

ATTRIBUZIONE DEL REDDITO ALLE STABILI ORGANIZZAZIONI

(Attribution of profits to permanent establishments)

INDICAZIONI AGGIUNTIVE

(Additional guidance)

1. Premesse

In data 22 marzo 2017, l'OCSE ha pubblicato il rapporto ("Rapporto") "*Indicazioni aggiuntive sull'attribuzione del reddito alle stabili organizzazioni*".

Il Rapporto in questione si aggiunge alle iniziative già assunte dall'Ocse e dai G20 nell'ambito del progetto "base erosion and profit shifting" ("BEPS"), e realizzatesi mediante l'adozione di un "action plan" costituito da 15 misure ("Beps package").

Al fine di assicurare l'implementazione delle misure proposte l'Ocse ha predisposto, in aggiunta alla raccomandazioni volte all'inclusione delle misure contenute nel Beps package all'interno della legislazione fiscale degli Stati aderenti al progetto BEPS, una nuova versione del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni (2017 Model Tax Convention, "MTC") e del relativo commentario, nonché uno schema di Convenzione ("Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting", "MLI") destinato a modificare i trattati contro le doppie imposizioni già esistenti, mediante uno strumento "multilaterale" già sottoscritto, alla predetta data, da 78 Stati e giurisdizioni. La predetta Convenzione è destinata ad entrare in vigore il 1 luglio 2018, ed avrà effetto man mano che i firmatari aderenti adotteranno le procedure previste dalla propria legislazione interna per attribuire efficacia ai trattati internazionali.

L'Ocse ed i G20 hanno altresì costituito un apposito gruppo ("Inclusive Framework") con il mandato di monitorare ed esaminare l'implementazione delle misure minime già individuate nel Beps package, e di completare il lavoro volto a stabilire gli "standards" necessari all'attuazione del progetto BEPS. Ad oggi, oltre 100 Stati e giurisdizioni aderiscono allo Inclusive Framework per collaborare all'implementazione del progetto BEPS su un piano di parità ("equal footing").

2. Le stabili organizzazioni- le nuove fattispecie

2.1. Il Rapporto ora approvato costituisce prosecuzione delle azioni già individuate nell'ambito del Report N. 7, riguardante le misure per prevenire l'artificiale elusione dello status di stabile organizzazione ("Preventing the artificial avoidance of permanent establishment status", Action 7, Report, OECD, 2015).

Come noto, le normative vigenti in vari Stati e le Convenzioni contro le doppie imposizioni stabiliscono le condizioni alle quali i redditi prodotti dai non residenti possono essere tassati in un altro Stato, in presenza di una stabile organizzazione ivi situata. L'evoluzione delle modalità con cui si articolano le attività economiche svolte all'estero, unitamente all'ormai datata definizione di stabile organizzazione contenuta nelle leggi interne dei vari Stati e nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, ha tuttavia lasciato spazi alle imprese non residenti per evitare la tassazione negli Stati esteri in cui è tuttavia presente un rilevante nesso economico tale da giustificare l'imposizione, e di sviluppare altresì apposite strategie volte ad evitare artificialmente lo status di stabile organizzazione.

Il rapporto n. 7 ha dunque individuato alcune aree di intervento volte a correggere situazioni del tipo indicato, riguardanti in particolare:

- le specifiche esenzioni dalla nozione di stabile organizzazione accordate per alcune tipologie marginali di attività (elencate, nell'ambito della MTC, all'articolo 5, par. 4), le quali non solo possono assumere al giorno d'oggi rilievo principale ("core"), anziché mero carattere "preparatorio o ausiliario", ma si prestano anche ad essere frazionate ("fragmentation") in diversi luoghi ed in capo a diverse imprese dello stesso gruppo;
- l'inclusione nella nozione di stabile organizzazione delle attività svolte dai non residenti tramite intermediari "non indipendenti" che in via abitudinaria svolgono il ruolo principale nella conclusione di contratti senza sostanziali modificazioni ("routinely") da parte dell'impresa non residente, ivi compresi i contratti da essi conclusi a proprio nome e non dell'impresa non residente (tipicamente, negli ordinamenti di "civil law", dai commissionari), o da intermediari che operano esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di non residenti o di soggetti a questi correlati.

