri articoli della Convenzione (i.e. *royalties*, interessi e dividendi).

## **2.2. Analisi dell'art. 9: *Taxation on Income, Associated Enterprises***

L'art. 9 pone il fondamento per l'applicazione della disciplina inerente ai prezzi di trasferimento, prevedendo una serie di aggiustamenti nel caso di transazioni intercorse tra parti correlate e quantificate in base a principi differenti rispetto all'*arm's length principle*. È da evidenziare, in tale contesto, che i principi internazionali generalmente accettati ai fini dell'applicazione del principio di libera concorrenza, cui si riferisce il menzionato articolo, sono contenuti nelle Linee Guida OCSE sul *Transfer Pricing*, cui si farà largo riferimento nel corso del presente paragrafo<sup>139</sup>. L'art. 9 prevede che:

*Laddove*

- a) *un'impresa di uno Stato contraente partecipa direttamente o indirettamente alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa dell'altro Stato contraente, oppure*
- b) *le medesime persone partecipano direttamente o indirettamente alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa di uno Stato contraente e di un'impresa dell'altro Stato contraente, e, nell'uno e nell'altro caso, le due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni convenute o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese*

---

<sup>137</sup> *OECD Model: Commentary on art. 7*, para 60 (2017).

<sup>138</sup> Si riporta di seguito il testo originale dell'art. 7 (4):

*Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article.*

<sup>139</sup> Sul punto, è necessario precisare che le menzionate Linee Guida si applicano alle transazioni intervenute tra imprese associate residenti in Stati differenti (c.d. *transfer pricing* esterno) e non a quelle invece intervenute tra imprese appartenenti allo stesso gruppo e situate nel medesimo Stato (c.d. *transfer pricing* interno). L'ampliamento della disciplina alle transazioni intervenute tra la casa-madre e la stabile organizzazione prescinde da tale osservazione, considerando che la casa-madre e la S.O. sono situate, in ogni caso, in Stati differenti.



*indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni, sarebbero stati realizzati da una delle due imprese, ma che a causa delle condizioni non lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati in conseguenza*<sup>140</sup>.

In sintesi, si tratta della ripresa a tassazione di quegli utili che, per effetto dello specifico rapporto intercorrente tra due imprese associate, non sono stati assoggettati a tassazione per il loro ammontare effettivo perché, appunto, condizionati dal rapporto esistente.

Elemento fondamentale risulta quindi essere l'*arm's length principle* (i.e. principio di libera concorrenza). Il presupposto su cui questo si basa, rimanda al fatto che solitamente le condizioni di una transazione commerciale o finanziaria tra due imprese indipendenti sono determinate dalle forze del mercato. Quando, invece, la transazione intercorre tra due imprese associate, le stesse condizioni potrebbero non essere direttamente affette dal mercato esterno. È importante sottolineare, in tale contesto, che le Amministrazioni finanziarie non dovrebbero partire dal presupposto che le due imprese associate hanno come obiettivo la manipolazione dei loro profitti. Sono svariati, infatti, i casi in cui risulta essere effettivamente difficile determinare un prezzo di mercato in assenza di effettive forze di mercato o nel caso in cui si scelga di adottare una particolare strategia di business. Al fine di adeguare i profitti realizzati da imprese appartenenti a gruppi multinazionali, di qui in avanti "MNE", e quindi di imprese associate, alle condizioni che si sarebbero realizzate tra imprese indipendenti in transazioni e circostanze comparabili (i.e. "*comparable uncontrolled transactions*"), il principio di libera concorrenza si propone di trattare i membri di un MNE come se questi fossero entità indipendenti. L'attenzione è quindi focalizzata sulla natura delle dette transazioni per mezzo di quella che viene definita "analisi di comparabilità", volta all'analisi delle transazioni controllate e non-controllate. Pertanto, l'analisi di comparabilità è definita come il fulcro dell'applicazione dell'*arm's length principle*. La ragione principale dell'adozione del detto principio risiede nel fatto che questo consente di porre su un piano fiscalmente più equo imprese facenti parte di gruppi multinazionali e imprese indipendenti, evitando la creazione di vantaggi o svantaggi che diversamente comporterebbero una distorsione della posizione competitiva di entrambe le categorie di imprese. Inoltre, si è dimostrato che l'applicazione del principio di libera concorrenza funziona in modo efficiente nella maggior parte dei casi, soprattutto in quei casi in cui la transazione ha per oggetto l'acquisto o la vendita di *commodities*, per cui risulta più semplice individuare transazioni comparabili. Ovviamente, vi sono anche casi per i quali risulta più difficoltoso individuare transazioni simili, quali ad esempio nel caso di beni intangibili unici o nel caso di prestazione di

---

<sup>140</sup> Si riporta di seguito il testo originale dell'art. 7(1):

Where

- a) *an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or*
- b) *the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State,*

*and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.*

servizi altamente specifici. Nel merito, sono previsti metodi alternativi ai fini della determinazione del prezzo di libera concorrenza che, spesso, fanno anche riferimento alla suddivisione dei profitti (i.e. “*profit split method*”). Altro problema in cui si potrebbe incorrere deriva dal fatto che, a volte, risulta difficile individuare transazioni comparabili perché le transazioni che intervengono tra imprese associate sono spesso comandate da circostanze economiche diverse che non si realizzano, invece, tra imprese indipendenti<sup>141</sup>.

Allo scopo di chiarire la metodologia utilizzata al fine di convergere al prezzo di libera concorrenza, ossia a quell’intervallo di valori rappresentativo delle condizioni che si sarebbero realizzate tra imprese indipendenti in condizioni di libera concorrenza, nei successivi paragrafi verrà delineato il processo logico che porta alla definizione del detto intervallo. Fase essenziale, nonché punto di partenza, risulta essere la c.d. analisi di comparabilità, oggetto del paragrafo 2.2.1., volta a comprendere come due operazioni debbano essere analizzate al fine di valutare la loro comparabilità, per giungere poi ad un campione di transazioni non controllate similari alle transazioni controllate oggetto di analisi. Successivamente, i paragrafi 2.2.2. e 2.2.3. avranno, rispettivamente, ad oggetto i metodi OCSE relativi alla determinazione del prezzo di trasferimento e la definizione del menzionato intervallo di libera concorrenza, ossia, si ricorda, di quell’intervallo di valori nel quale è necessario posizionare la transazione non controllata affinché la stessa possa considerarsi conforme alle condizioni di libero mercato.

### 2.2.1. L’analisi di comparabilità

Entrando nel merito dell’applicazione del menzionato e discusso metodo<sup>142</sup>, come anticipato punto essenziale risulta essere l’**analisi di comparabilità** (i.e. *benchmarking analysis*). Due sono i punti cardine della stessa:

- 1) Identificare le relazioni commerciali e finanziarie intervenute tra imprese associate e le condizioni, nonché le circostanze economicamente rilevanti relative a tali transazioni, al fine di delineare correttamente la natura della transazione controllata<sup>143</sup>; e
- 2) Comparare le condizioni e le circostanze economicamente rilevanti della transazione controllata con le condizioni e le circostanze economicamente rilevanti caratterizzanti le transazioni comparabili intervenute tra imprese indipendenti (i.e. transazioni non controllate)<sup>144</sup>.

Come anticipato, prima fase dell’analisi di comparabilità consiste nell’**identificazione delle transazioni infragruppo rilevanti** e nella comprensione dei ruoli, ossia delle attività e delle funzioni, nonché delle responsabilità, ossia dei rischi, di ciascun soggetto coinvolto nella transazione. Ciò posto, la

---

<sup>141</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. B.

<sup>142</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. D.

<sup>143</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I: “*The Arm’s Length Principle*”.

<sup>144</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo III: “*Comparability Analysis*”.

pianificazione dei prezzi di trasferimento non può prescindere da un'analisi della catena del valore volta all'identificazione dei processi di creazione del valore nell'ambito del gruppo multinazionale. Invero, partendo dal presupposto che le imprese di un gruppo multinazionale dovrebbero essere remunerate sulla base del valore che le stesse creano nell'espletamento delle proprie funzioni, tenendo conto dei rischi assunti e dei beni utilizzati per lo svolgimento di suddette funzioni, è evidente che sia necessaria una corretta identificazione delle attività e delle entità che generano valore all'interno del gruppo, attraverso una dettagliata analisi della catena del valore, per mezzo della quale le Amministrazioni finanziarie hanno la possibilità di valutare la coerenza tra la creazione del valore, il reddito imponibile e la tassazione dello stesso, al fine di contrastare eventuali fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva aventi l'obiettivo di localizzare le attività della catena del valore maggiormente remunerative in Paesi a fiscalità privilegiata.

Una volta identificate le transazioni infragruppo rilevanti, è necessario **delineare** le circostanze e le caratteristiche economicamente rilevanti delle stesse, anche definite "**fattori di comparabilità**", le quali rimandano a:

- 1) Le **condizioni contrattuali della transazione**. Le condizioni contrattuali sottese alla particolare transazione rappresentano sicuramente un punto di partenza al fine di comprendere la natura della transazione in oggetto. Si ricorda, nel merito, che le stesse non fanno esclusivo riferimento al contratto scritto e stipulato tra le parti ma comprendono anche eventuali comunicazioni o corrispondenze informali. Nel merito, è da precisare che si tratta solo di un punto di partenza, considerato che la valutazione delle caratteristiche economicamente rilevanti permetterà di delineare l'effettiva condotta delle parti e quindi anche di comparare quelle che sono le previsioni contrattuali con quello che è, invece, il comportamento delle parti, considerato che questo rappresenta la miglior evidenza dell'intenzione delle stesse nell'assunzione di rischi e nella ripartizione di funzioni e responsabilità<sup>145</sup>. Pertanto, nel caso in cui le previsioni contrattuali siano conformi al comportamento delle parti, l'Amministrazione finanziaria non potrà procedere ad una diversa qualificazione delle stesse o ad una eventuale redistribuzione tra i soggetti delle relative funzioni, rischi e responsabilità previste dal contratto<sup>146</sup>.
- 2) Le **funzioni svolte da ciascuna parte**, prendendo in considerazione i beni impiegati, i rischi assunti, inclusi il modo in cui queste funzioni si collegano alla più ampia generazione del valore all'interno del gruppo, nonché le circostanze che caratterizzano la transazione e le consuetudini del settore<sup>147</sup>.
- 3) Le **caratteristiche dei beni trasferiti o dei servizi prestati**. L'analisi delle stesse risulta necessaria al fine di delineare la transazione in esame e, soprattutto, al fine di determinare il grado di comparabilità

---

<sup>145</sup> Come precisato in apertura del presente capitolo, in materia di prezzi di trasferimento si è assistito, per mezzo delle conclusioni derivanti dall'*Action 8-10 BEPS*, alla progressiva riduzione della rilevanza del contratto stipulato tra le parti, nel tentativo di valorizzare l'effettiva condotta delle stesse piuttosto che la struttura giuridica dell'operazione posta in essere.

<sup>146</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. D, par. D.1.1.

<sup>147</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. D, par. D.1.2.

rispetto alla transazione non controllata. La tipologia di caratteristica varia a seconda della natura del bene, esempio nel caso di beni materiali risulteranno rilevanti le caratteristiche fisiche dello stesso, nonché la sua disponibilità, ancora nel caso di prestazioni di servizi prenderà rilevanza la natura del servizio prestato. Diverso il caso di transazioni aventi ad oggetto beni immateriali, per le quali risulterà rilevante la tipologia del bene, la durata del livello di protezione ed i vantaggi attesi dall'utilizzo dello stesso. La rilevanza dei fattori dipende comunque dal metodo di *transfer pricing* prescelto ai fini della conduzione dell'analisi di comparabilità<sup>148</sup>.

- 4) **Le condizioni economiche delle parti e del mercato in cui esse operano.** In tale ambito, ci si riferisce alla ricerca di una necessaria omogeneità tra i mercati in cui opera l'impresa associata testata e quelli in cui opera l'impresa indipendente. Esempi di caratteristiche economiche fanno riferimento all'area geografica, all'ampiezza del mercato di riferimento, al grado di concorrenza, ai vincoli amministrativi, alle posizioni dei *competitors* e ai livelli di domanda e offerta<sup>149</sup>.
- 5) **Le strategie aziendali seguite dalle parti.** Sul punto, risulta necessario comprendere e tenere in considerazione i vari aspetti tipici di un'impresa quali l'innovazione, lo sviluppo, il grado di diversificazione, l'avversione al rischio o anche l'impatto delle normative sul lavoro e sul resto dei fattori produttivi. Tale ultimo fattore di comparabilità ha l'obiettivo di prendere in considerazione anche circostanze intere, considerato che la persecuzione di una particolare strategia aziendale potrebbe giustificare dei prezzi più o meno elevanti o ancora costi più o meno ampi rispetto a quelli riconducibili ad un'impresa indipendente<sup>150</sup>.

In merito alla seconda caratteristica economicamente rilevante, si rende necessaria una più ampia analisi considerato che la c.d. “**analisi funzionale**” rappresenta parte essenziale ai fini di una corretta analisi di comparabilità avendo, questa, lo “scopo di identificare le attività economicamente significative e le responsabilità assunte, i beni utilizzati o forniti e i rischi assunti dalle parti nelle transazioni poste in essere”<sup>151</sup>. È indubbio, come già anticipato, che in tale ambito prenda rilevanza l'analisi della catena del valore perché risulta fondamentale comprendere come il valore è generato all'interno dell'impresa, quali sono le interdipendenze tra le funzioni poste in essere dalle imprese associate nei rapporti con il resto del gruppo, nonché il contributo apportato dalle singole imprese alla più generale creazione di valore. L'obiettivo è quindi quello di collegare le funzioni svolte, i rischi assunti e i beni utilizzati dalle parti alla creazione di valore identificato nell'ambito dell'analisi della c.d. *value chain*.

---

<sup>148</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. D, par. D.1.3.

<sup>149</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. D, par. D.1.4.

<sup>150</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. D, par. D.1.5.

<sup>151</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Glossario.

L'analisi funzionale può essere delineata, orientativamente, in sei atti:

- a) **Identificare nello specifico i rischi economicamente significativi**<sup>152</sup>. Secondo le Linee Guida OCSE, nel contesto dei prezzi di trasferimento, è opportuno considerare il rischio come “l'effetto dell'incertezza sugli obiettivi dell'impresa”. In tale modo, le Linee Guida si soffermano sulla natura del rischio andando a sottolineare che questo risulta essere un elemento intrinseco ad ogni opportunità che si presenta per l'impresa, le imprese, infatti, scelgono quali rischi assumere al fine di poter avere l'opportunità di generare profitti. L'impatto negativo del rischio si verifica solo nel momento in cui gli esiti favorevoli derivanti dallo stesso non si realizzano e, anche in tal caso, si parla di “manifestazione negativa dell'incertezza associata ad un'opportunità commerciale”.<sup>153</sup>  
In tale quadro generale, risulta necessaria la determinazione della significatività di un rischio e quindi del modo in cui questo potrebbe influenzare il prezzo della transazione controllata.
- b) **Assunzione contrattuale del rischio**<sup>154</sup>. Come già descritto in precedenza, primo elemento cui si fa riferimento al fine di comprendere quale parte si è assunta un determinato rischio è il contratto stipulato tra le parti.
- c) **Analisi funzionale in relazione al rischio**<sup>155</sup>. Osservato che l'assunzione di un rischio potrebbe prescindere dall'allocazione effettuata in sede di stipula del contratto, è opportuno comprendere come le parti operano nell'assunzione del rischio e, soprattutto, come operano quei soggetti che lo controllano, lo mitigano e hanno la capacità di gestirlo finanziariamente.
- d) **Interpretazione delle precedenti fasi**<sup>156</sup>. Si fa riferimento, in tal caso, al confronto tra quanto riportato nei contratti e quando definito in sede di analisi funzionale del rischio e, in particolare, alla verifica delle capacità di gestione e controllo del rischio in capo al soggetto che, secondo contratto, dovrebbe assumere il detto rischio.
- e) **Allocazione del rischio**<sup>157</sup>. Nel caso in cui il soggetto contrattualmente identificato non abbia le capacità di controllare e gestire in modo appropriato il detto rischio, è necessario che questo sia allocato all'impresa che effettivamente pone in essere tali attività. Nel caso in cui più entità vengono identificate come entità che effettivamente hanno il controllo sui rischi e le capacità menzionate, tali rischi devono essere allocati alle stesse in modo appropriato, tenendo conto della rilevanza dell'attività di controllo posta in essere da ciascuna.

---

<sup>152</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. D, par. D.1.2.1.1.

<sup>153</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. D, par. D.1.2.1.1., par. 1.71.

<sup>154</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. D, par. D.1.2.1.2.

<sup>155</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. D, par. D.1.2.1.3.

<sup>156</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. D, par. D.1.2.1.4.

<sup>157</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. D, par. D.1.2.1.5.

f) **Determinazione del prezzo di trasferimento tenendo conto dell’allocazione dei rischi**<sup>158</sup>.

Considerato che si è parlato di “capacità di gestione e controllo del rischio”, è opportuno specificare che nel merito è intervenuta la più recente modifica delle Linee Guida (2017), andando a specificare che l’allocazione del rischio deve considerare tre elementi fondamentali:

- a) Il **controllo del rischio**, ossia la capacità del soggetto di adottare decisioni in merito alla possibilità di assumere o meno tale rischio e alle modalità di gestione dello stesso;
- b) La **capacità finanziaria di assumere il rischio**, ossia la capacità di ottenere finanziamenti per la gestione del rischio ed assorbirne le conseguenze finanziarie in caso di risultati sfavorevoli; e
- c) La **capacità di mitigare il rischio**, ossia la capacità di intraprendere misure ed azioni che possono influenzare tale rischio.

Ora, definite le transazioni infragruppo rilevanti e delineati i relativi fattori di comparabilità, risulta necessario **individuare un set di comparables**, ossia una serie di transazioni comparabili. La comparabilità dovrà essere valutata tenuto conto delle caratteristiche economicamente rilevanti della transazione controllata. Sul punto, è opportuno specificare che la presenza di transazioni comparabili interne rappresenta lo strumento più diretto per verificare il rispetto dei principi di libera concorrenza nelle operazioni infragruppo. Tuttavia, nella prassi, si riscontra spesso la difficoltà di identificare transazioni “interne” effettivamente comparabili oppure per le quali sia possibile procedere ad aggiustamenti oggettivi ed affidabili. L’utilizzo di comparabili interni deve essere valutato anche a motivo della minore dispendiosità dell’analisi per il contribuente, essendo le informazioni sulle stesse direttamente disponibili all’impresa. Al fine di poter beneficiare della presenza di transazioni interne con soggetti indipendenti e utilizzare le stesse nell’ambito nell’analisi di comparabilità, potrebbe essere necessaria (anche da parte dell’amministrazione finanziaria in sede di verifica) una maggiore tolleranza sulla valutazione di comparabilità, andando ad escludere l’utilizzo del comparabile interno e procedendo ad un’analisi di comparabilità esterna esclusivamente nei casi in cui ne derivi un’analisi di comparabilità priva di significato, in particolare in presenza di differenze di tipo funzionale. In assenza di comparabili interni, l’OCSE ritiene quindi opportuno procedere alla selezione di comparabili esterni a supporto della politica di *transfer pricing* adottata. In merito, le Linee Guida OCSE prevedono due distinti metodi ai fini dell’identificazione dei soggetti comparabili:

- 1) L’**approccio additivo**, ossia selezione dei soggetti comparabili da parte dell’impresa o del soggetto preposto alla redazione dell’analisi di *benchmark*; e
- 2) L’**approccio deduttivo**, ossia fondato sulla selezione di soggetti comparabili attraverso l’utilizzo di database commerciali<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo I, Sez. D, par. D.1.2.1.6.

<sup>159</sup> A fini chiarificatori, si illustra brevemente il processo di selezione fondato sull’approccio deduttivo. La strategia di ricerca impostata sul database prescelto prevede l’utilizzo di alcuni criteri volti ad effettuare un primo *screening* dei soggetti potenzialmente comparabili. A titolo esemplificativo e non esaustivo, sono criteri di ricerca il codice geografico, al fine di identificare *comparables* operanti nella medesima area territoriale; il codice attività ATECO, al fine di ricomprendere solo quei

Nonostante l'OCSE, sul punto, non esprima alcuna preferenza circa l'approccio da utilizzare, è consolidato che il metodo deduttivo sia caratterizzato da una maggiore oggettività rispetto all'approccio additivo, seppur presenti delle criticità, soprattutto in rapporto all'attendibilità dei dati finanziari selezionati. Tali problemi potrebbero essere appunto superati per mezzo dell'applicazione del secondo metodo che, seppur caratterizzato da un più elevato livello di discrezionalità, permette di utilizzare elementi maggiormente rappresentativi del business e delle condizioni poste in essere dall'impresa testata. L'obiettivo finale è perciò quello di addivenire ad un *set* finale di soggetti indipendenti da considerare comparabili alla società testata che risulti, di conseguenza, rappresentativo delle condizioni di libera concorrenza.

### 2.2.2. Selezione del metodo di *transfer pricing* più appropriato

Il Capitolo II, delle Linee Guida OCSE, descrive e discute i metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento, dedicando la Parte I ai “metodi tradizionali basati sulla transazione” e la Parte II ai “metodi basati sull'utile delle transazioni” (i.e. metodi reddituali). Entrambi le citate categorie metodologiche possono essere utilizzate per stabilire se le relazioni commerciali o finanziarie poste in essere tra le imprese associate siano coerenti con il principio di libera concorrenza. Sono definiti “tradizionali” il metodo del confronto del prezzo, il metodo del prezzo di rivendita ed il metodo del costo maggiorato. Si definiscono invece “reddituali”, il metodo del margine netto ed il metodo della ripartizione dell'utile. Nel merito, si precisa che le Linee Guida prevedono che la scelta del metodo più adatto sia effettuata tenendo conto di eventuali punti di forza e punti di debolezza di ciascun metodo, a seconda delle circostanze del caso; della disponibilità di informazioni affidabili, in particolare, in relazione a comparabili “esterni”; della coerenza tra il metodo considerato e la natura della transazione controllata e quindi dell'adeguatezza del metodo rispetto alle caratteristiche economiche rilevanti dell'operazione controllata; nonché del grado di comparabilità tra le transazioni controllate e non controllate, così come dell'affidabilità di eventuali aggiustamenti di comparabilità da effettuare.

Prima di procedere alla descrizione delle sopracitate categorie, occorre effettuare due considerazioni. In primo luogo, le TPG prevedono che vada applicato il “metodo più appropriato alle circostanze del caso”, prediligendo quindi un c.d. approccio *case-by-case*, ciò non implica però che debbano essere analizzati in dettaglio o testati tutti i metodi considerati applicabili. In secondo luogo, per mezzo dell'aggiornamento delle Linee Guida OCSE intervenuto nel 2017, è stata eliminata la c.d. “gerarchia dei metodi”, la quale prevedeva l'applicazione dei metodi tradizionali e, solo in caso di non possibile applicazione di questi, il ricorso ai metodi

---

soggetti esercenti attività identiche o similari, anche per mezzo dell'utilizzo di alcune parole chiave identificative dell'attività posta in essere; la forma giuridica; la disponibilità dei dati finanziari; i ricavi, al fine di rendere maggiormente affidabile il campione di società potenzialmente comparabili (solitamente si selezionano società con ricavi pari o superiore a zero, per almeno due dei tre anni solitamente oggetto di valutazione); lo stato di attività, selezionando esclusivamente società attive o prive di indicazioni circa lo stato di attività, escludendo quindi le società inattive; e l'indipendenza, procedendo quindi all'esclusione delle società facenti parte di gruppi. Nella fase successiva, si procede ad uno *screening* manuale di carattere qualitativo per mezzo dell'analisi dei siti web del set estratto dal database di riferimento. L'obiettivo finale è pertanto quello di addivenire ad un campione di soggetti indipendenti comparabili rispetto alla società testata.

reddituale. Nonostante tale eliminazione, è stato previsto un criterio di “preferenza”, per il quale, nel caso in cui sia possibile applicare con lo stesso grado di affidabilità sia i metodi tradizionali che i metodi reddituali, è preferibile l’applicazione dei primi e, nel caso in cui sia possibile applicare il metodo del confronto del prezzo al pari di uno degli altri metodi previsti, è da prediligere l’applicazione del primo. La preferenza espressa per i metodi tradizionali deriva dal fatto che questi sono considerati lo strumento più diretto per stabilire se le condizioni nelle relazioni commerciali e finanziarie fra imprese associate siano fondate sul principio di libera concorrenza, perché qualsiasi differenza tra il prezzo di una transazione controllata ed il prezzo di una transazione non controllata, di norma, può essere imputata direttamente alla particolare relazione esistente tra le parti correlate. Esistono comunque situazioni in cui i metodi reddituali sono considerati più appropriati, ne è un esempio il caso in cui la transazione abbia ad oggetto l’apporto di contributi unici, quali possono essere servizi altamente specializzati o beni immateriali unici, o ancora nel caso in cui le attività poste in essere dalle parti associate siano altamente integrate, in tal caso risulterà maggiormente efficiente l’utilizzo del metodo della ripartizione dell’utile, piuttosto che l’applicazione di un metodo unilaterale. Invero, i metodi tradizionali possono altresì risultare di difficile applicazione nel caso in cui non si abbiano informazioni finanziarie sufficienti o affidabili. Nel caso in cui né i metodi tradizionali né quelli reddituali risultino applicabili, le TPG lasciano al contribuente la facoltà di adottare metodi alternativi, purché coerenti con le previsioni delle stesse Linee Guida e conformi al principio di libera concorrenza. Sul punto, va sottolineato che la previsione OCSE rappresenta un’alternativa residuale, considerato che, nel caso in cui si dovesse far ricorso ad altre metodologie, la relativa scelta deve essere motivata, riportando una spiegazione del perché i metodi OCSE siano considerati meno appropriati o non applicabili al caso di specie<sup>160</sup>.

In merito ai metodi tradizionali<sup>161</sup>, si esaminano:

- a) **Il Metodo del confronto del prezzo:** fondato sul confronto tra il **prezzo** praticato nella cessione di beni o nella prestazione di servizi resi in un’operazione controllata con il prezzo praticato in operazioni non controllate comparabili. Nello specifico, il CUP (i.e. *Comparables Uncontrolled Method*) prevede la possibilità di procedere sia per mezzo del confronto tra il prezzo determinato in una transazione comparabile intercorsa tra una delle imprese coinvolte nell’operazione controllata ed un soggetto indipendente (i.e. confronto interno), sia tramite il confronto tra il prezzo determinato nella transazione di verifica con quello praticato in una transazione comparabile intervenuta tra soggetti indipendenti (i.e. confronto esterno);
- b) **Il Metodo del prezzo di rivendita:** basato sul confronto tra il  **margine lordo** che un acquirente realizza in un’operazione controllata **sulla successiva rivendita** ed il margine lordo realizzato in operazioni non controllate comparabili. L’RPM (i.e. *Resale Price Method*) prevede quindi (i) la

---

<sup>160</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo II, Parte I, Sez. A.

<sup>161</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo II, Parte II.



definizione del prezzo al quale un prodotto acquistato da un'impresa associata viene rivenduta ad un'impresa non collegata; (ii) la sottrazione da detto prezzo di rivendita di un margine lordo definito adeguato, ossia rappresentativo dell'eccedenza richiesta dal venditore per coprire le spese di vendita ed altre spese operative e realizzare un profitto adeguato. Come il metodo del confronto del prezzo, l'RPM può essere applicato sia "internamente", confrontando il margine lordo realizzato dalla parte testata nella transazione controllata con il margine lordo realizzato, sempre dalla parte testata, in una o più transazioni commerciali che hanno avuto luogo con soggetti indipendenti, sia "esternamente", ossia per mezzo del confronto rispetto al margine lordo realizzato da soggetti comparabili sul libero mercato;

- c) **Il Metodo del costo maggiorato:** fondato sul confronto tra il **margine lordo realizzato sui costi direttamente ed indirettamente sostenuti** in un'operazione controllata ed il margine lordo realizzato in operazioni non controllate comparabili. Detto metodo è particolarmente utilizzato in caso di vendita di prodotti semilavorati tra parti correlate o in caso di accordi di fornitura di servizi. Questo prevede (i) la quantificazione dei costi sostenuti dal fornitore di beni o servizi per i beni trasferiti all'altra parte; (ii) l'aggiunta di un *mark-up*, rappresentativo del margine di profitto che verrebbe realizzato in condizioni di libera concorrenza. Come i precedenti metodi, anche il *Cost Plus Method* è applicabile sia "internamente" che "esternamente".

In relazione ai metodi reddituali<sup>162</sup>, si esaminano:

- d) **Il Metodo del margine netto della transazione:** basato sul confronto tra il **rapporto tra il margine netto** realizzato in un'operazione controllata **ed una base di commisurazione appropriata**, che può essere rappresentata, a seconda delle circostanze, da costi, ricavi o attività ed il rapporto tra il margine netto e la medesima base realizzato in operazioni non controllate comparabili. Ai fini del TNMM (i.e. *Transactional Net Margin Method*), il margine di profitto netto della parte testata è stabilito con riferimento al margine netto realizzato dal contribuente in transazioni non controllate comparabili o con riferimento ai margini netti che sarebbero stati realizzati da imprese non correlate in transazioni comparabili. In merito, il paragrafo 2.93 delle TPG, invita all'utilizzo di denominatori che siano adatti alle circostanze del caso, citando quali esempi le spese operative di vendita o distribuzione per le attività di distribuzione; i costi totali o le spese operative per prestazioni di servizi o attività manifatturiere; le attività operative per attività ad alta intensità di capitale<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> *Transfer OECD (2017), OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo II, Parte III.

<sup>163</sup> Si prenda a titolo esemplificativo una società di distribuzione che acquista beni dalla casamadre per poi rivenderli nel mercato di riferimento. In merito alle caratteristiche della transazione poste in essere, può ipotizzarsi che il driver più appropriato siano i ricavi, essendo i costi influenzati dalla transazione *intercompany* perché, appunto, l'acquisto avviene tra imprese associate. Ora, il metodo solitamente utilizzato in caso di società di distribuzione è il TNMM e la misura abitualmente utilizzata in qualità di PLI è il ROS (*Return on Sales*), definito come il rapporto tra l'EBIT (*Earnings Before Interests and Taxes*) e i ricavi. In tal senso, occorre effettuare un'ulteriore osservazione: seppur l'EBIT sia influenzato dalla transazione intervenuta *intercompany*, per effetto del fatto che questo viene rapportato ad una misura indipendente (ricavi) può considerarsi un indicatore di profitto idoneo. Si prenda in esame un secondo esempio, ossia una società manifatturiera: se questa acquista le materie da una terza parte indipendente

- e) **Il Metodo transazionale di ripartizione degli utili**<sup>164</sup>: fondato sull'attribuzione a ciascuna impresa associata che partecipa all'operazione controllata della **quota di utili, o di perdite**, derivante da detta operazione, determinata in base alla ripartizione che sarebbe stata concordata in operazioni non controllate comparabili, tenendo conto del contributo rispettivamente offerto alla realizzazione dell'operazione controllata dalle imprese associate, ovvero attribuendo a ciascuna di esse una quota dell'utile, o delle perdite, che residua dopo che alcune delle funzioni svolte in relazione a detta operazione sono state valorizzate sulla base di uno dei metodi descritti nelle lettere da a) a d) che precedono.

Nel merito, si precisa che la selezione di indici finanziari come **indicatori di profitto** (PLI), è determinata solitamente dalla disponibilità di dati affidabili, nonché dalle caratteristiche specifiche della transazione poste in essere. Affinché il metodo prescelto sia il “più appropriato” è necessario che questo sia coerente con la funzione che si vuole analizzare e, soprattutto, che i PLI utilizzati siano il più indipendenti possibile dalla transazione *intercompany*. In generale, le misure di redditività utilizzate ai fini di un'analisi dei prezzi di trasferimento si classificano in (i) indici di profitto, ossia rapporti tra flussi di entrate o spese (i.e. *Gross Profit Margin, Net Profit Margin, Operating Margin, etc.*) e (ii) tassi di rendimento, ossia rapporti tra un flusso di reddito ed il valore di stock che ha generato detto flusso (i.e. *Return On Asset, Return On Equity o Return on Sales*).

### 2.2.3. L'intervallo di libera concorrenza

Il rispetto del principio di libera concorrenza viene verificato attraverso la valutazione del posizionamento dell'indicatore di profitto selezionato, calcolato per il soggetto testato<sup>165</sup>, nel *range* di valori definito per i soggetti comparabili indipendenti. Considerato che l'applicazione del principio di libera concorrenza permette di ottenere, nella maggior parte dei casi, solo un'approssimazione delle condizioni che sarebbero state pattuite tra parti indipendenti, è considerata sufficiente, ai fini della conformità alle condizioni di libero mercato, che il parametro significativo della transazione infragruppo ricada all'interno dell'intervallo definito. Sul punto, le TPG specificano che quando l'intervallo comprende risultati con un livello di affidabilità omogeneo ed elevato, si potrebbe sostenere che qualunque valore all'interno di questo soddisfi il principio di libera concorrenza. Diversamente, in presenza di difetti di comparabilità, bisognerebbe tendere a preferire che

---

potrebbero essere utilizzati quale driver di riferimento i costi; diversamente, nel caso in cui anche gli acquisti avvengano *intercompany* potrebbero utilizzarsi quali driver gli asset. Trattasi, in ogni caso, di misure non influenzate dalla natura interaziendale della transazione.

<sup>164</sup> *Transactional Profit Split Method*.

<sup>165</sup> Nel caso di applicazione di uno dei “metodi tradizionali” esposti al paragrafo precedente, risulta necessario selezionare esplicitamente la c.d. *tested party*, ossia la parte intervenuta nella transazione per la quale si sceglie di determinare l'indicatore di profitto. Come da regola, la parte sottoposta a test è quella il cui metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento può essere applicato nel modo più affidabile e per la quale si possano individuare comparabili maggiormente attendibili e quindi, solitamente, trattasi della parte associata caratterizzata dall'analisi funzionale meno complessa. A titolo esemplificativo, nel caso di transazione intercorsa tra la società casa-madre e un'impresa associata, si tenderà a selezionare come *tested party* l'impresa associata, perché meno complessa e, soprattutto, perché rispetto alla stessa sarà più facile individuare soggetti comparabili.

il valore significativo sia posizionato al centro di tali valori, centro definito per mezzo della media aritmetica, ponderata o della mediana<sup>166</sup>. Nonostante il principio generale OCSE appena enunciato e quindi l'accettazione di ogni valore dell'intervallo, è prassi che sia determinata la distribuzione di frequenza di detti indicatori e che il valore sia considerato idoneo al principio di libera concorrenza se compreso tra il primo ed il terzo quartile. Detta previsione dipende comunque dalla specifica disposizione della singola giurisdizione.

### **2.3. Applicazioni pratiche: *Additional Guidance on the Attribution of Profit to Permanent Establishment***<sup>167</sup>

Definito il quadro normativo di riferimento, si rende ora necessario analizzare quelle che sono state le implicazioni dell'art. 7 sulle nuove configurazioni di stabile organizzazione introdotte per mezzo delle modifiche intervenute all'art. 5 della Convenzione Modello OCSE nel 2017. Nello specifico, trattasi dell'introduzione del paragrafo 4.1 inerente all'"*anti-fragmentation rule*" e al novellato paragrafo 5, relativo all'estensione dell'ipotesi di stabile organizzazione personale per mezzo della nuova disciplina inerente al contratto di commissione<sup>168</sup>. Tale passaggio permetterà, di conseguenza, di comprendere anche le modalità basilari di attribuzione dei profitti alla S.O., discusse fino ad ora da un punto di vista prettamente teorico. È da evidenziare che, seppur le modifiche apportate all'Art. 5 non abbiano richiesto sostanziali interventi sull'art. 7, l'OCSE ha provveduto alla pubblicazione di una guida addizionale sul tema (i.e. *Additional Guidance on the Attribution of Profit to Permanent Establishment*), frutto di due *Discussion drafts* pubblicati dal Comitato per gli Affari Fiscali rispettivamente nel luglio 2016 e nel giugno 2017, poi ampiamente commentati dalle parti interessate. La Guida Addizionale sarà utilizzata come principale riferimento nel corso del presente paragrafo.

Come emerso dalla precedente trattazione, la determinazione della base imponibile della stabile organizzazione poggia su due articoli fondamentali della Convenzione Modello OCSE perché, seppur questa sia tipicamente disciplinata dall'art. 7, rinvia all'art. 9 al fine di delineare quei profitti derivati dai rapporti intrattenuti tra imprese associate e soprattutto con la casamadre. La ragione dell'ampliamento del raggio di applicazione della disciplina inerente ai prezzi di trasferimento deriva dal fatto che è inevitabile che la S.O. intrattenga rapporti con la casa-madre estera perché lo scambio di prodotti e/o servizi tra le due entità risulta necessario affinché la prima possa porre in essere le sue attività. Da qui, si rende necessaria la determinazione

---

<sup>166</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitolo III, Sez. A.7, par. 3.62.

<sup>167</sup> OECD (2018), *Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishment, BEPS Action 7*, OECD Publishing, Paris.

<sup>168</sup> Si rinvia al Capitolo II, paragrafo 2. inerente all'analisi della normativa internazionale in tema di definizione di stabile organizzazione. Nello specifico, si vedano i paragrafi 2.1.3 e 2.2.1 rispettivamente inerenti all'introduzione dell'"*anti-fragmentation rule*" e alla nuova disciplina inerente al "contratto di commissione".

del valore della transazione (i.e. *internal dealing*) in modo equo e conformemente ai principi di libera concorrenza<sup>169</sup>.

L'approccio autorizzato dall'OCSE applicato alla **stabile organizzazione personale** non si avvale di criteri o principi diversi da quelli dettati in linea generale fino a tal punto. Ciò nonostante, esistono delle peculiarità proprie della fattispecie che è opportuno trattare separatamente, riferibili alla circostanza per cui, nella prospettiva OCSE, nell'ipotesi di una stabile organizzazione personale, la giurisdizione ospitata ha diritto di tassare due diverse entità secondo il c.d. "*dual taxpayer approach*", ossia l'agente dipendente residente nello Stato della fonte (i.e. "*dependent agent enterprise*") quale soggetto imprenditore e la stabile organizzazione dell'impresa non residente (i.e. "*dependent agent permanent establishment*"), in quanto operante secondo le modalità proprie di un agente dipendente nel senso delineato dall'art. 5 del Modello OCSE. L'approccio OCSE è quindi diretto a determinare l'ammontare di profitti attribuibili alla stabile organizzazione personale dell'impresa non residente generati attraverso l'attività d'impresa dell'agente dipendente. Pertanto, l'analisi fattuale e funzionale, prevista dal primo *step* dell'AOA e quindi dall'art. 7 della Convenzione, dovrà focalizzarsi sulla natura e sulla portata delle funzioni esercitate dall'agente dipendente (*the dependent agent permanent establishment*) per conto dell'impresa non residente in relazione alle *significant people functions* che generano l'assunzione del rischio, attribuendo ad esso gli asset, i rischi ed il *free capital* necessario a sostenere tali funzioni e rischi. È però nel secondo *step* dell'AOA che emerge la peculiarità di detta fattispecie, in quanto, per determinare i profitti attribuibili alla stabile organizzazione personale, occorre dedurre il compenso *at arm's length* spettante al soggetto imprenditore (*the dependent agent enterprise*) che opera come agente dipendente per i servizi che fornisce all'impresa non residente, sulla base di quanto previsto dall'art. 9 della Convenzione.

