



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



CENTRO DI DIRITTO PENALE TRIBUTARIO
CENTRE DE DROIT PENAL FISCAL
CENTER FOR CRIMINAL TAX LAW

Pillole di diritto tributario e di diritto penale tributario

STABILE ORGANIZZAZIONE OCCULTA

Enrico Macaro – PwC TLS

15 aprile 2021



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



CENTRO DI DIRITTO PENALE TRIBUTARIO
CENTRE DE DROIT PENAL FISCAL
CENTER FOR CRIMINAL TAX LAW

Agenda dell'incontro

1

Introduzione - La Stabile Organizzazione italiana sul campo

2

I presupposti per l'esistenza di una stabile organizzazione – effetti dell'Azione 7 del Progetto BEPS

3

La determinazione del reddito riferibile alla stabile organizzazione – L'AOA e il two-step approach OCSE



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



CENTRO DI DIRITTO PENALE TRIBUTARIO
CENTRE DE DROIT PENAL FISCAL
CENTER FOR CRIMINAL TAX LAW

Introduzione

La Stabile Organizzazione italiana sul campo

Introduzione



Il potere impositivo sugli “*utili d’impresa*” («*business income*») spetta soltanto alla giurisdizione in cui l’impresa (Alfa) che li produce è (fiscalmente) residente (State A)

salvo che

quest’ultima (Alfa) non abbia una stabile organizzazione (Alfa SO) in altra giurisdizione (State B) – vedi art.7 par. 1 OECD Model; art 23, comma 1, lett. e) Tuir

Stabile organizzazione svolge il ruolo di

- criterio di collegamento tra il reddito d’impresa prodotto da un soggetto non residente (Alfa) nel territorio di una giurisdizione fiscale (State B) diversa rispetto a quella (State A) ove è localizzata la residenza fiscale del soggetto medesimo;
- centro di imputazione (soggettività passiva) di utili e perdite prodotte dal non residente nella giurisdizione ove è localizzata la stabile organizzazione.

Introduzione

Le due questioni o più

- **Commentario OCSE 2008: «*when an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State the authorities of that second State have to ask themselves two questions before they levy tax on the profits of the enterprise:***
 - 1. *the first question is whether the enterprise has a permanent establishment in their country (art 5); - "is there a PE?"***
 - 2. *If the answer is in the affirmative the second question is what, *if any*, are the profits on which that permanent establishment should pay tax (art 7) – «how much profit (or loss)?»***

La tassazione della stabile organizzazione può originare

Doppia imposizione

- lo stato di localizzazione della SO (*host country*) riconosce l'esistenza della SO e lo stato della casa madre (*home country*) che utilizza il metodo dell'esenzione non riconosce l'esistenza della SO nell'altro stato;
- Il reddito attribuibile alla SO determinato dallo stato di localizzazione della stessa è > del reddito determinato dallo Stato di casa madre

Doppia non imposizione

- lo stato di casa madre che utilizza il metodo dell'esenzione riconosce l'esistenza della SO e *host country* non riconosce l'esistenza della stabile organizzazione;
- Il reddito attribuibile alla SO determinato dallo stato di localizzazione della stessa è < del reddito determinato dallo stato di casa madre che utilizza il metodo dell'esenzione

La Stabile Organizzazione protagonista dei controlli fiscali

❖ Relazione sull'economia non osservata e sull'evasione fiscale e contributiva

Anno 2018

TABELLA 4.A.IV.8: PRINCIPALI FENOMENI EVASIVI/ELUSIVI INTERNAZIONALI

Casi segnalati	1.702
Base Imponibile Lorda proposta per il recupero a tassazione (Ricavi/compensi non dichiarati e Costi non deducibili)	38.134.984.704
di cui:	
- fittizia residenza estera di persone fisiche e società	7.028.108.808
- stabili organizzazioni non dichiarate in Italia di società estere	28.802.094.710
- transfer pricing	371.868.483
- altre manovre evasive/elusive	831.890.623

Anno 2017

TABELLA 4.A.IV.8: PRINCIPALI FENOMENI EVASIVI/ELUSIVI INTERNAZIONALI

Casi segnalati	1.809
Base Imponibile Lorda proposta per il recupero a tassazione (Ricavi/compensi non dichiarati e Costi non deducibili)	38.993.288.977
di cui:	
- fittizia residenza estera di persone fisiche e società	8.402.895.266
- stabili organizzazioni non dichiarate in Italia di società estere	29.282.102.159
- transfer pricing	260.747.786
- altre manovre evasive/elusive	1.047.543.766