* * *

2.2. Le raccomandazioni dell'Ocse in merito alle modifiche alla definizione di stabile organizzazione sono state di recente recepite nell'ambito della normativa interna italiana, in particolare attraverso una revisione dell'articolo 163, Tuir, operata dalla legge di

bilancio 2018 (articolo 1, comma 1010, lett. b) 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)

Le principali modifiche al TUIR che rilevano ai presenti fini possono essere così riepilogate.

a) L'elencazione delle attività che non costituiscono stabile organizzazione viene ad allinearsi con il nuovo testo dell'articolo 5(4) della MTC risultante a seguito dell'adozione della Action 7, prevedendosi che le esenzioni ivi contemplate si applicano a condizione che esse, o il loro esercizio combinato, presentino carattere "preparatorio o ausiliario" (articolo 162, comma 4-bis, Tuir). Allo stesso modo, l'impostazione adottata dal legislatore italiano nel Tuir riflette la proposta di modifica dei trattati esistenti contenuta nella Convenzione multilaterale MLI contenuta nell'opzione A, espressamente scelta dall'Italia; non è stata quindi per converso esercitata la diversa opzione B, la quale avrebbe consentito di continuare ad escludere la presenza di una stabile organizzazione in tutte quelle convenzioni contro le doppie imposizioni ("Covered Tax Agreements") che, attualmente, elencano alcune tipologie di attività comunque escluse, in quanto aventi "di per sé" carattere preparatorio ed ausiliario, a prescindere dall'accertamento di questi requisiti.

b) Il nuovo comma 5 dell'articolo 162, Tuir, recepisce altresì la regola "anti-frammentazione" aggiunta all'articolo 5(4)(1) della MTC (e contenuta altresì all'articolo 13, par. 4 del MLI), la quale consente – in presenza di attività complementari svolte anche in luoghi diversi e da parte di imprese diverse tra loro strettamente correlate - il riconoscimento di una stabile organizzazione (alla condizione che almeno una di queste attività, singolarmente considerata, costituisca di per sé stabile organizzazione, o che la combinazione di tali attività ecceda il carattere preparatorio o ausiliario).

c) Infine, il nuovo comma 6 dell'articolo 162, Tuir, adegua i presupposti per configurare una stabile organizzazione in relazione alle attività di abituale conclusione di contratti da parte di intermediari per conto di imprese non residenti in conformità al nuovo testo dell'articolo 5(5) della MTC, eccezion fatta per le attività "esenti" che non danno luogo a stabile organizzazione in base al precedente comma 4, e con esclusione anche degli intermediari "indipendenti" che operano nell'ambito della propria ordinaria attività. Nonostante le modifiche apportate alla normativa interna, dalle informazioni presenti sul sito Ocse risulta che le disposizioni appena menzionate, riportate nell'ambito dell'articolo 12, par.1 e 2 del MLI, hanno formato oggetto di riserva da parte dell'Italia, la quale non sarebbe intenzionata, almeno per ora, ad applicare nella sua totalità il predetto articolo 12

del MLI, ed a modificare conseguentemente i propri trattati esistenti allo scopo di recepire le indicazioni Ocse appena commentate in tema di intermediari. Di qui ne deriva una (almeno attuale) contraddizione nella disciplina domestica rispetto alla (almeno potenziale) normativa convenzionale, con le conseguenti differenze di trattamento tra soggetti non residenti in funzione della presenza o meno di un trattato con l'Italia, salva l'eventuale rimozione della riserva posta dall'Italia in sede di MLI.

Va altresì notata una differenza terminologica tra la normativa interna e le indicazioni Ocse (Model treaty, MLI), laddove l'articolo 162, Tuir, nel trattare degli intermediari che concludono contratti senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa, non precisa che tale circostanza debba verificarsi "di consueto" ("routinely"), onde configurarsi una stabile organizzazione.

d) Rispetto alle raccomandazioni contenute nel Beps package, le modifiche apportate al Tuir non considerano invece la fattispecie dello "splitting-up" dei contratti, mediante cui il periodo temporale necessario per configurare una stabile organizzazione (ad esempio, nel caso dei cantieri di cui all'articolo 162, comma 3, Tuir) viene frazionato in più contratti, anche mediante imprese strettamente correlate al non residente, in modo da non eccedere il tempo massimo consentito. Va peraltro notato che la disposizione all'uopo contenuta all'articolo 14 del MLI, che l'Italia si è oltretutto riservata di non applicare, non appare del tutto necessaria allo scopo di evitare pratiche del tipo descritto, le quali - come si rileva nell'ambito della stessa Action 7 e nella nuova versione del Commentario Ocse ivi riportata - possono essere contrastate mediante la clausola anti-abuso prevista come "minimum standard" dall'articolo 7 del MLI (cd. "principal purpose test" - "PPT").