Nel momento in cui la disciplina obbliga all'applicazione di entrambi gli artt. 7 e 9 del Modello, viene spontaneo chiedersi a quale dei due sia necessario dare priorità. Nel merito, nonostante si sia accennato ad una prevalenza dell'art. 9 sull'art. 7 in sede di prima consultazione<sup>170</sup>, il documento finale (i.e. *Additional Guidance on the Attribution of Profit to Permanent Establishment*) non riconferma tale interpretazione affermando, invece, che né la Convenzione, né il relativo Commentario definiscono specificatamente quando un aggiustamento del profitto sulla base dell'art. 9 debba precedere l'attribuzione degli stessi componenti per mezzo dell'art. 7, lasciando quindi autonomia a ciascuna giurisdizione in merito alla scelta della disposizione cui dare priorità<sup>171</sup>. Ora, supponendo di dare priorità all'applicazione dell'art. 9, la questione che genera

---

<sup>169</sup> Si pensi banalmente ad una società manifatturiera, residente nel paese R, che distribuisce prodotti nel paese S per mezzo di stabile organizzazione ivi situata ed identificata. La transazione interna fa riferimento allo scambio di prodotti che interviene tra la casa-madre e la stabile organizzazione (i.e. acquisto di merce da parte della stabile organizzazione). In tal caso, il prezzo equo è identificato nel prezzo al quale la casa-madre avrebbe venduto i beni ad un soggetto terzo indipendente, o, in modo equivalente, nel costo che la stabile organizzazione avrebbe dovuto sostenere per acquistare beni identici o simili, in condizioni simili o uguali, da parte di un soggetto terzo indipendente. Ne deriva che il profitto attribuibile alla S.O. sarà determinato deducendo i costi sostenuti per l'acquisto dei beni (definiti secondo i principi di *transfer pricing* e quindi ipotizzando condizioni di libera concorrenza).

<sup>170</sup> Si rimanda in tal senso al primo *Discussion Draft* pubblicato dal Comitato per gli Affari Fiscali nel luglio 2016.

<sup>171</sup> Cit. OECD (2018), *Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishment, BEPS Action 7*, OECD Publishing, Paris, par. 34.

maggiori perplessità nella prassi e nella dottrina internazionale<sup>172</sup> è la seguente: “Possono residuare utili alla stabile organizzazione personale dopo che l’attività dell’agente dipendente è stata remunerata al prezzo di libera concorrenza?”. Trattasi di questione lecita considerando che la remunerazione dell’agente dovrebbe essere dedotta dai profitti attribuibili alla S.O., sul punto è però opportuno precisare che potrebbero esservi **funzioni e rischi aggiuntivi attribuibili all’agente dipendente per attività svolte per conto dell’impresa non residente**, rispetto a quelli remunerati con la corresponsione di un’usuale commissione sulle vendite realizzate, e, proprio in tale ipotesi, il reddito associato all’esercizio di tali funzioni e/o al sostenimento di tali rischi dovrebbe essere imputato alla stabile organizzazione personale. In merito, è possibile concludere che, considerando la tendenza convergente nei criteri di determinazione del reddito della S.O. e delle imprese associate, lo Stato della fonte dovrebbe esercitare la sua potestà impositiva in base a quelli che sono i rischi e gli asset localizzati nel suo territorio e, in un’ottica economico-sostanziale, resta irrilevante che tali funzioni, asset e rischi siano imputati all’agente, ovvero alla stabile organizzazione. Ciò posto, l’ordine di applicazione dei menzionati articoli non dovrebbe avere un impatto sull’ammontare dei profitti tassabili nello Stato della fonte, di modo da non far emergere, in ogni caso, situazioni di doppia imposizione. Al riguardo, sono i singoli Stati a dover introdurre regole interne per assicurare il rispetto di tale principio e a dover rendere pubblica la propria scelta sull’ordine di applicazione.

Altro elemento da valutare è l’impatto delle persistenti differenze nei principi che regolano la localizzazione dei profitti. Nonostante l’avvicinamento dimostrato, le TPG e l’AOA si basano su criteri differenti di allocazione dei rischi e quindi dei profitti. Le prime, infatti, richiedono che, affinché un rischio possa definirsi supportato da un’impresa associata, è necessario che detta impresa eserciti le c.d. *risk management functions* (i.e. capacità di controllare, mitigare e assumere finanziariamente il rischio). L’AOA, dall’altra parte, si basa, come detto, sul concetto di *significant people functions*, ossia, sull’identificazione di quelle funzioni rilevanti ai fini dell’assunzione e della gestione dei rischi, che, si ricorda, richiedono un’attiva capacità di prendere decisioni in relazione alla gestione e all’accettazione (o meno) dei rischi. Le menzionate divergenze potrebbero comportare una differente allocazione dei rischi in ottemperanza ai due diversi metodi e quindi creare situazioni di attribuzione di un extra-profitto all’uno o all’altro soggetto, resta comunque salva l’impossibilità, come chiarito dalla Guida Addizionale, di procedere simultaneamente all’allocazione degli stessi rischi sia in capo alla società residente che in capo alla stabile organizzazione.

Ultimo elemento da evidenziare è la facoltà menzionata nell’*Additional Guidance* per la quale, per motivi di semplificazione, uno Stato può discostarsi dall’AOA individuando l’intermediario residente quale unico debitore di imposta, sia per le imposte sui redditi propri sia per le imposte sui redditi della stabile organizzazione dell’impresa non residente. Detta facoltà è comunque prevista solo nel caso in cui non ne derivi un’alterazione della potestà impositiva dello Stato dell’intermediario, ovvero dello Stato della società non residente.

---

<sup>172</sup> DENARO A., *L’attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione: la posizione OCSE su agente dipendente e interessi passivi*, in *il fisco*, n. 45/2002, pp. 1-7216.

Ai fini dei successivi paragrafi, relativi ad esemplificazioni fornite dalla menzionata Guida, si ricorda, ancora, che il paragrafo 2 stabilisce che i profitti da attribuire alla stabile organizzazione, con particolare riferimento agli *internal dealings*, sono quelli che la stessa avrebbe conseguito qualora fosse stata un'impresa separata ed indipendente, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o similari, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e degli asset utilizzati. È quindi evidente che il presupposto per l'applicazione dell'AOA sia una *fictio juris* per la quale la stabile organizzazione è da considerarsi come entità separata rispetto all'impresa estera, ossia come entità indipendente rispetto al resto dell'impresa di cui è parte, come rispetto ad ogni altro soggetto. Conseguentemente, i profitti della detta entità separata ed indipendente sono da determinarsi in base al principio di libera concorrenza (c.d. *arm's length principle*) definito per mezzo dell'art 9<sup>173</sup>.

### 2.3.1. Esempio A: *in merito all'anti-fragmentation rule*

In merito alla regola anti-frammentazione, si ricorda che il novellato articolo 5, paragrafo 4.1 della Convenzione Modello, ha lo scopo di evitare che le imprese frammentino i loro business in diverse piccole operazioni, al fine argomentare che si tratta di attività meramente preparatorie o ausiliarie che, di conseguenza, non danno luogo alla configurazione di una stabile organizzazione sulla base del disposto dell'art. 4 della menzionata Convenzione. Per tale ragione, l'attività da analizzare risulta essere quell'"attività complessiva risultate dalla combinazione delle attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo – ossia dall'impresa che opera per mezzo della sede fissa di affari e dall'impresa ad essa strettamente correlata operante nel medesimo luogo o in luogo differente situato nel medesimo Stato – o dalla stessa impresa o da imprese strettamente correlate nei due luoghi (situati sempre nel medesimo Stato contraente).

Ora, a scopi esemplificativi si consideri OnlineCo., una società residente nello Stato R che vende beni, acquistati da terze parti non correlate, per mezzo di una piattaforma online a consumatori situati in vari mercati, incluso il Paese S. Si consideri poi che OnlineCo. dispone nel Paese S di un magazzino, preso in locazione da parte un soggetto terzo indipendente, in cui lavorano 15 dipendenti della stessa. I dipendenti si occupano della distribuzione dei prodotti nel Paese S, per mezzo di un corriere terzo indipendente, della gestione delle ricevute di consegna da parte dei fornitori e dell'immagazzinamento dei prodotti, sulla base delle istruzioni che ricevono dalla casa-madre. OnlineCo. ha altresì un ufficio nel Paese S, localizzato in un luogo differente rispetto al magazzino, in cui lavorato 15 dipendenti, responsabili del merchandising dei prodotti e della raccolta di informazioni da parte dei clienti del Paese S. Considerato che le attività poste in essere da OnlineCo. nel Paese S sono da considerarsi complementari perché parte di un business unitario, il magazzino e l'ufficio costituiscono due stabili organizzazioni della società OnlineCo. nel Paese S. Si consideri adesso l'applicazione dell'AOA e si ipotizzi di giungere alle seguenti conclusioni in merito al P.E. identificato nel magazzino localizzato nel Paese S:

---

<sup>173</sup> KOFLER G. – THIEL S.V., *The "Authorized OECD Approach" and EU Tax Law*, in *European Taxation*, 2011.

- In primo luogo, l’analisi funzionale e fattuale dimostra che il personale della OnlineCo., situato nel Paese R, si occupa dell’acquisto dei beni da parte dei fornitori terzi e della vendita dei beni ai consumatori finali. Di conseguenza, si ipotizza che la sede principale di OnlineCo. detenga i diritti e le obbligazioni derivanti dalle transazioni che intervengono tra OnlineCo. e le terzi parti non correlate. Nell’ambito della stessa analisi si ipotizza altresì che il personale operante presso il P.E. situato nel Paese S detenga i diritti e le obbligazioni relative alla locazione del magazzino e alla stipula dei contratti di spedizione con i fornitori terzi di tali servizi. Si conclude quindi che le funzioni rilevanti, c.d. “*significant people functions*”, inerenti alla gestione del magazzino sono poste in essere dal personale della stabile organizzazione;
- In secondo luogo, è necessario identificare l’accordo interno intervenuto tra la stabile organizzazione e la casa-madre, in tale esempio identificato nella fornitura di merce e nel servizio di consegna della stessa dalla casamadre al magazzino;
- In ultimo luogo, si ha l’applicazione delle Linee Guida sui prezzi di trasferimento per analogia, al fine di determinare il prezzo di libera concorrenza da attribuire all’accordo interno. In tal caso, il prezzo equo sarà pari all’importo che OnlineCo. avrebbe pagato al fine di ottenere gli stessi servizi da parte di un soggetto indipendente nel Paese S.

In relazione alla stabile organizzazione identifica nell’ufficio, supponendo che i diritti e le obbligazioni relative alla fornitura di servizi inerenti al merchandising e alla raccolta di informazioni siano in capo al personale dell’ufficio situato nel Paese S, è possibile concludere che le funzioni rilevanti siano poste in essere dagli stessi. In tale caso, l’*internal dealing* è identificato appunto nella fornitura di servizi di merchandising e nei servizi di raccolta di informazioni, forniti essenzialmente dalla S.O. alla casamadre. Si rende quindi necessario prezzare tali servizi in modo equo, come se OnlineCo. acquistasse gli stessi da soggetti terzi indipendenti.

### 2.3.2. Esempio B: *in merito al contratto di commissione e alla nuova definizione di agente indipendente*<sup>174</sup>

Il disposto dell’art. 5 (5) prevede che l’impresa non residente “si considera avere una stabile organizzazione – nello Stato in cui l’agente dipendente agisce per conto dell’impresa – rispetto ad ogni attività che tale soggetto (i.e. l’agente dipendente) pone in essere per l’impresa non residente”. Nel momento in cui una stabile organizzazione si considera esistente per effetto delle attività poste in essere da parte dell’intermediario (i.e. dell’agente dipendente), tali attività prendono rilevanza per due contribuenti nel Paese ospitante, ossia per l’intermediario, che potrebbe essere residente nel Paese della fonte, e altresì per la stabile organizzazione. Sul punto, è da sottolineare come l’OCSE abbia rigettato esplicitamente nel Report 2010 il c.d. *Single Taxpayer Approach* per il quale la stabile organizzazione personale e l’agente si sarebbero dovuti considerare come un unico soggetto, ai fini della determinazione del reddito di loro spettanza. Le ragioni alla

---

<sup>174</sup> Nel merito, si fa riferimento alle modifiche introdotte alla Convenzione Modello OCSE nel 2017, all’art. 5, paragrafi 5 e 6.

base di tale previgente approccio si rifanno al fatto che, nel caso in cui la remunerazione dell'agente residente sia determinata in maniera conforme al principio di libera concorrenza in base alle funzioni svolte, ai rischi assunti e agli asset utilizzati, lo Stato della fonte non dovrebbe avere alcun potere impositivo nei confronti della società non residente e perciò non si dovrebbe generare alcun fenomeno di doppia imposizione perché, successivamente alla deduzione della remunerazione dell'agente, non residuerebbe ulteriore ricchezza imponibile in capo alla stabile organizzazione<sup>175</sup>. Come già anticipato in precedenza, il c.d. *Dual Taxpayer Approach* (i.e. AOA), attualmente adottato dall'OCSE, prevede che lo Stato della fonte possa assoggettare a tassazione entrambi i soggetti citati, seppur questo non significa che l'esistenza della S.O. debba necessariamente sfociare nell'attribuzione alla stessa di un profitto, potrebbe infatti anche accadere che la S.O. personale non ponga in essere alcuna attività (aggiuntiva) considerata "significativa" ai sensi dell'AOA<sup>176</sup>. La remunerazione dell'intermediario per i servizi prestati all'impresa non residente rappresenta quindi uno degli elementi da determinare e da dedurre in relazione al calcolo dei profitti attribuibili alla stabile organizzazione in base all'art. 7. Se poi l'intermediario e l'impresa non residente risultano essere imprese associate, allora risulta necessaria l'applicazione congiunta dell'art. 7 che dell'art. 9, al fine di garantire che non si creino situazioni di doppia imposizione. In tali condizioni, è necessario assicurarsi che i rischi derivanti dalle funzioni poste in essere dai due soggetti non vengano simultaneamente attribuiti ad entrambi.

Entrando nel merito dell'esemplificazione, si considerino due imprese soggette a comune controllo: TradeCo. residente nel Paese R e SellCo., residente nel Paese S. SellCo. pone in essere nel Paese S attività di promozione e vendita per conto di TradeCo. sulla base di un contratto di commissione<sup>177</sup> ed è remunerata con una commissione pari ad una percentuale delle vendite effettuata dalla stessa per conto di TradeCo. L'attività di promozione e vendita è l'unica attività posta in essere da SellCo. (i.e. l'agente dipendente). In base ai fatti evidenziati, TradeCo. ha una stabile organizzazione nel Paese S perché SellCo. abitualmente conclude contratti per conto di TradeCo., vendendo nel Paese S i beni da quest'ultima ricevuti. Si osserva perciò che, in primo luogo, l'analisi funzionale e fattuale dimostra che il personale di TradeCo. situato nel Paese R è responsabile del solo acquisto dei beni da fornitori terzi indipendenti. Tali beni sono poi venduti al consumatore finale da parte del personale di SellCo. (per conto di TradeCo.). Ipotizzato quindi che sia la stabile organizzazione a detenere i diritti e le obbligazioni di TradeCo. derivanti sia dall'accordo tra TradeCo. e SellCo. che dalla vendita dei beni ai consumatori finali, si osserva che le funzioni rilevanti sono poste in essere dal personale di SellCo., per tale ragione si ipotizza che la stabile organizzazione sia la parte che si assume il rischio di inventario e quindi la parte a cui vadano attribuiti i profitti; in secondo luogo, l'accordo interno è da

---

<sup>175</sup> A tal riguardo, l'OCSE afferma che "*the compensation to the dependent agent enterprise, if arm's length under Article 9, is considered to adequately reward the dependent agent enterprise for its functions performed, assets used and risks assumed, and since there are no other functions performed, assets used and risks assumed in the host country there can be no further profits to attribute*", in OECD (2010), *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, 22 luglio 2010.

<sup>176</sup> Cfr., OECD (2010), *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, 22 luglio 2010, Parte I, par. 228.

<sup>177</sup> Si ricorda che il contratto di commissione prevede la vendita di prodotti in nome del commissionario ma per conto del committente. Ciò significa che i prodotti non sono, in nessun momento, di proprietà del commissionario, né che questo ha diritto a ricavato derivante dalla vendita dei suddetti prodotti.



identificarsi con la vendita dei beni acquistati da fornitori terzi da parte di TradeCo. a SellCo.; in ultimo luogo, l'applicazione per analogia dei principi di *transfer pricing* richiede l'attribuzione di un prezzo equo all'accordo interno sopra menzionato. Tale prezzo è da considerarsi pari all'importo che TradeCo. avrebbe ricevuto se avesse venduto gli stessi beni ad una parte terza non correlata.

In conclusione, tale importo, ai fini del computo dei profitti attribuibili alla stabile organizzazione, è da considerarsi (per SellCo.) deducibile come costo del venduto. Specularmente, la remunerazione di SellCo., sempre determinata secondo i principi dei prezzi di trasferimento, perché operazione intervenuta tra parti correlate, sarà deducibile per TradeCo.

### 3. La disciplina domestica: il TUIR

I successivi paragrafi avranno ad oggetto l'analisi della normativa domestica riferibile all'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione, il cui più recente aggiornamento, inerente alle modalità di determinazione del reddito prodotto dalle società e dagli enti non residenti, è intervenuto per mezzo del d.lgs. n.147/2015<sup>178</sup>, anche definito come il c.d. "Decreto crescita ed internazionalizzazione", di qui in avanti "**Il Decreto 2015**", il quale è intervenuto andando a modificare le disposizioni contenute nell'**art. 152 del Tuir**. I detti paragrafi si propongono altresì di analizzare l'**art. 110 c.7 del Tuir**, inerente alla disciplina nazionale sui prezzi di trasferimento, modificato per mezzo dell'articolo 59 del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni dalla legge 21 giugno 2017, n. 96. A tal riguardo, visto l'articolo 9 del Modello OCSE contro le doppie imposizioni, oggetto di analisi al paragrafo 2.2 del presente capitolo, e considerate le Linee Guida approvate dal Consiglio OCSE in data 10 luglio 2017 relative ai prezzi di trasferimento, è stato ritenuto opportuno redigere apposite linee guida per mezzo del Decreto 14 maggio 2018 del Ministero dell'economia e delle finanze, di qui in avanti "**Il Decreto 2018**", il quale verrà utilizzato quale mezzo addizionale ai fini della delimitazione della disciplina italiana sui prezzi di trasferimento.

#### 3.1. Analisi dell'art. 153: *Reddito di società ed enti commerciali non residenti derivante da attività svolte nel territorio dello Stato mediante stabile organizzazione*

Gli artt. 7 e 14 del Decreto internazionalizzazione, hanno comportato l'introduzione di importanti novità sia in relazione alla stabile organizzazione di soggetti non residenti situata nel territorio dello Stato (i.e. stabile organizzazione interna), sia il merito a quella estera, ossia alla stabile organizzazione di soggetti residenti situata all'estero. Nel corso del presente paragrafo si procederà all'analisi esclusiva delle disposizioni introdotte per mezzo del menzionato art. 7<sup>179</sup>. Come descritto dalla Relazione Illustrativa, l'intervento del

---

<sup>178</sup> *Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese*, in attuazione della Legge delega n. 23/2014.

<sup>179</sup> Ai fini della presente trattazione, si delinea, brevemente, la normativa introdotta all'art. 168-ter del Tuir per mezzo delle modifiche intervenute mediante l'art. 14 del Decreto internazionalizzazione, relative all'introduzione del regime opzionale della *branch exemption*. Il disposto dell'art. 168-ter del Tuir prevede che "Un'impresa residente nel territorio dello Stato può optare per l'esenzione degli utili e delle perdite attribuibili a tutte le proprie stabili organizzazioni all'estero. L'opzione è invocabile ed esercitata al momento di costituzione della stabile organizzazione, con effetto dal medesimo periodo di imposta". Il regime menzionato si caratterizza per il suo carattere opzionale, onnicomprensivo, poiché relativo alla totalità delle stabili organizzazioni

legislatore è stato volto a “creare un contesto di maggiore certezza, anche eliminando lacune dell’ordinamento domestico” ed “alcune distorsioni del sistema vigente” tenendo conto “dei più recenti lavori espressi in sede OCSE”. In merito alle modifiche intervenute per mezzo dell’art. 7 del Decreto 2015, queste hanno previsto l’abrogazione del principio della c.d. “forza di attrazione” della stabile organizzazione; un esplicito richiamo al “fondo di dotazione”; nonché la piena applicabilità della normativa domestica sul *transfer pricing* alle transazioni intervenute tra casa-madre e stabile organizzazione (i.e. *internal dealings*).

Nel dettaglio, il novellato comma 1, dell’art. 152, del Tuir prevede che “Per le società e gli enti commerciali con stabile organizzazione nel territorio dello Stato, **il reddito della stabile organizzazione è determinato in base agli utili e alle perdite ad essa riferibili**, e secondo le disposizioni della Sezione I, del Capo II, del Titolo II, **sulla base di un apposito rendiconto economico e patrimoniale, da redigersi secondo i principi contabili previsti per i soggetti residenti aventi le medesime caratteristiche**, salva quella della emissione di strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in mercati regolamentati di qualsiasi Stato membro dell’Unione europea ovvero diffusi tra il pubblico di cui all’articolo 116 testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58”.

La prima parte del comma 2, dell’art. 152 continua poi affermando che “Ai fini del comma 1, la stabile organizzazione si considera entità separata e indipendente, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o similari, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati.” L’art. 152 consolida, in linea con l’evoluzione del dibattito internazionale, l’applicazione del principio per cui la stabile organizzazione è considerata un’entità separata ed indipendente, rispetto alla sede centrale, ai fini del comma 1, ossia ai fini dell’attribuzione del reddito. Ne discende che soggetto passivo di imposta è la società o l’ente estero, cui devono essere imputati tutti gli altri elementi di reddito privi di un’effettiva connessione con la stabile organizzazione che si considerano prodotti in Italia a norma dell’art. 23 del Tuir, secondo le regole previste per ciascuna tipologia di reddito. In sintesi, **il reddito complessivo è da considerarsi riferibile al soggetto estero e l’utile o la perdita realizzati dalla stabile organizzazione costituiscono solo una componente di tale reddito complessivo che prende forma di reddito di impresa**. Antecedentemente alle modifiche introdotte per mezzo del sopracitato decreto, il combinato disposto degli artt. 151 e 152 del Tuir prevedeva, ai fini della determinazione del reddito prodotto in Italia da parte di società ed enti non residenti, l’attrazione al reddito di impresa ivi prodotto di componenti di reddito ontologicamente appartenenti ad altra categoria, nonché l’attrazione al reddito di impresa riferibile alla stabile organizzazione di redditi non prodotti per il tramite della medesima. Nel primo caso, la forza di attrazione operava a livello di

---

presenti e future dell’impresa residente, ed irreversibile. Trattasi altresì di un regime applicabile solo a condizione che i redditi attribuibili alla S.O. sia assoggettati nello Stato della fonte ad un prelievo ritenuto congruo dall’ordinamento italiano, restano perciò escluse le stabili organizzazioni situate in paesi a fiscalità privilegiata. Di per sé, l’applicazione del regime opzionale appare semplice, ispirata al principio di derivazione OCSE in forza del quale ciascuna *branch* esente deve essere equiparata ad una *functionally separate entity* per cui il reddito della casa-madre è ottenuto decurtando dal reddito complessivo della stessa il reddito attribuibile a ciascuna stabile organizzazione.

Sul punto, si veda TRETTEL S., *Branch exemption senza segreti già dal 2016, grazie ad Assonime e Agenzia*, in *il fisco*, n. 8/2018, p. 1-712 per un’analisi maggiormente approfondita delle criticità connesse al regime opzionale della *branch exemption*.

qualificazione e localizzazione del reddito; nel secondo, a livello di quantificazione dello stesso. Ciò posto, fino alle modifiche intervenute nel 2015, la stabile organizzazione provocava un effetto espansivo di attrazione di altri elementi reddituali alla categoria del reddito di impresa e, di conseguenza, la determinazione del reddito attribuibile alla stessa sulla base di un conto economico comprensivo sia dei redditi a questa direttamente imputabili che dei redditi relativi ad altre attività dell'impresa estera imponibili in Italia. Invero, per mezzo delle modifiche introdotte dal Decreto 2015, ad oggi non opera alcuna forza di attrazione dei redditi della stabile organizzazione, anzi, si parla di **tassazione “su base isolata”**, ossia tassazione in capo alla stabile organizzazione dei soli redditi direttamente ed effettivamente attribuibili alla stessa. Si ricorda, sul punto, che peculiarità dei redditi attribuiti alla stabile organizzazione è quella di non risultare rilevanti ai fini fiscali perché o esclusi dal computo della base imponibile tassabile nello Stato di residenza della società estera (i.e. metodo dell'esenzione), o irrilevanti per effetto della concessione al soggetto residente di un credito di imposta pari all'imposta assolta all'estero (i.e. metodo del credito di imposta). Ciò avviene perché, seppur la S.O. non sia un soggetto giuridicamente autonomo, questa è configurabile come una “finzione giuridica” che funge da collegamento reale tra il reddito di impresa ed il territorio dello Stato.

In merito alla seconda parte del citato comma 2, il Tuir fa riferimento al c.d. **fondo di dotazione**, specificando che “il fondo di dotazione riferibile alla stabile organizzazione è determinato in piena conformità ai criteri definiti in sede OCSE, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati”. Come già specificato in sede di analisi della normativa internazionale, il fondo di dotazione (i.e. *free capital*) consiste in un livello di risorse adeguato a garantire un livello di capitalizzazione coerente con le funzioni svolte e i rischi assunti. Fino alle sopracitate modifiche, la necessità di determinare convenzionalmente ai fini fiscali un adeguato livello di *free capital* della stabile organizzazione era stata sostenuta, sulla scorta della prassi internazionale, anche dall'Agenzia delle Entrate. Sul punto, è nota la risoluzione n. 44/E del 2006 con la quale si riesamina il tema della deducibilità degli oneri finanziari dal reddito della S.O., individuandosi nel fondo di dotazione il limite entro cui le risorse della casa-madre sono da considerarsi apporti in linea di capitale. Sul tema, il Report OCSE 2010 ha consolidato l'orientamento internazionale per cui soltanto le risorse attribuite alla stabile organizzazione, eccedenti il menzionato fondo, possono generare interessi passivi deducibili, sia che queste derivino da prestiti accessi con economie terze, sia che derivino dai mezzi propri del soggetto estero (i.e. finanziamenti interni)<sup>180</sup>.

Previsione del comma 3, dell'art. 152, del Tuir è poi che “I componenti di reddito attribuibili alle stabili organizzazioni relativamente alle transazioni e alle operazioni tra la stabile organizzazione e l'entità cui la medesima appartiene sono determinati ai sensi dell'articolo 110, comma 7.” Sono quindi richiamate in caso di transazioni intercorrenti tra la casa-madre e la stabile organizzazione (i.e. *internal dealings*) le **disposizioni relative ai prezzi di trasferimento**. Il menzionato comma 7 dell'art. 110 del Tuir prevede infatti che “I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che

---

<sup>180</sup> GASPARRI V.T., *Stabili organizzazioni di soggetti non residenti, unicità soggettiva e autonomia del reddito*, in *il fisco*, n. 24/2015, pp. 1-2333.

direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono determinati con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili”.

In sintesi, si assiste alla codificazione, ai fini della determinazione del reddito della stabile organizzazione e del relativo fondo di dotazione, del *functionally separate entity approach* di derivazione OCSE, considerato che alla stessa vengono attribuiti, rispettivamente, i profitti che avrebbe conseguito ed il fondo di cui avrebbe dovuto esser dotata *at arm's length*, come se fosse un'impresa legalmente distinta e separata, svolgente identiche (o similari) funzioni nelle stesse (o similari) condizioni.

### **3.2. Analisi dell'art. 110 c.7: la normativa nazionale sui prezzi di trasferimento e le relative Linee Guida**

Come anticipato, l'art. 110 c.7 del Tuir ha per oggetto l'applicazione della disciplina inerente ai prezzi di trasferimento, disciplina che è stata corollata, sulla base delle migliori pratiche internazionali, da opportune Linee Guida (i.e. Decreto 2018). In tale sede, verranno esaminate solo le disposizioni considerate di maggior rilevanza ai fini della presente trattazione<sup>181</sup>. Ai fini della successiva analisi si rende, in primo luogo, necessario definire i termini ricorrenti nel Decreto 2018. Si definiscono:

- *Imprese associate*: l'impresa residente nel territorio dello Stato e le società non residenti, allorché una di esse partecipa, direttamente o indirettamente, nella gestione, nel controllo o nel capitale dell'altra; ovvero lo stesso soggetto partecipa, direttamente o indirettamente, nella gestione, nel controllo o nel capitale di entrambe le imprese. Dove per *partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale* si intende partecipazione per oltre il cinquanta per cento nel capitale, nei diritti di voto, o negli utili di un'altra impresa; ovvero esercizio di influenza dominante sulla gestione di un'altra impresa, sulla base di vincoli azionari o contrattuali.
- *Imprese indipendenti*: le imprese non qualificabili come imprese associate.
- *Operazione controllata*: qualsiasi operazione di natura commerciale o finanziaria intercorrente tra imprese associate, accuratamente delineata sulla base dei termini contrattuali, ovvero dell'effettivo comportamento delle parti se divergente dai termini contrattuali o in assenza degli stessi. Sul punto, si rende necessaria un'ulteriore precisazione, seppur in linea con le TPG del 2017, le quali tendono a dare maggior rilevanza alla “condotta delle parti” piuttosto che alle condizioni contrattuali, tale definizione permette all'Amministrazione finanziaria di ricaratterizzare l'operazione in base all'effettiva condotta posta in essere dalle parti. Ciò posto, va specificato che purché l'operazione possa essere ricategorizzata, risulta necessario che sussistano circostanze eccezionali che non permettono, essenzialmente, di determinare la “ragionevolezza commerciale” dell'operazione posta in essere.

---

<sup>181</sup> Ai fini dell'analisi delle ulteriori previsioni del Decreto 2018, ossia inerenti alla disciplina semplificata per i servizi a c.d. “basso valore aggiunto” e agli oneri documentali a carico del contribuente, si rimanda agli artt. 7 ed 8 del citato Decreto, nonché a OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, Capitoli V e VII. Sul punto si veda altresì FERRONI B., *Stabilite le nuove linee guida per il transfer pricing*, in *il fisco*, n. 25/2018, pp. 1-2449.

- *Operazione non controllata*: qualsiasi operazione di natura commerciale o finanziaria tra imprese indipendenti.
- *Indicatore finanziario*: il prezzo, il rapporto tra il margine di profitto, lordo o netto, e un’appropriata base di commisurazione a seconda delle circostanze del caso, nonché la percentuale di ripartizione di utili o perdite.

### 3.2.1. La nozione di comparabilità

Parte essenziale del comma 7, è la previsione secondo cui i componenti di reddito derivanti da operazioni con imprese associate, siano da determinarsi con riferimento **“alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra parti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili”**. Nel merito, l’art. 3 del Decreto 2018 definisce la comparabilità tra operazioni controllate e non controllate, sostenendo che dette operazioni si considerano comparabili quando non sussistono differenze significative tali da incidere in maniera rilevante sull’indicatore finanziario utilizzabile in applicazione del metodo più appropriato o, nel caso in cui dette differenze sussistano, sia comunque possibile effettuare in modo accurato rettifiche di comparabilità, così da eliminare o ridurre in modo significativo gli effetti di tali differenze ai fini della comparazione. In tema di “fattori di comparabilità”, ossia di caratteristiche economicamente rilevanti da identificare nelle relazioni commerciali e finanziarie intervenute tra imprese associate ai fini della loro delineazione, nonché della loro comparabilità, si rimanda alle stesse caratteristiche già viste ed analizzate in ambito internazionale al paragrafo 2.2.1. del presente capitolo<sup>182</sup>.

### 3.2.2. Metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento

Riguardo ai metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento, l’art. 4 del Decreto 2018, in conformità a quanto previsto dalle Linee Guida OCSE, prevede, in primo luogo, che la valorizzazione di un’operazione controllata in base al principio di libera concorrenza sia da determinarsi applicando “il metodo più appropriato alle circostanze del caso”. Sul punto, si rende necessario precisare che la selezione del metodo di *transfer pricing* si pone, da un lato, l’obiettivo di identificare una metodologia che consenta di determinare i prezzi da applicare alle transazioni infragruppo, rispondendo così ad un’esigenza “fisiologica” delle imprese facenti parti di gruppi multinazionali; dall’altro lato, consente altresì di verificare che detti prezzi siano stati determinati nel rispetto dei principi di libera concorrenza e quindi seguendo le medesime logiche che sarebbe state previste in un rapporto tra soggetti terzi indipendenti, permettendo in tal modo anche alle Amministrazioni finanziarie di verificare, in un’ottica fiscale, che il valore “creato” per mezzo di dette transazioni non sia esclusivamente conseguenza della volontà di localizzazione del reddito imponibile in un Paese a fiscalità vantaggiosa, al solo fine di ottimizzare il carico fiscale complessivo del gruppo. Come già

---

<sup>182</sup> Sul punto, si veda OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, par. 3.1.2 e Capitolo I, Sez. D, da par. D.1.2. a D.1.5.

definito in sede di analisi della disciplina internazionale in materia di prezzi di trasferimento, l'aggiornamento 2017 delle TPG ha comportato l'eliminazione della c.d. "gerarchia dei metodi" e la previsione di un "criterio di preferenza"<sup>183</sup>. L'art. 4, comma 2, del Decreto 2018 cita quali metodi per la determinazione del prezzo di libera concorrenza i medesimi metodi precedentemente analizzati, ossia il metodo del confronto del prezzo, il metodo del prezzo di rivendita ed il metodo del costo maggiorato quali "metodi tradizionali" ed il metodo del margine netto della transazione ed il metodo di ripartizione degli utili quali "metodi reddituali".

Inoltre, si prevede altresì che il contribuente riporti le informazioni relative al processo di selezione (e i relativi esiti) del metodo che lo stesso ritiene, sulla base dell'analisi di comparabilità e delle informazioni disponibili, essere quello più appropriato alle circostanze del caso, riportando in tal senso le ragioni che hanno condotto a qualificare il metodo prescelto come "il più appropriato". Invero, l'art. 4 rimanda alla possibilità di utilizzare metodi differenti rispetto a quelli precedentemente elencati, qualora il contribuente "dimostri che nessuno di tali metodi può essere applicato in modo affidabile [...] e che tale diverso metodo produce un risultato coerente con quello che otterrebbero imprese indipendenti nel realizzare operazioni non controllate comparabili". Infine, l'art. 4 del Decreto 2018 enuncia una rilevante disposizione a difesa del contribuente, al fine di ridurre i conflitti che potrebbero generarsi tra lo stesso e l'Amministrazione finanziaria, prevedendo che, nei caso in cui il contribuente abbia seguito quando disposto dal menzionato articolo in sede di determinazione dei prezzi di trasferimento, la verifica da parte dell'Amministrazione finanziaria del rispetto del principio di libera concorrenza da parte dell'impresa, dovrà fondarsi sul metodo dalla stessa applicato.

### **3.2.3. L'intervallo di libera concorrenza<sup>184</sup>**

L'art. 6, del Decreto 2018 si propone di definire l'intervallo di valori considerato conforme al principio di libera concorrenza. Secondo il disposto del comma 1, è da considerarsi conforme "l'intervallo risultante dall'indicatore finanziario selezionato in applicazione del metodo più appropriato ai sensi dell'articolo 4, qualora gli stessi siano riferibili ad un numero di operazioni non controllate, ognuna delle quali risultai parimenti comparabile all'operazione controllata, in esito all'analisi di cui all'art. 3". Sul punto, risulta altresì necessario un rimando all'art. 5 del medesimo Decreto, secondo cui "il principio di libera concorrenza è applicato operazione per operazione. Tuttavia, se un'impresa associata realizza due o più operazioni controllate che risultano tra loro strettamente legate, o che formano un complesso unitario, tale da non poter essere valutate separatamente in maniera affidabile, tali operazioni devono essere aggregate in maniera unitaria ai fini dell'analisi di comparabilità di cui all'articolo 3 e dell'applicazione dell'articolo 4."

Il comma 3 dell'art. 6 continua poi affermando che "Se l'indicatore finanziario di un'operazione controllata, o di un insieme di operazioni aggregate in base all'articolo 5, non rientra nell'intervallo di libera

---

<sup>183</sup> Si rimanda al paragrafo 2.2.2. del presente capitolo per un'analisi del citato "criterio di preferenza".

<sup>184</sup> In merito alla definizione pratica dell'intervallo di confidenza si rimanda alla delineazione del processo volto alla definizione dei prezzi di trasferimento enunciato per mezzo dei paragrafi 2.2.1, 2.2.2 e 2.2.3. perché, seppur il Decreto 2018 introduca la nozione di "analisi di comparabilità", questo manca di indicazioni operative circa la predisposizione della detta analisi.

concorrenza, l'amministrazione finanziaria effettua una rettifica al fine di riportare il predetto indicatore all'interno dell'intervallo di cui al comma 1, fatti salvi il diritto per l'impresa associata di presentare elementi che attestino che l'operazione controllata soddisfa il principio di libera concorrenza, e la potestà per l'Amministrazione finanziaria di non tenere conto di tali elementi adducendo idonea motivazione". Sul punto, è da evidenziare che il disposto del menzionato articolo sembra prevedere che tutti i valori dell'intervallo sono ugualmente considerati valori di libera concorrenza, ciò dovrebbe comportare il superamento di una certa prassi secondo cui il posizionamento del contribuente dovrebbe attestarsi sulla mediana. Nel merito, sono state avanzate richieste di chiarimenti all'Amministrazione finanziaria<sup>185</sup> dai soggetti interessati e appare generalmente diffuso l'orientamento secondo cui, sulla base del più recente dettato, ogni punto dell'intervallo è da considerarsi valido.

---

<sup>185</sup> Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), *Tavolo di confronto sul pacchetto prezzi di trasferimento*, riunione tenutasi in data 8 maggio 2018.

## CAPITOLO QUARTO

### LA DIGITAL ECONOMY E LA SFIDA DELLA STABILE ORGANIZZAZIONE VIRTUALE

**SOMMARIO:** 1. La definizione di impresa digitale – 2 La questione: Adattamento o stravolgimento del sistema fiscale attuale? – 2.1. L’orientamento OCSE: BEPS *Action 1 “Address the Tax Challenges of the Digital Economy”* – 2.2. La visione europea – 2.2.1. La proposta di regime definitivo: tassazione della presenza digitale significativa – 2.2.2. La proposta di soluzione provvisoria: il sistema di imposta comune su taluni servizi digitali – 2.2.2.1. La “*web tax*” italiana – 2.3. La riforma USA – 2.4. Osservazioni – 3. Verso una possibile soluzione globale: L’approccio unificato ed il “superamento” del principio di libera concorrenza – 3.1. Il *May Programme of Work 2019*: le proposte – 3.2. La Proposta del Segretariato OCSE: la prima teorizzazione dello *Unified Approach* – 3.3. La Dichiarazione 2020: l’evoluzione dell’*Unified Approach* – 4. Lo spazio come prossima frontiera

#### 1. La definizione di impresa digitale

L’economia digitale, anche nota come *new economy*, può definirsi come il risultato del processo di trasformazione derivato dallo sviluppo della tecnologia dell’informazione e della comunicazione (ICT) e comprende tutte quelle attività che si avvalgono di soluzioni digitali e che ad esse fanno riferimento. È infatti noto come la rete, accessibile tramite la connessione internet, offra agli operatori economici nuove opportunità di business. Le imprese si inseriscono quindi in un mercato che nasce già *in re ipsa* globale, con il beneficio, da un lato, di abbattere i costi operativi e, dall’altro, di intercettare, in maniera tempestiva ed efficace, mercati lontani, altrimenti preclusi, giungendo facilmente al consumatore finale. In sintesi, la rivoluzione ICT ha reso le tecnologie più economiche, più potenti e ampiamente standardizzate, migliorando i processi aziendali e rafforzando l’innovazione in tutti i settori dell’economia.