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

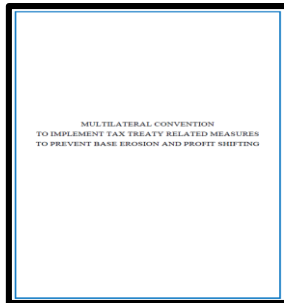
M I L A N O



CENTRO DI DIRITTO PENALE TRIBUTARIO
CENTRE DE DROIT PENAL FISCAL
CENTER FOR CRIMINAL TAX LAW

I presupposti per l'esistenza di una stabile organizzazione – effetti dell'Azione 7 del Progetto BEPS

First question: *esistenza della SO e nuovo art. 5 dell' OECD Model*



*“Develop changes to the definition of PE” prevent the artificial avoidance of PE status in relation to BEPS, including through the use of **commissionaire** arrangements and the specific activity exemptions”*

Lowering the PE threshold

- ✓ Abuse of Commissionaire arrangements
- ✓ Abuse of the independent agent exception
- ✓ Abuse of the specific activity exemptions
- ✓ Anti-fragmentation rule

Art. 5(6)
Art. 5(8)

Switching from a “negative” to a “positive” list: activity/ies of a fixed place of business must be of a preparatory or auxiliary character

Art. 5(4)

Provides a new concept of dependency, which deems as dependent business related parties



New Definition of PE

Provides an anti-fragmentation rule in order to tackle the splitting up of activities, aimed to avoid the PE status



Expanding the DAPE definition to include the principal role leading to the conclusion of contracts and detract the importance of “where” the contract is legally concluded

Art.5(5)

Art.5(4.1)

Il contesto normativo italiano: le misure rafforzate per il contrasto all'aggiramento delle disposizioni sulla SO

Art.162		Art. 5 OECD Model	
1	Sede fissa d'affari	1	<i>Fixed place of business</i>
2	Lista positiva	2	<i>Positive list</i>
3	Cantiere	3	<i>Building Site</i>
4 /4-bis	<i>Negative List</i>	4	<i>Negative list</i>
5	Anti-frammentazione	4.1	<i>Anti-fragmentation</i>
6	Agente dipendente	5	<i>DAPE</i>
7	Agente Indipendente	7	<i>Independent Agent</i>
7-bis	<i>Stretta correlazione</i>	8	<i>Closely related</i>
8	Raccomandatario e mediatore marittimo		
9	Controllo	7	<i>Control</i>



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;
- 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**.

(*) Modificato dalla Legge del 27/12/2017 n. 205 Articolo 1

La stabile organizzazione nel Tuir

Art. 162 (new) (*)

5. Il comma 4 non si applica ad una sede fissa d'affari che sia utilizzata o gestita da un'impresa se la stessa impresa o un'impresa strettamente correlata svolge la sua attività nello stesso luogo o in un altro luogo nel territorio dello Stato e lo stesso luogo o l'altro luogo costituisce una stabile organizzazione per l'impresa o per l'impresa strettamente correlata in base alle previsioni del presente articolo, ovvero **l'attività complessiva risultante dalla combinazione delle attività svolte** dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa o da imprese strettamente correlate nei due luoghi, **non sia di carattere preparatorio o ausiliario**, purché le attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa, o dalle imprese strettamente correlate nei due luoghi, costituiscano **funzioni complementari che siano parte di un complesso unitario di operazioni d'impresa**.

(*) Modificato dalla Legge del 27/12/2017 n. 205 Articolo 1

Anti fragmentation rule.

Commissionario

Agente indipendente.

6. Ferme le disposizioni dei commi 1 e 2 e salvo quanto previsto dal comma 7, 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..... omissis.

7. **Il comma 6 non si applica** quando il soggetto, che opera nel territorio dello Stato 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 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 è considerato un agente indipendente**, ai sensi del presente comma, in relazione a ciascuna di tali imprese.

(*) Modificato dalla Legge del 27/12/2017 n. 205 Articolo 1



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



CENTRO DI DIRITTO PENALE TRIBUTARIO
CENTRE DE DROIT PENAL FISCAL
CENTER FOR CRIMINAL TAX LAW

*La determinazione del reddito riferibile
alla stabile organizzazione – L'AOA e il
two-step approach OCSE*

Second question: Qual è il profitto attribuibile alla SO?