Da ciò parrebbe di desumere che l'Italia intende contrastare queste pratiche non tanto richiamando l'art. 5 delle convenzioni, ma invocando la predetta clausola anti abuso. Clausola peraltro ad oggi non prevista da alcun trattato stipulato dall'Italia ed attivabile sono in presenza di adesione dall'altra giurisdizione che abbia aderito al MLI (recependo anche la clausola PPT, in luogo di altre soluzioni alternative, comprensive di regole sulla "limitation of benefits" idonee a soddisfare il predetto "minimum standard").

e) E' viceversa aggiunta, all'articolo 162, comma 1, lettera f bis), una nuova fattispecie costituente stabile organizzazione data da "*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*". La portata di questa nuova disposizione appare peraltro priva di riscontri interpretativi dato che di essa non tratta né l'Action 7, né il MLI, e d'altro canto essa è letteralmente formulata con caratteristiche per certi versi simili

(“costruita in modo tale”) ad una norma interna anti-abuso, o ad una disposizione anti-elusiva quale la PPT del MLI. Per altro verso, essa si discosta anche dalla recente proposta della Commissione UE del 21 marzo 2018 volta a configurare, limitatamente però alle attività “digitali”, una stabile organizzazione “in presenza di una significativa attività digitale attraverso cui l’attività dell’impresa è in tutto o in parte esercitata” (al momento, con effetti nella legislazione interna degli Stati UE, ma con l’intento di estenderne poi la portata anche in un più vasto ambito internazionale, includendo naturalmente anche l’Ocse). Questa disposizione andrà probabilmente riletta più avanti alla luce sia della concreta applicazione in Italia della c.d. web tax, sia dell’effettiva entrata in vigore delle proposte di direttive comunitarie in materia emanate il 21 marzo 2018 (COM (2018) 147 final, “*Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence*”; COM (2018) 148 final “*Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*”).

* * *

2.3. L’estensione del concetto di stabile organizzazione operato dal legislatore italiano alla luce delle raccomandazioni fornite dell’Ocse nell’ambito della Action 7 non appare peraltro ad oggi chiarita nel suo ambito temporale di applicazione; in particolare - specie per quanto riguarda le novità del Tuir riguardanti le attività preparatorie ed ausiliarie, la regola anti-frammentazione, e le attività degli intermediari non indipendenti di cui si è detto ai precedenti punti a), b) e c) del presente paragrafo - la portata delle modifiche apportate dal legislatore viene a dipendere dall’interpretazione che ne verrà data dall’amministrazione finanziaria italiana e, soprattutto, dalla giurisprudenza, chiamata a stabilire la natura o meno interpretativa dei cambiamenti normativi, la loro possibile natura di disposizioni anti-abuso, come pure la possibile applicazione nel contesto dei trattati contro le doppie imposizioni ad oggi esistenti, prima ancora dell’entrata in vigore degli eventuali cambiamenti conseguenti alla convenzione multilaterale MLI.

3. L’attribuzione del reddito alle stabili organizzazioni – nuove indicazioni

3.1. Il lavoro svolto dall’Ocse nell’ambito della Action 7 non forniva, in origine, indicazioni sulla modalità con cui procedere all’allocazione dei profitti realizzati alle stabili organizzazioni, così come definite in base ai nuovi e più ampi criteri. Da un lato, infatti, la Action 7 rilevava infatti che tali approfondimenti non potevano che seguire temporalmente la conclusione del predetto rapporto, e degli altri rapporti in corso di finalizzazione tra cui in particolare quelli in materia di transfer pricing (Actions 8-10),

fermo restando che, in linea di principio, già a suo tempo si osservava che i cambiamenti legislativi da apportare non avrebbero richiesto modifiche sostanziali alle regole ed ai criteri di attribuzione dei profitti alle stabili organizzazioni già stabiliti dall'articolo 7 della MTC, una volta che il modello aveva recepito l'orientamento del "separate entity approach" per la determinazione del reddito delle stabili organizzazioni.