A fini esemplificativi, possono essere presi quali dimostrazioni di detta “rivoluzione”, le trasformazioni avvenute nel settore della logistica, riferite alle capacità di rintracciare veicoli e merci attraverso i Continenti, o nel settore dei servizi finanziari, tramite l’introduzione di servizi informatici che consentono ai clienti di gestire le proprie finanze e condurre transazioni da remoto, o, ancora, facendo riferimento alla possibilità per le università di offrire servizi per l’istruzione su base mondiale, aggredendo la domanda globale per mezzo dell’offerta di corsi a distanza. Primo tra tutti resta comunque il commercio online, il quale consente al fornitore di un bene o di un servizio, oltre allo scambio, anche la possibilità di raccogliere ed analizzare i dati dei consumatori, al fine di arrivare a fornire servizi personalizzati e pubblicità mirate<sup>186</sup>. È inevitabile che questo comporti, di conseguenza, una variazione del rapporto fornitore-consumatore, rendendo fondamentale la c.d. fidelizzazione del consumatore, da tradurre nella creazione di un network stabile di clienti, considerato che le potenzialità del business, come si vedrà in seguito, sono proporzionali al bacino di utenti raggiunti.

---

<sup>186</sup> OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, par. 363.



In termini numerici, per poter comprendere il motivo per cui le sfide inerenti alla tassazione delle imprese digitali risultano oggi al centro del dibattito fiscale internazionale, si nota che mediamente i modelli di impresa digitali sono soggetti ad un tasso di imposizione effettiva del 9,5%, due volte inferiore a quello applicato ai modelli di impresa tradizionali (in media pari al 23,3%) e che solo circa il 50% delle multinazionali digitali opera, allo stato attuale, per mezzo di una presenza fisica nei territori in cui genera ricavi, contro circa l'80% in caso di multinazionali tradizionali<sup>187</sup>. Si pensi ora ai c.d. “giganti digitali” (i.e. *Big Five*), ossia Google, Amazon, Apple, Facebook e Microsoft i quali, a marzo 2019, hanno totalizzato una capitalizzazione di mercato pari a 4,22 trilioni di dollari, la quale rappresenta l'11% della capitalizzazione totale del mercato US ed il 5% della capitalizzazione totale del mercato globale, ovvero il 20,5% del PIL degli Stati Uniti ed il 5% del PIL globale<sup>188</sup>. Considerato poi che nove delle venti principali multinazionali per capitalizzazione globale sono digitali, contro una su venti dieci anni fa e che il tasso di crescita media annua dei ricavi di queste è pari al 14%, contro il 3% registrato per le società del settore informativo e delle telecomunicazione e lo 0,2% per le altre multinazionali<sup>189</sup>, è indubbio che la perdita di gettito nelle giurisdizioni di mercato in cui queste operano senza però esservi presenti fisicamente, non sia indifferente. Ne deriva quindi non solo un problema in termini di equità contributiva ma anche di distorsione della concorrenza.

Seppur possa apparire complesso individuare una specifica nozione di impresa digitale, data dalle svariate forme che la *digital economy* può assumere<sup>190</sup>, vi sono una serie di caratteristiche fondamentali che la vanno a delineare. L'impresa digitale è, anzitutto, “**a-territoriale**”, in quanto la sua formazione e sviluppo non ha nessi tangibili di collegamento con il territorio in cui la ricchezza viene creata; è altresì **transnazionale** per effetto della facilità con cui gli operatori possono travalicare i confini nazionali degli Stati utilizzando mezzi tecnologici e, di conseguenza, caratterizzata da **elevata volatilità** perché suscettibile di mutare rapidamente e soggetta ad un potenziale elevato *turnover* di clienti, considerata la varietà di beni e servizi cui è possibile avere accesso; è, infine, sostanzialmente **dematerializzata**, visto che si basa sul trasferimento di beni, quali software, video, musica, film, etc., non inclusi in supporti materiali. A scopi chiarificatori, può risultare opportuno fare riferimento ai modelli di business di alcune delle più note imprese impegnate nella *new economy*, di modo che possa risultare più semplice comprendere cosa si intende per “impresa digitale”. Partendo dal modello più vicino al commercio tradizionale, può prendersi quale esempio *Amazon Inc.* la quale offre beni online senza quindi la necessità di creare uffici nella *market jurisdiction*<sup>191</sup>, seppur questa necessiti

---

<sup>187</sup> Fonte: Consiglio ECOFIN del 17 maggio 2019, *Note su atti dell'Unione Europea*, Nota n. 31.

<sup>188</sup> Fonte: EDEN L. – TREIDLER O., *Taxing the Digital Economy: Pillar One Is Not BEPS 2*, Bloomberg BNA, in *International Journal*, 13 dicembre 2019; DESGARDINGS J., *The \$86 Trillion World Economy in One Chart*, in *Visual Capitalist*, 10 settembre 2019.

<sup>189</sup> Fonte: <https://temi.camera.it/leg18/post/web-tax-ed-economia-digitale.html>

<sup>190</sup> Sul punto si veda OECD, OECD (2015), *Addressing the Tax Challenge of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, par. 365.

<sup>191</sup> Nel contesto del programma di lavoro, il termine “*market jurisdiction*” si riferisce alla giurisdizione in cui sono localizzati i clienti dell'impresa o, nel caso di fornitura di servizi ad altre imprese, al luogo dove i servizi sono utilizzati. Nella logica dell'economia digitale, tale definizione ricomprende il luogo in cui sono localizzati gli utenti sia perché questi acquistano beni e servizi direttamente dal provider online, sia perché il provider online fornisce servizi ad altre imprese (quali un'impresa pubblicitaria) indirizzati a detti utenti.

di magazzini situati in aree strategiche di modo da offrire un servizio più efficiente ai suoi clienti. Sul punto, è intervenuta l'Action 7 del Progetto BEPS e il conseguente art. 12 della Convenzione Multilaterale, per cui può procedersi ad un ampliamento del concetto di stabile organizzazione nel caso in cui vengano poste in essere, per mezzo del magazzino, operazioni che non possono considerarsi meramente ausiliarie, perché strategicamente decisive rispetto al modello di business perseguito<sup>192</sup>. Seppur in riferimento ai beni materiali oggetto del commercio elettronico l'argomento possa considerarsi risolto, *Amazon Inc.* risulta ancora rilevante nel momento in cui offre altresì prodotti digitali, quali quelli sopracitati (i.e. *e-books*, *e-papers*, video, file musicali, film etc.), ossia prodotti per i quali non risulta necessario mantenere un magazzino perché non vi è alcun trasferimento fisico del bene. Il medesimo discorso può essere applicato a compagnie quali *Netflix Inc.* o *Spotify AB* o a quelle imprese che mettono a disposizione degli utenti software online (i.e. *Microsoft Inc.* o *Salesforce.com*) o database (i.e. *RELX*). In prima analisi, tali transazioni seguono il tradizionale schema di "two-party relationship" che coinvolge, da una parte, il fornitore del bene o del servizio e, dall'altra, l'acquirente che paga per ottenere un dato bene o un dato servizio. A detto schema, però, si aggiunge un'ulteriore componente nel momento in cui **il consumatore contribuisce alla creazione di valore per l'impresa**. Diverse sono infatti le compagnie che offrono servizi gratuitamente, basta pensare a *Facebook Inc.* o *Whatsapp* i quali, da un lato, offrono servizi di *social network* gratuiti ai loro clienti e, dall'altro, collezionano dati forniti da questi ultimi, rivendendoli poi ad imprese terze. Si assiste quindi all'instaurazione di una "tripolar relationship": *Facebook Inc.* vende spazi pubblicitari sulla sua piattaforma a business terzi a titolo oneroso e, dal punto di vista fiscale, il fornitore terzo deduce la spesa come spesa inerente all'attività di business esercitata, mentre la società che offre lo spazio genera profitti suscettibili a tassazione esclusivamente nel luogo in cui questa risiede, considerando che non vi è necessità di una sede fissa di affari situata nella giurisdizione ove è situato l'utente. Altro esempio può essere proposto per mezzo di *Booking.com*, una piattaforma online che svolge essenzialmente il ruolo di un'agenzia di viaggio, mettendo in contatti i fornitori di servizi di pernottamento e i consumatori finali. L'utilizzo della piattaforma risulta gratuito per gli utenti (i.e. consumatore finale) e a pagamento per i fornitori, i quali corrispondono una data commissione a *Booking.com* per ogni prenotazione effettuata tramite il sito web. Considerato che il servizio online non richiede alcuna localizzazione nel luogo in cui è situato il consumatore finale, ciò che avviene, ancora, è che la spesa viene dedotta dai fornitori nella *market jurisdiction*, mentre i profitti realizzati dalla piattaforma sono imputati al Paese dove questa ha la sua sede, solitamente trattasi di un Paese a fiscalità vantaggiosa (sul punto si nota che *Booking.com* è residente in Olanda).

Alla luce di quanto definito, è possibile concludere che l'economia digitale si caratterizza per il tendenziale **disallineamento tra il luogo dello stabilimento dei fattori produttivi ed il luogo del consumo**. Conseguentemente, risulta complesso individuare la giurisdizione in cui viene creato il valore e quindi competente ad esercitare la propria legittima sovranità tributaria, in base alle norme del diritto tributario

---

<sup>192</sup> BLUM D.W., *Permanent Establishment and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined?*, in *69 Bulletin for International Taxation*, 2015, p. 316 ss.

vigente. Si ricorda, infatti, che la possibilità di uno Stato sovrano di assoggettare al prelievo il reddito dei contribuenti, persone fisiche e giuridiche, residenti o meno, nel proprio territorio, richiede la sussistenza di un collegamento con il territorio stesso. Nel merito, i criteri di collegamento “tradizionali” sono tipicamente ascrivibili in due tipologie: l’uno di carattere personale, generalmente fondato sulla residenza fiscale del soggetto contribuente, e l’altro di carattere reale, basato, di converso, sul luogo di produzione del reddito. In ossequio al principio generale di territorialità, ogni Stato esercita quindi il proprio potere impositivo nei confronti di tutti coloro che risiedono o abbiano un collegamento effettivo, più o meno marcato, con il territorio statale, a prescindere dalla nazionalità. Ora, il problema che si pone nel quadro dell’economia digitale deriva dall’**assenza di un legame fisico con il territorio dello Stato in cui la ricchezza è creata**, proprio in ragione delle sue caratteristiche fondamentali. È indubbio che il concetto di maggior rilevanza in tale contesto sia quello di stabile organizzazione, considerato che lo scopo di eventuali misure risulta essere quello di evitare che i benefici connessi alla fisionomia delle imprese della *digital economy*, ossia la non necessità di avere una sede fissa di affari al fine di poter operare in un dato Stato estero, possano rappresentare la ragione che esenta dette società dall’onere fiscale, onere che sarebbe altrimenti adempiuto se si trattasse di un business tradizionale, il quale, di converso, necessita una sede fisica. Ne consegue, che sembra adesso lecito affermare che la crescente evoluzione della *digital economy* comporti la **crisi dei concetti tradizionali di residenza e stabile organizzazione**, in quanto la dematerializzazione dell’impresa esercente attività digitale rende particolarmente agevole evitare l’individuazione di una presenza tassabile nello Stato in cui la società è attiva e produce ricchezza<sup>193</sup>.

## 2. Adattamento o stravolgimento del sistema fiscale internazionale attuale?

Nel corso del Capitolo II, si è tentato di delineare l’evoluzione del concetto di “stabile organizzazione”. Fino a tale punto, si è parlato di come detta accezione si sia evoluta nel tempo, andando sempre più ad adattarsi con quelle che si sono dimostrate essere le esigenze del contesto di riferimento. Nel merito, si ricorda che, alla prima stesura della Convenzione Modello OCSE, esisteva solo la stabile organizzazione materiale, identificata per mezzo di un collegamento imprescindibile con lo Stato nel quale il profitto era realizzato perché, appunto, identificata in una sede fisicamente presente in dato territorio. Successivamente, è poi stata introdotta la stabile organizzazione personale, identificata, questa volta, per mezzo del soggetto che svolgeva quelle funzioni significative all’interno del territorio estero, comunque definito come “rappresentante di una sede fissa di affari”. Detto ultimo concetto è stato poi ampliato negli anni, arrivando nel 2017 a definire stabile organizzazione personale anche il soggetto operante sulla base di un contratto di commissione e quindi essenzialmente privo della capacità di concludere contratti in nome della casa-madre, seppur capace di stipulare per conto della stessa. Quelli fino a qui definiti sono stati però solo ampliamenti e specificazioni di quelli che erano e che sono tutt’ora i principi di tassazione internazionale, non si è quindi mai assistito ad un

---

<sup>193</sup> Cfr. GIOVANNINI A., *Ripensare la capacità contributiva*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, I, p. 10021.

totale stravolgimento delle norme generali ma, perlopiù, ad un aggiustamento di dette norme al fine di renderle adattabili a situazione specifiche.

Ora, la questione che si pone è la seguente: **è necessario un cambiamento nel regime di tassazione internazionale perché il regime tradizionale, fondato sulla c.d. “economia dei mattoni”, non soddisfa i requisiti dell’attuale mondo digitalizzato?** Sul tema, si ricorda che, al momento della redazione del presente elaborato, non può ancora parlarsi di un’effettiva riforma del sistema fiscale internazionale, seppur nel merito varie siano state le argomentazioni che hanno lasciato le basi per un concreto intervento nel prossimo futuro, soprattutto in relazione all’introduzione di un approccio condiviso a livello internazionale. Da notare, è anche che diversi sono stati gli Stati, soprattutto europei, tra cui l’Italia, che hanno introdotto, a titolo temporaneo, imposte sui servizi digitali ai fini della tassazione delle attività d’impresa nello Stato di destinazione, anche in assenza di un collegamento territoriale<sup>194</sup>.

Lo scopo di tale trattazione è quindi quello di delineare l’evoluzione del pensiero accademico e politico circa la tassazione dell’economia digitale, partendo dall’analisi dei primi interventi avvenuti a livello internazionale per mezzo del Progetto BEPS nel 2015 (*Action 1*), il quale ha avuto il compito di constatare che la digitalizzazione dell’economia non è altro che parte della naturale evoluzione di un modello economico divenuto globale e quindi una sfida che necessita di essere fronteggiata, e proseguendo poi con l’esame delle proposte giunte in sede europea nel 2018, considerate come una sorta di intervento necessario derivante dall’inerzia dell’OCSE, per infine concludere con la delineazione dell’Approccio Unificato, teorizzato per la prima volta per mezzo della Proposta del Segretariato OCSE pervenuta nel 2019 e poi approfondito dall’*OCSE/G20 Inclusive Framework* nel gennaio 2020, il quale propone un nuovo approccio per la tassazione dei gruppi multinazionali, digitali e non.

Prima di proseguire con la trattazione, risulta però utile delineare quelle che si sono dimostrate essere le motivazioni alla base delle proposte favorevoli ad un intervento sul sistema fiscale internazionale:

a) *Il dibattito BEPS: la distorsione della competizione*

In primo luogo, è da ricordare il dibattito BEPS relativo all’economia digitale, il quale si fonda su una sostanziale **distorsione della competizione** derivante dall’assenza di un’efficiente sistema di soggezione a tassazione delle imprese digitali<sup>195</sup>. Il presupposto fondante fa riferimento al fatto che i gruppi multinazionali, operanti in contesti digitali, beneficiano di un enorme vantaggio competitivo rispetto ai business domestici perché, oltre a godere dell’assenza di una sostanziale tassazione nel “*market country*”, beneficiano altresì, sulla base dell’elevata mobilità che caratterizza i loro business, della possibilità di scegliere ove localizzare le loro attività e quindi prediligere giurisdizioni

---

<sup>194</sup> Si vedano, in qualità di pubblicazioni accademiche più recenti: BRAUNER Y. – PISTONE P., *Adapting Current International Taxation to New Business Models: Two Proposals for the European Union*, in 71 *Bulletin for International Taxation*, n. 12/2017.; KOFLER G. – MAYR G. – SCHLAGER C., *Taxation of the Digital Economy: “Quick Fixes” or Long-Term Solution?*, in 57 *European Taxation*, 2017, Journals IBFD. Sul superamento del legame fra sovranità fiscale e territorio, in qualità di pubblicazione più recente, si veda: GREGGI M., *Rise and Decline of the Westphalian Principle in Taxation: The Web tax Case*, in *EC Tax Review*, 2020, p. 6 ss.

<sup>195</sup> OECD (2015), *Addressing the Tax Challenge of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, par. 180 ss.

caratterizzate da livelli di tassazione vantaggiosa. In tale contesto, una modifica del sistema fiscale relativo a beni e servizi digitali non ha come scopo la riallocazione dei diritti impositivi ma, perlopiù, la previsione della possibilità di assoggettare a tassazione nel Paese ove sono localizzati i consumatori (i.e. *market country*) quei profitti sui quali non è stato applicato un onere fiscale adeguato, perché, appunto, il Paese di residenza o lo Stato della fonte prevede un livello di tassazione inferiore a quello invece previsto dalla giurisdizione di mercato. Lo scopo resta quindi quello di evitare l'erosione della base imponibile e la collocazione dei profitti in giurisdizioni fiscalmente vantaggiose.

b) *I ricavi*

In secondo luogo, altre proposte favorevoli ad un intervento sul sistema fiscale internazionale affondano le proprie motivazioni nel profilo dei **ricavi**. Queste proposte sono circoscritte ad un numero limitato di grandi gruppi multinazionali come *Apple*, *Google* o *Amazon*, i quali generano ingenti profitti senza però essere soggetti a livelli di tassazione significativa nel *market country*. Ciò comporta essenzialmente una “perdita” per la giurisdizione in cui è situato il consumatore perché, data l'assenza di un collegamento territoriale, questo non ha alcuna potestà impositiva nei confronti delle imprese ivi operanti e dematerializzate. Si parla perciò di sostanziale difficoltà di raccolta di una potenziale base imponibile da cui consegue la ricerca di un elemento idoneo a dimostrare l'esistenza di un collegamento effettivo<sup>196</sup>. Sul punto, va sottolineato che diverse sono le difficoltà che si potrebbero riscontrare nell'allocazione dei profitti a molteplici giurisdizioni e quindi, di conseguenza, elevate sarebbero le possibilità che si realizzino fenomeni di doppia imposizione, considerato soprattutto che alla giurisdizione di mercato si aggiungono anche lo Stato di residenza e l'eventuale Stato della fonte, i quali concorrerebbero a tale “condivisione della base imponibile”, in ragione della loro legittima potestà impositiva, sulla base di un medesimo collegamento territoriale.

c) *Il nuovo nexus*

Ultima motivazione alla base di una riforma del sistema fiscale internazionale rinvia a fattori storici. In questo caso, il **riaggiustamento dei fattori di connessione** (i.e. *nexus*)<sup>197</sup> viene visto come elemento fondamentale perché conforme all'evoluzione del contesto economico e non contrario ai

---

<sup>196</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*, COM(2017)547 final, 21 settembre 2017, p.2; *International Alliance for Principled Taxation, Comment*, in: OECD (2017), *Tax Challenge of Digitalisation, Comments Received on the Request for Input – Part II*, 25 ottobre 2017, p. A-7/64, par. 24.

<sup>197</sup> *The BEPS Monitoring Group*, in: OECD (2017), *Tax Challenge of Digitalisation, Comments Received on the Request for Input – Part I*, 25 ottobre 2017, p. 4/23; *Loyens & Loeff, Comment*, in: OECD (2017), *Tax Challenge of Digitalisation, Comments Received on the Request for Input – Part II*, 25 ottobre 2017, p. 3/136 ss.; PINTO D., *Options to Address the Direct Tax Challenges Raised by the Digital Economy – A Critical Analysis*, in *65 Canadian Tax Journal*, 2017, p. 291.; BAEZ A. – BRAUNER J., *Withholding Taxes in Service of BEPS Action 1: Address Tax Challenges of Digital Economy*, in *WU International Taxation Research Paper Series*, n. 14/2015; BRAUNER Y. – PISTONE P., *Adapting Current International Taxation to New Business Models: Two Proposals for the European Union*, in *71 Bulletin for International Taxation*, n. 12/2017; D. W. BLUM, *Permanent Establishment and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined?*, in *69 Bulletin for International Taxation*, 2015, p. 314.

principi generali di tassazione<sup>198</sup>. Nello specifico, si evidenzia come la concorrenza impositiva tra Stato di residenza e Stato della fonte derivi dall'ipotesi implicita per cui gli scambi transfrontalieri di beni e servizi necessitano di una stabile organizzazione o di una sussidiaria nel secondo Stato, ne consegue che è naturale che una parte dei profitti sia attribuita a tale ultimo Stato e quindi ivi tassata. Ora, l'economia digitale comporta la crisi della base su cui si fondano i trattati vigenti, andando a minacciare l'equilibrio nella condivisione degli utili, considerato che la sede fissa non risulta più necessaria al fine di porre in essere le attività di impresa<sup>199</sup>. La sopra menzionata dematerializzazione dell'impresa digitale è il motivo per cui lo Stato della fonte perde di rilevanza, lasciando spazio alla giurisdizione di mercato, la quale diviene il luogo in cui il valore è creato perché coincidente con il luogo di insediamento degli utenti. Da tale punto di vista, l'obiettivo delle giurisdizioni di mercato di partecipare a detta divisione dei profitti sembra più che legittimo e richiede, necessariamente, un riallineamento dei diritti impositivi.

Entrando di nuovo nel merito dei collegamenti territoriali tradizionalmente previsti, l'“*economic allegiance*”, menzionata dalla *League of Nations* nel 1920, è da intendersi, insieme alla “*personal allegiance*”, quale presupposto fondamentale alla base dei diritti impositivi detenuti da uno Stato contraente<sup>200</sup>. Nello specifico, un contribuente persona fisica beneficia dei servizi che gli vengono offerti per effetto del suo “contributo alla spesa pubblica” in ragione della sua residenza (i.e. *personal allegiance*) o in ragione di un collegamento economico al territorio in questione (i.e. *economic allegiance*). Allo stesso modo, l'esistenza di una stabile organizzazione è da considerarsi come fonte di un collegamento di carattere economico con lo Stato della fonte e i profitti dalla stessa realizzati sono, di conseguenza, tassati in detto territorio<sup>201</sup>. Ora, è opinione prevalente<sup>202</sup> che, ad oggi, ai fini della penetrazione di un mercato e per poter beneficiare dei beni pubblici offerti da detto Stato, l'*economic allegiance* non richiede più la presenza fisica del contribuente, anzi è sufficiente il riferimento ad una “significativa presenza digitale”. Ciò che si rende difficoltoso in tale ambito, è stabilire quando un mercato può considerarsi sufficientemente penetrato da una presenza digitale

---

<sup>198</sup> Rispetto al punto b) vi è una fondamentale differenza. Sebbene entrambe le motivazioni giungano alla medesima conclusione, ossia alla necessaria rivisitazione dei criteri di collegamento ad oggi previsti, nel primo caso (lettera b) tale riaggiustamento deriva dalla necessità/volontà delle giurisdizioni di mercato di assoggettare a tassazione dei ricavi che sono, per queste, di loro spettanza. Di converso, nel secondo caso (lettera c), la rideterminazione dei criteri di collegamento risulta inserita nella normale evoluzione del contesto storico di riferimento: se prima il valore era creato nello Stato della fonte, ora questo è creato nella giurisdizione di mercato perché creato dagli stessi utenti.

<sup>199</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament and Council, A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*, COM(2017)547 final, 21 settembre 2017, p.3 ss.; OECD (2015), *Addressing the Tax Challenge of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, para 27 ss.

<sup>200</sup> OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, par. 28.

<sup>201</sup> OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, par. 35.

<sup>202</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*, COM(2017)547 final, 21 settembre 2017, p.2

significativa, affinché alla stessa siano attribuiti parte dei profitti realizzati dall'impresa digitale. Inoltre, va specificato che, seppur il concetto di *economic allegiance* possa essere utilizzato quale nesso generico per giustificare l'esistenza di un collegamento effettivo con un dato territorio, è necessario stabilire soglie qualitative e quantitative per evitare la moltiplicazione di piccole stabili organizzazione in molteplici Stati, fattore che comporterebbe solo un aumento dei fenomeni di doppia imposizione. Secondo altri<sup>203</sup>, invece, il concetto di "stabile presenza digitale" non risulta sufficiente al fine di poter configurare una stabile organizzazione in un Paese estero perché il c.d. *virtual marketplace*, ossia il luogo ove le società "stabiliscono" le loro piattaforme e gli utenti condividono i dati di valore (i.e. *big data*), appare di difficile individuazione, soprattutto considerato che la traccia lasciata dagli *users* sta divenendo sempre più lieve, vista la predisposizione verso l'utilizzo di software o database online e la riduzione dei download di detti servizi. Visto, infine, che il concetto di *economic allegiance* non chiarisce come debbano essere divisi i profitti tra i vari Stati interessati, permane la suscettibilità a fenomeni di doppia imposizione derivante dalla concorrente potestà impositiva di una molteplicità di giurisdizioni.

Chiarito quanto sopra, è utile sottolineare che vi sono due ipotesi fondamentali alla base di ogni considerazione relativa alla *digital economy*. In primo luogo, la digitalizzazione dell'economia rende più semplice la fornitura di beni e servizi al consumatore mondiale, senza il bisogno di creare una stabile organizzazione fisica o una sussidiaria nella giurisdizione del mercato di riferimento (i.e. *market jurisdiction*); in secondo luogo, i modelli di business dietro al successo di imprese operanti nel mercato digitale sono prevalentemente fondati su beni intangibili, quali possono essere brevetti, algoritmi, etc., e su economie di scala, sostanzialmente connesse al network di consumatori che queste attirano. Ciò comporta che i gruppi multinazionali possano scegliere dove localizzare le funzioni centrali e i driver di valore, anche prediligendo giurisdizioni differenti rispetto a quella di residenza del consumatore finale (i.e. giurisdizione di mercato) o della stessa casa-madre.

Alla luce di dette ipotesi, la problematica è la seguente: allo stato attuale i profitti generati da un fornitore estero di beni e servizi digitali non sono soggetti a tassazione nel paese ove è localizzato il consumatore ma bensì nel paese dove risiede il fornitore, ovvero è insediato per mezzo di stabile organizzazione e quindi dove le funzioni di business sono poste in essere. Ne consegue che una porzione significativa di detti profitti, derivanti effettivamente dal paese ove è localizzato il consumatore, è sottratta a tassazione in tale ultima giurisdizione.

---

<sup>203</sup> HONGLER P. – PISTONE P., *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, in *IBFD Working Paper*, 20 gennaio 2015; BRAUNER Y. – PISTONE P., *Adapting Current International Taxation to New Business Models: Two Proposals for the European Union*, in *71 Bulletin for International Taxation*, n. 12/2017.

## 2.1. L'orientamento OCSE: *BEPS Action 1 "Address the Tax Challenges of the Digital Economy"*<sup>204</sup>

Fin dagli anni Novanta la tassazione della *digital economy* è stata oggetto di un continuo e progressivo dibattito. Agli arbori di tale discussione, l'orientamento dell'OCSE appariva diviso, vi erano, da un lato, fautori di un c.d. *revolutionary approach*, volto all'introduzione della "*bit tax*", ossia un'imposta gravante sul traffico commerciale interattivo, la quale utilizzava quale unità di misura i *bit* ai fini della quantificazione del traffico online, e, dall'altro, sostenitori di un approccio volto all'applicazione dei principi tradizionali del diritto tributario all'economia digitale, definito come "*status quo approach*". La prevalenza del secondo orientamento fu per la prima volta sancita dalla conferenza OCSE tenutasi ad Ottawa nell'ottobre del 1998, nell'ambito della quale venne pubblicato il Report "*Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions*" che individuava cinque principi base su cui la tassazione della *digital economy* doveva fondarsi, ossia: (i) neutralità della tassazione tra diverse forme di commercio elettronico e tra commercio elettronico e commercio tradizionale; (ii) efficienza, per cui i costi di *compliance* per i contribuenti e i costi per le amministrazioni dovevano essere ridotti al minimo; (iii) certezza e semplicità delle norme tributarie, in modo tale che i contribuenti potessero conoscere in anticipo il trattamento fiscale delle transazioni che ponevano in essere; (iv) effettività ed equità, per cui la possibilità di evasione ed elusione fiscale fosse minimizzata attraverso contromisure proporzionate ai rischi impliciti; e (v) flessibilità, ossia configurazione di sistemi fiscali flessibili e dinamici, di modo da renderli adattabili ai continui sviluppi della tecnologia<sup>205</sup>.

Invero, era già evidente nel 2004 che gli istituti classici del sistema tributario internazionale, per effetto del loro usuale riferimento ad attività economiche "materiali", risultavano inadatti a cogliere l'essenza del fenomeno della *digital economy*<sup>206</sup>. Date le emergenti necessità di chiarezza, soprattutto in relazione alle modalità di applicazione della normativa tradizionale alla *new economy*, tale tema è divenuto gradualmente sempre più rilevante e, in tale ambito, il Progetto BEPS ha ricoperto un ruolo fondamentale. Premesso che il pacchetto di misure BEPS ha provveduto, oltre che a definire le norme di riparto della potestà impositiva tra Stati per mezzo dell'*Action 7 (Permanent establishment status)*, dell'*Action 6 (Prevention of tax treaty abuse)* e dell'*Action 15 (Multilateral Instrument)*, le quali hanno contribuito a definire il concetto di "stabile organizzazione virtuale" o "digitale", questo ha altresì sottolineato la necessità, nonché l'importanza, di identificare i principali punti di attrito tra le forme e le strategie della nuova economia e le regole del diritto fiscale internazionale per mezzo dell'*Action 1 (Tax Challenges Arising from Digitalisation)*. In sintesi, tale Progetto ha rappresentato il primo sostanziale rinnovo della normativa fiscale internazionale dell'ultimo secolo, motivo per il quale lo stesso può essere anche inteso come punto di rottura, ossia come strumento per

---

<sup>204</sup> OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<sup>205</sup> Sul punto, è da specificare che i cinque principi elencati sono stati successivamente ritenuti dalla *Task Force* tenuta all'elaborazione del *discussion draft* che ha preceduto la pubblicazione dell'*Action 1* del Progetto BEPS come una valida base per lo sviluppo degli interventi OCSE in materia. Si veda OECD (2014), *Public Discussion Draft, BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy*, 24 marzo 2014 – 14 aprile 2014, p. 6.

<sup>206</sup> Sul punto, si veda OECD (2004), *Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for E-Commerce? – 2004 Final Report*.



la creazione di un'economia moderna, equa e giusta oppure il mezzo per sancire "il fallimento dei politici nazionali di guardare al di là dei loro limiti (o delle prossime elezioni)"<sup>207</sup>.

Entrando nel merito dell'*Action 1*, è da sottolineare che, seppur diverse siano state le potenziali soluzioni proposte nel *Discussion draft*<sup>208</sup> che ha preceduto la pubblicazione del Report Finale nel 2015, l'OCSE ha proteso nelle sue conclusioni verso la (futura) introduzione del concetto di "presenza economica significativa", al fine di configurare una stabile organizzazione nella *market jurisdiction*<sup>209</sup>, nonché all'introduzione di una *withholding tax* sui servizi digitali, quale soluzione a titolo temporaneo. Le considerazioni dell'OCSE si propongono di **ricercare criteri in forza dei quali sarebbe possibile prevedere l'imposizione dei profitti prodotti da un'entità "virtuale" in ogni giurisdizione ove risiedono i suoi clienti**<sup>210</sup>. Sul punto, le principali questioni che sono state sollevate sono riconducibili a tre macro-questioni: il *nexus*, quale elemento di collegamento con un dato territorio; i *data*, rilevanti per l'attribuzione del valore creato in un determinato mercato; e la *characterisation*, legata alla caratterizzazione dei pagamenti per i nuovi prodotti digitali. Secondo la *task force* deputata dall'OCSE alla *digital economy*, il solo manifestarsi di una presenza economica significativa dell'impresa estera in un dato Stato, sarebbe elemento sufficiente a creare una connessione tale da rendere imponibili i profitti ivi generati. Detta manifestazione potrebbe rilevarsi sulla scorta di alcuni fattori predeterminati, riconducibili a tre macro-classi, ossia:

- a) i *revenue-base factors*, riferiti ai livelli di ricavi derivanti dai clienti situati in un determinato paese. Nel merito, risulta altresì necessario considerare le transazioni poste in essere, ossia i ricavi generati da transazioni digitali intervenute con clienti attraverso una piattaforma digitale dell'impresa; il livello della soglia superata la quale si identifica una significativa presenza economica; nonché le capacità delle Amministrazioni fiscali di identificare e misurare le vendite a distanza;
- b) i *digital factors*, ossia quei fattori significativi riferiti, ad esempio, alla creazione di *local domain name* (i.e. account locali necessari per cedere prodotti e servizi in un determinato paese), o di piattaforme digitali locali, utilizzate per stipulare contratti con i consumatori e proporre i prodotti/servizi, o ancora l'utilizzo di metodi di pagamento locali, ossia la possibilità di pagare in valuta locale;

---

<sup>207</sup> Cfr. RUSSO R., *Base erosion and profit shifting*, in F. BOCCIA – B. LEONARDI, *The challenge of digital economy Printforce*, 2016, pag. 39.

<sup>208</sup> Ci si riferisce alle opzioni configurate nel OECD (2014), *Public Discussion Draft, BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy*, 24 marzo 2014 – 14 aprile 2014, ossia (i) l'abolizione della c.d. *negative list*, contenuta al paragrafo 4 dell'art. 5 della Convenzione Modello OCSE; (ii) la possibilità di creare un nuovo criterio di collegamento fondato sulla "presenza digitale significativa" dell'impresa nell'economia del territorio di uno Stato diverso da quello di residenza stabilendo parametri relativi alla tipologia di attività posta in essere, alle modalità di conclusione dei contratti e alle tecniche di pagamento; nonché (iii) l'introduzione di una nuova configurazione di stabile organizzazione "virtuale" come concetto *ad hoc* per le imprese della *digital economy*.

<sup>209</sup> OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, pag. 108.

<sup>210</sup> Per un approfondimento, si veda URICCHIO A.F., *A Few Ideas for Reforming Internet Taxation*, in F. BOCCIA – R. LEONARDI (a cura di), *The Challenge of the Digital Economy Markets, Taxation and Appropriate Economic Models*, Springer International Publishing, 2016.

- c) gli *user-based factors*, i quali valutano i dati e gli elementi che possono ricavarsi attraverso l'interazione con la clientela. Si fa in tal senso riferimento al *Monthly Active Users* (MAU), relativo al numero di utenti attivi mensili che visitano abitualmente la piattaforma digitale; al numero di contratti regolarmente conclusi con clienti locali; o al volume dei contenuti raccolti attraverso la piattaforma digitale in un arco temporale annuale.

Nonostante quando definito, la conclusione del Report Finale è stata essenzialmente quella di **posticipare la discussione inerente alla *digital economy*** ad un momento successivo al recepimento delle altre misure pure elaborate in sede del Progetto BEPS, invitando altresì ciascuno Stato ad astenersi dal dare attuazione ad ogni specifica iniziativa, considerato che le menzionate misure avrebbero avuto un impatto sostanziale di contrasto all'erosione della base imponibile, anche con riguardo al mercato digitale. Per tale ragione, la *digital economy* non si è posizionata, fino al 2017/2018, ossia agli anni in cui sono state pubblicate le conclusioni OCSE inerenti alle singole azioni del Progetto BEPS, al centro del dibattito fiscale internazionale, divenendo ora, invece, argomento di ampio interesse. È comunque da notare che, al tempo, tali questioni erano state definite alquanto complesse, motivo per il quale era stata altresì riconosciuta la necessità di studi ed approfondimenti da effettuarsi in un arco temporale significativo per una loro compiuta definizione<sup>211</sup>. In ultima analisi, risulta ancora necessario evidenziare che la decisione di rinviare il dibattito inerente all'economia digitale, deriva dalla constatazione dell'**assenza di una radicale differenza tra le problematiche inerenti alla stessa e quelle invece relative a modelli di business tradizionali**.

È perciò evidente come, alla stregua della presente analisi, emerga l'**approccio "conservativo"** dell'OCSE (i.e. *status quo approach*). D'altro canto, la compartimentalizzazione della disciplina fiscale internazionale inerente all'economia digitale e quindi la creazione di un sistema *ad hoc* che facesse da barriera a 360° alle opportunità di *tax planning*<sup>212</sup> è sempre risultato uno scenario, ad opinione dell'OCSE, improbabile, motivo per il quale doveva tendersi ad un aggiustamento degli istituti classici del diritto tributario internazionale al fenomeno in oggetto<sup>213</sup>. Inoltre, è da notare che la creazione di uno "statuto" dell'economia digitale comporterebbe una distorsione della concorrenza, risultando altresì contrario alle auspiccate considerazioni dell'OCSE per cui dall'economia digitale dovrebbero derivare una serie di benefici, in termini di crescita, impiego e *welfare*<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> Cfr. VALENTE P., *Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE "Addressing Base Erosion and profit Shifting"*, in *il fisco*, n. 12/2013, p. 1802.

<sup>212</sup> OECD (2014), *Public Discussion Draft, BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy*, 24 marzo 2014 – 14 aprile 2014, p. 63.

<sup>213</sup> TRABATTONI G., *Il discussion draft BEPS sull'economia digitale: verso un approccio davvero nuovi ai criteri di tassazione?*, in *il fisco*, n. 25/2015, p. 2484.

<sup>214</sup> OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, par. 243.

## 2.2. La vision europea

La Comunicazione della Commissione europea del 21 settembre 2017, riguardante “Un sistema fiscale equo ed efficiente nell’Unione europea per il mercato unico digitale”<sup>215</sup>, ha affrontato le questioni attinenti alle sfide fiscali poste dalla digitalizzazione dell’economia globale, evidenziando la necessità di un sistema di tassazione equo, efficiente ed adeguato<sup>216</sup>, visto e considerato che “in assenza di una presenza fisica, le vigenti regole internazionali non permettono di tassare i profitti dell’economia digitale dove il valore è creato”. Ne deriva, un approccio, rispetto a quello adottato in sede OCSE, più orientato alla **rottura dei modelli tradizionali**, seppur possa dirsi nel rispetto dei principi generali relativi agli scopi, nonché alla struttura, dei regimi fiscali internazionali. Successivamente alla Comunicazione di cui sopra e date le conclusioni degli altri organi unionali a riguardo<sup>217</sup>, la Commissione ha presentato, in data 21 marzo 2018, un pacchetto di misure per la tassazione equa dell’economia digitale, composto da una Raccomandazione e due Direttive, il cui effetto auspicato era quello di adeguare le norme attuali sulla tassazione delle imprese digitali a livello unionale, per mezzo del recepimento delle due Direttive, l’una in materia di “significativa presenza digitale” e l’altra inerente all’“imposta sui servizi digitali”, invitando gli Stati membri ad inserire tali soluzioni nelle rispettive Convenzioni in materia di doppia imposizione stipulate con giurisdizioni terze per mezzo della Raccomandazione<sup>218</sup>. In merito alle Direttive, rispettivamente COM(2018) 147 e COM(2018) 148, la prima è stata identificata quale soluzione finale per la tassazione dell’economia digitale, avendo ad oggetto l’introduzione di una nuova fattispecie di stabile organizzazione, fondata sul concetto di creazione di valore da parte degli utenti, mentre, la seconda, identificata quale soluzione temporanea, consiste in un’imposta *ad hoc* finalizzata alla tassazione dei ricavi lordi derivanti dalla fornitura di alcune tipologie di servizi digitali, erogati da soggetti di ingenti dimensioni (i.e. colossi del *digital*).

### 2.2.1. La proposta di regime definitivo: tassazione della presenza digitale significativa

La Proposta di Direttiva COM 147 si pone come risposta alla necessità di un intervento volto ad adeguare all’economia digitale le norme relative all’imposta sulle società, per mezzo dell’introduzione della nozione di “**stabile presenza digitale significativa**”, ossia di un’ipotesi integrativa rispetto alla casistica già prevista e disciplinata dalle vigenti disposizioni domestiche ed europee in tema di stabile organizzazione, ai fini della tassazione dei redditi societari. Sul punto, si evidenzia che la volontà di collocare la tassazione nel

---

<sup>215</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*, COM(2017)547 final, 21 settembre 2017, p.2

<sup>216</sup> Sul tema, si veda TESAURO F. – CANESSA N., *Economia digitale. Aspetti civilistici e fiscali*, Milano, 2002; MASTROIACOVO V., *Il controllo, l’accertamento e la riscossione dei crediti tributari derivanti da transazioni telematiche*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, IV, p. 23.