Art. 152 (old)

1. Per le società e gli enti commerciali con stabile organizzazione nel territorio dello Stato, eccettuate le società semplici, il **reddito complessivo è determinato** secondo le disposizioni della sezione I del capo II del titolo II, sulla base di apposito conto economico relativo alla **gestione delle stabili organizzazioni** e alle **altre attività produttive di redditi imponibili in Italia**.



Art. 152 (new)*

1. 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 TUF.

2. Ai fini del comma 1, la stabile organizzazione si considera **entità separata e indipendente**, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o simili, **tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati**. Il **fondo di dotazione** alla stessa riferibile è determinato in piena conformità ai criteri definiti in sede OCSE, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati

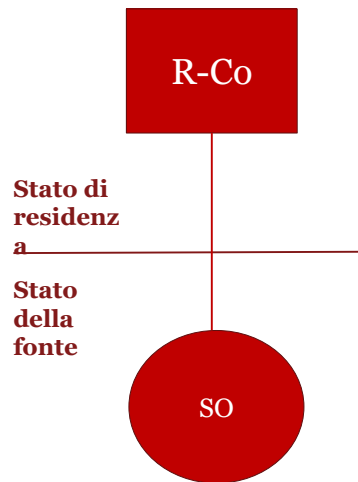
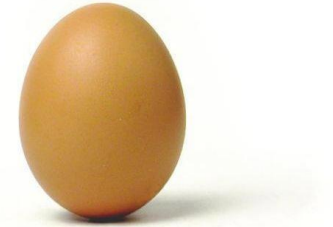
3. I componenti di reddito attribuibili alle stabili organizzazioni relativamente alle transazioni e alle **operazioni tra la stabile organizzazione e l'entità cui la medesima appartiene sono determinati ai sensi dell'articolo 110, comma 7**.

(*) Modificato dal D.lgs. 147/2015 – c.d. «Decreto Internazionalizzazione»

Art. 14, comma 5 (d.p.r. 600/73)

5. Le società, gli enti e gli imprenditori di cui al primo comma che esercitano attività commerciali all'estero mediante stabili organizzazioni e quelli non residenti che esercitano attività commerciali in Italia mediante stabili organizzazioni, devono **rilevare nella contabilità distintamente i fatti di gestione che interessano le stabili organizzazioni**, determinando separatamente i risultati dell'esercizio relativi a ciascuna di esse.

Modalità di determinazione del reddito della SO



Attribution of profits to Permanent Establishment

Il dilemma dell'uovo

The PE is the yolk and the enterprise is the egg: whatever is in the yolk is necessarily in the egg itself, there is no need to account for the egg separately, but not everything that is in the egg is part of the yolk (Prof. van Raad).

Determinare i redditi di casa madre e della SO è come separare l'uovo e il tuorlo.

L'assenza di contratti

«Dealings between the permanent establishment and other parts of the enterprise of which it is part have no legal consequences for the enterprise as a whole. This implies a need for greater scrutiny of these dealings (...) [and] of documentation (in the inevitable absence, for example of legally binding contracts)» (Comm., 25).

In assenza di contratti, l'allocatione di capitale, assets, rischi e profitti può seguire vie diverse e metodi differenti:

- Indiretti secondo una formula di apporzionamento
- Diretti e analitici:
 - *book entry approach* > contabilità separata
 - *functional separate entity approach* > analisi fattuale e funzionale in cui la contabilità è solo lo *starting point*

Modalità di determinazione del reddito della SO

❖ L'approccio autorizzato OCSE (AOA)

Art. 7 Modello 2010 + Commentario 2010 + Report 2010
Authorised Oecd Approach (AOA)

finzione: functional separate entity approach

- processo in due fasi, ad esito del quale si producono delle grandezze patrimoniali (attività, passività e fondo di dotazione) ed economiche (utili e perdite), attribuite alla stabile organizzazione (**attribuzione**)
- applicazione della disciplina fiscale per la determinazione del reddito d'impresa (**determinazione**)

Art. 152 TUIR

Ai fini della determinazione del reddito in Italia, la PE è considerata **entità separata e indipendente**, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o simili, tenendo conto delle **funzioni** svolte, dei **rischi** assunti e dei **beni** utilizzati



**recepimento in Italia del
AOA 2010**
**(d.lgs. n. 147/2015
“internazionalizzazione”)**

**Art. 169 - Le disposizioni del
presente testo unico si applicano, se
più favorevoli al contribuente,
anche in deroga agli accordi
internazionali contro le doppie
imposizioni**