Ciononostante, il rapporto sulla Action 7 anticipava l'opportunità di fornire ulteriori linee guida alla luce dei cambiamenti in corso, e ciò ha dato appunto origine al presente Rapporto: *"Indicazioni aggiuntive sull'attribuzione del reddito alle stabili organizzazioni"*, emanato a seguito della diffusione di due "discussion drafts" (Luglio 2016 e Giugno 2017) e dei relativi commenti pubblici.

Il Rapporto ora in esame ribadisce quanto anticipato nell'ambito della Action 7, confermando che le regole e le linee guida per l'attribuzione dei redditi alle stabili organizzazioni rimangono inalterate anche a seguito dell'ampliamento della nozione contenuta all'articolo 5 della MTC, e continuano pertanto ad essere regolate dai principi contenuti all'articolo 7 di tale modello, così come risultante a seguito della revisione apportata nel corso del 2010 (e, da ultimo, nel 2017). Allo stesso modo, restano invariate le metodologie contemporaneamente sviluppate dall'Ocse attraverso l'aggiornamento del documento emanato il 22 luglio 2010 denominato "2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments" ("2010 Report").

Il Rapporto si limita pertanto a ripercorrere le linee guida già a suo tempo elaborate, fornendo principi generali di massima ("high-level general principles"), in coerenza con i precedenti, applicabili alle nuove fattispecie di stabili organizzazioni, ed illustrando alcuni specifici esempi pratici.

* * *

-3.2. Il principio generale (contenuto nella nuova versione dell'articolo 152, comma 2, Tuir, come risultante a seguito delle modifiche apportate dal decreto legislativo 14/09/2015 n. 147 - "decreto internazionalizzazione" - peraltro talvolta diversamente formulato nei trattati stipulati dall'Italia, specie anteriormente alla revisione della MTC del 2010), è contenuto all'articolo 7(2) della predetta MTC : *" Ai fini del presente articolo gli utili che sono attribuibili in ciascuna Parte Contraente alla stabile organizzazione di cui al paragrafo 1 sono gli utili che si ritiene sarebbero stati da essa conseguiti, in particolare nelle sue operazioni con altre parti dell'impresa, se si fosse trattato di un'impresa distinta e indipendente svolgente attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe,*

tenuto conto delle funzioni svolte dei beni utilizzati e dei rischi assunti dall'impresa attraverso la stabile organizzazione e attraverso le altre parti dell'impresa stessa".

- Tale “functionally separate entity approach” non interferisce con le specificità ed i meccanismi previste dai singoli ordinamenti, ma pone una limitazione all’ammontare dei redditi che possono essere tassati nello Stato della fonte in cui la stabile organizzazione si trova (“source State”). In particolare, l’approccio elaborato dall’Ocse nel rapporto del 2010 (“Authorized Oecd approach” – “AOA”) si fonda su un’analisi in due fasi (“two-step analysis”), volta a stabilire i redditi che la stabile organizzazione avrebbe conseguito ove essa fosse stata un’impresa distinta ed indipendente, svolgente le medesime attività, come segue.

- Nella prima fase, lo AOA richiede un’analisi funzionale e fattuale (“functional and factual analysis”), condotta conformemente alle linee guida in materia di transfer pricing (“OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations” - "TPG"), nell’assunto che la stabile organizzazione e la propria casa madre siano imprese distinte ma tra loro associate, ciascuna svolgente funzioni, utilizzando beni, assumendo rischi ed entrando in transazioni (“dealings”) tra di esse, come pure con imprese correlate e con terzi, indentificando le attività e responsabilità significative assunte dalla stabile organizzazione.

- Nella seconda fase, la remunerazione delle transazioni che si assumono intercorse tra la casa madre e la propria stabile organizzazione, ipotizzate quale imprese distinte, è poi determinata applicando per analogia le regole di transfer price richieste per le transazioni tra imprese associate dall’articolo 9 della MTC, tenendo appunto in conto le funzioni svolte, i beni utilizzati ed i rischi assunti, in conformità alle TPG.