<sup>217</sup> Le proposte della Commissione europea inerenti alla *digital economy* sono state ben viste dal Consiglio europeo, come riportato nelle conclusioni del 19 ottobre 2017, nonché dal Consiglio ECOFIN, il quale, nelle conclusioni del 5 dicembre 2017, oltre a mostrare apprezzamento per le proposte della Commissione, tenuto conto delle riflessioni dell’OCSE in materia, centrali nella sfida della tassazione dell’economia digitale, ha altresì invitato la Commissione ad approfondire possibili misure a carattere temporaneo ed in particolare un contributo sulle entrate digitali nell’UE (c.d. *equalization levy*, identificata quale “contributo di perequazione” sui ricavi derivanti dalle transazioni digitali).

<sup>218</sup> Raccomandazione della Commissione europea, C(2018) 1650 final, 21 marzo 2018.

luogo ove si realizza la sostanza economica dell'operazione, ha sempre rappresentato uno degli obiettivi sovraordinati del Progetto BEPS<sup>219</sup>, ribadito poi anche per mezzo della relazione intermedia sulla tassazione dell'economia digitale presentata ai ministri delle Finanze del G20 nel marzo 2018<sup>220</sup>, culminata con la redazione di un Programma di Lavoro nel maggio 2019<sup>221</sup> inerente alle sfide derivanti dalla digitalizzazione dell'economia e seguito dalla proposta di un approccio unificato da adottare su base globale. Sul punto, si rende necessario anticipare che quello che è stato poi l'orientamento più recente in sede OCSE, risulta differente rispetto all'orientamento unionale perché improntato verso la ricerca di una soluzione con un ambito di applicazione largamente più ampio.<sup>222</sup> In ogni caso, l'intervento unionale deriva dalla volontà dell'UE di contribuire ai lavori dell'OCSE, per mezzo dell'esplicazione della propria visione circa la sfida globale derivante dall'economia digitale<sup>223</sup>.

Nel merito, si ricorda che le attuali norme non consentono di tenere conto della portata globale di attività digitali per le quali la presenza fisica non costituisce un requisito per poter fornire servizi. Dette norme si basano sul principio per cui gli utili dovrebbero essere tassati nel luogo in cui il valore è creato, tuttavia sono state concepite per settori tradizionali e definiscono il presupposto di tassazione, nonché l'ammontare da assoggettare alla stessa, perlopiù in base al concetto di "presenza fisica", senza quindi tenere conto del valore creato dalla partecipazione degli utenti in una data giurisdizione. È opinione condivisa nel contesto europeo, che la normativa attuale comporti una distorsione della concorrenza, incidendo quindi negativamente sulle entrate pubbliche. Alla luce di ciò, la Commissione Europea trova necessario prevedere nuovi indicatori della presenza economica significativa, al fine di determinare i diritti impositivi di uno Stato membro in relazioni ai nuovi modelli di impresa digitale. In proposito, la Commissione è giunta alla conclusione che, al fine di poter adeguatamente valutare ed indentificare le attività immateriali, trattandosi delle principali attività caratterizzanti l'impresa digitale, sia necessaria l'introduzione di nuovi metodi per l'attribuzione degli utili ai menzionati nuovi modelli di impresa. La Direttiva si propone, quindi, di introdurre un criterio di attribuzione

---

<sup>219</sup> Cfr. PELLEGRINI D., *Annotazioni a margine di una sentenza di merito in tema di esteroinvestizione societaria: la nozione di residenza fiscale delle società tra episodi giurisprudenziali interni e direttrici evolutive BEPS*, in *Dir. prat. trib.*, 2007, 3, p. 1148, op. cit.: "Metto conto preliminarmente rilevare come uno degli obiettivi sovraordinati all'implementazione del Progetto BEPS è quello di ancorare l'imposizione nel luogo ove si colloca la sostanza economica dell'operazione. L'obiettivo consegue alla constatazione della crescente difficoltà nell'individuazione dello Stato della fonte del reddito stante la tanto la dematerializzazione della ricchezza dovuta alla crescente affermazione delle nuove economie digitali che le multiformi strutture dei gruppi societari". Per un'analisi dell'Action 1 del Progetto BEPS si rimanda al paragrafo 2.1. del presente capitolo.

<sup>220</sup> OCSE (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris.

<sup>221</sup> OECD (2019), *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris.

<sup>222</sup> Si rimanda all'analisi del paragrafo 3 del presente capitolo inerente all'analisi della soluzione globale proposta in sede OCSE.

<sup>223</sup> Sul tema, va precisato che è opinione dell'UE che la creazione della c.d. *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCCTB), ossia la creazione di una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società a livello europeo, costituirebbe la soluzione ottimale per garantire una tassazione maggiormente equa ed efficiente. Tuttavia, la CCCTB non offrirebbe una soluzione strutturale ai problemi connessi alla *digital economy*, avendo la stessa un campo di applicazione limitato, ossia circoscritto ai grandi gruppi multinazionali, e, soprattutto, considerato che questa segue la definizione di stabile organizzazione attualmente applicata a livello internazionale. Si renderebbe quindi comunque necessario un adattamento della CCCTB alle disposizioni della presente Direttiva.

(e distribuzione) dei poteri impositivi che tipizza un **collegamento basato sulla localizzazione di dati e sulla partecipazione dei clienti**.

Entrando nel merito della Direttiva in esame, questa si applica a tutte le “entità”, ossia a “qualsiasi persona giuridica o istituto giuridico che svolge la propria attività attraverso una società o una struttura trasparente ai fini fiscali” (Art. 3, par. 7, COM 147), indipendentemente dal luogo di residenza ai fini dell’imposta sulle società<sup>224</sup>, e si pone l’obiettivo di ampliare il concetto di stabile organizzazione in ciascuno Stato membro, prevedendo che “Ai fini dell’imposta sulle società, si considera che sussista una stabile organizzazione se esiste una presenza digitale significativa attraverso la quale è esercitata, in tutto o in parte, un’attività” (Art. 4, par. 1, COM 147). L’articolo 4 continua poi prevedendo che “Si considera che esista una “presenza digitale significativa” in uno Stato membro nel corso di un periodo di imposta<sup>225</sup> se l’attività svolta attraverso di essa consiste interamente o in parte nella **fornitura di servizi digitali tramite un’interfaccia digitale [...]**” (Art. 4, par. 3, COM 147). Dove, per interfaccia digitale si intende “qualsiasi software, compresi i siti web o parte di essi e le applicazioni, anche mobili, accessibili agli utenti” (Art. 3, par. 2, COM 147) e per servizi digitali si intendono “i servizi forniti attraverso internet o una rete elettronica, la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata e richiede un intervento umano minimo, impossibili da garantire in assenza della tecnologia dell’informazione [...]” (Art. 3, par. 5, COM 147)<sup>226</sup>. Ai fini dell’individuazione di una presenza digitale significativa, è altresì previsto che siano soddisfatte una o più delle seguenti condizioni da parte dell’entità che fornisce i suddetti servizi, ossia che:

- a) la parte dei **ricavi totali**, ottenuti nel corso di tale periodo d’imposta e **derivanti dalla fornitura di tali servizi digitali** a utenti situati nello Stato membro considerato nel corso di detto periodo d’imposta, sia superiore a 7.000.000 EUR<sup>227</sup>;

---

<sup>224</sup> Sul punto, si evidenzia che nel caso in cui si tratti società residenti in un paese terzo, risulta necessario che lo Stato estero abbia stipulato con lo Stato membro in questione una convenzione contro le doppie imposizioni che contiene le disposizioni previste agli artt. 4 e 5 della presente Direttiva, rispettivamente inerenti alla definizione di presenza digitale significativa e alla normativa per l’attribuzione alla stessa degli utili.

<sup>225</sup> Per periodo di imposta, si intende: “un anno fiscale, un anno civile o qualsiasi altro periodo applicabile ai fini dell’imposta sulle società” (Art. 3, par. 8, COM 147).

<sup>226</sup> L’art. 3, paragrafo 5, COM 147 cita, a titolo non esaustivo, servizi quali:

- a) La fornitura di prodotti digitali in generale, compresi software, loro modifiche e aggiornamenti;
- b) I servizi che veicolano o supportano la presenza di un’azienda o di un privato su una rete elettronica, quali un sito o una pagina web;
- c) I servizi automaticamente generati da un computer attraverso internet o una rete elettronica, in risposta a dati specifici immessi dal destinatario;
- d) La concessione, a titolo oneroso, del diritto di mettere in vendita un bene o un servizio su un sito internet che operi come mercato online, in cui i potenziali acquirenti fanno offerte attraverso un procedimento automatizzato e in cui le parti sono avvertite di una vendita attraverso posta elettronica generata automaticamente da un computer; e
- e) Le offerte forfettarie di servizi internet (*Internet service packages, ISP*) nelle quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e subordinato.

Non rientra, invece, tra i servizi digitali la vendita di beni o di servizi agevolata dal ricorso a internet o a una rete elettronica

<sup>227</sup> Per ricavi totali, si intendono: “i proventi della vendita e di altre operazioni, al netto dell’imposta sul valore aggiunto e di altri tributi e prelievi riscossi per conto delle agenzie governative, di natura monetaria o non, inclusi i proventi della cessione di attivi e diritti, gli interessi, i dividendi e altre distribuzioni di profitti, i proventi di liquidazioni, i canoni, i sussidi e le sovvenzioni, i doni ricevuti, le retribuzioni e le gratifiche. Tra i ricavi rientrano anche i doni di natura non monetaria effettuati da una società soggetta a imposta. Sono esclusi i capitali raccolti da una società soggetta a imposta (*equity*) o il debito a essa rimborsato” (Art. 3, par. 6, COM 147). Sul punto, si nota che “la parte di “ricavi totali” è determinata in proporzione al numero di volte in cui i dispositivi sono

- b) il **numero di utenti** di uno o più di tali servizi digitali che sono situati nello Stato membro considerato nel corso di tale periodo d'imposta, sia superiore a 100.000;
- c) il **numero di contratti commerciali per la fornitura di servizi digitali** che sono conclusi nel corso di tale periodo d'imposta da parte di utenti situati nello Stato membro considerato, sia superiore a 3.000.

Si ricorda che, ai fini del presente articolo, l'attività esercitata dall'entità in oggetto è riferita all'attività aggregata esercitata da parte di ciascuna delle imprese associate a detta entità<sup>228</sup>, inerente alla fornitura di servizi digitali per mezzo di un'interfaccia digitale. Le soglie menzionate hanno lo scopo di escludere i casi di scarso rilievo, nel merito, la soglia applicabile ai ricavi, è fissata in modo da coprire i costi stimati di *compliance* per la gestione di una S.O.; la soglia applicabile al numero di utenti dovrebbe riflettere un valore equivalente in termini monetari basato sui ricavi medi per utente; la soglia applicabile al numero di contratti dovrebbe, invece, permettere di tener conto unicamente dei contratti tra imprese.

In merito all'**individuazione dell'utente** nello Stato membro, sono diverse le osservazioni che risulta opportuno fare in relazione a ciascuna categoria di servizio. In riferimento alla fruizione di servizi digitali (Art. 3, paragrafo 5, lettere a e b), un utente si considera "situato in uno Stato membro" in un periodo d'imposta se questo utilizza un dispositivo in tale Stato membro nel corso di tale periodo d'imposta per accedere all'interfaccia digitale attraverso la quale sono forniti i servizi digitali. In merito alla "conclusione di contratti" (Art. 3, paragrafo 5, lettera c) per la fornitura di servizi digitali, un contratto si considera "commerciale" se l'utente lo conclude nel corso di un'attività commerciale, mentre un utente si considera "situato nello Stato membro" in un dato periodo d'imposta se è ivi residente ai fini dell'imposta sulle società, ovvero se vi opera per mezzo di stabile organizzazione. Lo Stato membro in cui è utilizzato un dispositivo dell'utente è determinato con riferimento all'indirizzo di protocollo internet (IP) del dispositivo<sup>229</sup> o, se più accurato, a qualsiasi altro metodo di geolocalizzazione.

---

utilizzati nel corso di tale periodo d'imposta da parte di utenti situati in tutto il mondo per accedere all'interfaccia digitale attraverso la quale sono forniti i servizi digitali" (Art. 4, par. 7, COM 147).

<sup>228</sup> Per impresa associata, si intende: "un'entità collegata alla specifica entità in questione in uno o più dei modi seguenti:

- a) una di essere partecipa alla gestione dell'altra, essendo nella posizione di esercitare un'influenza significativa sull'altra;
- b) una di essere partecipa al controllo dell'altra attraverso una partecipazione, diretta o indiretta, che supera il 20% dei diritti di voto;
- c) una di essere partecipa al capitale dell'altra mediante un diritto di proprietà, diretto o indiretto, che supera il 20% del capitale.

Nel caso in cui più di un'entità partecipi alla gestione, al controllo o al capitale della stessa entità in uno o più dei modi di cui alle lettere da a) a c), tutte queste entità sono considerate imprese tra loro associate. Nel caso in cui la stessa entità partecipi alla gestione, al controllo o al capitale di più di un'entità in uno o più dei modi di cui alle lettere da a) a c), tutte queste entità sono considerate imprese tra loro associate.

In caso di partecipazioni indirette, il rispetto dei criteri di cui alle lettere b) e c) è determinato moltiplicando le percentuali delle partecipazioni attraverso i livelli successivi. Un'entità che detiene più del 50% dei diritti di voto è considerata detentrici del 100%" (Art. 3, par. 9, COM 147).

<sup>229</sup> Per indirizzo di protocollo internet, si intende: "una serie di cifre assegnate a dispositivi di rete per facilitare la loro comunicazione via internet" (Art. 3, par. 3, COM 147).

In merito all'**attribuzione degli utili** alla presenza digitale significativa, l'art. 5 prevede che "Gli utili attribuibili a una presenza digitale significativa o in relazione a essa in uno Stato membro sono soggetti unicamente al regime di imposta sulle società di tale Stato". A norma del paragrafo 2 del citato articolo, i menzionati utili sono "quelli che la presenza digitale avrebbe realizzato se fosse stata un'impresa separata e indipendente che svolge attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe, in particolare nelle sue relazioni con altre parti dell'impresa, tenendo conto delle funzioni esercitate, degli asset utilizzati e dei rischi assunti, attraverso un'interfaccia digitale". Si assiste in tal senso ad un richiamo del **principio di libera concorrenza** e di conseguenza della previsione dell'art. 7 della Convenzione Modello OCSE. Sul punto, la Direttiva specifica altresì che gli utili attribuibili alla presenza digitale significativa o in relazione a essa devono essere determinati sulla base di un'**analisi funzionale**. Ne consegue che, al fine di definire le funzioni svolte, i rischi assunti e gli asset utilizzati dalla presenza digitale significativa, sia necessaria l'individuazione delle attività "economicamente rilevanti" svolte dalla stessa per mezzo di un'interfaccia digitale. In proposito, si considerano economicamente rilevanti quelle attività relative a dati o utenti, nonché quelle attività relative allo sviluppo, al potenziamento, al mantenimento, alla protezione e allo sfruttamento delle attività immateriali dell'impresa<sup>230</sup>. Al fine di determinare gli utili attribuibili a una presenza digitale significativa o in relazione a essa, il soggetto contribuente è tenuto all'utilizzo del **metodo di ripartizione degli utili**, a meno che lo stesso non dimostri che un metodo alternativo basato su principi accettati a livello internazionale sia più appropriato. I fattori di ripartizione possono comprendere le spese sostenute per la ricerca, lo sviluppo e la commercializzazione, nonché il numero di utenti e i dati raccolti per ciascuno Stato membro (Art. 5, comma 6, COM 147). In sintesi, l'AOA resta il principio di base per l'attribuzione degli utili alla S.O. identificata in una presenza digitale significativa, nonostante sia necessario un riadattamento del quadro normativo alla luce delle diverse dinamiche alla base della creazione di valore.

### 2.2.2. La proposta di soluzione provvisoria: il sistema di imposta comune su taluni servizi digitali

In sede di delineazione delle misure inerenti all'economia digitale previste dalla Commissione europea si è fatto riferimento alla Direttiva COM(2018) 148<sup>231</sup>, presentata quale "soluzione intermedia" di **imposta sui servizi digitali da applicarsi su base temporanea**, ossia in attesa dell'adozione di una soluzione globale. Sul punto, si ricorda che l'intervento dell'UE deriva dall'inerzia dell'OCSE nell'identificazione tempestiva di misure ed interventi idonei a raggiungere gli obiettivi in termini di tassazione della *digital economy* e che, detto intervento, è stato altresì volto a scongiurare l'adozione di soluzioni unilaterali da parte dei singoli Stati

---

<sup>230</sup> A titolo esemplificativo e non esaustivo, la Direttiva si propone di elencare le attività economicamente rilevanti svolte dalla presenza digitale significativa attraverso un'interfaccia digitale (Art. 5, comma 5, COM 147): a) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento e la visualizzazione dei contenuti generati dagli utenti; b) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi, la diffusione e la vendita di dati a livello di utente; c) la vendita di spazi pubblicitari online; d) la messa a disposizione sul mercato digitale di contenuti creati da terzi; e) la fornitura di qualsiasi servizio digitale non elencato alle lettere da a) a d).

<sup>231</sup> Direttiva del Consiglio europeo *relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali*, COM(2018) 148 final, 31 marzo 2018.

membri, troppo eterogenee tra loro ed in possibile contrasto con le esigenze del mercato<sup>232</sup>, seppur sia da notare, sul punto, che diverse sono state le misure già proposte dai singoli Stati, sia europei che non, tra cui l'Italia, volte alla tassazione nel breve termine delle attività di impresa poste in essere nello Stato di destinazione, anche in assenza di un radicamento territoriale<sup>233</sup>. Tali imposte, che presentano alcuni elementi propri delle imposte di consumo ed altri caratteristici delle imposte sui redditi, appaiono di incerta qualificazione dal punto di vista convenzionale<sup>234</sup>, considerato che la delimitazione del potere impositivo determinata dalle Convenzioni esistenti, opera solo per quelle fattispecie che rientrano nel rispettivo ambito di applicazione, quale definito dalle disposizioni corrispondenti all'art. 2 del Modello OCSE. Secondo il menzionato disposto, il Modello si applica alle sole imposte sul reddito, nonostante quella del "reddito" sia una nozione non specificatamente definita dallo stesso ma bensì rimessa alle disposizioni interne di ciascuno Stato contraente<sup>235</sup>. Ora, può considerarsi prevalente l'orientamento per cui la prospettata imposta UE **non costituisca imposta sui redditi ai fini convenzionali**, considerato che si applica sui ricavi lordi e ad un limitato *range* di servizi (caratteristica che la rende assimilabile alle accise) e, infine, che non risulta detraibile dall'imposta sul reddito. A tali considerazioni si aggiunge poi che, nel caso in cui non sia possibile determinare che una data imposta sia prelevata sul reddito perché di natura ibrida, questa deve considerarsi esclusa dall'ambito di applicazione dei trattati<sup>236</sup>. Invero, gli elementi da cui derivano i dubbi circa la categorizzazione dell'imposta sui servizi digitali, quali il fatto che questa gravi sui fornitori dei servizi e che nasca dall'intento di colmare una lacuna dell'attuale sistema di imposizione sui redditi, sono da considerarsi non sufficientemente rilevanti per categorizzarla come imposta sul reddito<sup>237</sup>.

Entrando nel merito della proposta unionale, la Direttiva COM 148 si pone l'obiettivo di istituire un sistema comune di imposta sui servizi digitali, di qui in avanti "ISD", applicabile ai ricavi lordi derivanti dalla

---

<sup>232</sup> È opinione della Commissione europea, come riportato nella Relazione inserita nella Direttiva COM(2018) 148, che "L'adozione unilaterale di misure non coordinate di questo tipo da parte degli Stati membri rischia di frammentare ulteriormente il mercato unico e di creare distorsioni della concorrenza, ostacolando così l'emergere di nuove soluzioni digitali e la competitività dell'Unione nel suo insieme".

<sup>233</sup> In riferimento alle misure adottate da Stati membri si menziona il tentato e rifiutato intervento promosso dinanzi al Parlamento norvegese relativo all'introduzione di una *web tax* domestica, il quale, di risposta, ha esortato il Governo a rafforzare i lavori in collaborazione con l'OCSE circa la tassazione delle multinazionali con ridotta presenza fisica; l'introduzione in Ungheria di un'imposta sulle telecomunicazioni che mira a tassare l'utilizzo di internet per le chiamate telefoniche; nonché l'introduzione della *web tax* italiana per mezzo della Legge di bilancio 2020. In merito ad interventi promossi da Stati non appartenenti all'UE, si menziona l'imposta sulla fornitura di beni e servizi digitali erogati da soggetti non residenti nei confronti di consumatori residenti in Australia, introdotta nel 2016 o l'*equalization levy* introdotta in India, sempre nel 2016, con la quale il committente che, nel corso dell'anno, a fronte di servizi dal contenuto digitale effettua un pagamento oltre una certa soglia ad una società non residente, priva di S.O., operante nel settore tecnologico, deve trattenere il 6% sull'importo lordo, da riversare all'erario.

<sup>234</sup> Sul punto si veda ISMER R. – JESCHECK J., *Taxes on Digital Services and the Substantive Scope of Application of Tax Treaties: Pushing Boundaries of Article 2 of the OECD Model?*, in *Intertax*, 2018, p. 574.

<sup>235</sup> Sul punto, è da notare che il Modello OCSE fa un generale riferimento a "tutte le imposte sul reddito [...], o su elementi di reddito" (Art. 2, para. 2, Modello OCSE), rimettendo la definizione di "reddito" alle disposizioni degli Stati contraenti. Si nota inoltre che le Convenzioni, in merito, si limitano a riportare una lista, non esaustiva, delle imposte che sono da considerarsi rientranti nell'ambito di applicazione della Convenzione al momento della sua stipula e, aggiunge poi, che sono altresì comprese quelle imposte identiche, o sostanzialmente simili, introdotte in date successive alla stipula della Convenzione in aggiunta, o in sostituzione, delle imposte esistenti (Art. 2, para. 3, Modello OCSE).

<sup>236</sup> TURINA A., *Which "Source Taxation" for the Digital Economy?*, in *Intertax*, 2018, p. 518.

<sup>237</sup> Per un approfondimento sugli aspetti generali e specifici dell'imposta, si veda HOHENWARTER D. – KOFER G. – MAYR G. – SINNING J., *Qualification of the Digital Service Tax Under Tax Treaties*, in *Intertax*, 2019, p. 140 ss.



fornitura di taluni servizi. Ne consegue che trattasi di un'imposta con una portata mirata, considerando che si applica ai soli ricavi derivanti dalla fornitura di determinati servizi digitali e che grava esclusivamente su fornitori che si caratterizzano per soglie di ricavi, sia a livello mondiale che unionale, elevate. La *ratio* dietro l'introduzione di tale imposta risiede nel fatto che i servizi in questione possono essere forniti a distanza, senza che il fornitore sia necessariamente stabilito nella giurisdizione in cui si trovano gli utenti e quindi dove è creato il valore, motivo per il quale trattasi dei modelli imprenditoriali, quelli digitali, all'origine del divario tra il luogo dove i ricavi sono tassati ed il luogo dove il valore è creato.

In riferimento all'**oggetto** dell'ISD, questa si applica ai soli **“servizi digitali in cui gli utenti contribuiscono significativamente al processo di creazione di valore”**. Si parla quindi di tassare i ricavi derivanti dal trattamento dei contributi degli utenti (i.e. *data*), piuttosto che la partecipazione degli utenti in sé. L'ISD sarebbe infatti dovuta in ragione della circostanza per cui gli utenti del servizio imponibile si trovano in un dato Stato membro in un determinato periodo di imposta, a prescindere dal fatto che gli utenti contribuiscano o meno finanziariamente a generare ricavi. In proposito, l'imposta mira a tassare i ricavi derivanti dalla **monetizzazione del contributo degli utenti**<sup>238</sup>, contributo che può derivare dai dati forniti dagli stessi, utilizzati poi per fornire pubblicità mirate o, altrimenti, trasferiti a soggetti terzi a titolo oneroso, ovvero dai collegamenti tra gli utenti, nonché dalle interazioni tra gli stessi, considerato infatti che il valore del servizio aumenta in funzione del numero di utenti che utilizzano l'interfaccia digitale<sup>239</sup> e, soprattutto, che per mezzo dell'interfaccia risulta altresì possibile agevolare le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente agli utenti, il che costituisce un'altra chiara forma di partecipazione degli stessi<sup>240</sup>.

Ai sensi del disposto dell'art. 4, si considera **soggetto passivo**, con riguardo ad un periodo di imposta, qualsiasi entità che abbia dichiarato per l'esercizio finanziario **ricavi totali a livello mondiale** superiori a 750 milioni di euro e che abbia altresì realizzato, durante l'esercizio finanziario pertinente, **ricavi imponibili nell'Unione Europea** superiori a 50 milioni di euro. La prima soglia limita l'applicazione dell'imposta ad imprese di grandi dimensioni, la cui posizione nel mercato è essenzialmente consolidata e mira quindi ad individuare quelle entità che beneficiano maggiormente degli effetti di rete, considerato che la capacità economica di detti soggetti passivi vada intesa come indice della loro capacità di attirare un elevato numero

---

<sup>238</sup> Si fa in tal senso riferimento ai c.d. *big data*, ossia alle informazioni destinate ad essere monetizzate in vari modi dalle multinazionali per generare ricchezza.

<sup>239</sup> Per interfaccia digitale, si intende “qualsiasi software, compresi i siti web o parte di essi e le applicazioni, anche mobili, accessibili dagli utenti” (Art. 2, par. 3, COM 148).

<sup>240</sup> Si riporta di seguito il testo integrale dell'art. 3, par. 1:

I ricavi derivanti dalla fornitura dei seguenti servizi da parte di un'entità sono considerati “ricavi imponibili” ai fini della presente direttiva:

- a) la collocazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti di tale interfaccia;
- b) la messa a disposizione degli utenti di un'interfaccia digitale multilaterale che permette loro di trovare altri utenti e di interagire con essi e che può anche agevolare le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente agli utenti;
- c) la trasmissione di dati raccolti e generati dalle attività degli utenti sulle interfacce digitali.

Nel merito, si specifica che i ricavi derivanti dalla fornitura di un servizio di cui dalla lettera a) a c) da parte di un'entità appartenente ad un gruppo consolidato ai fini della contabilità finanziaria a un'altra entità appartenente allo stesso gruppo, non sono considerati ricavi imponibili ai sensi della presente direttiva.

di utenti, requisito necessario affinché il modello imprenditoriale risulti redditizio. Altro scopo di tale soglia risulta quello di favorire certezza impositiva, permettendo alle imprese e alle autorità fiscali di stabilire più facilmente e a minor conto se un'entità risulta debitrice dell'ISD, considerato che non risulta necessaria la tenuta di conti separati inerenti ai servizi digitali imponibili ma che la suscettibilità ad imposta è legata all'ammontare dei ricavi totali. In merito alla seconda soglia (importo totale annuo dei ricavi imponibili nell'UE), questa è volta a limitare l'applicazione dell'imposta ai casi in cui vi sia un'impronta digitale significativa a livello europeo. Si precisa che, nel caso di imprese appartenenti a gruppi consolidati ai fini della contabilità finanziaria<sup>241</sup>, le due soglie di cui sopra sono da applicarsi ai ricavi complessivi del gruppo.

La **base imponibile** dell'ISD è data dai **ricavi lordi** dell'impresa percepiti in cambio della fornitura di servizi digitali, come sopra delineati, al netto dell'IVA e di altre imposte analoghe. Presupposto dell'imposta risulta quindi essere il “valore prodotto” dagli utenti nell'utilizzo dei servizi, forniti da un'autonoma organizzazione d'impresa, tramite piattaforma digitale. Trattasi di imposta applicabile sia alle operazioni *business to business* che *business to consumer* perché, seppur soggetto passivo sia un imprenditore o un'impresa, “utente” è considerata qualsiasi persona o impresa, senza quindi necessità che si tratti di un consumatore finale. Nell'individuazione del “valore prodotto” risiede la principale criticità della misura proposta, soprattutto in quei casi in cui la fornitura di servizi non avviene a titolo oneroso. Il modello del tributo intende valorizzare la “ricchezza” prodotta dall'apporto dell'utenza per il tramite della piattaforma digitale, nel momento in cui questa assume concretezza e si realizza, a fronte della fruizione di servizi digitali. L'ISD è però applicata a servizi digitali che risultano ontologicamente diversi tra loro, infatti, solo in caso di intermediazione (art. 3, par. 1, lett. b) il servizio è direttamente reso nei confronti dell'utente e risulta imponibile solo se reso verso corrispettivo perché, diversamente, non vi sarebbero ricavi da tassare. Nel caso invece di pubblicità mirata e di trasmissione di dati, si tratta di servizi non direttamente resi all'utente ma bensì a partner commerciali dell'impresa digitale, disposti ad acquistare gli spazi pubblicitari o i dati raccolti. In questi casi, la base imponibile diviene rappresentata dai corrispettivi da pubblicità o da cessione dei dati.

In merito all'**individuazione dei ricavi imponibili**, l'art. 5 dispone che “i ricavi imponibili ottenuti da un'entità in un periodo d'imposta sono considerati ottenuti in uno Stato membro in tale periodo di imposta se gli utenti di tale servizio imponibile si trovano in tale Stato membro in detto periodo di imposta”. Conformemente al concetto di creazione di valore da parte degli utenti, detta disposizione stabilisce che l'ISD sia dovuta nello Stato membro o negli Stati membri in cui sono situati gli utenti, indipendentemente dal fatto che l'utente abbia contribuito finanziariamente alla generazione di ricavi per l'impresa. Vi sono infatti servizi che non sempre comportano un pagamento verso l'impresa, si pensi agli utenti che visualizzano un annuncio pubblicitario su un'interfaccia digitale o a quei servizi che implicano un pagamento solo da parte di alcuni

---

<sup>241</sup> Per gruppo consolidato ai fini della contabilità finanziaria, si intendono “tutte le entità pienamente incluse nel bilancio consolidato redatto in conformità ai principi internazionali d'informativa finanziaria (IFRS) o a un sistema nazionale di informativa finanziaria” (Art. 2, par. 2, COM 148).

clienti e che risultano invece gratuiti per altri. Sul punto, il paragrafo 2 del citato articolo specifica che un utente si considera nello Stato membro nel periodo di imposta se:

- a) in caso di servizi consistenti nella collocazione di pubblicità mirata su di un'interfaccia digitale multilaterale, la pubblicità in questione figura sul dispositivo dell'utente nel momento in cui il dispositivo è utilizzato in tale Stato membro in detto periodo;
- b) in caso di servizi consistenti nella messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale che facilita le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente agli utenti, l'utente utilizza un dispositivo in tale Stato membro in detto periodo per accedere all'interfaccia digitale e conclude l'operazione su tale interfaccia in detto periodo; ovvero nel caso di un'interfaccia digitale multilaterale che permette agli utenti di trovare altri utenti e di interagire con essi, l'utente dispone di un conto per la totalità o parte del periodo che gli consente di accedere all'interfaccia e tale conto è stato aperto utilizzando un dispositivo in tale Stato membro;
- c) in caso di servizi consistenti nella trasmissione di dati raccolti e generati dalle attività degli utenti sulle interfacce digitali, i dati generati dall'utente che ha utilizzato il dispositivo in tale Stato membro sono trasmessi in detto periodo di imposta.

Si precisa che lo Stato membro in cui è utilizzato un dispositivo dell'utente è determinato con riferimento all'indirizzo di protocollo internet (IP)<sup>242</sup> del dispositivo o, se più accurato, a qualsiasi altro metodo di geolocalizzazione.

In merito all'**esigibilità** dell'ISD, questa è calcolata applicando l'aliquota (3%) alla parte di ricavi imponibili realizzati da un soggetto passivo in un dato Stato membro in un periodo di imposta e considerati ottenuti in tale Stato membro in detto periodo, ai sensi dell'art. 5. Per quanto concerne il versamento dell'imposta, vi sono una serie di obblighi formali in capo al soggetto passivo che fornisce i servizi imponibili, inerenti all'identificazione, alla dichiarazione, nonché alle modalità di versamento dell'ISD, obblighi che, nel caso di un gruppo consolidato ai fini della contabilità finanziaria, devono essere adempiuti da un'unica entità designata all'interno del gruppo. È ancora da sottolineare che la proposta di Direttiva in esame prevede un Capo dedicato alla "Cooperazione Amministrativa", volto essenzialmente a garantire lo scambio di informazioni tra Stati membri. Detti obblighi non verranno discussi in tale sede perché considerati oltre lo scopo della trattazione. Sul punto, si ricorda che fine del presente capitolo è quello di fornire un quadro generale volto alla comprensione dell'orientamento attuale della normativa nei confronti della *digital economy*<sup>243</sup>.

Diverse sono state le osservazioni effettuate in merito alla proposta della Commissione europea circa l'introduzione della menzionata "nuova tassa" sui servizi digitali, nuova perché, come anticipato, differente

---

<sup>242</sup> Per indirizzo di protocollo internet, si intendono "una serie di cifre assegnate a dispositivi in rete per facilitare la loro comunicazione via internet" (Art. 2, par. 6, COM 148).

<sup>243</sup> Per un approfondimento dell'argomento, si veda Capo III, *Obblighi*, COM 148 e Capo IV, *Cooperazione Amministrativa*, COM 148.

dalle imposte tradizionali sul reddito e differente dalle generali imposte sul consumo. Infatti, seppur questa sia formalmente applicata ai fornitori dei servizi, è razionale concludere che in realtà vada a gravare sul consumatore, considerato che il fornitore la riverserebbe sul prezzo del servizio erogato. Prima osservazione rilevante risulta essere quella di Confindustria<sup>244</sup>, la quale, sebbene abbia espresso una valutazione positiva in merito alla decisione della Commissione di adeguare gli attuali modelli fiscali allo sviluppo dell'economia digitale, ha evidenziato come la scelta di sottoporre a imposizione i ricavi, anziché i profitti, potrebbe comportare effetti disomogenei sulle imprese, esempio nel caso di imprese che si trovano nelle fasi iniziali della propria attività e che, nonostante ampi ricavi, non abbiano ancora conseguito rilevanti margini di profitto e potrebbero, di conseguenza, trovarsi in una situazione di svantaggio rispetto a modelli di business maggiormente consolidati, con evidenti conseguenze negative sull'innovazione del settore digitale. Anche Assonime<sup>245</sup> si pone sulla stessa linea di Confindustria, accogliendo con favore il proposito della Commissione di introdurre un'imposta sui servizi digitali, in quanto ciò si pone in linea con il principio elaborato in sede OCSE per cui l'esercizio della potestà impositiva spetta allo Stato in cui il valore viene creato ma ritiene comunque che debba essere inserito per le imprese rientranti nel campo di applicazione della presente Direttiva un sistema di monitoraggio e gestione del rischio fiscale.

Alla luce dell'analisi svolta, può concludersi che l'introduzione di un'imposta sui servizi digitali è da considerarsi quale pieno stravolgimento del sistema vigente, è infatti per mezzo della stessa che viene sottolineato l'approccio più "rivoluzionario" dell'Europa, considerato che trattasi dell'introduzione di un'**imposta ad hoc relativa alle imprese digitali di ingenti dimensioni**. Sul punto, si riprendono le considerazioni già effettuate in merito agli effetti derivanti dall'introduzione di disposizioni circoscritte all'economia digitale in termini di neutralità ed efficienza. Visto che detta imposizione comporterebbe una divisione del mercato in favore delle tradizionali tecnologie, portando una distorsione delle scelte dei consumatori tra prodotti digitali e non, nonché una distorsione dal lato dell'offerta tra modelli distributivi e tecnologie innovative, la stessa è da considerarsi contraria al principio generale per cui, le scelte discrezionali dei contribuenti, inerenti alla tecnologia di produzione, ai canali di distribuzione e alle caratteristiche dei prodotti, non dovrebbero comportare vantaggi o svantaggi dal lato fiscale<sup>246</sup>. Banalmente, un prodotto o un servizio su cui grava una tassa aggiuntiva alla fine trasferita al consumatore avrebbe un prezzo finale più elevato per effetto della stessa e quindi ne deriverebbe un naturale disincentivo al consumo di detti beni o

---

<sup>244</sup> Confindustria Position Paper, Iniziative europee per la tassazione dell'economia digitale, *Contributo alla consultazione pubblica indetta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze*, 27 giugno 2018.

<sup>245</sup> Consultazioni Assonime, *Risposta a consultazione pubblica sul pacchetto della Commissione UE in tema di digital taxation*, 20 giugno 2018.

<sup>246</sup> OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, par. 10; Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy, *Report*, 2014, p. 17. Sul punto, gli Stati Uniti sono stati il primo Stato ad intervenire in difesa del principio di neutralità, affermando che le caratteristiche dell'economia digitale, tra l'altro nella forma del commercio elettronico, non giustificano l'introduzione di tributi *ad hoc*, considerato che i redditi dovrebbero essere trattati in modo omogeneo, a prescindere dal modello di business da cui derivano. In merito, si rammenta l'emanazione, nel 1998, dell'*Internet Tax Freedom Act*, con cui è stata stabilita una moratoria in ordine all'introduzione di nuovi tributi, in ambito locale, statale e federale, sul commercio elettronico, al fine di evitare discriminazioni.

servizi. Sullo stesso tema, altro elemento da rilevare risulta essere la portata europea e non globale dell'intervento, considerato che l'imposta in oggetto andrebbe a vantaggio dei *competitor* basati negli Stati Uniti o in Asia, creando uno svantaggio fiscale per le compagnie europee maggiormente competitive.

Nel merito, è opportuno aprire una parentesi circa l'orientamento degli Stati Uniti in materia, visto che gli USA possono considerarsi quali sostenitori "interessati" della tesi secondo la quale un intervento *ad hoc* sull'economia digitale è da considerarsi contrario al principio di neutralità di trattamento dei redditi. Secondo la Circolare di Assonime n. 19 del 1° agosto 2018, dietro tale differente impostazione USA-UE si cela una diversa visione dei *driver* di creazione del valore dei settori digitali, visto che gli USA pretendono verso l'attribuzione di rilevanza cruciale agli *intangibles*, riconducibili alla capogruppo residente, nella maggior parte dei casi negli Stati Uniti, mentre l'UE protende verso l'attribuzione di rilevanza al contributo degli utenti localizzati, in modo diffuso, in tutto il mondo. Ne consegue che, se lo scopo dell'Europa è quello di favorire la "fioritura"<sup>247</sup> dei business europei, risulta difficile comprendere perché detta taxa sia in agenda. Infine, è da notare che facilmente misure temporanee divengono poi definitive e tale "soluzione rapida" potrebbe quindi convertirsi, in conclusione, in una permanente distorsione del mercato.