4. Esempificazioni

4.1. Il primo esempio proposto nel Rapporto riguarda la modifica alle attività “esenti” apportata dall’articolo 5(4) della MTC, e trasfusa nel nuovo articolo 162, comma 4-bis, Tuir, le quali non costituiscono stabile organizzazione alla condizione che esse abbiano carattere “preparatorio o ausiliario”.

Il caso è quello di un’impresa non residente R che vende direttamente beni a consumatori nello Stato S tramite una piattaforma on-line; l’impresa R dispone tuttavia nello Stato S di (i) un deposito che si occupa del magazzinaggio dei beni, nonché della ricezione degli ordini ed esecuzione delle consegne e (ii) un ufficio, situato in altro luogo, che si occupa

della promozione (merchandising) dei prodotti e della raccolta di informazioni sui consumatori.

Entrambe le sedi (il deposito e l'ufficio) svolgono funzioni che, considerate singolarmente, non costituiscono stabile organizzazione stante l'esenzione contemplata dal Tuir dall'articolo 5(4) della MTC (anche se, a quanto si sostiene nel paragrafo 22 del nuovo Commentario alla MTC, le attività svolte nel deposito non sembrerebbero poter assumere i requisiti di quelle "preparatorie o ausiliarie", ora richieste dall'articolo 162, Tuir nonché dall'articolo 13 del MLI, Option A, in ragione del numero elevato di dipendenti ivi presenti e dell'importanza essenziale del deposito ai fini della consegna ai consumatori); in ogni caso, la combinazione delle attività svolte nei due siti, aventi funzioni complementari facenti parte di un complesso unitario di operazioni d'impresa, ne escluderebbe il carattere preparatorio o ausiliario secondo la regola "anti-frammentazione" di cui all'articolo 5(4)(1) della MTC, e originando così due stabili organizzazioni nello Stato S.

La prima fase ("step one") dello AOA evidenzia, in base all'analisi funzionale e fattuale, che il personale presente presso il deposito ha la responsabilità dell'assunzione della locazione, della stipulazione di contratti con i terzi per la consegna delle merci e la gestione del deposito medesimo, di cui si assume pertanto che il titolare economico sia la stabile organizzazione ("permanent establishment" – "PE") situata nel territorio dello Stato; ed, analogamente, le attività promozionali e di raccolta di informazioni commerciali è svolta da personale presente presso l'ufficio, di cui si assume che, analogamente, il PE abbia la titolarità economica. Ne segue pertanto la necessità di riconoscere due distinte transazioni ("internal dealings") tra il PE e la casa madre secondo lo schema del separate entity approach, aventi ad oggetto rispettivamente la fornitura di servizi di deposito e consegna merci, nonché la fornitura di servizi promozionali e di raccolta di informazioni a favore della casa madre.

Segue poi la seconda fase ("step 2") dello AOA, volta a determinare il corrispettivo che la casa madre avrebbe pagato ove le medesime transazioni fossero intercorse con operatori indipendenti situati nello Stato S ("arm's length"), applicando all'uopo i principi contenuti nelle TPG e tenendo quindi in conto, oltre alle funzioni svolte, anche i beni utilizzati ed i rischi assunti dal PE.

Ad ogni buon conto, dal punto di vista pratico, ci pare essenziale segnalare come la sussistenza della stabile organizzazione passi attraverso una disamina preventiva volta ad accertare se le attività svolte nei due diversi luoghi costituiscano "funzioni complementari"

facenti parte di “un’operazione economica coesa” (si veda l’articolo 13,4, MLI), tenuto conto:

- dei rapporti economici e giuridici mediante i quali il non residente dispone del deposito e dell’ufficio;
- delle continuità e della rilevanza delle due potenziali “sedi” fisse d’affari nelle transazioni con il mercato ove opera il non residente;
- della eventuale “sostituibilità” del deposito e/o dell’ufficio con analoghe sedi di soggetti terzi a supporto del business di vendita on-line del non residente, il che, almeno in prima istanza (e sempreché tali sedi d’affari non possano intendersi “a disposizione” del non residente, così come indicato nel Commentario alla MTC, in particolare al paragrafo 10 e nelle successive esemplificazioni ai paragrafi da 11 a 19) deporrebbe a favore dell’insussistenza di una stabile organizzazione del non residente in Italia.

4.2. Il Rapporto prosegue poi con ulteriori 3 esempi applicati alle nuove disposizioni in tema di intermediari di cui all’articolo 162, commi 6 e 7, Tuir, in conformità ai nuovi articolo 5, par. 5 e 6 della MTC, riferiti alle seguenti casistiche:

- vendita di componenti grafiche di un programma (“widgets”) da parte di un commissionario situato nello Stato S, responsabile anche delle attività di marketing e magazzinaggio;
- attività di marketing per la vendita di spazi pubblicitari su un sito di proprietà della società R, svolte da una società di servizi situata nello Stato S;
- acquisti di “widgets” da parte di una società situata nello Stato S, in nome e per conto di una società dello Stato R che ha per “core business” la compravendita di tali programmi.

L’analisi di queste fattispecie segue anch’essa i medesimi criteri precedentemente esaminati, ed in particolare il procedimento “two-step” contemplato dallo AOA per l’attribuzione dei redditi realizzati nello Stato della fonte S, in ragione del fatto che i nuovi criteri raccomandati dall’Ocse e recepiti nel Tuir consentono di riconoscere, in tali casi, l’esistenza di una stabile organizzazione.

Si pongono peraltro, in queste fattispecie caratterizzate dalla presenza di un contribuente che svolge la funzione di intermediario, alcune problematiche particolari connesse alla

distribuzione del reddito prodotto nello Stato della fonte S in capo a costui, piuttosto che in capo al non residente che quivi opera tramite una propria stabile organizzazione.

Il Rapporto ora in esame riconosce in proposito che, allorquando in uno Stato si trova una stabile organizzazione per effetto dell'attività di un intermediario ai sensi dell'articolo 5(5) della MTC, si trovano, nello Stato della fonte, due contribuenti, e la remunerazione da riconoscere a tale intermediario deve essere dapprima determinata e tassata in capo a tale primo contribuente (il compenso "arm's length") per poi essere dedotta nel computare i profitti da attribuire alla stabile organizzazione del non residente ai sensi dell'articolo 7 della MTC.

L'impostazione accolta nello AOA aveva peraltro già formato oggetto di critiche riferite nel contesto del 2010 Report, allorquando alcuni commentatori osservavano che - una volta attribuita correttamente la remunerazione spettante all'intermediario - non vi sarebbe più alcuno spazio per riconoscere redditi tassabili nello Stato della fonte, in capo alla stabile organizzazione di un altro contribuente non residente (cd. "single taxpayer approach"). Il ragionamento, in altre parole, muove dalla considerazione per cui il riconoscimento di un profitto "arm's length" il quale adeguatamente ricompensi l'intermediario per le funzioni svolte, i beni utilizzati ed i rischi assunti come previsto dall'articolo 9 della MTC esclude che vi siano ulteriori funzioni svolte, beni utilizzati e rischi assunti nello Stato ospite, e quindi ulteriori redditi quivi da tassare.

Il "single taxpayer approach" non è tuttavia accolto dallo AOA dell'Ocse, secondo cui i fatti e le circostanze concrete emergenti dall'analisi funzionale e fattuale potrebbero far emergere, ad esempio, l'esistenza di rischi di magazzino o di credito (di regola, come accade ad esempio nei rapporti di agenzia, non considerati nella remunerazione dell'intermediario), ma che tuttavia, ad un esame delle funzioni significative del personale impiegato ("significant people functions"), debbono intendersi assunti o gestiti dall'intermediario per conto del proponente non-residente; con la conseguenza che, in tal caso, la "titolarità economica" del magazzino o dei crediti e dei rischi ad essi associati deve intendersi riconducibile alla stabile organizzazione del non residente nello Stato della fonte, e così pure i relativi redditi.

4.3. Il Rapporto recepisce pertanto lo AOA contenuto nel 2010 Report in relazione all'attività degli intermediari, ripercorrendo l'approccio da adottarsi in un secondo esempio relativo all'attività dei commissionari "non indipendenti" che danno origine a stabile organizzazione ai sensi dell'articolo 162, comma 6, e dell' articolo 5, (5) della MTC.