#### 2.2.2.1. La "web tax" italiana

In apertura del presente capitolo si è fatto altresì riferimento a come, diversi Stati, abbiano adottato misure unilaterali volte all'introduzione di una taxa sui servizi digitali. L'Italia risulta essere uno dei Paesi membri ad essersi orientato in tal senso. Nel merito, risulta opportuno fare riferimento al processo che ha condotto all'emanazione della *web tax* nella sua versione più recente contenuta nell'art. 1, comma 678, della Legge di bilancio 2020 e prevista a partire dal 1° gennaio 2020. Già la Legge di bilancio 2018 aveva tentato di introdurre un'imposta di natura reale sulle sole transazioni digitali *business to business* (i.e. **imposta sulle transazioni digitali**), poi abrogata prima della sua entrata in vigore per mezzo dell'art. 1, commi 35-50, della Legge di bilancio 2019. La prima proposta (2018) consisteva in un'imposta sostitutiva (cedolare del 3%) applicata ai ricavi derivanti dalle prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici, al netto dell'IVA. L'imposta era dovuta solo dai soggetti prestatori che effettuavano nel corso di un anno solare un numero complessivo di transazioni superiore a 3.000 unità, dove per unità era da intendersi una singola ed autonoma prestazione di servizi idonea da sola a soddisfare in modo compiuto un interesse dell'utente. Sul punto, è da specificare che, a differenza della più recente versione di *web tax* (i.e. **imposta sui servizi digitali**), introdotta per mezzo della Legge di bilancio 2019 e poi corretta dalla **Legge di bilancio 2020**, l'imposta sulle transazioni digitali era indubbio stata concepita come imposta indiretta e risultava quindi di per sé esclusa dall'ambito di applicazione delle Convenzioni bilaterali volte ad evitare fenomeni di doppia imposizione.

Ora, in merito alla nuova *web tax*, questa prevede un'aliquota del **3% da applicare ai ricavi lordi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali** risultando quindi, come dimostrabile alla luce dell'analisi

---

<sup>247</sup> European Commission, *Platform for Tax Good Governance: Long-Term Solutions to the Taxation of the Digital Economy*, p. 8, 18 ottobre 2017.

inerente alla Direttiva COM 148, speculare alla proposta unionale. In proseguo, si tratterà dei soli profili di maggior rilievo dell'imposta italiana, sottolineando quelle che sono le differenze rispetto alla proposta europea.

In primo luogo, si rende necessario riprendere il tema inerente alla **natura dell'imposta**. Primo elemento da evidenziare è la natura temporanea della stessa, sancita dal novello art. 49-*bis*, introdotto per mezzo della Legge di bilancio 2020 alle disposizioni in materia di ISD contenute nell'art. 1, dai commi 35-50 della Legge di bilancio 2019, secondo cui "I commi da 35 a 49 sono abrogati dalla data di entrata in vigore delle disposizioni che deriveranno da accordi raggiunti nelle sedi internazionali in materia di tassazione dell'economia digitale". Per mezzo di detta disposizione, si evince quindi la natura dispositiva di breve termine caratterizzante l'ISD, la quale dovrebbe essere sostituita dalle disposizioni internazionali, stipulate a livello OCSE, inerenti alla *digital economy*. Secondo elemento, riprende invece la questione inerente alla ricomprensione dell'imposta discussa nell'ambito di applicazione delle Convenzioni internazionali. Il discorso risulta speculare a quello già effettuato in ambito europeo<sup>248</sup>, seppur maggiormente complesso alla luce delle peculiarità dell'ordinamento nazionale. In particolare, la commisurazione delle imposte ai ricavi lordi è un connotato pressoché costante della tassazione dei redditi di fonte italiana prodotti da imprese estere che, in assenza di stabile organizzazione, sono soggette al principio del trattamento isolato del reddito. Inoltre, vi sono esempi di Convenzioni vigenti che riconoscono imposte che utilizzano come base imponibile i ricavi, quali sostitutive di imposte sui redditi, esempio nel caso della *taxe forfaitaire* algerina prelevata, a carico di appaltatori non residenti privi di S.O. in Algeria, in misura proporzionale ai ricavi derivanti dai contratti locali. L'imposta algerina è stata riconosciuta dal Ministero delle Finanze come idonea a generare il riconoscimento del credito di imposta in Italia per le imposte assolute in Algeria, trattandosi "di un'imposta a carattere sostitutivo delle imposte sul reddito ordinariamente previste dalla legislazione locale"<sup>249</sup>. In sintesi, risulta più difficile, nella prospettiva italiana, una delimitazione della nozione di reddito tale da escludere con certezza che l'ISD, seppur in qualità di imposta prelevata sui ricavi, possa rientrare nel campo di applicazione delle Convenzioni stipulate e, per tale ragione, la conclusione più razionale risulta essere quella di rimettere detta decisione a specifici accordi tra Stati interessati<sup>250</sup>.

In secondo luogo, si ricorda che, anche in tal caso, trattasi di un'imposta oggettivamente e soggettivamente selettiva. In merito all'**oggetto**, questa si applica solo a determinati servizi digitali, ossia alla veicolazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti della medesima interfaccia; alla messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale che consente agli utenti di essere in contatto ed interagire

---

<sup>248</sup> Sul punto si veda il paragrafo precedente (2.2.1).

<sup>249</sup> Come osservato da CONTRINO A., *Contributo allo studio del credito per le imposte estere*, Torino, 2012, p. 129, op. cit., il carattere sostitutivo delle imposte sui redditi è, nella prassi amministrativa, di importanza preminente, mentre non è essenziale "che l'elemento oggettivo del presupposto di imposta sia diverso dal reddito realmente prodotto, come potrebbe essere, ad esempio, un corrispettivo contrattuale, il volume d'affari".

<sup>250</sup> Cfr. CUI W., *Article 2: Taxes Covered*, in *Global Tax Treaty Commentaries*, Amsterdam, 2018, par. 1.1.1.2, op. cit.: "One would thus expect that, when disputes do arise, judicial resolutions will only provide a temporary fix. The contracting states must themselves make renewed attempts at reaching consensus about what taxes are intended to be covered by their agreements".

tra loro, anche al fine di facilitare la fornitura diretta di beni e servizi; e alla trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale<sup>251</sup>. In merito ai **soggetti passivi**, l'ISD si applica solo ad entità di dimensioni rilevanti, ossia a soggetti con ricavi complessivi pari o superiori a 750 milioni di euro, di cui almeno 5,5 milioni derivanti dalla prestazione di servizi digitali nel territorio dello Stato – nel merito, si evidenzia come adesso la seconda soglia si riferisca ai ricavi realizzati in Italia, data la natura domestica della norma. La *ratio* di tale circoscrizione alle sole entità di grandi dimensioni deriva dal fatto che queste risultano essere le maggiori beneficiarie delle caratteristiche intrinseche del modello economico in cui operano e, ne consegue, che siano altresì quelle che possono trarre i maggiori benefici da una pianificazione fiscale aggressiva.

In terzo luogo, si evidenzia che la tassazione è collegata al Paese ove è situato l'utente, sono pertanto tassabili in Italia i soli **ricavi relativi alla fornitura di servizi prestati ad utenti localizzati in Italia**. Considerato che i ricavi tassati non sono necessariamente il corrispettivo dei servizi fruiti nel Paese, è da sottolineare che l'entità dei ricavi imponibili è determinata in via indiretta, ossia in ragione di una proporzione. In particolare, il totale dei ricavi tassabili è il prodotto della totalità dei ricavi derivanti dai servizi digitali, ovunque realizzati, limitatamente alla percentuale rappresentativa della parte di tali servizi che può ritenersi collegata al territorio dello Stato. Diversi sono gli indicatori utilizzati ai fini della determinazione di detta percentuale, in base alla tipologia di servizio fornito: in caso di servizi di veicolazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti della medesima, i ricavi vanno determinati in proporzione al numero di messaggi pubblicitari collocati su detta interfaccia, derivati dai dati relativi all'utente che utilizza l'interfaccia in oggetto mentre è localizzato nel territorio nazionale; per i servizi di messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale, il riferimento è ai ricavi derivanti dal numero di operazioni di consegna di beni o prestazione di servizi disposte dall'utente localizzato nel territorio, ovvero in proporzione al numero di utenti che dispongono di un conto aperto nel territorio dello Stato; per i servizi di trasmissione dei dati raccolti da utenti e generati dall'utilizzo dell'interfaccia, infine, rilevano i dati raccolti durante la consultazione degli utenti, quando erano localizzati nel territorio dello Stato. Ne consegue necessariamente un'attribuzione dei ricavi tassabili alla stregua di parametri fattuali, che non consentono di rinvenire l'esistenza di un effettivo collegamento logico dei ricavi da tassare con gli utenti. È diffusa in dottrina l'opinione per cui scopo della *web tax* dovrebbe essere quello di superare le difficoltà connesse alla ripartizione del reddito aggredendo i ricavi lordi, seppur gli stessi vengano misurati secondo parametri che possono ritenersi idonei a misurare una

---

<sup>251</sup> Contrariamente, non si considerano servizi digitali:

- a) la fornitura diretta di beni e servizi, effettuata in seno ad un servizio di intermediazione digitale;
- b) la fornitura di beni o servizi attraverso il sito web del fornitore nei casi in cui il fornitore non faccia da intermediario;
- c) la messa a disposizione di un'interfaccia digitale volta esclusivamente a fornire agli utenti dell'interfaccia: contenuti digitali, servizi di comunicazione o servizi di pagamento;
- d) la messa a disposizione di un'interfaccia digitale utilizzata per gestire alcuni servizi bancari e finanziari;
- e) la cessione di dati da parte dei soggetti che forniscono i servizi finanziari;
- f) lo svolgimento delle attività di organizzazione e gestione di piattaforme telematiche per lo scambio dell'energia elettrica, del gas, dei certificati ambientali e dei carburanti.

correlazione con gli utenti solo in via presuntiva<sup>252</sup>. Si conclude perciò che, per quanto dette formule di proporzionalità possano tradire un'effettiva presenza significativa, non possono comunque considerarsi idonee a ripartire i valori realizzati a livello mondiale.

### 2.3. La riforma USA

Con lo scopo di fornire un quadro completo dell'orientamento circa le sfide derivante dalla *digital economy*, si è fatto riferimento sia alle opinioni dell'OCSE che alle più recenti iniziative di matrice europea. Ora, si rende necessario illustrare brevemente quella che invece è la visione statunitense. A tale scopo, si riprende la Circolare Assonime n. 19 del 1° agosto 2018, considerato che questa analizza i due diversi orientamenti (quello statunitense e quello comunitario) in chiave comparatistica. La questione è la seguente: dare prevalenza allo Stato di residenza della capogruppo degli MNE tramite un rafforzamento della disciplina delle *Controlled Foreign Companies* (CFC)<sup>253</sup>, facilitando, in tal modo, l'attrazione a tassazione in detta giurisdizione di tutti i redditi "apolidi" (i.e. sottratti alla potestà impositiva degli Stati a causa di strategie di pianificazione fiscale aggressiva) o, in alternativa, tutelare lo Stato della fonte, ossia lo Stato in cui i redditi sono creati. I due approcci opposti rappresentano i filoni seguiti, rispettivamente, dagli USA per mezzo della riforma fiscale approvata dal Congresso il 20 dicembre 2017 e dall'Europa, per mezzo delle Proposte di Direttive presentate nel marzo 2018, già ampiamente trattate nel corso del paragrafo precedente (2.2.).

La Riforma fiscale USA (*Tax Cuts and Jobs Act*) si basa essenzialmente sul principio di neutralità del trattamento dei redditi rispetto alla tipologia di business da cui questi derivino, sia questa un'attività digitale o tradizionale, motivo per il quale l'introduzione di un sistema *ad hoc* per la tassazione delle imprese digitali è da considerarsi non applicabile. Ne consegue che i redditi realizzati da tale ultimo tipo di società, per effetto della difficoltà nell'individuazione dello Stato della fonte derivante dall'assenza di una presenza fisica nello stesso, restano suscettibili di tassazione in via prevalente nello Stato di residenza, ossia in molti casi negli USA, considerando che diversi colossi digitali sono ivi residenti. In relazione alle iniziative promosse in ambito della citata riforma, speciale menzione merita il GILTI (*Global Intangible Low Tax Income*), coincidente con un'estensione accessoria della normativa CFC per cui i redditi *off-shore* delle controllate localizzate in Stati esteri sono assoggettati a tassazione negli Stati Uniti per trasparenza in capo alla controllante o al soggetto contribuente ivi residente che detiene, direttamente o indirettamente, una *constructive ownership* nella CFC. Sul piano pratico, il GILTI consente all'Erario federale di recuperare una quota di reddito prodotto dalle consociate della multinazionale residente, nel caso in cui ricorrano le condizioni

---

<sup>252</sup> CARINICI A., *La fiscalità dell'economia digitale: dalla web tax alla (auspicabile) presa d'atto di nuovi valori da tassare*, in *Il fisco*, n. 47/2019, pp. 1-4507.

<sup>253</sup> Sul punto, si ricorda che il CFC è quel regime di trasparenza obbligatorio con funzione antielusiva che si applica alle società e, in generale, ai contribuenti residenti che detengono, direttamente o indirettamente, il controllo di un'impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori a fiscalità privilegiata. Nel caso italiano, tale regime prevede che i redditi delle controllate estere siano imputati al soggetto contribuente residente, a prescindere dalla distribuzione di utili, secondo il principio di trasparenza e soggetti a tassazione separata con aliquota pari all'aliquota media applicata al reddito complessivo del soggetto contribuente residente e comunque non inferiore a quella ordinaria dell'imposta sulle società.



previste dalla legge, ossia quell'extra-profitto eccedente l'attività routinaria e riferibile agli *intangibles*. Lo scopo sarebbe quindi quello di scoraggiare i colossi del web residenti dal costituire società in altre giurisdizioni al solo scopo di abbattere la base imponibile nazionale.

In sintesi, la proposta prevede la tassazione negli USA dei c.d. profitti non-routinari in qualità di *royalty* e l'attribuzione di un credito di imposta per l'80% delle imposte assolte all'estero dalla controllata, lasciando quindi agli Stati di localizzazione delle attività routinarie solo una quota minima di profitti alle stesse riferibili.

## 2.4. Osservazioni

Alla luce delle analisi sopra riportate, può concludersi che, nonostante gli ultimi interventi di matrice europea ed il deciso orientamento statunitense, la discussione sul fronte internazionale resta tutt'ora aperta. Sul punto, è da notare che fin qui si è fatto riferimento a “proposte di Direttive europee”, i cui testi prevedevano che gli Stati membri adottassero e pubblicassero, entro il 31 dicembre 2019, le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alle citate Direttive e che dette disposizioni fossero applicate a partire dal 1° gennaio 2020. Allo stato attuale, le menzionate proposte sono ancora al vaglio degli Stati membri tra i quali, fin da subito, si è manifestata una divisione tra Stati favorevoli a una soluzione europea e Stati invece improntati verso una soluzione in ambito OCSE. Dalle conclusioni emerse successivamente al Consiglio ECOFIN del 17 maggio 2019, sembra prevalere un orientamento per cui la Commissione e gli Stati membri dovrebbero continuare ad adoperarsi congiuntamente per raggiungere un accordo circa una soluzione globale a livello OCSE e, qualora a fine 2020 risulti evidente che l'accordo a livello internazionale richiede più tempo, allora il Consiglio potrebbe, se necessario, tornare a discutere circa la prevalenza dell'approccio europeo ed il recepimento delle citate Direttive. Lo scopo permane quello di assicurare che le imprese operanti nell'economia digitale paghino il loro “*fair share of taxes*” nella giusta giurisdizione, di modo che tutte le attività possano crescere e svilupparsi nel mercato interno alle stesse condizioni<sup>254</sup>.

Alla luce della contrapposizione dell'approccio prevalente in ambito OCSE fino al 2018, fin qui definito perlopiù “conservativo” e dell'approccio unionale, improntato invece al superamento del sistema fiscale attuale e quindi più “rivoluzionario”, nonché in seguito alla nascita di una serie di iniziative individuali da parte di vari Paesi, sfociate nell'introduzione di imposte unilaterali (si pensi all'ISD), può concludersi che l'obiettivo permane quello di giungere a soluzioni amministrativamente pratiche e accettabili sotto il profilo della ripartizione degli utili, che possano portare al raggiungimento dell'obiettivo finale e comune: **portare l'imposizione nel luogo in cui il valore è creato**. Trattasi di tutti elementi da cui consegue un sistema fiscale fondato sul compromesso, d'altronde, in tale aspetto, speculare a quello attuale<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup> Consiglio dell'Unione europea, *Conclusions on “Responding to the Challenges of Taxation of Profits of the Digital Economy”*, 5 dicembre 2017, para 5.

<sup>255</sup> Cfr. STARINGER C., *Virtual? Reality!*, in *Steuer und Wirtschaft International*, 2017, 7, pp. 341-351; HONGLER P. – PISTONE P., *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, in *IBFD Working Paper*, 20 gennaio 2015, p. 15.

### 3. Verso una possibile soluzione globale: l'approccio unificato ed il “superamento” del principio di libera concorrenza

Nel biennio 2018-2020 si assiste ad una modifica dell'orientamento internazionale circa la *digital economy* ed è, infatti, nella ricerca di una soluzione condivisa a livello globale che si inserisce il c.d. *Unified Approach*, di qui in avanti “Approccio Unificato” o “UA”, teorizzato per la prima volta per mezzo del documento di consultazione pubblica redatto dal Segretariato dell'OCSE nel 2019<sup>256</sup>. Scopo di detto approccio risulta essere quello di sintetizzare le molteplici soluzioni proposte, al fine di **garantire che i grandi gruppi multinazionali, compresi quelli digitali, siano soggetti a tassazione nel luogo in cui intrattengono significativi legami con i consumatori e dove i profitti sono generati**. Già nel 2015, il Report sull'*Action 1*, fino a qui identificato come il documento che ha aperto la discussione inerente alla *digital economy*, aveva sottolineato l'inevitabile convergenza dell'intera economia verso la digitalizzazione dei sistemi e, per quanto questa potesse incidere significativamente sulle questioni oggetto del progetto BEPS, era indubbio che vi fossero argomenti che necessitavano di una separata ed accurata analisi (i.e. *nexus, data e characterisation*)<sup>257</sup>. Preso atto di ciò, punto essenziale divenne l'allocazione nell'era digitale dei diritti impositivi riferiti ad attività transnazionali alle varie giurisdizioni<sup>258</sup>. Successivamente alla pubblicazione del Report Finale sull'*Action 1*, il primo effettivo intervento si vide nel marzo 2018, per mezzo della pubblicazione da parte dell'OCSE di una relazione intermedia<sup>259</sup>, la quale forniva un'analisi approfondita dei nuovi modelli di business identificandone le caratteristiche principali<sup>260</sup> e la quale riprese la conclusione riportata nell'*Action 1* per la quale la compartimentalizzazione delle questioni fiscali inerenti all'economia digitale avrebbe rappresentato una soluzione di difficile applicazione, se non impossibile, per le difficoltà che si sarebbero riscontrate nel distinguere tra “digitale” e “non-digitale”, nonché per i problemi in termini di efficienza e neutralità che avrebbe comportato. Il lavoro dell'*OCSE/G20 Inclusive Framework*, di qui in avanti “IF”, continuò allo scopo di arrivare ad una soluzione condivisa di lungo-termine entro il 2020 e, in tale frangente, diverse soluzioni vennero varate, alcune incentrate sull'allocazione dei diritti impositivi per mezzo della modifica della

---

<sup>256</sup> OECD (2019), *Public Consultation Document, Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar 1*, 9 October 2019 – 12 November 2019.

<sup>257</sup> Si rimanda al paragrafo 2.1 del presente capitolo per un'analisi approfondite dell'*Action 1* del Progetto BEPS.

<sup>258</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, par. 1.

<sup>259</sup> OCSE (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris.

<sup>260</sup> (a) *Cross jurisdictional scale without mass*: la digitalizzazione dell'economia ha permesso alle imprese di distribuire le varie fasi del processo di produzione in diversi Paesi e, al tempo stesso, di essere coinvolte nella vita economica di una giurisdizione a prescindere dalla loro presenza fisica. L'impatto delle tecnologie digitali innovative nel contesto operativo aziendale risulta dunque rilevante per le conseguenze che ne derivano sull'impresa; (b) *Importanza dei beni intangibili*: per diverse imprese digitali gli asset sono rappresentati da beni intangibili quali *software* e algoritmi che supportano le piattaforme e i siti web; (c) *Rilevanza dei dati e della partecipazione degli utenti*; (d) *Relazione tra i modelli di business digitalizzati e la creazione di valore*: l'accresciuta importanza delle attività immateriali risulta essenziale nel processo di creazione di valore.

normativa vigente sul *nexus* e sull’allocazione dei profitti<sup>261</sup>, altre inerenti a questioni irrisolte relative al Progetto BEPS<sup>262</sup>. Tali proposte furono raggruppate nella *Policy Note* pubblicata dall’IF nel gennaio 2019<sup>263</sup> in due pillar, l’uno relativo alla ricerca di una coerente revisione delle regole relative all’allocazione dei profitti e al *nexus* (i.e. *Pillar One*) e l’altro volto ad assicurare un livello minimo di tassazione, e quindi volto a sviluppare regole che permettessero a date giurisdizioni la ripresa a tassazione nel caso in cui l’altra giurisdizione non avesse esercitato il suo primario diritto, ovvero nel caso in cui il versamento fosse avvenuto sulla base di bassi livelli effettivi di tassazione (i.e. *Pillar Two*). A seguire, nel maggio 2019, successivamente alla richiesta dell’intervento dei soggetti interessati<sup>264</sup>, venne pubblicato un Programma di lavoro dettagliato<sup>265</sup>, il quale, per il *Pillar One*, delineava gli elementi comuni alle proposte avanzate e varate nei precedenti documenti, sottolineando l’esigenza di allineare tali proposte al fine di sviluppare una soluzione condivisa e, sul punto, intervenne la proposta redatta dal Segretariato dell’OCSE relativa allo sviluppo di un approccio unificato e la seguente dichiarazione dell’IF pubblicata nel gennaio del 2020<sup>266</sup>.

La successiva trattazione avrà lo scopo di analizzare i documenti più rilevanti, ossia il **Programma di lavoro del maggio 2019**, di qui in avanti “May PoW” o “PoW 2019”, in qualità di panoramica sulle varie proposte avanzate; la **Proposta del Segretariato OCSE** pubblicata a fine 2019, quale primo documento a proporre un approccio unificato, fondato contemporaneamente sulla revisione del sistema fiscale destinato ai grandi gruppi multinazionali, digitali e non, e sulla continuità dei vigenti e tradizionali principi per determinate fattispecie; e la **Proposta OCSE** pubblicata a gennaio 2020 dall’IF, in qualità di ultimo documento pubblicato dall’Organizzazione, relativo allo sviluppo di un sistema unico e condiviso a livello internazionale. In riferimento a tale ultimo documento, si ricorda che lo stesso si auspica di convergere ad una soluzione ben delineata entro fine 2020, motivo per il quale contiene altresì un ulteriore Programma di lavoro (*Revised PoW*) che si sostituisce a quello redatto nel maggio 2019.

In sintesi, i successivi paragrafi si pongono l’obiettivo di offrire un *excursus* del processo che ha portato alla più recente (auspicata) modifica del sistema fiscale internazionale, nonché al superamento del tradizionale principio dell’*arm’s length*. Si sottolinea, inoltre, che per i suddetti scopi si tratteranno esclusivamente argomentazioni connesse al *Pillar One*.

---

<sup>261</sup> Ossia, la “*user participation*” proposal (suggerita dal Regno Unito); la “*marketing intangibles*” proposal (Suggerita dagli Stati Uniti); e la “*significant economic presence*” proposal (Suggerita dall’India). Nel merito, si veda OECD (2019), *Public Consultation Document, Addressing Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*, 13 February – 6 March 2019.

<sup>262</sup> Ossia, “*The Global anti-base erosion proposal*”. Sul punto, si veda OECD (2019), *Public Consultation Document, Addressing Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*, 13 February – 6 March 2019.

<sup>263</sup> OECD (2019), *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note*, come approvata dall’*Inclusive Framework* sul BEPS il 23 Gennaio 2019.

<sup>264</sup> OECD (2019), *Public Consultation Document, Addressing Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*, 13 February – 6 March 2019.

<sup>265</sup> OECD (2019), *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris.

<sup>266</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris.

### 3.1. Il *May Programme of Work 2019*: le proposte

Si è precedentemente fatto riferimento a come il Programma di Lavoro del maggio 2019 abbia delineato le similarità riscontrate nelle tre proposte raccolte nel *Pillar One*, che si ricordano essere la “*user participation*” proposal, la “*marketing intangibles*” proposal, e la “*significant economic presence*” proposal, nel merito, può dirsi che queste erano tutte volte all’identificazione di un nesso di collegamento in assenza di presenza fisica, nonché all’allocazione di maggiori poteri impositivi alle giurisdizioni dei consumatori o degli utenti, ossia al luogo fino a qui identificato come “*market jurisdiction*”, in ragione del fatto che il valore era creato per mezzo di un’attività di impresa, nella maggior parte dei casi remota, fondata sulla partecipazione degli utenti in detto luogo. In sintesi, gli aspetti tecnici che sono stati oggetto del programma di lavoro possono essere riassunti in tre punti fondamentali, ossia nella ricerca di:

- approcci volti alla determinazione dell’ammontare di profitti da assoggettare ai nuovi diritti impositivi e all’allocazione di detti profitti tra le varie giurisdizioni;
- un nuovo *nexus* che potesse catturare il novello concetto di presenza nella giurisdizione di mercato, che fosse perciò idoneo a riflettere la trasformazione dell’economia e quindi non ancorato al concetto di presenza fisica; e
- strumenti idonei a garantire la piena implementazione di dette nuove misure, garantendo altresì un’efficiente amministrazione dei nuovi diritti impositivi, inclusa l’eliminazione di eventuali casi di doppia imposizione e la risoluzione di dispute fiscali.

Partendo dalle **nuove regole di allocazione dei profitti**, l’obiettivo risultava essere quello di identificare un metodo che permettesse di quantificare, nonché di allocare, i profitti spettanti alla giurisdizione di mercato. In tale contesto, sono stati esaminati tre metodi di quantificazione ed allocazione:

- 1) ***Modified residual profit split method***, di qui in avanti “Metodo MRPS”, il quale si basava sull’allocazione alla giurisdizione di mercato della porzione di profitti del gruppo multinazionale considerati non-routinari, perché identificativi della parte di valore creata in detto mercato e non riconosciuta sulla base delle attuali regole di allocazione dei profitti. In pratica, il metodo prevedeva che fossero determinati i profitti totali; che fossero determinati e poi sottratti i profitti routinari, utilizzando le attuali regole di *transfer pricing* o eventuali convenzioni semplificative; che fosse determinata la porzione di profitti non-routinari utilizzando sempre le attuali regole di *transfer pricing* o eventuali convenzioni semplificative; e, infine, che detti profitti fossero allocati alle giurisdizioni rilevanti, utilizzando un’idonea chiave di allocazione. In merito alle criticità, si sottolinea che detto metodo richiede che siano specificatamente definite regole per la determinazione dei profitti totali e quindi che sia individuato il risultato di bilancio da cui partire, nonché che sia definito uno specifico riferimento a cosa si intende per profitti totali, determinando quindi se questi debbano essere considerati a livello di gruppo o a livello aggregato di singole entità, e che siano altresì definire specifiche regole per la biforcazione dei profitti totali in routinari e non-routinari.

- 2) ***Fractional apportionment method***, in tal caso si parlava di prendere in considerazione la profittabilità del gruppo nel suo complesso o di un'intera linea di business e di trovare una chiave di allocazione, quali impiegati, asset, utenti o vendite, che potesse produrre un frazionamento dei profitti tra le diverse giurisdizioni interessate. Ovviamente, in detto caso le maggior criticità risultano nell'individuazione di una base di allocazione idonea e rappresentativa del valore creato nei Paesi interessati.
- 3) ***Distribution-based approaches***, trattasi di metodi vagliati nel corso del May PoW in qualità di approcci semplificati, soprattutto dal punto di vista amministrativo. Le proposte avevano ad oggetto l'individuazione di una quantità di profitti base da allocare alla giurisdizione di mercato in base alle spese derivanti da attività di marketing e distribuzione o comunque collegate all'utente. In detto caso le criticità si rifanno essenzialmente all'individuazione delle regole per identificare detta quantità-base di profitti ascrivibile alle menzionate attività.

Come si vedrà in sede di analisi della Proposta OCSE 2020, l'IF ha optato per la prevalenza di una derivazione del Metodo MRPS, ossia la creazione di una formula specifica per la quantificazione dei profitti residuali (non-routinari), partendo dall'utile ante-imposte, con successiva allocazione degli stessi alle varie giurisdizioni di mercato interessate in base alle vendite ivi effettuate. Si parla di "derivazione" perché nella versione più recente dell'UA, i profitti non-routinari non sono calcolati per mezzo del principio dell'*arm's length* ma attraverso una formula specifica e, inoltre, perché la Dichiarazione OCSE fa altresì riferimento al mantenimento delle tradizionali regole di allocazione, basate sul principio di libera concorrenza, per quanto riguarda le attività di marketing e distribuzione riprendendo, in tal senso, il *Distribution-based approach*.

In merito al **nuovo nexus**, il programma di lavoro si è posto l'obiettivo di definire standard che fossero idonei ad identificare una remota presenza tassabile, ossia una presenza tassabile in assenza della tradizionale componente fisica. Due sono gli approcci che, in tal senso, sono stati vagliati: da un lato, una modifica dell'art. 5 della Convenzione Modello OCSE relativo alla stabile organizzazione, con conseguente allineamento dell'art. 7, relativo all'applicazione dei metodi di *transfer pricing*; e dall'altro, lo sviluppo di regole *ad hoc*. L'approccio che ha prevalso, sempre successivamente, in sede di prima teorizzazione dell'UA e di Proposta OCSE 2020, è stato, come si vedrà, il secondo.

### **3.2. La proposta del Segretariato: la prima teorizzazione dello *Unified Approach***

Il documento di consultazione del Segretariato OCSE è stato redatto con l'obiettivo di porsi quale aiuto al processo di sviluppo di una soluzione condivisa entro il 2020 per mezzo della presentazione di una proposta di un approccio unificato (i.e. *Unified Approach*). Trattasi quindi di una sintesi delle proposte effettuate in sede di May PoW, fondata sui punti comuni alle suddette che invita altresì i soggetti interessati a presentare i loro commenti, soprattutto in relazione a quei punti che sono stati indicati quali maggiormente critici, nella consapevolezza che ulteriori discussioni si sarebbero rese necessarie. La proposta si basa, ancora, su tre ipotesi fondamentali, ossia: la necessità di una riallocazione dei diritti impositivi in favore delle giurisdizioni di mercato, date le caratteristiche intrinseche delle imprese digitali, capaci di realizzare ingenti quantità di profitti

operando da remoto; l'introduzione di un nuovo *nexus* indipendente dall'esistenza di una presenza fisica nella giurisdizione degli utenti/del mercato; e la ricerca di semplicità, certezza e stabilità del sistema fiscale, cui si aggiunge il superamento del principio di libera concorrenza, in qualità di reale novità introdotta rispetto alle proposte menzionate nel May PoW. Di seguito verranno brevemente esaminati gli elementi essenziali della Proposta del Segretariato OCSE con rispettivo esempio di applicazione, al fine di far sì che dalla lettura possa emergere una visione d'insieme di quello che è stato il processo che ha portato alla definizione dello *Unified Approach* nella sua più recente versione, detti elementi verranno infatti ripresi nel paragrafo successivo (3.3.) in sede di approfondimento della Dichiarazione OCSE 2020.

In merito all'**ambito di applicazione**, si è partiti dal presupposto che nell'economia attuale diverse imprese possono proiettarsi nella vita quotidiana dei loro consumatori, interagire con questi e, per mezzo degli stessi, creare valore senza la necessità di essere fisicamente presenti nel mercato. Alla luce di ciò, dovrebbero rientrare nell'*Unified Approach* tutti quei business altamente digitalizzati che interagiscono da remoto con gli utenti, nonché quelle entità che vendono i loro prodotti a consumatori finali utilizzando la tecnologia digitale per creare una base di utenti/consumatori. Ciò che, in tal senso, si sottolinea è la componente di connessione tra l'impresa e il consumatore ultimo, che nasce nel momento in cui l'impresa riesce a fornire prodotti e servizi "customizzati", non nel senso di prodotti unici nel loro genere ma, perlopiù, nel senso di prodotti indirizzati all'utente per mezzo dello sfruttamento dei dati dallo stesso forniti, dati che l'impresa riesce a raccogliere grazie alle innovative tecnologie digitali e che le permettono di avere una base di conoscenza del suo consumatore. In sintesi, si intendono tutte quelle **imprese che forniscono beni di consumo e servizi digitali rivolti al consumatore**<sup>267</sup>. Altro elemento proposto è stata l'introduzione di una soglia di ricavi minima per poter rientrare nell'ambito di applicazione del nuovo diritto, soglia che si presume pari a quella introdotta in ambito di *country-by-country report*<sup>268</sup> ma la cui definizione necessita senza dubbio di ulteriori discussioni, considerato che, da un lato, la scelta di una soglia troppo bassa potrebbe comportare l'inclusione di società medio-piccole, per le quali si genererebbero costi di *compliance* non proporzionati all'attività esercitata mentre, dall'altro lato, una soglia troppo alta limiterebbe la platea delle società *in-scope* ad un numero esiguo<sup>269</sup>.

In relazione al nuovo *nexus*, questo dovrebbe permettere di applicare le regole prestabilite a qualsiasi entità che è **stabilmente e significativamente coinvolta nell'economia della giurisdizione di mercato**, in ragione delle vendite nello stesso territorio. Sul punto, al fine di comprendere e quantificare l'ampiezza dell'impegno della società nel mercato di riferimento, è stato proposto l'inserimento di una soglia di ricavi

---

<sup>267</sup> OECD (2019), *Public Consultation Document, Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar 1*, 9 October 2019 – 12 November 2019, par. 19-20.

<sup>268</sup> Sul punto, si ricorda che in ambito di *transfer pricing* a partire dal 1° gennaio 2016 la Capogruppo (*Ultimate parent company*) di gruppi multinazionali con ricavi consolidati annui pari o superiori ad Euro 750 milioni (o ad un equivalente ammontare denominato nella valuta locale), è tenuta all'inoltro di un documento contenente una serie di informazioni riferibili all'allocatione globale dei ricavi, dei redditi e delle imposte pagate insieme a degli indicatori relativi alla localizzazione delle attività economiche all'interno degli stessi su base annuale.

<sup>269</sup> AVOLIO D. – DE ANGELIS E., *Transfer Pricing, Profit Split e Pillar One: quale futuro nell'era post BEPS?*, in *il fisco*, n. 7/2020, pp. 1-653

realizzati nello stesso, detto valore potrebbe inoltre essere adattato alla misura del mercato, di modo da risultare il più rappresentativo possibile di un effettivo coinvolgimento<sup>270</sup>. È stato poi osservato che il nuovo *nexus* dovrebbe garantire la neutralità di trattamento, non solo tra vari Paesi, ma anche tra business. Tra le sfide principali, si sottolinea la difficoltà di localizzazione del consumatore/utente, considerato che per mezzo delle nuove tecnologie, è ormai possibile modificare la propria posizione, basti pensare, ad esempio, all'utilizzo del *virtual private network* (i.e. VPN), il quale è in grado di localizzare l'utente in qualsivoglia territorio, indipendentemente dalla sua effettiva posizione geografica<sup>271</sup>.

In ambito di **regole di allocazione dei profitti**, una volta definita la legittimità di un paese a tassare i profitti prodotti da un gruppo multinazionale non residente, si rende necessaria una loro quantificazione. Attualmente a tale necessità risponde l'Articolo 7 della Convenzione Modello OCSE, cui si aggiunge l'Articolo 9 nel caso di imprese che intrattengono rapporti con imprese associate. Ora, diviene impossibile applicare le regole esistenti nel momento in cui non vi sono funzioni, asset utilizzati e rischi assunti. Si assiste perciò ad un **superamento del tradizionale principio di libera concorrenza** e del limite imposto dalla necessaria presenza fisica nel Paese di tassazione, seppur sia da notare come il principio dell'*arm's length* resti rilevante per la determinazione dei c.d. profitti routinari, essendosi dimostrato adattabile ad una molteplicità di situazioni differenti. In sintesi, l'obiettivo è quello di far sì che le nuove regole e gli esistenti principi di *transfer pricing* possano coesistere al fine di giungere alla definizione del *quantum* di profitti da attribuire alla giurisdizione di mercato<sup>272</sup>. A tale necessità, risponde un meccanismo di imposizione a tre livelli, dove il primo livello si incentra sull'introduzione del nuovo meccanismo di tassazione ed i restanti due si ispirano invece al principio di libera concorrenza, restando di conseguenza legati al concetto di presenza fisica. Ciò avviene allo scopo di includere sia le società che operano in un dato territorio per mezzo di un distributore, che sia associato o meno all'impresa, sia le imprese individuali che svolgono la loro attività senza stabili organizzazioni o sussidiarie situate nel territorio di riferimento. In merito ai tre livelli di tassazione, si menzionano di seguito le tre "tipologie di profitti" da assoggettare a tassazione e le rispettive regole di allocazione<sup>273</sup>:

A) **Amount A**: mira ad allocare una parte dei profitti residuali di un gruppo multinazionale ad un Paese, indipendentemente dalla localizzazione dell'attività ed in linea con il nuovo *nexus*. In merito alla quantificazione dei c.d. **profitti residuali** del gruppo multinazionale, questa dovrebbe avvenire sulla base di un approccio formulare stabilito in ambito convenzionale, considerato comunque che si intendono i profitti che residuano successivamente alla remunerazione delle funzioni routinarie. Detti profitti dovrebbero poi essere divisi tra le diverse giurisdizioni interessate, in base alla percentuale di

---

<sup>270</sup> OECD (2019), *Public Consultation Document, Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar 1*, 9 October 2019 – 12 November 2019, par. 22

<sup>271</sup> Cfr. *American Chamber of Commerce in Italy, Comments*, in OECD (2019), *Public Consultation Document, Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar 1*, 9 October 2019 – 12 November 2019.

<sup>272</sup> OECD (2019), *Public Consultation Document, Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar 1*, 9 October 2019 – 12 November 2019, par. 24-29

<sup>273</sup> OECD (2019), *Public Consultation Document, Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar 1*, 9 October 2019 – 12 November 2019, par. 30

vendite nelle stesse effettuate da parte degli MNE. Si assiste quindi alla creazione di una sorta di stabile organizzazione virtuale.

- B) **Amount B**: include la remunerazione delle attività svolte all'interno di una data giurisdizione in ottemperanza al principio dell'*arm's length* e quindi per mezzo di un'impresa associata o di una stabile organizzazione situata nel territorio in questione. Nello specifico, prende rilevanza nel momento in cui nella giurisdizione di mercato sono poste in essere attività di marketing e distribuzione (i.e. **baseline activities**) e, allo scopo di ridurre il numero di controversie legate alla remunerazione di tali attività, prevede la determinazione di una percentuale fissa o variabile (in base al settore e/o al Paese) al fine di quantificare detta remunerazione.
- C) **Amount C**: include strumenti per incrementare la certezza giuridica e agevolare la risoluzione delle dispute che si realizzano tra un determinato Paese ed il contribuente, nel momento in cui le attività esercitate nella giurisdizione di mercato vanno oltre alle *baseline activities* e, per tale ragione, la giurisdizione di mercato potrebbe vantare un diritto alla tassazione di ulteriori profitti quantificati secondo l'*arm's length principle*. In detto caso, si rendono necessari **meccanismi** giuridicamente vincolanti ed efficaci **di prevenzione e risoluzione delle controversie**, al fine di evitare il crearsi di fenomeni di doppia imposizione. In relazione a detto meccanismo, è comunque importante evidenziare che i profitti allocati per mezzo dell'Ammontare A non possono in ogni caso essere duplicati nella giurisdizione di mercato, ad esempio sulla base del fatto che parte di detti profitti sono altresì riferibili alle attività funzionali svolte nella giurisdizione di mercato e remunerate secondo il meccanismo C<sup>274</sup>.

A scopi chiarificatori, si riporta di seguito un esempio. Si consideri il Gruppo X, ossia un gruppo multinazionale che fornisce servizi di *streaming online* ed è altamente redditizio, tanto da rientrare nell'ambito di applicazione dell'approccio unificato. La *parent-company* del Gruppo, P Co., residente nel Paese 1, possiede tutti i beni intangibili utilizzati per fornire i predetti servizi e, ne consegue, che alla stessa siano imputati tutti i profitti non-routinari/residuali. Il Gruppo ha altresì una sussidiaria, Q Co., residente nel Paese 2, la quale pone in essere attività di marketing e distribuzione nello stesso, è responsabile delle vendite effettuate ai soggetti residenti nel Paese 2, nonché delle vendite effettuate ai consumatori situati nel Paese estero 3, dove non vi è alcuna presenza fisica ricollegabile al Gruppo X.