L'analisi funzionale e fattuale condotta la prima fase dell'AOA (step one) evidenzia che le funzioni significative del personale impiegato nella gestione del magazzino sono svolte dal commissionario, e pertanto la "titolarità economica" di tale magazzino ed il relativo rischio deve intendersi imputabile alla stabile organizzazione del non residente (nell'esempio, si assume peraltro che l'intermediario non abbia alcun diritto di credito nei confronti degli acquirenti, essendo perciò remunerato da una commissione percentuale sulle vendite).

Conseguentemente, deve ipotizzarsi la sussistenza di una transazione interna ("internal dealing") tra la casa madre e la stabile organizzazione, costituita dalla vendita di merci dalla prima alla seconda.

Nella seconda fase dello AOA (step two), si rende necessario determinare il corrispettivo della predetta transazione interna, stabilendo, secondo le regole di transfer price stabilite dalle TPG, il prezzo che la casa madre avrebbe ricavato dalla vendita ad una controparte indipendente svolgente le medesime attività dell'intermediario (attribuendo peraltro a tale ipotetica controparte anche la titolarità economica del magazzino e l'assunzione dei relativi rischi).

Il profitto imputabile alla stabile organizzazione viene pertanto determinato sottraendo dal corrispettivo della vendita al consumatore sia il costo dei beni che si considerano acquisiti in virtù della transazione interna, sia la commissione riconosciuta all'intermediario, oltre alle altre eventuali spese di funzionamento del PE. In questo secondo esempio, sarà a nostro avviso mettere a fuoco due ulteriori aspetti che sono in grado di implementare la verifica della sussistenza della stabile organizzazione:

- la natura giuridica del rapporto contrattuale e le relazioni economiche esistenti con l'intermediario (ad es. rapporto di agenzia, di mandato con rappresentanza, ecc....);
- l'economicità della ricostruzione operata ai sensi dell'AOA, sia per l'intermediario che per il soggetto non residente;
- se, come riteniamo, lo svolgimento dell'attività di marketing e magazzinaggio da parte dell'intermediario sia decisiva nella configurazione della stabile organizzazione (tenuto conto dei requisiti necessari per riconoscere l'esistenza di un "dependent agent" secondo le nuove definizioni fornite ad esito della Action 7 e delle modifiche al Tuir, tra cui le esenzioni ivi previste per le attività "preparatorio o ausiliario").

4.4. Il procedimento risulta del tutto analogo nel terzo esempio relativo al caso di un intermediario che svolge, in base ad un contratto di servizi, attività di marketing nella

vendita di spazi pubblicitari, avendo peraltro la responsabilità decisionale in merito agli importi, tipologie e forma delle attività pubblicitarie da svolgere.

La conclusioni raggiunte sono le seguenti:

- trattandosi di intermediario “non indipendente” che abitualmente svolge il ruolo principale nella conclusione di contratti con i consumatori senza modifiche sostanziali da parte del non residente, sussiste una stabile organizzazione;
- l’analisi funzionale e fattuale evidenzia che le vendite sono effettuate da personale dell’intermediario, il quale si occupa anche di stabilire le modalità della pubblicità da effettuarsi, e conseguentemente occorre ipotizzare una transazione interna tra la casa madre e la stabile organizzazione, avente ad oggetto la vendita di spazi pubblicitari dalla prima alla seconda;
- il corrispettivo della predetta transazione interna è dato, secondo le regole di transfer price stabilite dalle TPG, dal prezzo che la casa madre avrebbe ricavato dalla vendita ad di tali spazi una controparte indipendente (attribuendo peraltro a tale ipotetica controparte anche la titolarità economica, ed i relativi rischi, dei beni del non residente necessari allo svolgimento delle funzioni quivi svolte);
- nella determinazione del reddito della stabile organizzazione, il corrispettivo calcolato per la transazione interna, il compenso riconosciuto all’intermediario e le spese di funzionamento sono deducibili dal prezzo incassato.

4.5. Il quarto esempio è del tutto analogo ai precedenti, differenziandosi per il solo fatto che l’intermediario operante nello Stato S è incaricato della conclusione di contratti di acquisto (“widgets”), e non di vendita, in nome e per conto del preponente.

Una volta riconosciuti i presupposti di esistenza di una stabile organizzazione, si ipotizza pertanto un internal dealing tra casa madre e PE, costituito dalla vendita di beni dalla seconda alla prima; il relativo prezzo “arm’s length” segue le regole delle TPG e tiene conto – in ragione del fatto che la gestione del magazzino è svolta da personale dell’intermediario - dei beni utilizzati e dei rischi assunti per tale funzione attribuendoli al PE; nella determinazione del reddito del PE sono deducibili i costi per gli acquisti di beni da terzi, la commissione pagata all’intermediario e le spese di funzionamento del PE.

5. Altre considerazioni finali

5.1. I principi e le esemplificazioni contenute nel Rapporto riconoscono infine che l'applicazione dello AOA alle stabili organizzazioni create dall'attività degli intermediari non sempre conduce al riconoscimento di un reddito di segno positivo da attribuire al PE.

A questi fini, il 2010 Report già sottolineava che l'analisi funzionale e fattuale è diretta a verificare se le funzioni significative svolte dal personale sono esercitate dall'intermediario non indipendente per conto dell'impresa non residente - con il che i beni utilizzati ed i rischi assunti devono essere attribuiti al PE del predetto non residente (e così anche i relativi redditi tassabili nello Stato ospite del PE) - piuttosto che da altre articolazioni dell'impresa non residente (nel qual caso i relativi redditi non risultano tassabili nello Stato ospite); aggiungendosi anche non vi è presunzione alcuna che i beni utilizzati ed i rischi assunti siano attribuibili al PE, dovendosi al contrario ritenere che qualora le funzioni significative del personale relative all'assunzione ed alla gestione dei rischi, o alla titolarità economica dei beni utilizzati, non siano svolte dall'intermediario per conto del non residente, l'attribuzione dei beni, rischi e redditi alla stabile organizzazione sia corrispondentemente ridotta o eliminata.

Nel presente rapporto si aggiunge anche che l'ammontare dei redditi attribuibili alla stabile organizzazione può risultare positiva, come pure nulla o negativa, a seconda dei casi; ad esempio, qualora la prima fase (Step-one) dell'analisi condotta secondo lo AOA evidenzia che l'intermediario assume i rischi delle transazioni poste in essere con l'impresa non residente e, d'altro lato, l'attività da costui svolta (ivi compresa l'assunzione dei rischi) sia remunerata da un compenso "arm's length" che soddisfa le condizioni delle TPG, i redditi da attribuire al PE potrebbero risultare minimi o anche pari a zero.

5.2. Altra precisazione contenuta nel Rapporto che non vi è alcuna regola particolare tale da comportare la prioritaria determinazione del reddito all'intermediario secondo la regole di transfer price richieste dall'articolo 9 della MTC rispetto all'attribuzione del (residuo) reddito alla stabile organizzazione ai sensi dell'articolo 7 della MTC, il risultato essendo il medesimo anche nell'ordine inverso, assicurando, beninteso, il rispetto del divieto di doppia imposizione.

Il Rapporto ribadisce altresì l'ammissibilità, già riconosciuta nel 2010 Report, di approcci amministrativi da parte dei singoli ordinamenti volti alla semplificazione, tipicamente quelli che consentono l'accertamento dell'imposta in capo all'intermediario non indipendente sia in corrispondenza delle attività da questi esercitate che da quelle riferibili

alla stabile organizzazione del non residente. Approccio, questo, particolarmente auspicabile nel caso dell'Italia, date le rilevanti differenze sul piano sanzionatorio derivanti dall'accertamento di maggiori redditi da "transfer price" rispetto a quelli, equivalenti, da imputarsi ad una stabile organizzazione non dichiarata.

5.3.Le considerazioni contenute nel Rapporto ed in particolare l'utilizzo dello AOA trovano fondamento nei trattati contro le doppie imposizioni che si allineano alle previsioni contenute all'articolo 7 ("utili delle imprese") nella versione risultante a seguito della revisione della MTC del 2010; le normative e le prassi che regolano l'attribuzione dei redditi alle stabili organizzazioni potrebbero pertanto divergere negli Stati, appartenenti o meno all'Ocse, i quali abbiano sviluppato all'uopo diverse metodologie, come pure in presenza di trattati contro le doppie imposizioni redatti in difformità alla MTC del 2010, vuoi perché antecedenti, vuoi perché ispirati ad altri modelli (divergenze rispetto allo AOA, in materia di internal dealings, sono ad esempio contenute nella "United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries").

Marco Abramo Lanza

Oliviero Eric Cimaz