In merito all'applicazione dell'Approccio Unificato nella giurisdizione di mercato dove il gruppo multinazionale è fisicamente presente, ossia nel Paese 2, si assuma, in primo luogo, che Q Co. realizzi nel Paese 2 ricavi sufficienti ai fini del superamento della soglia predeterminata per rientrare nell'ambito di applicazione del nuovo diritto impositivo. Ciò fa sì che il Paese 2 vanta un diritto impositivo nei confronti di una parte dei profitti non-routinari generati dal Gruppo X (*Amount A*) e, visto che gli asset intangibili risultano di proprietà della capogruppo, i menzionati profitti sono direttamente attribuibili alla stessa. Ne consegue che

---

<sup>274</sup> OECD (2019), *Public Consultation Document, Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar 1*, 9 October 2019 – 12 November 2019, par. 64-65



il Paese 2 può assoggettare a tassazione direttamente P Co., con la possibilità che la sussidiaria si aggiunga quale responsabile in solido per le imposte dovute, al fine di rendere più agevoli le pratiche amministrative. In merito all'eliminazione della doppia imposizione, questa avverrà nel momento in cui poi P Co. richiederà il credito di imposta o l'esenzione per le imposte versate nel Paese 2. Si osservi, in secondo luogo, che Q Co. è altresì soggetta a tassazione nel Paese 2 per effetto dell'esercizio di attività di marketing e distribuzione nello stesso. Trattasi però di attività a remunerazione fissa perché rientranti tra le *baseline activities (Amount B)*. In tale ambito, invece, la doppia imposizione verrà eliminata per mezzo degli aggiustamenti di *transfer pricing* richiesti in relazione alle operazioni intrattenute tra la sussidiaria e la casamadre. In terzo luogo, si ipotizzi ora che il Paese 2 supponga che Q Co. realizzi in detto territorio profitti addizionali rispetto a quelli attribuibili alle *baseline activities* e che questi debbano essere assoggettati a tassazione in base al principio di libera concorrenza. Ora, per evitare che si realizzino fenomeni di doppia imposizione, si rende necessaria la presenza di misure volte alla risoluzione di specifiche controversie (*Amount C*).

Diversa è, invece, l'applicazione dell'UA nella giurisdizione di mercato in cui il gruppo multinazionale non risulta fisicamente presente, ossia nel Paese 3. In riferimento all'Ammontare A, si assuma che il Gruppo X realizzi un ammontare di ricavi nel Paese 3, sufficiente a far intendere che questo abbia una presenza economicamente rilevante nel territorio in questione, ciò fa sì che il Paese 3 vanti un diritto a tassare parte dei profitti non-routinari imputabili al Gruppo, rivolgendo l'onere direttamente alla capogruppo (P Co.), la quale si ritiene avere una presenza imponibile nella giurisdizione di mercato in base al nuovo *nexus*. Ora, in riferimento agli Ammontari B e C, considerato che nel Paese 3 il Gruppo non è fisicamente presente, gli ultimi meccanismi non si applicano.

### **3.3. La Dichiarazione 2020: l'evoluzione dello *Unified Approach***

L'IF, sul medesimo orientamento della Proposta del Segretariato dell'OCSE, ha pubblicato nel gennaio 2020 una Dichiarazione contenente, in riferimento al *Pillar One*, una descrizione dell'architettura dell'Approccio Unificato, nonché una sezione dedicata agli aspetti che necessitano ulteriori studi (*Revised PoW*) e, in merito al *Pillar Two*, una nota inerente ai progressi effettuati in tale ambito. Come già precedentemente sottolineato, per gli scopi della presente trattazione si farà riferimento esclusivo agli argomenti inerenti al *Pillar One*.

In tale sede, l'OCSE sottolinea ancora che scopo essenziale è quello di adattare i diritti impositivi ai nuovi modelli di business derivanti dallo sviluppo dell'economia digitale, espandendo di fatto il diritto all'imposizione delle giurisdizioni di mercato<sup>275</sup> e, con l'obiettivo di ristabilizzare il sistema fiscale internazionale, consolidato ormai che la disciplina vigente non è più in grado di ricomprendere le più recenti forme di business ispirate ad un modello diverso da quello tradizionale, riprende le tre tipologie di profitti da

---

<sup>275</sup> Si ricorda che le giurisdizioni di mercato coincidono con i luoghi in cui gli MNE vendono i loro prodotti o servizi o, nel caso di imprese altamente digitalizzate, con i luoghi dove vengono forniti i servizi agli utenti o raccolti i dati, ovvero qualsivoglia forma di contenuto derivante dai medesimi.

assoggettare a tassazione proposte dal Segretariato, identificate come *Amount A*, *Amount B* e *Amount C*. Entrando nel merito, è necessario sottolineare come solo l'*Amount A* rappresenti la creazione di un nuovo diritto impositivo, trattandosi di un c.d. *formula-based approach*, da applicare a livello di gruppo multinazionale o di linea di business, che va oltre all'*arm's length principle*, avendo lo scopo di catturare quei profitti associati ad una stabile e significativa partecipazione dell'impresa nell'economia della giurisdizione di mercato, per mezzo di attività ivi esercitate o dirette da remoto al medesimo luogo. Contrariamente, gli Ammontari B e C si ispirano alle vigenti regole in termini di allocazione dei profitti, restando ancorati al concetto di presenza fisica, e riflettono miglioramenti nell'applicazione pratica del principio di libera concorrenza.

### 3.3.1. Il nuovo diritto impositivo: *Amount A*

Il nuovo diritto impositivo ha per oggetto una parte residuale dei profitti degli MNE, a livello di gruppo in generale o di linee di business, allocabili alle giurisdizioni di mercato. Trattasi di un sistema applicabile solo a quei soggetti che rientrano espressamente nel suo ambito di applicazione e che soddisfano il test inerente al nuovo *nexus* nella giurisdizione considerata.

In merito all'**ambito di applicazione**, si fa riferimento a due categorie di imprese. In primo luogo, si ricomprendono le imprese che forniscono **servizi digitali automatizzati e standardizzati ad una base di utenti ampia e globale**. Trattasi usualmente di business in grado di offrire tali servizi da remoto a consumatori situati in mercati differenti senza la necessità di essere ivi presenti fisicamente. In tali casi, i benefici maggiori fanno riferimento agli effetti di networking che si generano e al livello di interazioni tra utenti, nonché ai dati e alle altre forme di contributi, in termini di contenuto, offerti dagli utenti o derivanti dall'intensa attività di monitoraggio svolta dalle imprese sulle attività di questi ultimi<sup>276</sup>. In generale, la capacità di sviluppare una stabile e sostanziale presenza da remoto nei mercati può essere tipicamente individuata in capo a soggetti che forniscono servizi digitali automatizzati **per mezzo di piattaforme digitali**. Sono riportati nella Dichiarazione dell'IF, a titolo esemplificativo e non esaustivo, modelli di business quali motori di ricerca online; piattaforme di *social media*; servizi di *streaming* digitale; giochi online; servizi di *cloud computing*; o servizi di pubblicità online<sup>277</sup>. In secondo luogo, si fa riferimento alle imprese che generano ricavi dalla **vendita di beni o servizi, direttamente o indirettamente, a consumatori che gli acquistano per uso personale**. Sono quindi ricomprese sia quelle imprese che vendono direttamente al consumatore finale, sia quelle che vendono prodotti

---

<sup>276</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, par. 18.

<sup>277</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, par. 22. Ulteriori lavori sono richiesti ai fini della definizione di servizi digitali automatizzati e in merito a quei servizi che possono essere forniti online al consumatore ma che prevedono un elevato livello di intervento e giudizio umano (i.e. servizi legali), i quali si considerano infatti al di fuori dell'ambito di applicazione dell'UA (par. 23). Si riprende in tal senso anche la definizione unionale di servizio digitale per la quale lo stesso si caratterizza per una "ridotta presenza di componente umana".

diretti ai consumatori finali per mezzo di terze parti rivenditrici o intermediarie, le quali pongono in essere attività routinarie minori quali assemblaggio e *packaging*. Ci si riferisce in tal senso ai c.d. **customer-facing businesses**, ossia ad un'ampia gamma di imprese che ricomprende altresì le imprese tradizionali che sono state toccate dal digitale, seppur in misura minore. Ne sono esempio quelle imprese che vendono prodotti per mezzo di canali di distribuzione fisici e supportano le vendite tramite strumenti di marketing meno sviluppati quali possono essere la pubblicità televisiva o i banner pubblicitari e che, per effetto della digitalizzazione, utilizzano le nuove tecnologie per interagire ed includere in misura maggiore la loro base di consumatori, ad esempio per mezzo di pubblicità mirate<sup>278</sup>. Sono riportati nella Dichiarazione dell'IF, a titolo esemplificativo e non esaustivo, imprese che vendono prodotti di *personal computing*; vestiti, cosmetici o prodotti di lusso; cibi e bevande di marca; nonché modelli di *franchising* quali accordi di licenza che coinvolgono il settore alberghiero e della ristorazione o le automobili<sup>279</sup>.

Restano, invece, escluse le imprese che estraggono o producono materie prime e *commodities*, anche nel caso in cui tali materie prime siano poi utilizzate per produrre un bene diretto ai consumatori finali. Ad esempio, la vendita di semi di caffè non rientrerà nello scopo nel nuovo diritto impositivo, mentre, la vendita di un caffè di marca sì. Non sono altresì inclusi i servizi finanziari e assicurativi per effetto della presenza di regolamentazioni prudenziali le quali, solitamente, fanno sì che i profitti residuali siano rilasciati nella giurisdizione dei consumatori. Ultima serie di imprese escluse, si riferisce alle imprese aeree e di navigazione che operano nello spazio aereo/marittimo internazionale, considerato che la maggior parte delle Convenzioni bilaterali sancisce il diritto esclusivo alla tassazione in capo allo Stato di residenza. In merito ai punti che richiedono ulteriori specificazioni e di conseguenza futuri lavori, è opportuno fare riferimento al fatto che è possibile che vi siano imprese che pongono in essere attività rientranti nell'ambito di applicazione del nuovo diritto impositivo e attività che non vi rientrano. Al fine di ovviare a tale problema, una possibile soluzione potrebbe essere la segmentazione di dette attività in diverse linee di business e quindi l'applicazione dell'Ammontare A alle sole rientranti nel suo ambito di applicazione. Anche all'interno di singole linee di business, le vendite di prodotti e servizi potrebbero essere effettuate sia nei confronti di altre imprese (*business to business*) che di consumatori finali (*business to consumer*). In tal caso, si rende necessario includere tra i c.d. *customer-facing businesses* tutti quei beni e servizi che sono **comunemente venduti a consumatori finali**, rileva quindi la natura del bene venduto o del servizio fornito. Altro elemento da rilevare, è l'inserimento di eventuali soglie al fine di non includere quelle imprese di piccole dimensioni che dovrebbero sostenere costi di *compliance* non proporzionati all'attività posta in essere. A tali scopi, l'OCSE ha proposto tre tipologie di soglie minime ai fini della ricomprensione nell'ambito di applicazione del nuovo diritto impositivo: la prima,

---

<sup>278</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, par. 19.

<sup>279</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Parigi, par. 27.

ispirata a quella inserita in ambito di *country-by-country report*, si riferisce ad un **ammontare minimo di ricavi lordi complessivi** pari a 750 milioni di euro; la seconda, suggerisce l'introduzione di un **ammontare minimo di ricavi in-scope**; e la terza ad un **ammontare minimo di profitti da allocare** secondo la nuova previsione, al fine di evitare di includere quelle imprese di ampie dimensioni impegnate perlopiù in attività locali che producono livelli minimi di reddito estero.

Per quanto riguarda il **nuovo nexus**, questo fa sì che rientrino nell'ambito di applicazione *dell'Amount A* solo quelle **imprese che partecipano in modo stabile e significativo alla vita economica di una data giurisdizione di mercato**. Il significativo e stabile impegno nella giurisdizione di mercato dovrebbe essere individuato, in prima analisi, tramite l'ammontare di ricavi prodotti nel mercato di riferimento ricompresi nel campo di applicazione del nuovo diritto impositivo, anche in proporzione alle dimensioni dello stesso e con l'esplicita indicazione di un ammontare minimo assoluto al di sotto del quale non può considerarsi esistere il suddetto *nexus* (soglia numero due). Per quelle imprese che forniscono servizi digitali automatizzati quest'ultima dovrebbe essere l'unica soglia prevista, diversamente, per le altre tipologie di imprese incluse nell'ambito di applicazione, è stato sottolineato che non si ha creazione di un nuovo *nexus* nel momento in cui l'attività delle stesse consiste nella mera vendita di beni di consumo, senza una sostanziale interazione nel mercato dei consumatori. Trattasi comunque di una c.d. *stand-alone rule* la cui implementazione e amministrazione si pone come obiettivo di andare ad eliminare (o comunque a limitare) le obbligazioni fiscali derivanti dall'allocazione dei profitti a molteplici giurisdizioni, per mezzo dello sviluppo di un approccio semplificato che dovrebbe prevedere obblighi formali relativi al pagamento solo nella giurisdizione di residenza della casa-madre<sup>280</sup>.

Adesso, per quanto concerne la **quantificazione** dell'Ammontare A, si è cercata, quale punto di partenza, una misura di profitto che potesse essere derivata dal bilancio consolidato del gruppo e che non divergesse sostanzialmente tra una giurisdizione e l'altra, affinché i tipi di aggiustamenti necessari al fine di armonizzare principi di contabilità finanziaria propri delle singole giurisdizioni, potessero essere limitati al minimo e solo a quelle differenze materiali, ossia significative nel valore e nella *duration*<sup>281</sup>. La misura proposta fa riferimento al **risultato ante-imposte**. Nel caso in cui i profitti derivanti da attività al di fuori dello scopo del nuovo diritto impositivo siano materiali e quindi significativi, è necessario che le attività vengano segmentate e quindi divise, al fine di catturare le sole attività *in-scope*. La segmentazione potrebbe altresì essere necessaria nel caso in cui la profittabilità di un contribuente dovesse variare significativamente tra diverse linee di business o regioni. Sul punto, si evidenzia che la segmentazione territoriale è stata presentata quale uno degli argomenti da riprendere nelle successive discussioni, soprattutto considerato che la sua

---

<sup>280</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Parigi, par. 36.

<sup>281</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Parigi, par. 43.

fattibilità va analizzata anche alla luce di quelli che sono i costi di *compliance* che ne potrebbero derivare, visto che l'obiettivo resta quello di creare un sistema semplice e accurato. Una volta individuata la base di partenza, la nuova proposta prevede che sia applicata una specifica **formula** al fine di ricavare quei **profitti residuali**, ossia eccedenti un certo grado di profittabilità che devono essere allocati alle varie giurisdizioni interessate. Si è altresì ipotizzato che l'ammontare così determinato possa essere ponderato rispetto al diverso grado di digitalizzazione delle attività che rientrano e non rientrano nell'ambito di applicazione (i.e. *digital differentiation*). Una volta identificato il profitto globale da allocare, si rende necessaria l'individuazione di una **base di allocazione** che possa rispecchiare l'impegno dell'impresa nel mercato di riferimento e, sul punto, sono state proposte le **vendite** realizzate in ciascuno mercato, connesse ovviamente alle attività *in-scope*.

È indubbio che un nuovo principio di imposizione debba essere altresì corollato da metodi che permettano di evitare il realizzarsi di fenomeni di doppia imposizione. I metodi ad oggi previsti sono l'esenzione, il credito di imposta e i contemporanei aggiustamenti di *transfer pricing*. Considerato che l'*Amount A* si applica ai profitti del gruppo nel suo insieme o di singole linee di business, comunque riferite alla medesima attività svolta dal gruppo a livello globale e non di singola entità, gli aggiustamenti di TP non risultano applicabili perché non vi è alcuna transazione sottostante<sup>282</sup>, mentre metodi quali l'esenzione o il credito di imposta potrebbero essere utilizzati anche in futuro, seppur si renda ora necessario determinare quale giurisdizione abbia l'onere di eliminare la doppia imposizione e, nel caso in cui più di una giurisdizione sia interessata, come tale impegno debba essere ripartito. A tali problematiche, si aggiunge il fatto che visto che l'*Amount A* considera una molteplicità di giurisdizioni, è possibile che alcune di queste non abbiano stipulato tra loro Convenzioni bilaterali e questo richiede sicuramente un adattamento dei trattati al fine di coprire dette differenze<sup>283</sup>.

### 3.3.2. Le integrazioni al principio di libera concorrenza: *Amount B* e *Amount C*

A differenza dell'Ammontare A che, come si è dimostrato, rappresenta l'introduzione di una regola a sé stante e di un nuovo principio impositivo nello schema dell'ordinamento fiscale internazionale, gli Ammontari B e C si riferiscono, invece, ad una sorta di revisione delle tradizionali regole incentrate sul principio dell'*arm's lenght* e si applicano nel momento in cui l'**impresa opera nella giurisdizione di mercato per mezzo di una presenza fisica**.

Nel caso dell'**Ammontare B** è stata proposta dal Segretariato OCSE, come anticipato, una remunerazione fissa, basata sull'*arm's lenght principle*, per le funzioni-base di marketing e distribuzione. Detta proposta è stata sposata dall'OCSE che fa riferimento ad una "revisione" del tradizionale principio di

---

<sup>282</sup> Sul punto, si ricorda che gli aggiustamenti di *transfer pricing* disciplinati dall'articolo 9 della Convenzione Modello OCSE hanno come presupposto l'esistenza di una transazione sottostante avvenuta tra parti correlate, transazione che nel caso dell'*Amount A* è assente.

<sup>283</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Parigi, par. 48-51.

libera concorrenza per mezzo della **standardizzazione della remunerazione dei distributori** (sia che questi operino per mezzo di società sussidiaria che stabile organizzazione materiale o personale) che comprano prodotti da parti correlate per poi venderli sul mercato e, facendo questo, pongono in essere le c.d. “**baseline marketing and distribution activities**”. Lo scopo di detta introduzione dovrebbe essere quello di semplificare il calcolo della remunerazione di dette attività e ridurre le controversie e l’incertezza connessa alla determinazione del prezzo delle stesse secondo i vigenti principi di *transfer pricing*<sup>284</sup>. Le menzionate attività-base dovrebbero includere quegli accordi di distribuzione caratterizzati da routinari livelli di funzionalità, che non prevedono alcun passaggio di proprietà del bene in questione e che trasferiscono rischi limitati, se non nulli. Diversi sono i punti sottolineati come argomenti che necessitano di futuri approfondimenti, tra gli stessi è menzionata la definizione delle specifiche attività ricomprese nell’Ammontare B; la scelta di un indicatore di profitto appropriato; la strutturazione della remunerazione come percentuale fissa di una misura di profitto concordata; l’utilizzo di analisi di *benchmark* basate su informazioni pubbliche disponibili a supporto delle percentuali di cui sopra; nonché la possibilità di dover differenziare tra settori e regioni, al fine di restare il più possibile in linea con il principio generale di libera concorrenza per il quale, si ricorda, la remunerazione dell’attività deve essere pari a quella che sarebbe stata realizzata, a parità di condizioni, da parte di un’impresa indipendente<sup>285</sup>.

In merito all’**Ammontare C**, questo fa riferimento a quei profitti che derivano da **attività che eccedono le attività-base** ricomprese nell’Ammontare B. In tal senso, lo scopo principale risulta essere quello di evitare che valori contabilizzati nell’Ammontare B vengano nuovamente inseriti nell’Ammontare C e quindi duplicati.

### 3.3.3. Le interazioni: *Amount A, B e C*

Mentre le interazioni tra i meccanismi B e C potrebbero risultare frequenti e richiedere perciò ulteriore lavoro al fine di garantire che non si realizzino caso di doppia imposizione, diverso è il caso di interazioni tra i meccanismi A e B, considerato che il primo è creato con l’obiettivo di remunerare la giurisdizione di mercato per mezzo dell’allocazione di una porzione dei profitti residuali e che il secondo, invece, è creato allo scopo di remunerare una giurisdizione di mercato con un ritorno fisso per le attività-base di marketing e distribuzione. Per tali ragioni, non vi è alcuna interazione tra i due essendo i rispettivi obiettivi del tutto differenti. Ancora diverso è invece in caso di interazione tra i meccanismi A e C perché queste potrebbero realizzarsi ogni qualvolta venga effettuato un aggiustamento TP che, ad esempio, va a modificare la

---

<sup>284</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Parigi, par. 58.

<sup>285</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Parigi, par. 64.

profittabilità di singole entità, la quale era stata utilizzata al fine di individuare quelle entità suscettibili all'applicazione dell'*Amount A*.

Entrando nel merito degli strumenti che dovrebbero garantire un aumento della certezza impositiva e una semplificazione, nonché riduzione, di eventuali controversie, il nuovo *framework* proposto per l'*Amount A* fa riferimento ad una formula globalmente condivisa e predeterminata per quanto riguarda la quantificazione dei c.d. profitti residuali, la quale dovrebbe essere corollata da una dettagliata guida circa la sua applicazione. Una delle soluzioni più condivise, al fine di evitare eventuali controversie, visto soprattutto che modifiche nell'Ammontare A avrebbero effetti su più giurisdizioni, è il ricorso a strumenti di prevenzione volti a fornire certezza e chiarezza circa il sistema impositivo prima della sua effettiva applicazione. Ovviamente, sono previsti anche strumenti di risoluzione nel caso in cui le misure preventive non siano adottate<sup>286</sup>.

In ultima analisi, certamente può dirsi che l'introduzione di un nuovo approccio necessita della modifica delle normative domestiche, nonché dei trattati esistenti, al fine di eliminare le barriere poste dagli stessi. A tali bisogni potrebbe avviarsi per mezzo di una Convenzione multilaterale che stabilisca un *framework* comune per i gruppi multinazionali *in-scope*, al fine di far sì che l'Approccio Unificato possa essere implementato in riferimento a tutte le giurisdizioni in modo consistente. Sul punto, si ricorda che tale nuovo approccio dovrebbe potersi applicare anche in quelle giurisdizioni attualmente non coperte da trattati bilaterali, trattasi quindi di una Convenzione internazionale differente rispetto alla citata Convenzione Multilaterale stipulata per il recepimento delle misure BEPS<sup>287</sup>.

#### **4. Lo Spazio come prossima frontiera**

Ipotizzare che l'economia digitale non continui la sua esponenziale evoluzione e che perciò non si ponga quale costante sfida per il sistema fiscale internazionale risulta ad oggi irrazionale. Qualsiasi modello di business che si allontana dalla convenzionale idea di presenza, comporta naturalmente delle difficoltà in termini di politica fiscale. È questa l'idea di fondo espressa dall'*International Fiscal Association* (IFA), al termine del congresso tenutosi nel 2018 nella Corea del Sud, la quale ha portato il tema della tassazione dello Spazio, ossia relativo all'allocazione dei diritti impositivi nel momento in cui le attività sono poste in essere nello stesso, all'ordine del giorno per il seguente congresso tenutosi nel 2019 a Londra. Nonostante l'idea possa sembrare apparentemente remota, diviene concreta nel momento in cui Elon Musk annuncia la sua volontà di rendere i viaggi nello spazio commercialmente percorribili, fondando la società Space X nel 2002, o nel momento in cui l'Amministrazione Trump incoraggia l'esplorazione commerciale, il recupero e l'uso delle risorse presenti nello spazio extra-atmosferico, firmando una proposta di legge per disciplinare

---

<sup>286</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Parigi, par. 66-75.

<sup>287</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Parigi, par. 85.

l'estrazione di risorse dalla Luna e dagli altri corpi celesti, come avvenuto per mezzo dell'ordine esecutivo del 10 aprile 2020 "*Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources*"<sup>288</sup>.

Prima di entrare nel merito dell'analisi fiscale di dette questioni, si rende necessario un breve *excursus* storico circa i Trattati internazionali relativi all'utilizzo dello Spazio. Primo tra tutti, il **Trattato del 1967** sui principi che governano le attività degli Stati in materia di esplorazione ed utilizzazione dello spazio extra-atmosferico, compresa la Luna e gli altri corpi celesti, che, oltre a prevedere una serie di norme volte perlopiù ad evitare che lo Spazio possa divenire un luogo strategico, in senso militare, quali il divieto di collocarvi o stazionarvi armi di distruzione di massa o il divieto di utilizzarlo al fine di condurre test su armi di qualunque genere, condurre manovre militari, o stabilire basi militari, installazioni o fortificazioni, di particolare interesse risultano essere le disposizioni dell'art. 2. Sul punto, il Trattato prevede che "lo spazio extra-atmosferico non è soggetto ad appropriazione nazionale né rivendicandone la sovranità, né occupandolo, né con ogni altro mezzo". Seppur il menzionato Trattato disponga il divieto all'appropriazione, nonché alla colonizzazione dello Spazio, nulla è previsto in relazione alla proprietà o all'estrazione di risorse. Diverso è invece il contenuto del ***Moon Agreement*** siglato nel **1979**, applicabile alla Luna e a tutti gli altri corpi celesti diversi dalla Terra, dal quale emerge l'idea che i corpi celesti e lo Spazio in generale, siano da considerarsi "**patrimonio comune dell'umanità**", in qualità di *res communis omnium*, ossia "cosa comune", appartenente ad un gruppo di persone che hanno la facoltà di utilizzarla ma non il diritto di appropriarsene. Quest'ultimo, oltre a riprendere i divieti riferiti all'uso militare dei corpi celesti, prevede che ogni esplorazione o utilizzo di essi sia approvato da parte degli altri Stati firmatari e notificato alle Nazioni Unite. Per il fatto che i corpi celesti e, di conseguenza, ogni risorsa ivi situata, sono considerati quale patrimonio comune dell'umanità, l'Accordo vieta ad ogni Stato di dichiarare la propria sovranità su qualsiasi territorio situato nello Spazio, prevedendo che parte di ogni risorsa prelevata sia messa a disposizione degli altri Stati e della comunità scientifica in generale, affinché tutti possano condurre le proprie ricerche. Inoltre, l'Accordo in questione vieta ad ogni persona o organizzazione, che non sia internazionale e governativa, il possesso di qualsiasi proprietà extraterrestre e richiede che ogni estrazione ed esplorazione sia effettuata sotto regime internazionale. In ragione della sua limitata sottoscrizione, il Trattato sulla Luna non può considerarsi valido, non producendo i suoi effetti nei confronti della maggior parte degli Stati<sup>289</sup>. L'idea di fondo resta comunque quella di far prevalere le disposizioni internazionali al fine di regolare eventuali attività riferite ai corpi celesti.

Ora, alla luce degli ultimi interventi menzionati, è opportuno specificare quale sia l'**orientamento statunitense** circa la questione. Secondo quanto riportato nell'ordine esecutivo pubblicato dall'Ufficio del Presidente, gli Stati Uniti non considerano lo Spazio bene comunque, trattandosi di un "**dominio legalmente**

---

<sup>288</sup> U.S. Federal Register, Vol. 85, No. 70, Executive Order 13914 of April 6, 2020, *Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources*.

<sup>289</sup> Sul punto, si nota che il *Moon Agreement* fu sottoscritto solo da: Australia, Austria, Belgio, Cile, Filippine, Kazakistan, Libano, Marocco, Messico, Paesi Bassi, Pakistan, Perù e Uruguay.



e **fisicamente unico dell'attività umana**"<sup>290</sup>. È perciò, in tal modo, che viene giustificato l'intervento dell'Amministrazione presidenziale, volto ad incoraggiare il sostegno internazionale per il recupero e l'uso, pubblico e privato, di risorse situate nello Spazio, in accordo con la legge applicabile. Detto sostegno internazionale dovrebbe derivare da accordi bilaterali e multilaterali con altri Stati esteri, mentre in merito al riferimento alla "legge applicabile", sul punto si nota che l'ordine esecutivo sottolinea come il *Moon Agreement* non possa essere considerato quale strumento efficace o necessario, in considerazione del fatto che gli Stati Uniti non lo abbiano mai né firmato né ratificato, e, pertanto, lo stesso non può porsi quale limite alla promozione della partecipazione commerciale all'esplorazione a lungo-termine, alla scoperta scientifica e all'uso della Luna, di Marte o di altri corpi celesti<sup>291</sup>. Dall'altro lato, il Trattato sullo spazio extra-atmosferico del 1967 non prevede disposizioni specifiche per quanto riguarda la proprietà delle risorse ivi posizionate e quindi, nonostante sia stato firmato e ratificato dagli Stati Uniti, questo non può considerarsi quale effettivo limite all'esplorazione e allo sfruttamento delle risorse in questione. È perciò evidente che le iniziative statunitensi comportino la crisi del concetto di *res communis* fin qui adottato. Secondo James Anderson, presidente della sessione 2019 dell'IFA relativa alla tassazione dello Spazio, l'alternativa sarebbe quella di passare al concetto di *res nullis*, ossia di "cosa" non (ancora) di proprietà di nessuno.

Ora, visto che i Trattati esistenti non possono considerarsi validi o comunque che non sono ad oggi presenti meccanismi dotati di un'effettiva forza legale, il problema della sovranità relativa allo spazio extra-atmosferico permane e, ne consegue, che l'allocatione dei diritti fiscali possa risolversi esclusivamente con l'adozione di un nuovo *framework* ed un modello di sovranità concordato. Alla luce della trattazione fin qui effettuata, si può ipotizzare l'applicazione dei tradizionali modelli di tassazione alle attività extraterrestri, al fine di dimostrare il motivo per la quale si rende necessaria la ricerca di una soluzione condivisa e quindi necessariamente derivante da un accordo multilaterale. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di utilizzare come criterio di allocatione il **luogo in cui avviene il lancio**, ciò comporterebbe che ogni prodotto commerciale derivante da un lancio sia ricompreso nella potestà impositiva della giurisdizione da cui il lancio è partito. In tal caso, i problemi emergerebbero nel momento in cui gli Stati utilizzano una base di lancio situata in una giurisdizione diversa da quella propria. Seconda alternativa, sarebbe quella di far prevalere un approccio fondato sull'idea di **stabile organizzazione** ma questo comporterebbe delle difficoltà derivanti dall'interpretazione di tale ultimo concetto. Altra alternativa, potrebbe essere quella di prediligere un approccio fondato sulla **residenza** e quindi portare la tassazione dei profitti derivanti dall'estrazione di risorse nel luogo in cui la società è residente, considerato che tale tipologia di attività non rientra nel campo di applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione. Ne consegue che, in assenza di un nuovo *framework*, avente l'obiettivo di mantenere la pace nello Spazio, si rischierebbe di tornare ad uno scenario

---

<sup>290</sup> U.S. Federal Register, Vol. 85, No. 70, Executive Order 13914 of April 6, 2020, *Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources*, Sezione 1.

<sup>291</sup> U.S. Federal Register, Vol. 85, No. 70, Executive Order 13914 of April 6, 2020, *Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources*, Sezione 2.

dove le transazioni in questione sono soggette ad imposizione in più Stati, generando fenomeni di doppia imposizione e, di conseguenza, dette attività diverrebbero fiscalmente svantaggiose. Altro problema che potrebbe porsi, rimanda allo scenario opposto, ossia alla probabilità di imbattersi in situazione in cui i profitti risultano generati nello Spazio e, vista l'assenza di regole circa le attività poste in essere in tale luogo, non suscettibili di tassazione in alcuna giurisdizione. Questo comporterebbe la nascita di nuove opportunità di pianificazione fiscale aggressiva. Considerato quanto sopra, è indubbio che la maggior influenza su un'eventuale accordo multilaterale sia esercitata da parte degli Stati che hanno la possibilità di esplorare lo Spazio, si parla perciò di Cina, Stati Uniti e Russia, i quali dovranno stipulare un accordo per regolare l'allocazione delle risorse, nonché dei profitti derivanti da attività extraterrestri. Ne deriva, che la gara verso lo Spazio può considerarsi definitivamente aperta<sup>292</sup> perché, nel momento in cui l'elusione fiscale diverrà extraterrestre, la tassazione dello Spazio diverrà la nuova frontiera e necessiterà di una regolamentazione antielusiva.

Le principali questioni che, nel merito, necessitano una risposta si riferiscono all'allocazione delle risorse estratte e dei consecutivi poteri impositivi, a come una giurisdizione terrestre possa tassare le attività poste in essere nello spazio extraterrestre, nonché all'eventuale categorizzazione dei satelliti quali stabili organizzazioni. In riferimento a tale ultimo punto, si ricorda che ad oggi i satelliti non sono considerati quali stabili organizzazioni, perché situati al di fuori dello spazio terrestre e quindi di qualsiasi territorio statale, ne consegue che le attività poste in essere per mezzo degli stessi risultano ricadere all'interno del diritto impositivo degli Stati di residenza<sup>293</sup>. Diversamente, l'imposizione si sposta nello Stato della fonte nel momento in cui una società estera opera in tale ultimo territorio tramite una sede fissa di affari (i.e. stabile organizzazione) per mezzo della quale, in questo specifico caso, vengono poste in essere le attività connesse al satellite, esemplificazione ne è la decisione della Corte d'Appello californiana nel caso *Communications Satellite Corp. (Comsat) contro Franchise Tax Bd* del 1984<sup>294</sup>. Oggetto della controversia era un satellite operante nell'orbita geostazionaria al di sopra delle acque internazionali. Comsat, società proprietaria del satellite e non residente in California, deteneva una stazione terrestre in tale ultimo territorio che riceveva segnali dal satellite in questione per la successiva trasmissione attraverso vettori indipendente. La Corte di Appello ha concluso che, **per effetto dell'esistenza di una stazione terrestre in California, parte dei profitti generati avrebbero dovuto essere sottoposti a tassazione in tale territorio**. È da notare, ancora, che, in tal caso, la suscettibilità a tassazione nello Stato della fonte (i.e. California) dipende esclusivamente dalla presenza della stazione terrestre in tale territorio, senza la quale sarebbe impossibile delineare un collegamento tra l'attività dei satelliti e lo Stato in questione. In sintesi, ***in re ipsa*, il satellite non costituisce stabile organizzazione**. Sempre in merito ai satelliti, è stato ipotizzando che potesse configurarsi una S.O. in

---

<sup>292</sup> CRUZ CANO M., *Taxation of Space: The dark side of mining the Moon*, in *International Tax Review*, 21 maggio 2020.

<sup>293</sup> Sul punto, si nota che il 10% dei 300 satelliti europei risulta oggi soggetto ad imposizione in Lussemburgo, considerato che le società cui questi appartengono sono ivi residenti. Da ciò può concludersi che è evidente che detto approccio generi delle opportunità di pianificazione fiscale (J. SCHWARTZ, Seminario sulla tassazione dello Spazio, Congresso IFA 2019).

<sup>294</sup> Corte d'appello della California, Divisione IV, 31 maggio 1984, n. A016317.

riferimento alla traccia degli stessi, coincidente con l'area in cui i segnali del satellite sono ricevuti. Secondo l'OCSE però detta area non può considerarsi stabile organizzazione perché non risulta a disposizione dell'operatore del satellite. Diverso è stato, nel merito, l'orientamento dell'India per la quale l'impronta di un satellite è fissa e caratterizzata da un valore commerciale, motivo per il quale può considerarsi una sede fissa di affari per mezzo della quale l'entità pone in essere le sue attività nello Stato in cui l'impronta è rilevata.

In riferimento alle altre questioni cui sarà necessario dare delle risposte, è ora ragionevole partire dall'ipotesi che, come un soggetto che lavora nello spazio extraterrestre potrebbe non essere più considerato residente sulla Terra, anche una società che pone in essere le sue attività in tale ambiente, soprattutto in merito alle attività di gestione e controllo, potrebbe presto risultare ivi residente, trasladando il discorso non sull'individuazione di un legame territoriale bensì terrestre. È indubbio che, in tale ambito, l'individuazione di un nuovo *nexus* risulti maggiormente complessa.

## CONCLUSIONE

Si è partiti analizzando il concetto di residenza fiscale, quale principio fondante della tassazione in qualità di mero collegamento territoriale; si è poi passati alla stabile organizzazione, ossia ad una forma di insediamento in territori esteri, costruito che ha permesso alle società di porre in essere le loro attività in modo più efficiente, avvicinandole al luogo in cui il valore veniva creato. Tale accezione si è modificata nel tempo, andandosi ad adattare con quelli che erano i modelli di business che gradualmente si sono sviluppati, fino all'enorme cambiamento portato dalla diffusione dell'economia digitale. Per quanto si sia provato ad estendere l'idea di stabile organizzazione, piuttosto che sfociare in una radicale riforma del sistema fiscale internazionale, alla fine, sembra che il secondo approccio abbia prevalso, anche se ancora nulla può dirsi fin quando la riforma non diverrà effettiva e globalmente condivisa. L'economia digitale ha portato il legislatore di fronte non ad un'evoluzione dei modelli di impresa, bensì dinanzi ad un radicale cambiamento degli stessi e, da ciò, deriva l'introduzione di un approccio condiviso da applicare a tutte quelle forme di imprese di grandi dimensioni, indipendentemente dalla natura digitale o meno delle loro attività. In sintesi, può dirsi che oggi il digitale è il nuovo mondo e la nuova quotidianità.

Ricordando che il periodo in cui si scrive coincide con il periodo di diffusione della pandemia Covid-19, è ora utopico pensare che questa non produrrà i suoi effetti anche in materia impositiva. In sede di introduzione, si è detto come il virus abbia dato una "spinta" alla diffusione della tecnologia e alla piena informatizzazione dei sistemi, obbligando le imprese ad organizzarsi al fine di poter efficientemente lavorare da remoto. Sul punto, appare utile fare riferimento anche ad altri effetti considerato che, secondo alcuni Paesi, il virus ha consentito una circoscrizione dell'economia digitale, ossia quella compartimentalizzazione che l'OCSE ha sempre definito innaturale, per mezzo della quale potrebbe crearsi un sistema *ad hoc* per le sole imprese del settore. In ogni caso, è indubbio che un tempestivo intervento circa la tassazione del *digital* sia all'ordine del giorno e, altresì, che si renderà necessario considerare gli svariati effetti del Covid-19, quali quelli inerenti al *transfer pricing*, ad esempio relativi alle difficoltà che si riscontreranno nell'identificazione di una transazione comparabile ad una situazione di profonda crisi economica non duplicabile o all'allocazione di perdite non normali ad entità a basso rischio. Si tratta di questioni per le quali sarà necessario trovare delle risposte nel prossimo futuro: questo lo si può considerare dimostrazione del fatto che la fiscalità internazionale è una materia in continua evoluzione che dovrà adattarsi a nuovi sistemi, nonché ad eventuali shock esogeni, fin quando i modelli di impresa continueranno ad evolversi nel tempo.

La tassazione dello Spazio può prendersi quale esemplificazione per eccellenza del punto fino a cui l'evoluzione tecnologica può spingere l'uomo. Allo stato attuale, trattasi comunque di un argomento dai più considerato ancora remoto seppur è a tal punto opportuno considerare l'estrazione di risorse dallo Spazio o i viaggi spaziali quali plausibili prossime frontiere perché, come l'uomo ha esplorato e occupato ogni parte della Terra, arriverà anche allo Spazio e, anche in detto luogo, dovrà essere tassato.

## BIBLIOGRAFIA

### DOTTRINA

- ANTONINI M. – MARIELLA M.L., *Stabile organizzazione: la parola di Assonime*, in *Corr. Trib.*, n. 34/2018, p. 2593.
- AVOLIO D. – DE ANGELIS E., *Transfer Pricing, Profit Split e Pillar One: quale futuro nell'era post BEPS?*, in *Il fisco*, n. 7/2020, pp. 1-653.
- AVOLIO D., *La nuova definizione di stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, n.4/2018, p. 265.
- BAEZ A. – BRAUNER J., *Withholding Taxes in Service of BEPS Action 1: Address Tax Challenges of Digital Economy*, in *WU International Taxation Research Paper Series*, n. 14/2015.
- BALLANCIN A., *Note in tema di esteroinvestizione societaria tra i criteri costitutivi della nozione di residenza fiscale e l'interposizione elusiva di persona*, in *Riv. dir. trib.*, n. 11/2008, p. 975 ss.
- BERRUTI G.L. – SAVASTANO L., *Ragioni tradite della Agency PE italiana: i casi Zimmer e Dell*, in *Il fisco*, n. 46/2018, pp. 1- 4453.
- BIZIOLI G., *The Evolution of the Concept of Place of Management in Italian Case Law and Legislation: Interaction with Tax Treaties and EC Law*, in *European taxation*, vol. 48, n. 10/2008, p. 527.
- BLUM D.W., *Permanent Establishment and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined?*, in *69 Bulletin for International Taxation*, 2015, p. 314 ss.
- BORIA P., *L'individuazione della stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, n. 1/2014, p. 1 ss.
- BRAUNER Y. – PISTONE P., *Adapting Current International Taxation to New Business Models: Two Proposals for the European Union*, in *71 Bulletin for International Taxation*, n. 12/2017.
- BRUNELLI F. – TRONCI S., *La nuova definizione di stabile organizzazione personale e la disciplina del transfer pricing nell'abito dei gruppi*, in *Boll. trib.*, 2018, p. 1218.
- CAPOLUPO S., *Legge di bilancio 2018: cambia la nozione di stabile organizzazione*, in *IPSOA Quotidiano*, 30 ottobre 2017.
- CARINICI A., *La fiscalità dell'economia digitale: dalla web tax alla (auspicabile) presa d'atto di nuovi valori da tassare*, in *Il fisco*, n. 47/2019, pp. 1-4507.

- CARROLL M.B., *Methods of Allocating Taxable Income*, in *League of Nations, Taxation of Foreign and National Enterprises*, Vol. IV, Ginevra, 1933.
- CHAN C., *Economic activity in space – developments in taxation*, in *Wolters Kluwer Central*, 14 ottobre 2019.
- Circolare Assonime n. 15/2018, pubblicata in data 27 giugno 2018.
- Circolare Assonime n. 15/2018, pubblicata in data 27 giugno 2018.
- BOTTONI M. – CACCIAVILLAN F. – GELOSA G. – GUARNIERO G. – POSTAL M. – SCAINI A. – VALENTE P., *Il Transfer Pricing: profili tecnici e spunti operativi*, in *Documenti di Ricerca*, Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, 19 dicembre 2018.
- CONSIGLIO P. – NUZZOLO A., *La nozione di stabile organizzazione nel nuovo Tuir: analogie e differenze con il Modello OCSE e con le Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia*, in *il fisco*, n. 33/2004, pp. 1-5120.
- CONTRINO A., *Contributo allo studio del credito per le imposte estere*, Torino, 2012.
- CORSO L. – ODETTO G., *La nuova nozione di stabile organizzazione*, in *Le Novità della legge di bilancio 2018 e del DL collegato*, in *Quaderni Eutekne*, 2017.
- CRUZ CANO M., *Taxation of Space: The dark side of mining the Moon*, in *International Tax Review*, 21 maggio 2020.
- CRUZ CANO M., *Taxation of Space: To boldly tax where no man has taxed before*, in *International Tax Review*, 13 settembre 2019.
- CUI W., *Article 2: Taxes Covered*, in *Global Tax Treaty Commentaries*, Amsterdam, 2018.
- D'ALFONSO G., *L'evoluzione del concetto di stabile organizzazione nell'ambito dei processi di pianificazione fiscale*, in *il fisco*, n. 25/2002, pp. 1-3973.
- DELLA ROVERE A. – PECORARI F., *Tassazione della digital economy: vantaggi e criticità delle proposte UE*, in *Quotidiano IPSOA*, 30 agosto 2018.
- DELLA VALLE E., *La branch exemption nelle stabili organizzazioni estere di soggetti residenti*, in *il fisco*, n. 46/2015, pp. 1-4412.
- DELLA VALLE E., *La nuova disciplina della stabile organizzazione "interna"*, in *il fisco*, n. 40/2015, pp. 1-3841.

- DENARO A., *L'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione: la posizione OCSE su agente dipendente e interessi passivi*, in *il fisco*, n. 45/2002, pp. 1-7216.
- DESGARDINGS J., *The \$86 Trillion World Economy in One Chart*, in *Visual Capitalist*, 10 settembre 2019.
- EDEN L. – TREIDLER O., *Taxing the Digital Economy: Pillar One Is Not BEPS 2*, Bloomberg BNA, in *International Journal*, 13 dicembre 2019.
- FERRONI B., *Firmata la Convenzione multilaterale del progetto BEPS: effetti su migliaia di trattati fiscali in tutto il mondo*, in *il fisco*, n. 30/2017, pp. 1-2952.
- FERRONI B., *Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la “continuativa presenza economica”*, in *il fisco*, n.7/2018, pp. 1-632.
- FERRONI B., *Stabilire le nuove linee guida per il transfer pricing*, in *il fisco*, n. 25/2018, pp. 1-2449.
- FREGNI M.C., *La residenza fiscale delle persone fisiche*, in *Giur. it.*, 2009, pp. 2563-2572.
- G. KOFLER – G. MAYR – C. SCHLAGER, *Taxation of the Digital Economy: “Quick Fixes” or Long-Term Solution?*, in *57 European Taxation*, 2017, Journals IBFD.
- GAFFURI A.M., *Le ipotesi negative di stabile organizzazione. Spunti problematici e sviluppi interpretativi*, in *Dir. prat. trib.*, n. 2/2015, p. 209.
- GAIANI L., *La “nuova” stabile organizzazione sotto la lente di Assonime*, in *il fisco*, n. 29/2018, pp. 1-2863.
- GALLO F., *Contributo all’elaborazione del concetto di “stabile organizzazione” secondo il diritto interno*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1985, p. 387 ss.
- GARBARINO C., *Forza di attrazione della stabile organizzazione e trattamento isolato dei redditi*, in *Rass. trib.*, 1990, p. 427 ss.
- GARBARINO C., *Permanent Establishments and BEPS Action 7: Perspectives in Evolution*, in *Intertax*, 2019.
- GASPARRI T., *Stabili organizzazioni di soggetti non residenti, unicità soggettiva e autonomia del reddito*, in *il fisco*, n. 24/2015, pp. 1-2333.
- GATTO A., *Web tax: disciplina italiana ed europea a confronti*, in *Quotidiano IPSOA*, 8 gennaio 2019.

- GAZZO M., *La residenza delle persone fisiche e giuridiche nel diritto tributario interno e convenzionale*, in *Corr. Trib.*, n. 25/2002, p. 2289.
- GILLIO D., *La nuova definizione di stabile organizzazione nel TUIR: La “significativa e continuativa presenza economica” – art. 162, comma 2, lett. f-bis) Tuir*, in *Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabile di Roma*, 8 novembre 2018.
- GIOVANNINI A., *Ripensare la capacità contributiva*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, I, p. 10021.
- GREGGI M., *Rise and Decline of the Westphalian Principle in Taxation: The Web tax Case*, in *EC Tax Review*, 2020, p. 6 ss.
- HOHENWARTER D. – KOFLER G. – MAYR G. – SINNING J., *Qualification of the Digital Service Tax Under Tax Treaties*, in *Intertax*, 2019, p. 140 ss.
- HONGLER P. – PISTONE P., *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, in *IBFD Working Paper*, 20 gennaio 2015.
- ISMER R. – JESCHECK J., *Taxes on Digital Services and the Substantive Scope of Application of Tax Treaties: Pushing Boundaries of Article 2 of the OECD Model?*, in *Intertax*, 2018, p. 574.
- KOFLER G. – THIEL S.V., *The “Authorized OECD Approach” and EU Tax Law*, in *European Taxation*, 2011.
- League of Nations Fiscal Committee, *Report to the Council on the Fourth Session of the Committee*, C.399. M.204 1933. II.A, Ginevra, 26 giugno 1933.
- LEO M., *Quale tassazione per l’economia digitale*, in *il fisco*, n. 21/2018, pp. 1-2007.
- LOVISOLO A., *La stabile organizzazione*, in V. UCKMAR (a cura di), *Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 2005.
- MALHERBE J. – DAENEN P., *Permanent establishments claim their share of profits: does the Taxman agree?*, in *Bulletin for International Taxation*, n. 7/2010.
- MASTROIACOVO V., *Il controllo, l’accertamento e la riscossione dei crediti tributari derivanti da transazioni telematiche*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, IV, p. 23.
- MAYR S., *Alcune misure anti-BEPS ed i trattati contro le doppie imposizioni*, in *Boll. trib.*, n. 11/2016.



- MELIS G., *La nozione di residenza delle persone fisiche nell'ordinamento tributario italiano*, in *Rassegna tributaria*, n. 6/1995, p. 1034.
- MOSCHETTI F., *La capacità contributiva*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. V, 1988.
- NAPOLITANO G., *Nozione di stabile organizzazione: analisi della nuova disciplina*, in *Fiscooggi.it*, Parte I, 11 luglio 2018.
- NAPOLITANO G., *Nozione di stabile organizzazione: analisi della nuova disciplina*, in *Fiscooggi.it*, Parte II, 13 luglio 2018.
- NAPOLITANO G., *Nozione di stabile organizzazione: analisi della nuova disciplina*, in *Fiscooggi.it*, Parte III, 19 luglio 2018.
- NOVARA G., *Residenza di enti e società nell'imposizione personale sui redditi*, in *Boll Trib* n. 1/1990, p. 17.
- PEDACCINI F., *L'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione nell'era post-BEPS*, in *Assonime online*.
- PELLEGRINI D., *Annotazioni a margine di una sentenza di merito in tema di esteroinvestizione societaria: la nozione di residenza fiscale delle società tra episodi giurisprudenziali interni e direttrici evolutive BEPS*, in *Dir. prat. trib.*, 2007, 3, p. 1148.
- PETRUZZI R., HOLZINGER R., *Attributions of Participations to Permanent Establishments (I)*, in *Transfer Pricing International*, n. 2/2018, pp. 109-125.
- PIANTAVIGNA P., *La funzione della nozione di "residenza fiscale" nell'Irpef*, in *Riv. dir. fin.*, 2013, I, p. 275.
- PINTO D., *Options to Address the Direct Tax Challenges Raised by the Digital Economy – A Critical Analysis*, in *65 Canadian Tax Journal*, 2017, p. 291.
- RIZZARDI R., *Con la Convenzione multilaterale le azioni BEPS entrano direttamente negli accordi dei singoli Stati*, in *Corr. Trib.*, n. 3/2017, p. 223.
- ROBERTS S., *The Agency Element of Permanent Establishment: the OECD Commentaries from the Civil Law View*, in *Intertax*, 1993, p. 398 ss.
- ROLLE G., *Introduzione di nuovi tributi e vincoli posti dalle convenzioni fiscali: il caso dell'imposta sui servizi digitali*, in *il fisco*, n. 16/2020, pp. 1-1554.

- ROMITA E., *I lavori OCSE sull'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione*, Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, Commissione Fiscalità Internazionale e Diritto Comunitario, Convegno, Roma, 8 novembre 2018.
- ROSSI L. – FLISI S., *Stabile organizzazione personale tra Significant People Functions e Risk Management Function*, in *Corr. Trib.*, n. 1/2019, p. 81.
- RUSSO R., *Base erosion and profit shifting*, in F. BOCCIA – B. LEONARDI, *The challenge of digital economy Printforce*, Palgrave Macmillan, 2016.
- SALVINI O., *La strategia anti-BEPS nell'economia digitale: la revisione del criterio di collegamento*, in *Rassegna tributaria*, n. 3/2017, p. 768
- SASSEVILLE J. – VANN R., *Article 7: Business Profits*, in *Global Tax Treaty Commentaries*, Amsterdam, 2017.
- SCHIAVOLIN R., *I soggetti passivi*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle persone fisiche*, *Giur. sist. dir. trib.*, diretta da F. Tesauro, Torino, vol. I, 1994.
- SCHÖN W., *Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy*, in *Max Plank Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper 2017*, 11 dicembre 2017.
- SCHWARTZ J., *Taxation of Space: the final frontier*, in *Kluwer International Tax Blog*, 27 settembre 2019.
- SOZZA G., *Note a margine della pronuncia della Cassazione sul caso Philip Morris*, in *il fisco*, n. 38/2002, pp. 1-6036.
- STARINGER C., *Virtual? Reality!*, in *Steuer und Wirtschaft International*, 2017, 7, pp. 341-351.
- TASSANI T., *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Giuffrè, Milano, 2007.
- TESAURO F. – CANESSA N., *Economia digitale. Aspetti civilistici e fiscali*, Milano, 2002.
- TRABATTONI G., *Il discussion draft BEPS sull'economia digitale: verso un approccio davvero nuovi ai criteri di tassazione?*, in *il fisco*, n. 25/2015, p. 2484.
- TRETTEL S., *Branch exemption senza segreti già dal 2016, grazie ad Assonime e Agenzia*, in *il fisco*, n. 8/2018, pp. 1-712.

- TUNDO F., *Stabile organizzazione personale e determinazione del reddito secondo le recenti direttive OCSE*, in *Rassegna tributaria*, n. 2/2011, p. 3015.
- TURINA A., *Which “Source Taxation” for the Digital Economy?*, in *Intertax*, 2018, p. 518.
- URICCHIO A.F. – SPINAPOLICE W., *La corsa ad ostacoli della web taxation*, in *Rassegna Tributaria*, n. 3/2018, p. 451
- URICCHIO A.F., *A Few Ideas for Reforming Internet Taxation*, in F. BOCCIA – R. LEONARDI (a cura di), *The Challenge of the Digital Economy Markets, Taxation and Appropriate Economic Models*, Springer International Publishing, 2016.
- VALENTE P., *Attribuzione del reddito alla stabile organizzazione: il Rapporto OCSE del 2010*, in *il fisco*, n. 43/2010, pp. 1-7000.
- VALENTE P., *Base Erosion e Profit Shifting – L’Action plan dell’OCSE*, in *il fisco*, n. 37/2013.
- VALENTE P., *Erosione della base imponibile e profit shifting: pubblicati i 13 rapporto OCSE*, in *Quotidiano IPSOA*, 15 ottobre 2015.
- VALENTE P., *Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizione. La versione 2010*, in *il fisco*, n. 33/2010.
- VALENTE P., *Il nuovo Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, in *il fisco*, n. 6/2018.
- VALENTE P., *La pianificazione fiscale internazionale nell’Era BEPS*, in *Quotidiano IPSOA*, 31 ottobre 2016.
- VALENTE P., *Raccomandazioni OCSE su economia digitale, abuso dei trattati e transfer pricing*, in *il fisco*, n. 39/2014, p. 3859
- VALENTE P., *Tassazione delle imprese digitali: l’Unified Approach proposto dall’OCSE*, in *il fisco*, n. 42/2019.
- VALENTE P., *Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE “Addressing Base Erosion and profit Shifting”*, in *il fisco*, n. 12/2013, p. 1802.
- VIOTTO A., *Considerazioni di ordine sistematico sulla presunzione di residenza in Italia delle società holding estere*, in *Riv. dir. trib.*, vol. 3, 2007, pp. 269-288.

- GASPARRI T., *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del Fisco, tra sostanza e trasparenza*, in Nota e Studi Assonime, n. 15/2017.
- Confindustria Position Paper, Iniziative europee per la tassazione dell'economia digitale, *Contributo alla consultazione pubblica indetta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze*, 27 giugno 2018.
- Consultazioni Assonime, *Risposta a consultazione pubblica sul pacchetto della Commissione UE in tema di digital taxation*, 20 giugno 2018.

## GIURISPRUDENZA

- Cass. sez. civ., 18 gennaio 1997, n. 497.
- Cass. sez. civ., 22 gennaio 1958, n. 136.
- Cass. sez. trib., 25 maggio 2002, n. 7682.
- Cass. sez. trib., 7 marzo 2002, n. 3368.
- Cass. sez. trib., 25 maggio 2002, n. 7682.
- Cass. sez. civ., 20 luglio 1999, n. 7750.
- Cass. sez. civ., 29 dicembre 1960, n. 3322.
- Cass. sez. trib., 19 gennaio 2009, n. 1138.
- Circolare dell'Agenzia delle Entrate (CIR) n. 25/E del 16 giugno 2004.
- *Conseil d'État* francese, 31 marzo 2010, *Zimmer*, n. 304715.
- Corte d'appello della California, Divisione IV, 31 maggio 1984, n. A016317.
- Corte di Giustizia europea, 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes*, causa C-196/04.
- Corte Suprema di Norvegia, 2 dicembre 2011, *Dell*, n. HR-2011-A.
- U.S. Federal Register, Vol. 85, No. 70, Executive Order 13914 of April 6, 2020, *Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources*.
- Cass. sez. civ., 21 dicembre 2018, n. 33234
- Cass. sez. civ., 21 dicembre 2018, n. 33235

## FONTI NORMATIVE INTERNAZIONALI

- Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*, COM(2017)547 final, 21 settembre 2017, p. 2.
- Direttiva del Consiglio europeo *che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa*, COM(2018) 147 final, 31 marzo 2018.
- Direttiva del Consiglio europeo *relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali*, COM(2018) 148 final, 31 marzo 2018.
- OCSE (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris.
- OECD (2001), *Discussion draft on the attribution of profits to permanent establishment*.
- OECD (2004), *Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for E-Commerce? – 2004 Final Report*.
- OECD (2010), *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, 22 luglio 2010.
- OECD (2012), *Discussion Draft, Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention*, 12 ottobre 2011 – 10 febbraio 2012.
- OECD (2012), *Discussion Draft, OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment)*, 19 ottobre 2012 – 31 gennaio 2013.
- OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.
- OECD (2014), *Public Discussion Draft, BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy*, 24 marzo 2014 – 14 aprile 2014.
- OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
- OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
- OECD (2015), *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

- OECD (2015), *Public Discussion Draft – BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status*, 31 ottobre 2014 – 9 gennaio 2015.
- OECD (2016), *Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*.
- OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing.
- OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris.
- OECD (2017), *Tax Challenge of Digitalisation, Comments Received on the Request for Input –Part I*, 25 ottobre 2017
- OECD (2017), *Tax Challenge of Digitalisation, Comments Received on the Request for Input – Part II*, 25 ottobre 2017.
- OECD (2018), *Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishment, BEPS Action 7*, OECD Publishing, Paris.
- OECD (2019), *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note*, come approvata dall’*Inclusive Framework* sul BEPS il 23 Gennaio 2019.
- OECD (2019), *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris.
- OECD (2019), *Public Consultation Document, Addressing Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*, 13 February – 6 March 2019.
- OECD (2019), *Public Consultation Document, Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar 1*, 9 October 2019 – 12 November 2019.
- OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris.
- Raccomandazione della Commissione europea, C(2018) 1650 final, 21 marzo 2018.

## DOCUMENTI INTERNET

- Camera dei Deputati, *Web Tax ed Economia Digitale*, Focus 4 novembre 2019, ultimo accesso effettuato in data 15 giugno 2020, disponibile su <https://temi.camera.it/leg18/post/web-tax-ed-economia-digitale.html>.
- F. PEDACCINI, L'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione nell'era post BEPS, Assonime, ultimo accesso effettuato in data 15 giugno 2020, disponibile su [http://www.assonime.it/\\_layouts/15/Assonime.CustomAction/GetPdfToUrl.aspx?PathPdf=http://www.assonime.it/sezioni/GDI/Documents/13943-Pedaccini\\_AttribuzioneProfittiAllaSO.pdf](http://www.assonime.it/_layouts/15/Assonime.CustomAction/GetPdfToUrl.aspx?PathPdf=http://www.assonime.it/sezioni/GDI/Documents/13943-Pedaccini_AttribuzioneProfittiAllaSO.pdf)





## RIASSUNTO

Lo scopo del presente elaborato è quello di delineare l'evoluzione del concetto di stabile organizzazione, definizione che nell'ultimo decennio ha subito una profonda trasformazione, cercando di adattarsi sempre più alle esigenze dei nuovi modelli di impresa di un mondo prima globalizzato e ora anche digitalizzato. Quando si parla di un mondo ormai globalizzato si intende un luogo dove operare in più di una giurisdizione è divenuta la norma anche per società di medie-piccole dimensioni, perché la scelta inerente alla localizzazione delle attività di impresa è divenuta una scelta di carattere strategico, piuttosto che comandata da altre necessità contingenti. Il diritto europeo e le Convenzioni bilaterali in materia di doppia imposizione sono informati a principi di libertà essenziali, tra cui è ricompresa anche la libertà di stabilimento, ossia la possibilità, per il soggetto contribuente, di scegliere discrezionalmente il territorio dove porre in essere le sue attività. Scelta che secondo la Corte di Giustizia Europea<sup>1</sup> può fondarsi anche, semplicemente, su motivazioni di convenienza fiscale che rendono, ad esempio, maggiormente competitivo un sistema rispetto ad un altro per quella determinata forma di impresa. Considerata l'ottica transfrontaliera in cui si pone l'elaborato, questo fa riferimento sia alla disciplina internazionale, perlopiù ispirandosi alla Convenzione Modello OCSE contro le doppie imposizioni, che alla normativa domestica, al fine di comprendere come l'Italia si sia adeguata alle più recenti evoluzioni della materia.

L'ipotesi fondamentale su cui il lavoro pone le sue basi rimanda all'**esistenza di un collegamento territoriale**, di qualsivoglia natura, che permetta di giustificare il legame tra il soggetto contribuente ed il luogo in questione (i.e. *nexus*), al fine di rendere il primo suscettibile di tassazione nella giurisdizione di riferimento. Nel merito, i criteri di collegamento "tradizionali" sono tipicamente ascrivibili in due tipologie: l'uno di carattere personale, generalmente fondato sulla residenza fiscale del soggetto contribuente, e l'altro di carattere reale, basato, di converso, sul luogo di produzione del reddito. In ossequio al principio generale di territorialità, ogni Stato esercita il proprio potere impositivo nei confronti di tutti coloro che risiedono o abbiano un collegamento effettivo, più o meno marcato, con il territorio statale, a prescindere dalla nazionalità.

Partendo dalla prima tipologia di collegamento, ossia quello di **carattere personale**, la **residenza fiscale** è il presupposto fondante sia per la tassazione delle persone fisiche che giuridiche. Considerato che la disciplina internazionale rimanda alle disposizioni interne ai fini della categorizzazione dei "soggetti residenti", sono state anzitutto analizzate le disposizioni dell'ordinamento nazionale in merito.

Brevemente, in merito alle **persone fisiche**, due sono i modelli, distinti e opposti, cui gli Stati possono astrattamente informare il proprio sistema impositivo. Da un lato il "principio della fonte", indipendente dal concetto di residenza, per il quale l'ordinamento colpisce i soli redditi prodotti e beni posseduti all'interno del territorio sul quale lo stesso risulta efficace. Dall'altro lato, il "principio della residenza o domicilio fiscale", per il quale, ferma restando la tassazione dei soggetti non residenti per i redditi prodotti e i beni posseduti all'interno del territorio dello Stato, sono assoggettati a tassazione i soli residenti con riferimento al loro reddito

---

<sup>1</sup> Corte di Giustizia europea, 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes*, causa C-196/04.

mondiale e ai beni ovunque esistenti (c.d. *worldwide income principle*). Il secondo modello, risulta essere quello maggiormente diffuso tra i Paesi ad economia avanzata e quindi aderenti all'OCSE, trattasi, infatti, del modello cui si informa l'ordinamento italiano. Secondo il Tuir "Si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo di imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile" (Art. 2, comma 2, Tuir). In merito all'iscrizione nelle anagrafi della popolazione residente, presupposto per l'iscrizione è l'aver nel Comune la propria dimora abituale o, per le persone senza fissa dimora, l'aver stabilito nel Comune il proprio domicilio. Trattasi di un criterio di collegamento avente natura oggettiva e formalistica, visto che l'"iscrizione" in sé è considerata condizione sufficiente a far acquistare la residenza ai fini tributari, trattasi infatti per la Corte di Cassazione di "un dato preclusivo di ogni ulteriore accertamento ai fini dell'individuazione del soggetto passivo d'imposta". In merito ai restanti due criteri di collegamento, ossia il domicilio e la residenza, il primo coincide con il luogo in cui la persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari ed interessi mentre, il secondo, fa riferimento al sito in cui la persona ha la dimora abituale. Per quanto manchi una convergenza interpretativa della prassi e della giurisprudenza circa l'esatta categorizzazione di detti termini, in sintesi il domicilio si lega ad un elemento che va a determinare una relazione tra la persona ed il luogo, integrato da un elemento di diritto che consiste nell'aver stabilito in tale luogo il centro dei propri affari ed interessi, anche a prescindere dall'effettiva presenza nel luogo considerato e si lega, di conseguenza, anche alla sfera familiare del soggetto passivo considerando altresì la vita morale dello stesso<sup>2</sup>. Diversamente, la residenza fa riferimento alla vita fisica del soggetto e alla sede materiale della persona.

In materia di **società ed enti**, si considerano residenti "le società e gli enti che, per la maggior parte del periodo di imposta, hanno la sede legale, o la sede amministrativa, o l'oggetto principale dell'attività, nel territorio dello Stato" (Art. 73, comma 3, Tuir). Dove, per sede legale si intende il luogo indicato nell'atto costitutivo o nello statuto; per sede amministrativa, il "luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento nei rapporti interni e con i terzi degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività"<sup>3</sup>. Trattasi altresì di ciò che la giurisprudenza internazionale definisce come "*effective place of management*", ossia il luogo in cui vengono assunte le decisioni strategiche e gestionali e quindi da cui provengono gli impulsi volitivi della società. Ne deriva, che è necessario comprendere chi amministra e chi, invece, è formalmente preposto all'esecuzione dell'attività, dando rilevanza al primo di questi. In riferimento all'oggetto principale dell'attività, si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto. In mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata questo si determina in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato. In tema di residenza fiscale di società ed enti, il Tuir prevede quattro presunzioni legali di residenza, particolare attenzione nel corso della trattazione è stata attribuita alla presunzione relativa volta ad evitare il realizzarsi del fenomeno della c.d.

---

<sup>2</sup> Cfr. Cass. Sez. civ., 29 dicembre 1960, n. 3322

<sup>3</sup> Cass. sez. civ., 18 gennaio 1997, n. 497.

**esterovestizione** per cui, sono da considerarsi residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, le società e gli enti che detengono partecipazioni di controllo in società commerciali residenti, compresi i trust, se soddisfatti, alternativamente, due criteri, ossia:

- a) Se controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato; o
- b) Se amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

Ciò che rileva in tale ambito è che si assiste all'imposizione di una **misura restrittiva** della menzionata **libertà di stabilimento** e quindi teoricamente in contrasto con i vincoli comunitari assunti dallo Stato e con quelli cui quest'ultimo si è impegnato per il tramite di Convenzioni internazionali, seppur possa concludersi che detta limitazione appare legittima perché, purché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale. In tale caso, l'obiettivo della presunzione risulta essere quello di evitare che si creino società c.d. esterovestite, ossia costruzioni di puro artificio che non svolgono alcuna attività economica e che si dichiarano residenti in uno stato estero seppur esercitino la loro attività in Italia. Obiettivo della società controllante (estera), in tale caso, non è provare che il comportamento non è di carattere elusivo, adducendo ragioni economiche diverse dall'ottenimento di un vantaggio fiscale, bensì provare l'esistenza di attività effettivamente poste in essere nello Stato (estero) in cui la società si dichiara esistente e residente.

Analizzata la disciplina domestica, appare ora necessario un breve riferimento alla normativa internazionale che, come specificato, si informa principalmente al Modello di Convenzione OCSE, il cui art.4, par. 1, stabilisce che il termine "residente di uno Stato contraente" indica qualsiasi persona che, in base alle leggi di quello Stato, è soggetta a tassazione nello stesso a causa del suo domicilio, residenza, *place of management* o qualsiasi altro criterio di natura simile. Se da un lato il Modello permette di comprendere l'ambito di applicazione della Convenzione; dall'altro è utilizzato al fine di risolvere problemi di doppia imposizione derivanti da duplice residenza o che emergono da una concorrenza di potestà impositiva di due Stati in relazione ad uno stesso reddito. Allo scopo di comprendere la sua funzione, è opportuno comprendere **la valenza delle Convenzioni internazionali in generale rispetto alla normativa domestica**. Nel merito, può dirsi che nel momento in cui sorge un problema di doppia imposizione, la gerarchia delle fonti vede, come prima tra tutte, la normativa domestica. Nel caso in cui vi siano conflitto tra i disposti delle normative interne dei due Stati interessati, bisogna far riferimento a quanto definito dalle Direttive europee, ovviamente nel solo caso in cui entrambi gli Stati siano parte dell'Unione Europea. Se il conflitto a tal punto non risulta ancora risolto, prendono rilevanza eventuali Convenzioni internazionali stipulate. In tale ambito, è però necessario fare una precisazione, quanto detto non significa che le Convenzioni internazionali non prevalgano sul diritto interno, bensì è vero il contrario. Nel caso dell'Italia, è la stessa Costituzione a prevedere per mezzo dell'art.

10, comma 1 “un sistema di adattamento dell’ordinamento italiano alle norme del diritto internazionale” e altresì che gravi su Stato e Regioni l’obbligo comune di “conformarsi ai vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario ed agli obblighi internazionali” (Art. 117, Cost.). Sulla base di dette norme, è indubbio che le Convenzioni, dato il loro carattere di **legge speciale**, prevalgono sulla normativa interna<sup>4</sup>. In sintesi, se da un lato la normativa interna rappresenta la prima fonte cui si fa riferimento al fine di comprendere come poter risolvere un problema di doppia imposizione, dall’altro lato resta valido il principio consolidato di diritto internazionale per il quale, in caso di conflitto con la legislazione nazionale, prevale la Convenzione, anche se antecedente, per effetto della sua natura di norma gerarchicamente sovraordinata alla legge ordinaria interna. Sul punto, è necessario sottolineare che solo nel caso in cui la norma domestica abbia carattere antielusivo questa può considerarsi prevalente rispetto alla disposizione convenzionale.

In ambito di convenzioni internazionali, particolare menzione merita la **Convenzione Modello OCSE** nonché la **Convenzione Multilaterale** firmata il 7 giugno 2017 a Parigi, di qui in avanti “MLI”. In merito alla prima, trattasi di un modello di convenzione bilaterale solitamente utilizzato dai Paesi aderenti all’OCSE come base ai fini della stipula di convenzioni contro la doppia imposizione. Per effetto della sua natura di trattato bilaterale, risulta efficace nei soli confronti delle parti contraenti e, non contenendo norme direttamente applicabili nell’ordinamento interno, può dirsi che questa costituisce solo un modello che può ispirare gli Stati membri. La Convenzione OCSE ha quindi valenza simile a quella attribuita alle raccomandazioni, considerato ancora che al fine di produrre i suoi effetti è condizione necessaria che le disposizioni ivi contenute siano ratificate nell’ordinamento interno per mezzo di apposita disposizione. In merito alla seconda convenzione menzionata, invece, trattasi di trattato internazionale multilaterale, ossia produttivo di effetti nei confronti di tutti gli Stati firmatari. L’effetto principale di tale Convenzione risiede nella capacità della stessa di andare a modificare in modo automatico tutte le Convenzioni bilaterali concordate e ormai consolidate esistenti tra gli Stati firmatari, senza alcuna necessità di modifica di queste ultime. Si ricorda, infine, che rispetto all’MLI gli Stati firmatari possono proporre riserve e altresì scegliere tra diverse opzioni per quanto concerne l’applicazione di specifiche disposizioni nei propri ordinamenti.

Definito cosa si intende per residenza fiscale, si assuma ora che una società, in ragione del principio cardine di libertà di stabilimento, scelga di porre in essere le sue attività in molteplici giurisdizioni senza però stabilirvi una sussidiaria e quindi una società dotata di autonoma soggettività giuridica ma limitandosi, invece, ad operare stabilmente in detto territorio. In tale contesto, prende rilevanza la **stabile organizzazione** e di conseguenza la seconda tipologia di **collegamento territoriale** tradizionale, ossia quello di **carattere reale**. La tassazione si localizza quindi nel luogo in cui la società è presente per mezzo di una “sede fissa di affari tramite cui esercita, in tutto o in parte, la sua attività” (Art. 5, par. 1, Convenzione Modello OCSE). Ora, risulta necessario delineare brevemente l’evoluzione della definizione di “sede fissa di affari” per comprendere come

---

<sup>4</sup> Cass. sez. trib, 19 gennaio 2009, n. 1138.

la stabile organizzazione sia nata in qualità di sede materiale per poi arrivare a configurarsi anche in capo ad un soggetto, ossia in termini di stabile organizzazione personale.

In primo luogo, tre sono gli elementi essenziali che devono configurarsi affinché si parli di “sede fissa di affari”, ossia **esistenza** della stessa; fissità, intesa in termini di disponibilità, fissità spaziale e permanenza temporale; e **strumentalità allo svolgimento dell’attività di impresa**. Particolare menzione merita il secondo elemento per il quale si specifica che il carattere della **disponibilità** rimanda alla capacità dell’impresa estera di esercitare il controllo sulla stabile organizzazione, escludendo quindi la proprietà quale condizione necessaria. Si precisa, che a tal fine il controllo non va inteso in senso prettamente giuridico ma perlopiù analizzando l’effettiva disponibilità della struttura. In merito alla **fissità spaziale**, perché un’istallazione posseda tale requisito, dovrà necessariamente manifestare un determinato collegamento con il luogo materiale in cui è situata (i.e. Stato della fonte) e quindi essere presente in tale luogo o nell’aria definita geograficamente e commercialmente coerente. Infine, la **permanenza temporale** fa riferimento alla regolarità di svolgimento dell’attività piuttosto che alla durata dell’insediamento.

L’art. 5, par. 2<sup>5</sup>, della Convenzione Modello prevede una serie di fattispecie che comportano la configurazione di una stabile organizzazione, ricomprese nella c.d. *positive list*, nonostante sia comunque necessario che in capo alle stesse siano confermati anche gli elementi essenziali sopraesposti. Sul punto, si precisa che l’integrazione delle fattispecie che costituiscono *prima facie* stabile organizzazione nella normativa domestica, avvenuta per mezzo della modifica dell’art. 162 del Tuir, conseguentemente alla Legge di bilancio 2018, prevede l’aggiunta di una ulteriore ipotesi alla lettera *f-bis*), facendo riferimento ad “una significativa e continuativa **presenza economica** nel territorio dello Stato **costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso**”. Particolarmente discussa è, tutt’ora, la *ratio* della norma e, di conseguenza, i suoi rapporti rispetto all’ordinaria definizione di stabile organizzazione materiale e, più in generale, rispetto alla Convenzione Multilaterale che, quantomeno allo stato attuale, non contiene analoga previsione. La *ratio* della nuova disposizione è da ricercarsi, da un lato, nella volontà di allineamento della disciplina domestica alle indicazioni internazionali, volte ad “alleviare il nesso, finora imprescindibile, tra la presenza fisica di un’attività nel territorio dello Stato e assoggettabilità alla normativa fiscale”, seppur mediante l’adozione di una misura unilaterale e, dall’altro lato, nella sua **portata antielusiva**. In merito al secondo elemento, è da evidenziare che nel caso in cui alla menzionata disposizione fosse riconosciuta portata antielusiva, questa prevarrebbe sulla Convenzione e, di conseguenza, sarebbe applicata anche in assenza di analoga previsione nell’ordinamento dell’altro Stato contraente. La legittimità del carattere antiabuso si fonda su due considerazioni essenziali: in primo luogo, il preambolo delle Convenzioni contro le doppie imposizioni

---

<sup>5</sup> Si riporta di seguito il testo originale del par. 2:

*The term “permanent establishment” includes especially:*

- a) *a place of management;*
- b) *a branch;*
- c) *an office;*
- d) *a factory;*
- e) *a workshop, and*
- f) *a mine, an oil or gas well, a quarry or any other place of extraction of natural resources.*

prevede che l'intento dell'accordo sia quello di "eliminare la doppia imposizione [...] senza creare opportunità di non imposizione o di ridotta imposizione attraverso l'evasione o l'elusione fiscale" quindi scopo essenziale delle Convenzioni menzionate dovrebbe essere quello di evitare comportamenti elusivi; in secondo luogo, tali accordi prevedono altresì che i vantaggi derivanti da una Convenzione contro la doppia imposizione non dovrebbero essere adottati quando il fine principale è quello di entrare in una certa transazione o accordo al fine di ottenere un vantaggio fiscale, motivo che giustificherebbe la prevalenza della normativa antiabuso sulla disposizione convenzionale. Nonostante quanto affermato, è vero che l'OCSE ha invitato gli Stati contraenti a rispettare gli obblighi convenzionale e a ricercare soluzioni condivise in relazione anche a misure antiabuso, quindi l'eventuale adozione di misure unilaterali dovrebbe avvenire nel rispetto degli impegni internazionali assunti con la sottoscrizione dei trattati contro le doppie imposizioni e, in base a tale disposto, la norma italiana non dovrebbe avere alcun effetto sulle Convenzioni bilaterali stipulate. Inoltre, si nota che sul piano delle fonti del diritto non sarebbe legittimo modificare, rispetto al contesto internazionale, i criteri necessari ad integrare il presupposto giuridico della stabile organizzazione, si assiste infatti a piena discontinuità rispetto alle ipotesi declinate all'art. 5 della Convenzione considerato che quest'ultima si riferisce, imprescindibilmente, all'esistenza di una "sede fissa di affari". Nel complesso, può concludersi, soprattutto considerato l'orientamento ad oggi prevalente in ambito internazionale, ossia convergente ad una soluzione condivisa a livello globale, che alla disposizione italiana possa essere attribuita valenza meramente transitoria e quindi limitata al periodo antecedente all'applicazione di un approccio condiviso, fermo restando che le sia riconosciuto il suo carattere di norma antiabuso.

Chiarito quanto precisato, per comprendere l'evoluzione della definizione di stabile organizzazione, appare utile soffermarsi principalmente su quelle che sono state le modifiche introdotte al Modello OCSE nel 2017 e quindi inerenti ai paragrafi 4, 5 e 6 dell'art. 5 della citata Convenzione, rispettivamente inerenti alle attività ausiliarie o preparatorie a all'introduzione della regola anti-frammentazione, al contratto di commissione e alla definizione di agente indipendente. Dette modifiche sono il frutto del fenomeno definito nel 2013 dall'OCSE come "*Base Erosion and Profit Shifting*", di qui in avanti "BEPS", avente lo scopo di evitare erosioni della base imponibile e la localizzazione dei redditi in territori a fiscalità privilegiata. Le stesse incorporano parti significative dei principi contenuti nei rapporti conclusivi alle quindici azioni del Progetto BEPS, a loro volta confluite in larghe parti nella Convenzione Multilaterale. Ne consegue un quadro normativo particolarmente articolato, in cui vanno a sovrapporsi le Convenzioni bilaterali, costruite e consolidate secondo le precedenti versioni del Modello OCSE, il Nuovo Modello e la Convenzione Multilaterale.

Ora, entrando nel merito delle menzionate modifiche, si fa in primo luogo riferimento all'analisi dell'art. 5, par. 4<sup>6</sup>, il quale si riferisce alle **attività** che, perché definite di **carattere ausiliario o preparatorio**,

---

<sup>6</sup> Si riporta di seguito il testo originale del par. 4:

*Notwithstanding the preceding provisions of this Article, the term "permanent establishment" shall be deemed not to include:*

- a) the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise;*
- b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery;*

non comportano la nascita di una stabile organizzazione, seppur esercitate per mezzo di una sede fissa di affari. Benché si sia negli anni discusso riguardo al peso che dovesse essere conferito alle ipotesi elencate al paragrafo 4, è generalmente condiviso che le stesse non abbiano valenza di presunzione assoluta, bensì relativa: affinché l'attività posta in essere non generi la configurazione di una stabile organizzazione è infatti altresì necessario che in capo alla stessa si realizzi il carattere "preparatorio" o "ausiliario". Generalmente, un'attività di carattere preparatorio, precedendo l'attività principale, ha durata relativamente breve, salvo particolari necessità inerenti al modello di business perseguito. Un'attività a carattere ausiliario, dall'altra parte, corrisponde ad un'attività di supporto e per tale ragione tende a non utilizzare in modo rilevante gli asset o i dipendenti dell'impresa trattandosi, essenzialmente, di un'attività secondaria. In ogni caso, si intendono di carattere preparatorio o ausiliario quelle attività troppo remote rispetto all'effettiva realizzazione dei profitti. Lo scopo è comprendere se l'attività esercitata per mezzo della sede di affari sia essenziale e significativa rispetto all'attività più complessa, motivo per il quale la stessa è da valutare in riferimento all'attività complessiva svolta dalla società principale. Tale orientamento era già stato evidenziato per mezzo della Sentenza della Corte di Cassazione in riferimento al caso Philip Morris (Cass. sez. trib., 25 maggio 2022, n. 7682) per lui "la ricostruzione dell'attività posta in essere dalla società operante nel territorio nazionale, al fine di accertare se si tratti o meno di attività ausiliaria o preparatoria, deve essere unitaria e riferita al programma del gruppo unitariamente considerato".

A corollario dell'art. 5 par. 4, interviene il novello par. 4.1.<sup>7</sup>, il quale introduce la c.d. *anti-fragmentation rule*, ossia una regola volta ad evitare che le imprese frammentino i loro business in diverse piccole operazioni, al fine di argomentare che si tratta di attività meramente preparatorie o ausiliarie sulla base del disposto del paragrafo 4. Il Commentario OCSE 2017<sup>8</sup>, allegato alla Convenzione Modello, sottolinea, infatti, come una serie frammentata di attività esercitate nello stesso territorio, dalla stessa impresa o da imprese strettamente collegate, non possano considerarsi organizzativamente separate se costituiscono funzioni complementari parte di un complesso unitario di operazioni commerciali. Si prevede quindi che operi

- 
- c) *the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;*
  - d) *the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise or of collecting information, for the enterprise;*
  - e) *the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any other activity;*
  - f) *the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e), 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.*

<sup>7</sup> Si riporta di seguito il testo originale del par. 4.1:

*Paragraph 4 shall not apply to a fixed place of business that is used or maintained by an enterprise if the same enterprise or a closely related enterprise carries on business activities at the same place or at another place in the same Contracting State and*

- a) *that place or other place constitutes a permanent establishment for the enterprise or the closely related enterprise under the provisions of this Article, or*
- b) *the overall activity resulting from the combination of the activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, is not of a preparatory or auxiliary character, provided that the business activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation*

<sup>8</sup> Sul punto, si precisa che al Commentario è stata attribuita valenza pari alla Convenzione OCSE, ossia di mero strumento di "indirizzo".

una sorta di regola attrattiva: le attività svolte da sedi di affari che dipendono da una stessa società estera o da una società a quest'ultima strettamente connessa, devono essere considerate, ai fini della valutazione circa la presenza di una S.O., nel loro complesso. In sintesi, ne deriva la necessità di adottare un approccio olistico da applicare a tutte le singole sedi di affari, al fine di determinare eventuali sinergie e la natura complessiva dell'attività esercitata.

Altra importante novità introdotta per mezzo delle modifiche del 2017 riguarda la stabile organizzazione personale e nello specifico il contratto di commissione (art. 5, par. 5), nonché la definizione di agente dipendente (art. 5, par. 6.).

In merito al primo elemento, come anticipato, si ha stabile organizzazione personale nel momento in cui un "soggetto agisce in uno Stato contraente per conto di un'impresa e, nel farlo, conclude abitualmente contratti, o abitualmente ricopre un ruolo principale che porta alla conclusione di contratti che sono solitamente conclusi senza modifiche materiali da parte dell'impresa, e i contratti sono in nome dell'impresa; o per il trasferimento della proprietà, o per la concessione del diritto di utilizzo, di beni posseduti da parte dell'impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare; o per la fornitura di servizi da parte dell'impresa" (Art. 5, par. 5, Conv. Modello COSE). Peculiarità del **contratto di commissione** è quella di avere valenza differente negli ordinamenti di *civil law* e *common law*. Nei primi, infatti, il suddetto contratto è ricompreso nella categoria dei contratti di mandato senza rappresentanza e, generalmente, ha per oggetto la compravendita di un bene per conto del committente (i.e. impresa) ed in nome del commissionario (i.e. soggetto negoziatore). È quindi il commissionario a spendere il proprio nome, seppur poi sia l'impresa ha dover sostanzialmente adempiere alle obbligazioni contrattuali, ossia a dover trasferire i beni o i servizi in oggetto. Diverso, è il trattamento del medesimo accordo negli ordinamenti di *common law*, dove detta distinzione tra contratti con e senza rappresentanza non viene effettuata, motivo per il quale entrambe le tipologie contrattuali sono idonee a determinare la nascita di una stabile organizzazione, fermo restando che ricorrano le altre condizioni richieste. Da detto *discrimen* derivava una disparità di trattamento tra i due ordinamenti, considerato che nei primi il contratto di commissione non generava la possibile configurazione di una stabile organizzazione perché trattasi appunto di contratti non conclusi in nome dell'impresa seppur per conto della stessa. Le modifiche intervenute nel 2017 hanno eliminato detta differenziazione facendo divenire il contratto di commissione fattispecie suscettibili di configurare una stabile organizzazione nello Stato della fonte. Sul punto, si evidenzia che già prima del 2017 la nota sentenza Philip Morris precedentemente menzionata aveva sottolineato come nell'analisi inerente alla "facoltà del soggetto negoziatore di concludere contratti", presente nella versione del Modello ante 2017, dovesse adottarsi un approccio perlopiù sostanziale non nel senso di una rappresentanza esclusivamente diretta ma comprensiva "anche tutte quelle attività che abbiano contribuito alla conclusione di contratti, anche se gli stessi sono stati conclusi in nome dell'impresa". In ogni caso, per quanto l'orientamento della Corte possa essere stato di indirizzo alla nuova disciplina, diversi sono stati i casi che hanno escluso la configurazione di una S.O. in ragione di un'interpretazione letterale della Convenzione ante 2017, per la quale



il commissionario doveva avere il potere di vincolare legalmente il committente agendo espressamente a suo nome<sup>9</sup>.

In merito all'analisi del novellato par. 5., si specifica che la capacità di **“concludere contratti”** è da valutare in riferimento alla normativa specifica dello Stato contraente interessato. Sul punto, è possibile che un contratto si consideri concluso in un dato Stato contraente seppur firmato in uno Stato terzo perché, a tali fini, rileva il luogo in cui i contratti sono effettivamente negoziati, anziché quello in cui sono giuridicamente conclusi e perfezionati. La disposizione supera quindi la precedente tesi, sostenuta dall'OCSE, secondo cui era da escludere la stabile organizzazione personale qualora i contratti, nonostante le condizioni fossero state negoziate da un soggetto che operava nel territorio dello Stato, venissero poi firmati e formalizzati, senza modifiche, presso la sede della casamadre estera. In merito, invece, al **“ruolo principale”** ricoperto ai fini della stipula del contratto, si rimanda all'adozione di un approccio funzionale inerente all'attività posta in essere dal soggetto che agisce, considerato che è da valutare il ruolo del soggetto negoziatore e il peso della negoziazione rispetto al business della società estera, nonché il peso della partecipazione dello stesso soggetto alla contrattazione. In merito, interviene altresì il Commentario OCSE 2017 precisando che è possibile che un contratto sia concluso anche in assenza di un'intensa attività di negoziazione pregressa, ad esempio, per mezzo della mera accettazione dei termini contrattuali proposti dalla controparte.

Particolare menzione merita ora l'orientamento del legislatore italiano circa la stabile organizzazione personale. Sul punto, si nota che l'Italia ha opposto riserva all'applicazione dell'art. 12 della Convenzione Multilaterale<sup>10</sup> e che ha proceduto per mezzo della Legge di bilancio 2018, la quale ha introdotto le menzionate modifiche nell'ordinamento domestico per mezzo della modifica dell'art.162 del Tuir, ad un allargamento della fattispecie della stabile organizzazione personale mancando il riferimento al soggetto che **“svolge un ruolo principale ai fini della conclusione dei contratti”** in oggetto e limitandosi a fare riferimento ad un soggetto che **“opera ai fini della conclusione di contratti”**. Sul punto, è stato osservato come il legislatore italiano possa essersi discostato dall'OCSE al fine di formalizzare, nel testo attuale dell'art. 162 del Tuir, il consolidato orientamento giurisprudenziale della nota sentenza Philip Morris precedentemente menzionata, così da rilevare non solo quelle attività più rilevanti alla fine della conclusione dei contratti ma anche quelle attività ancillari o complementari poste in essere dall'agente per conto dell'impresa estera. Partendo dal presupposto che obiettivo del legislatore è l'ampliamento dell'ipotesi di S.O., la **portata antielusiva** della norma giustificerebbe il discostamento dalla previsione OCSE, comportando prevalenza della disposizione italiana sulla Convenzione Multilaterale per effetto del suo carattere antiabuso. Sebbene tale orientamento risulti, ad oggi, il più probabile, è stato altresì ipotizzato che **“l'ampio presupposto”** possa considerarsi applicabile solo con riferimento a quei Paesi con cui non è in vigore una Convenzione contro le doppie imposizioni perché, in caso di mancato riconoscimento del carattere antielusivo della norma, la disposizione convenzionale avrebbe prevalenza sulla normativa domestica e quindi effetto solo al di fuori di eventuali Convenzioni. Alla luce di

---

<sup>9</sup> *Conseil d'État* francese, 31 marzo 2010, *Zimmer*, n. 304715; Corte Suprema di Norvegia, 2 dicembre 2011, *Dell*, n. HR-2011-A.

<sup>10</sup> Part IV, Article 12 – *Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status through Commissionaire Arrangements and Similar Strategies, Multilateral Convention to Implement tax treaties related measures to prevent base erosion and profit shifting.*

quanto esposto, può comunque concludersi che in realtà l'orientamento italiano non si discosta del tutto dalla visione internazionale, soprattutto alla luce delle specificazioni fatte dal menzionato Commentario OCSE il quale, come analizzato, prevede l'applicazione di un approccio sostanziale ai fini della valutazione delle attività poste in essere dal soggetto negoziatore.

In merito all'**agente dipendente**, la previgente versione del Modello prevedeva che la definizione dello stesso fosse data in negativo definendo come dipendente qualsiasi soggetto che non fosse indipendente. Si prevedeva che non vi fosse stabile organizzazione nel caso in cui la società estera operasse per mezzo di "un *broker*, di un commissario generale o di un qualsiasi altro agente indipendente", provato che lo stesso agisse nel corso del suo ordinario business. La versione corrente del par. 6, seppur partendo dal presupposto che è suscettibile di essere eletto a stabile organizzazione il solo soggetto dipendente che agisce in uno Stato contraente per conto di un'impresa dell'altro Stato contraente, manca dei riferimenti a *broker*, commissionari generali e agenti indipendenti e richiede esclusivamente che il soggetto, affinché possa considerarsi indipendente, agisca nel corso della sua ordinaria attività di impresa. Tuttavia, quando un soggetto opera esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di una o più imprese alle quali è strettamente correlato, non dovrebbe essere considerato indipendente rispetto a nessuna di tali imprese<sup>11</sup>. Nel merito, differente è l'orientamento della disciplina internazionale rispetto a quella domestica. Infatti, per la prima il fatto che il soggetto operi esclusivamente (o quasi) per una sola impresa è **indice sufficiente** a ritenere integrato l'elemento della dipendenza, mentre, per la seconda, la medesima condizione è **elemento sufficiente** ai fini della dimostrazione circa l'esistenza di una condizione di dipendenza. In sintesi, secondo il legislatore italiano nella suddetta ipotesi il requisito dell'indipendenza non può considerarsi di per sé realizzato, motivo per cui l'intermediario è automaticamente qualificabile come agente dipendente, a prescindere da qualsiasi analisi in merito all'indipendenza giuridica ed economica dello stesso rispetto al soggetto cui risulta "strettamente correlato".

Definita la stabile organizzazione, essenziale diviene capire come **quantificare i profitti** alla stessa attribuibili, considerato che tali profitti risulteranno tassabili nello Stato di insediamento della S.O (i.e. Stato della fonte) e che fin dagli albori del diritto tributario internazionale, la stabile organizzazione, seppur definita come mera articolazione funzionale interna, priva di autonoma soggettività giuridica, è stata trattata, al fine di determinare il reddito imponibile sulla base delle risultanze contabili, come entità autonoma. Ne deriva che rientrano nel computo dei profitti imponibili nello Stato della fonte quelli derivanti da qualsiasi attività esercitata dalla S.O., incluse quindi sia le **transazioni intervenute con parti terze indipendenti** che con **parti correlate**, nonché gli **accordi definiti con altre parti della stessa impresa** (cd. *internal dealings*). Agevole

---

<sup>11</sup> Si riporta di seguito il testo originale del par. 6:

*Paragraph 5 shall not apply where the person acting in a Contracting State on behalf of an enterprise of the other Contracting State carries on business in the first-mentioned State as an independent agent and acts for the enterprise in the ordinary course of that business. Where, however, a person acts exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is closely related, that person shall not be considered to be an independent agent within the meaning of this paragraph with respect to any such enterprise.*

risulta essere la quantificazione della prima categoria di operazione, diverso è invece il discorso relativo ai profitti riconducibili alla seconda e alla terza tipologia di transazione. Nel merito, la disciplina di interesse, essenzialmente riassunta nell'art. 7 della Convenzione Modello OCSE, riprende in larghe parti le disposizioni inerenti ai prezzi di trasferimento contenute nell'art. 9 della citata Convenzione e ampiamente discusse nelle *Transfer Pricing Guidelines* redatte dall'OCSE, di qui in avanti "TPG", aggiornate da ultimo nel 2017.

Prima di entrare nel merito del disposto dell'art. 7, si rende necessario sintetizzare come viene definito un prezzo di libera concorrenza in caso di transazione intervenuta tra parti correlate, sulla base del contenuto del menzionato art. 9 e delle TPG. L'obiettivo è far sì che una transazione che interviene tra parti associate sia trattata al pari di una transazione che invece interviene tra parti indipendenti e quindi che è, di conseguenza, regolata dal mercato. Per determinare il prezzo *at arm's length* di una transazione *intercompany* si rende necessaria la conduzione di un'analisi di comparabilità, la quale può sintetizzarsi in alcuni passaggi fondamentali. In primo luogo, essenziale è l'individuazione delle transazioni infragruppo rilevanti, per mezzo dell'identificazione delle caratteristiche economicamente rilevanti (i.e. fattori di comparabilità), ossia di quelle peculiarità che permettono di categorizzare e comprendere una data transazione al fine di individuare transazioni comparabili non controllate e quindi intervenute tra parte indipendenti. Tra queste, particolare rilevanza è attribuita all'analisi funzionale, consistente nell'individuazione, nonché nell'allocazione dei rischi e nella determinazione del prezzo di trasferimento. Una volta identificate le transazioni infragruppo rilevanti, si rende necessario individuare un *set di comparables*, selezionare il metodo di *transfer pricing* più appropriato e verificare, in ultima analisi, che l'indicatore di profitto selezionato per la parte testata sia ricompreso all'interno dell'intervallo di confidenza definito sulla base dei dati raccolti in riferimento alle transazioni comparabili.

Ora, considerato che "[...] i profitti attribuibili in ciascuno Stato contraente alla stabile organizzazione sono i profitti che si attende che questa possa generare, in particolare rispetto ad operazioni poste in essere con altre parti dell'impresa, se si trattasse di un'impresa separata ed indipendente impegnata in attività uguali o similari in condizioni uguali o similari, tenendo conto delle funzioni svolte, degli asset utilizzati e dei rischi assunti dall'impresa per mezzo della stabile organizzazione e delle altre parti dell'impresa" (Art. 7, par. 2, Convenzione Modello OCSE), tre sono gli elementi su cui è necessario soffermarsi. Essenziale è anzitutto comprendere l'essenza di un *internal dealing*, a tali scopi bisogna partire dall'assunto che il legame intercorrente tra la stabile organizzazione e la casamadre è imprescindibile. Si prenda come esempio il caso-base di costituzione di una S.O., ossia una società residente in Italia che costituisce una sede fissa di affari in un territorio estero per gestire la distribuzione dei suoi prodotti. È implicito, in tal caso, che venga posta in essere una transazione tra la casamadre e la stabile organizzazione per il passaggio delle merci che poi la seconda è tenuta a distribuire sul mercato estero di riferimento. Altresì fondamentale è la differenza tra transazioni intervenute tra imprese associate e tra parti della stessa impresa, per il fatto che le seconde non sono regolate da contratti vincolanti e non comportano quindi conseguenze legali per l'impresa nel suo complesso, motivo per il quale richiedono che sia effettuata un'analisi maggiormente approfondita sia

dell'operazione in sé che della relativa documentazione, seppur è vero che detta documentazione non dovrebbe andare a gravare sul soggetto contribuente in misura non proporzionata rispetto alla particolare circostanza. Infine, rileva il metodo utilizzato ai fini della quantificazione oggetto di analisi, identificato dall'OCSE nell'*Authorized OECD Approach*, di qui in avanti "AOA", il quale, come anticipato, riprende ampiamente i principi di *transfer pricing* fondandosi su due step essenziali: l'analisi funzionale e l'analisi di comparabilità, volta all'individuazione del prezzo *at arm's length* di eventuali transazioni intervenute con parti correlate e degli *internal dealings*, per mezzo del confronto di suddette operazioni con transazioni comparabili non controllate (i.e. *uncontrolled comparable transactions*) e dell'applicazione del metodo di determinazione del prezzo più appropriato, tenuto conto delle funzioni svolte, degli asset posseduti e dei rischi attribuiti alla stabile organizzazione.

In ogni caso, il risultato delle due menzionate fasi costituenti l'*Authorized OECD Approach* dovrebbe quindi permettere di calcolare gli utili (o le perdite) derivanti da tutte le attività svolte dalla stabile organizzazione, comprese le operazioni con imprese indipendenti, le operazioni con imprese associate e i rapporti con altre parti dell'impresa.

Alla luce delle menzionate modifiche introdotte alla Convenzione Modello OCSE all'art. 5, particolarmente rilevante è l'attribuzione dei profitti in tema di **stabile organizzazione personale**. Nel merito, la giurisdizione ospitata (i.e. Stato della fonte) ha diritto di tassare due diverse entità: l'agente dipendente residente nello Stato della fonte (i.e. *dependent agent enterprise*), quale soggetto imprenditore, e la stabile organizzazione dell'impresa non residente (i.e. *dependent agent permanent establishment*), in qualità di agente dipendente secondo le modalità proprie delineate al menzionato art. 5. In tale contesto, l'analisi fattuale e funzionale, prevista dal primo *step* dell'AOA e quindi dall'art. 7 della Convenzione, deve focalizzarsi sulla natura e sulla portata delle funzioni esercitate dall'agente dipendente per conto dell'impresa non residente. È però nel secondo *step* dell'AOA che emerge la peculiarità di detta fattispecie, in quanto, per determinare i profitti attribuibili alla stabile organizzazione personale, occorre dedurre il compenso *at arm's length* spettante al soggetto imprenditore che opera come agente dipendente per i servizi che fornisce all'impresa non residente, sulla base di quanto previsto dall'art. 9 della Convenzione. Nel momento in cui la disciplina obbliga all'applicazione di entrambi gli artt. 7 e 9 del Modello, viene spontaneo chiedersi a quale dei due sia necessario dare priorità. Nel merito, nonostante si sia in prima istanza accennato ad una prevalenza dell'art. 9 sull'art. 7, è parere diffuso che né la Convenzione, né il relativo Commentario definiscono specificatamente quando un aggiustamento del profitto sulla base dell'art. 9 debba precedere l'attribuzione degli stessi componenti per mezzo dell'art. 7, lasciando quindi autonomia a ciascuna giurisdizione in merito alla scelta della disposizione cui dare priorità. Ora, supponendo di dare priorità all'applicazione dell'art. 9, la questione che genera maggiori perplessità nella prassi e nella dottrina internazionale è la seguente: "Possono residuare utili alla stabile organizzazione personale dopo che l'attività dell'agente dipendente è stata remunerata al prezzo di libera concorrenza?". Trattasi di questione lecita considerando che la remunerazione dell'agente dovrebbe essere dedotta dai profitti attribuibili alla S.O., sul punto è però opportuno precisare che potrebbero esservi funzioni

e rischi aggiuntivi attribuibili all'agente dipendente per attività svolte per conto dell'impresa non residente, rispetto a quelli remunerati con la corresponsione di un'usuale commissione sulle vendite realizzate, e, proprio in tale ipotesi, il reddito associato all'esercizio di tali funzioni e/o al sostenimento di tali rischi dovrebbe essere imputato alla stabile organizzazione personale. In merito, è possibile concludere che, considerando la tendenza convergente nei criteri di determinazione del reddito della S.O. e delle imprese associate, lo Stato della fonte dovrebbe esercitare la sua potestà impositiva in base a quelli che sono i rischi e gli asset localizzati nel suo territorio e, in un'ottica economico-sostanziale, resta irrilevante che tali funzioni, asset e rischi siano imputati all'agente, ovvero alla stabile organizzazione. Ciò posto, l'ordine di applicazione dei menzionati articoli non dovrebbe avere un impatto sull'ammontare dei profitti tassabili nello Stato della fonte, di modo da non far emergere, in ogni caso, situazioni di doppia imposizione. Al riguardo, sono i singoli Stati a dover introdurre regole interne per assicurare il rispetto di tale principio e a dover rendere pubblica la propria scelta sull'ordine di applicazione.

Ora, volendo analizzare il concetto di stabile organizzazione e di tassazione in generale in rapporto all'**economia digitale**, il problema che si pone deriva dall'**assenza di un legame fisico con il territorio dello Stato in cui la ricchezza è creata**, proprio in ragione delle caratteristiche intrinseche delle imprese digitali. Seppur possa apparire complesso individuare una specifica nozione di impresa digitale, data dalle svariate forme che la *digital economy* può assumere, vi sono una serie di caratteristiche fondamentali che la vanno a delineare. L'impresa digitale è, anzitutto, "**a-territoriale**", in quanto la sua formazione e sviluppo non ha nessi tangibili di collegamento con il territorio in cui la ricchezza viene creata; è altresì **transnazionale** per effetto della facilità con cui gli operatori possono travalicare i confini nazionali degli Stati utilizzando mezzi tecnologici e, di conseguenza, caratterizzata da **elevata volatilità** perché suscettibile di mutare rapidamente e soggetta ad un potenziale elevato *turnover* di clienti, considerata la varietà di beni e servizi cui è possibile avere accesso; è, infine, sostanzialmente **dematerializzata**, visto che si basa sul trasferimento di beni, quali software, video, musica, film, etc., non inclusi in supporti materiali. È indubbio che in tale contesto lo scopo di eventuali misure risulta essere quello di evitare che i benefici connessi alla fisionomia delle imprese della *digital economy*, ossia la non necessità di avere una sede fissa di affari al fine di poter operare in un dato Stato estero, possano rappresentare la ragione che esenta dette società dall'onere fiscale, onere che sarebbe altrimenti adempiuto se si trattasse di un business tradizionale, il quale, di converso, necessita una sede fisica. Ne consegue, che sembra adesso lecito affermare che la crescente evoluzione della *digital economy* comporti la **crisi dei concetti tradizionali di residenza e stabile organizzazione**.

Sul punto, può dirsi che questione essenziale è comprendere se le sfide connesse allo sviluppo della *digital economy* comportino un adattamento o uno stravolgimento del sistema fiscale internazionale attuale, nello specifico la domanda essenziale è se la c.d. *new economy* necessiti di una normativa a sé stante o se possa considerarsi sufficiente un adattamento della normativa attuale, procedendo quindi sul medesimo orientamento fino ad oggi adottato. Sul punto, diversi sono stati gli interventi, nonché le visioni contrastanti anche di organi

sovranazionali, quali l'Unione europea, nonostante, ad oggi, la soluzione più probabile sembra essere quella proposta in sede OCSE, ossia la creazione di un sistema di tassazione (parzialmente) nuovo ai fini dell'imposizione fiscale in capo ai grandi gruppi multinazionali, digitali e non.

Partendo dall'**approccio europeo**, considerato più "rivoluzionario", questo si incentra essenzialmente su due proposte: la Direttiva COM(2018) 147, presentata in qualità di soluzione definitiva e relativa all'introduzione di una nuova fattispecie di stabile organizzazione, fondata sul concetto di creazione di valore da parte degli utenti e la Direttiva COM(2018) 148, identificata invece quale soluzione temporanea, consistente in un'imposta *ad hoc* finalizzata alla tassazione dei ricavi lordi derivanti dalla fornitura di alcune tipologie di servizi digitali, erogati da soggetti di ingenti dimensioni.

Brevemente può dirsi che la prima proposta di Direttiva mira all'introduzione della nozione di "**stabile presenza digitale significativa**", ossia di un'ipotesi integrativa rispetto alla casistica già prevista ai fini della tassazione dei redditi societari. La volontà di fondo è quella di collocare la tassazione nel luogo ove si realizza la sostanza economia dell'operazione, identificato nella giurisdizione di mercato, sulla base di un collegamento basato sulla localizzazione dei dati e sulla partecipazione dei clienti. La normativa sarebbe da applicare a "qualsiasi persona giuridica o istituto giuridico che svolge la propria attività attraverso una società o una struttura trasparente ai fini fiscali" (Art. 3, par. 7, COM 147), indipendentemente dal luogo di residenza ai fini dell'imposta sulle società, nel momento in cui si considera esistente una "presenza digitale significativa" in un dato Stato membro ed in un dato periodo di imposta, ossia quando "l'attività svolta attraverso di essa consiste interamente o in parte nella fornitura di servizi digitali tramite un'interfaccia digitale<sup>12</sup> [...]" (Art. 4, par. 3, COM 147). Ai fini dell'individuazione di una presenza digitale significativa, è altresì previsto che siano soddisfatte una o più condizioni da parte dell'entità che fornisce i suddetti servizi, inerenti: alla parte di ricavi totali ottenuti nel corso del considerato periodo di imposta e derivanti dalla fornitura dei servizi digitali rientranti nel campo di applicazione della disposizione (superiori a 7 milioni di euro); al numero di utenti di tali servizi situati nello Stato membro nel considerato periodo di imposta (superiori a 100.000); ovvero al numero di contratti commerciali per la fornitura dei servizi menzionati che sono conclusi nello Stato membro considerato e nel periodo di imposta prescelto (superiori a 3.000). In merito all'identificazione degli utili da attribuire alla citata fattispecie, la Direttiva riprende il principio di libera concorrenza e di conseguenza la

---

<sup>12</sup> L'art. 3, paragrafo 5, COM 147 cita, a titolo non esaustivo, servizi quali:

- a) La fornitura di prodotti digitali in generale, compresi software, loro modifiche e aggiornamenti;
- b) I servizi che veicolano o supportano la presenza di un'azienda o di un privato su una rete elettronica, quali un sito o una pagina web;
- c) I servizi automaticamente generati da un computer attraverso internet o una rete elettronica, in risposta a dati specifici immessi dal destinatario;
- d) La concessione, a titolo oneroso, del diritto di mettere in vendita un bene o un servizio su un sito internet che operi come mercato online, in cui i potenziali acquirenti fanno offerte attraverso un procedimento automatizzato e in cui le parti sono avvertite di una vendita attraverso posta elettronica generata automaticamente da un computer; e
- e) Le offerte forfettarie di servizi internet (*Internet service packages, ISP*) nelle quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e subordinato.

Non rientra, invece, tra i servizi digitali la vendita di beni o di servizi agevolata dal ricorso a internet o a una rete elettronica. Per interfaccia digitale, si intende "qualsiasi software, compresi i siti web o parte di essi e le applicazioni, anche mobili, accessibili dagli utenti" (Art. 3, par. 2, COM 147).

previsione dell'art. 7 della Convenzione Modello, affermando che trattasi degli utili "che la presenza digitale avrebbe realizzato se fosse stata un'impresa separata e indipendente che svolge attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe, in particolare nelle sue relazioni con altre parti dell'impresa, tenendo conto delle funzioni esercitate, degli asset utilizzati e dei rischi assunti, attraverso un'interfaccia digitale" (Art. 5, par. 2, COM 147). Si prevede quindi che sia svolta un'analisi funzionale al fine di individuare le funzioni esercitate, i rischi assunte gli asset utilizzati e che sia altresì preferito il metodo della ripartizione degli utili ai fini della quantificazione dei profitti in questione.

In merito alla soluzione intermedia, la Direttiva COM(2018) 148 si propone di istituire un **sistema comune di imposta sui servizi digitali**, di qui in avanti "ISD", applicabile ai ricavi lordi derivanti dalla fornitura di taluni servizi. Ne consegue che trattasi di un'imposta con una portata mirata, considerando che si applica ai soli ricavi derivanti dalla fornitura di determinati servizi digitali e che grava esclusivamente su fornitori che si caratterizzano per soglie di ricavi, sia a livello mondiale che unionale, elevate. In riferimento all'oggetto, trattasi dei soli servizi digitali in cui gli utenti contribuiscono significativamente al processo di creazione di valore. In sintesi, l'imposta mira a tassare i ricavi derivanti dalla monetizzazione del contributo degli utenti, contributo che può derivare dai dati forniti dagli stessi, utilizzati poi per fornire pubblicità mirate o, altrimenti, trasferiti a soggetti terzi a titolo oneroso, ovvero dai collegamenti tra gli utenti, nonché dalle interazioni tra gli stessi. In merito al soggetto passivo dell'imposta, rientrano nell'ambito di applicazione dell'ISD le entità che dichiarano per l'esercizio finanziario ricavi totali mondiali superiori a 750 milioni di euro e ricavi imponibili nell'Unione europea superiori a 50 milioni di euro. Punto essenziale che merita specifica menzione, fa riferimento alla copertura convenzionale della nuova imposta unionale, per il fatto che questa dovrebbe applicarsi ai ricavi lordi e che la Convenzione Modello risulta applicabile alle sole imposte sui redditi, nonostante la definizione di "reddito" sia rimessa alla disciplina interna delle singole giurisdizioni. È opinione prevalente che la prospettata imposta non costituisca imposta sui redditi ai fini convenzionali, sia in ragione della sua somiglianza alle imposte indirette, sia perché non risulta detraibile dall'imposta sul reddito.

L'ipotesi di introdurre un'imposta temporanea sui servizi digitali è stata altresì contemplata da vari Stati membri, tra cui l'Italia, la quale, per mezzo della Legge di bilancio 2020 ha introdotto la versione più aggiornata della c.d. *web tax*, ossia un'imposta con aliquota del 3% da applicare ai ricavi lordi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali specularmente alla proposta unionale. Più difficile in ambito italiano risulta essere la definizione della natura dell'imposta, considerato l'ampia nozione di "reddito" prevista nel nostro ordinamento. È comunque consolidato, anche su tale fronte, che la stessa imposta non rientri nell'ambito di applicazione della convenzione Modello OCSE, ovvero che detta decisione sia rimessa a specifici accordi tra Stati.

In contrasto all'orientamento rivoluzionario dell'Unione Europea, si pone l'orientamento maggiormente conservativo dell'OCSE la quale, per mezzo del Report Finale inerente all'*Action 1* del Progetto

BEPS<sup>13</sup>, si era proposta di ricercare criteri in forza dei quali sarebbe stato possibile prevedere l'imposizione dei profitti prodotti da un'entità "virtuale" in ogni giurisdizione ove risiedevano i suoi clienti. Trattasi di un approccio maggiormente conservativo perché essenzialmente improntato all'adattamento della normativa vigente alle nuove sfide derivanti dall'economia digitale, sulla base dell'ipotesi di assenza di una radicale differenza tra le problematiche inerenti alla stessa e quelle invece relative a modelli di business tradizionali. In ogni caso, è necessario sottolineare che in sede di conclusioni l'OCSE ha voluto optare per la posticipazione della discussione inerente alla *digital economy* ad un momento successivo al recepimento delle altre misure pure elaborate in sede del Progetto BEPS, invitando altresì ciascuno Stato ad astenersi dal dare attuazione ad ogni specifica iniziativa, considerato che le menzionate misure avrebbero avuto un impatto sostanziale di contrasto all'erosione della base imponibile, anche con riguardo al mercato digitale.

Negli anni successivi, ossia nel biennio 2018-2020, si è però assistito ad una parziale modifica dell'orientamento internazionale che è culminata nella ricerca di una soluzione condivisa a livello globale, ossia il c.d. **Unified Approach**, di qui in avanti "Approccio Unificato" o "UA", teorizzato per la prima volta per mezzo del documento di consultazione pubblica redatto dal Segretariato dell'OCSE nel 2019<sup>14</sup>, poi definitivamente confluito nella Dichiarazione dell'OCSE/G20 *Inclusive Framework* del 2020<sup>15</sup>. Scopo di detto approccio risulta essere quello di sintetizzare le molteplici soluzioni proposte, al fine di garantire che i grandi gruppi multinazionali, compresi quelli digitali, siano soggetti a tassazione nel luogo in cui intrattengono significativi legami con i consumatori e dove i profitti sono generati.

In merito alla Dichiarazione OCSE, questa contiene in riferimento al *Pillar One*, ossia alla ricerca di una coerente revisione delle regole relative all'allocazione dei profitti e al *nexus*, una descrizione dell'architettura dell'Approccio Unificato. In tale sede, l'OCSE sottolinea ancora che scopo essenziale è quello di adattare i diritti impositivi ai nuovi modelli di business derivanti dallo sviluppo dell'economia digitale con l'obiettivo di ristabilizzare il sistema fiscale internazionale, consolidato ormai che la disciplina vigente non è più in grado di ricomprendere le più recenti forme di business ispirate ad un modello diverso da quello tradizionale. L'UA si focalizza su tre tipologie di profitti da assoggettare a tassazione, identificate come *Amount A*, *Amount B* e *Amount C*. Sul punto, si nota che solo l'*Amount A* rappresenta la creazione di un nuovo diritto impositivo, trattandosi di un approccio formulare che comporta il superamento dell'*arm's length principle*, avendo lo scopo di catturare quei profitti associati ad una stabile e significativa partecipazione dell'impresa nell'economia della giurisdizione di mercato, per mezzo di attività ivi esercitate o dirette da remoto al medesimo luogo. Contrariamente, gli Ammontari B e C si ispirano alle vigenti regole in termini di allocazione dei profitti, restando ancorati al concetto di presenza fisica, e riflettono miglioramenti nell'applicazione pratica del principio di libera concorrenza.

---

<sup>13</sup> OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<sup>14</sup> OECD (2019), *Public Consultation Document, Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar 1*, 9 October 2019 – 12 November 2019.

<sup>15</sup> OECD (2020), *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris.



Partendo dal nuovo diritto impositivo, questo ha per oggetto una parte residuale dei profitti dei gruppi multinazionali a livello di gruppo in generale o di linee di business e si applica, in primo luogo, alle imprese che forniscono servizi digitali automatizzati e standardizzati ad una base di utenti ampia e globale per mezzo di piattaforme digitali e, in secondo luogo, ad imprese che generano ricavi dalla vendita di beni o servizi, direttamente o indirettamente, a consumatori che gli acquistano per uso personale (c.d. *customer-facing business*). Ciò che rileva in tal senso è la natura del bene venduto o del servizio fornito, considerato che sono ricomprese tutte quelle imprese che vendono beni o servizi “comunemente venduti ai consumatori finali” a prescindere dalla categorizzazione dell’operazione, ossia della distinzione tra vendite nei confronti di altre imprese (*business to business*) o di consumatori finali (*business to consumer*). Trattasi in ogni caso di soggetti con un ammontare minimo di ricavi complessivi pari o superiore a 750 milioni di euro. In merito al nuovo *nexus*, rientrano nell’ambito di applicazione dell’*Amount A* le sole imprese che partecipano in modo stabile e significativo alla vita economica di una data giurisdizione di mercato. Il significativo e stabile impegno nella giurisdizione di mercato dovrebbe essere individuato, in prima analisi, tramite l’ammontare di ricavi prodotti nel mercato di riferimento ricompresi nel campo di applicazione del nuovo diritto impositivo. Per quanto riguarda infine la quantificazione di detti ricavi, si fa riferimento ai ricavi derivanti dalle sole attività *in-scope*, da derivare per mezzo dell’applicazione di un approccio formulare volto alla determinazione dei c.d. profitti residuali, ossia eccedenti un certo grado di profittabilità che devono essere allocati alle varie giurisdizioni interessate. La formula dovrebbe partire dal risultato ante-imposte, identificato come una misura di profitto facilmente derivabile dal bilancio consolidato di gruppo e che non si caratterizza per materiali divergenze a seconda della giurisdizione. Una volta identificati i profitti rientranti nel campo di applicazione nel nuovo diritto impositivo, gli stessi dovrebbero essere attribuiti alle giurisdizioni interessate individuando una base di allocazione idonea, prospettata nelle vendite realizzate in ciascun territorio considerato. In merito agli Ammontari B e C, questi si fondano su una sostanziale revisione delle tradizionali regole incentrate sul principio dell’*arm’s length* e si applicano nel momento in cui l’impresa opera nella giurisdizione di mercato per mezzo di una presenza fisica. Nel caso dell’Ammontare B trattasi di una remunerazione fissa per le funzioni-base di marketing e distribuzione. In sintesi, si fa riferimento ad una “revisione” del tradizionale principio di libera concorrenza per mezzo della standardizzazione della remunerazione dei distributori (sia che questi operino per mezzo di società sussidiaria che stabile organizzazione materiale o personale) che comprano prodotti da parti correlate per poi venderli sul mercato e, facendo questo, pongono in essere le c.d. “*baseline marketing and distribution activities*”. Lo scopo di detta introduzione dovrebbe essere quello di semplificare il calcolo della remunerazione di tali attività e ridurre le controversie e l’incertezza connessa alla determinazione del prezzo secondo i vigenti principi di *transfer pricing*. In merito all’Ammontare C, questo fa riferimento a quei profitti che derivano da attività che eccedono le attività-base ricomprese nell’Ammontare B. In tal senso, lo scopo principale risulta essere quello di evitare che valori contabilizzati nell’Ammontare B vengano nuovamente inseriti nell’Ammontare C e quindi duplicati. In ultima analisi, certamente può dirsi che l’introduzione di un nuovo approccio necessita della modifica delle normative domestiche, nonché dei trattati

esistenti, al fine di eliminare le barriere poste dagli stessi. A tali bisogni potrebbe ovviarsi per mezzo di una Convenzione multilaterale che stabilisca un *framework* comune per i gruppi multinazionali *in-scope*, al fine di far sì che l'Approccio Unificato possa essere implementato in riferimento a tutte le giurisdizioni in modo consistente. Sul punto, si ricorda che tale nuovo approccio dovrebbe potersi applicare anche in quelle giurisdizioni attualmente non coperte da trattati bilaterali, trattasi quindi di una Convenzione internazionale differente rispetto alla citata Convenzione Multilaterale stipulata per il recepimento delle misure BEPS.

In conclusione, si ricorda che il momento in cui si scrive coincide con il periodo di diffusione della pandemia Covid-19 e pensare che questa non produrrà i suoi effetti anche in materia impositiva è, allo stato attuale, utopico. La diffusione del virus ha infatti accelerato il processo di digitalizzazione dell'economia e sebbene è parere di alcuni Stati aderenti all'OCSE che dallo stesso possa derivare una compartimentalizzazione delle imprese digitali, l'adozione di un approccio unificato condiviso a livello globale ai fini della tassazione dei gruppi multinazionali, digitali e non, resta la prospettiva più probabile.