I report 2008 e 2010

Attribuzione del reddito alla SO



Principi generali

- I rischi seguono le funzioni; il capitale segue rischi ed assets
- La PE ha lo stesso merito di credito dell'impresa nel complesso
- I rischi non possono essere segregati dalle funzioni

Step one: functional and factual analysis

Mancano i contratti

- PE is not in fact **legally** distinct from the rest of the enterprise of which it is a part in the way that an associated enterprise is legally distinct from other enterprises within the same MNE group. This factual, legal difference gives rise to issues in a PE context that are not present in an associated enterprises context.
- As between **unrelated enterprises**, the determination of which enterprise owns **assets** and which bears **risk** is determined by **legally binding contracts** or other ascertainable legal arrangements.
- Similar considerations apply to **associated enterprises** providing those **contracts** or legal arrangements **reflect the underlying reality** and **meet the criteria in Chapter I of the Guidelines**.
- Similarly, in a **separate enterprise** context no issues generally arise over determining which enterprise possesses the **capital**.
- The **factual, legal position** in a PE context, on the other hand, is that there is no single part of an enterprise which legally “owns” the assets, assumes the risks, possesses the capital or contracts with separate enterprises.

Serve un meccanismo

- necessary under the arm’s length principle of Article 7 to **develop a mechanism for attributing risks, economic ownership of assets and capital** to the hypothetically distinct and separate PE, for associating with the hypothetically distinct and separate PE the:
 - ✓ **rights and obligations arising out of transactions between separate enterprises and the enterprise of which the PE is a part**and for
- ✓ **recognising and determining the nature of the “dealings”** (i.e., the intra-enterprise equivalents of separate enterprise transactions) between the hypothetically distinct and separate PE and other parts of the enterprise of which the PE is a part

Step one: functional and factual analysis

Quale meccanismo?

- As it is **not** possible to use a **legal analysis** as the required mechanism, another solution must be sought.
- After careful consideration, the OECD decided that a **functional analysis** should be used, as this concept underpins the application of the arm's length principle under Article 9 and there is already considerable guidance on how to conduct this analysis in the Guidelines. However, in order to address the issues created by the fact that **legally the assets, risks, capital, and rights and obligations arising out of transactions with separate enterprises belong to the enterprise as a whole rather than to any one part of the enterprise and that there is no legal transaction between different parts of a single entity**, it proved necessary to **supplement the functional analysis** of Article 9.
- Accordingly, the authorised OECD approach **attributes to the PE those risks for which the significant functions relevant to the assumption and/or management (subsequent to the transfer) of risks are performed by people in the PE and also attributes to the PE economic ownership of assets for which the significant functions relevant to the economic ownership of assets are performed by people in the PE. (chi, cosa, dove)**
- The authorised OECD approach also sets forth approaches to attribute **capital**, including “free” capital (i.e. funding that does not give rise to a tax deductible return in the nature of interest), to the PE **to support the functions it has performed, the risks assumed and assets attributed to it, as well as criteria for the recognition and characterisation of dealings between the PE and other parts of the enterprise to which it belongs**

Significant people functions

SPF

Significant people functions relevant to the **assumption of risk** and the significant people functions relevant to the **economic ownership of assets**:

- **vary** from business sector to business sector (e.g. such functions are unlikely to be the same for an oil extraction company and a bank) and from enterprise to enterprise within sectors (e.g. not all oil extraction companies or all banks are the same)
- a particular enterprise may have **one or more significant people functions** relevant to the assumption of risk and to the economic ownership of assets, each of which has to be taken into account in the above analysis;
- **overlap** between the significant people functions relevant to the assumption of risk and the significant people functions relevant to the economic ownership of assets will also vary from business sector to business sector and from enterprise to enterprise within sectors [special relationship between risks and financial assets in those specific sectors, the authorised OECD approach uses the “**key entrepreneurial risk-taking function**” (“KERT function”) terminology in describing the functions relevant to the attribution of both risks and assets].

Ma non solo

- **other functions** performed by the PE
- profits (or losses) of the PE will be based upon **all its activities**, including **transactions with other unrelated enterprises**, transactions with **related enterprises** (with direct application of the Guidelines) and dealings with **other parts** of the enterprise (under step 2 of the authorised OECD approach).

The functional and factual analysis takes account of the functions performed by the personnel of the enterprise as a whole including the PE – “people functions” – and assesses what significance if any they have in generating the profits of the business.

People functions can range from support or ancillary functions to significant functions relevant to the attribution of economic ownership of assets and/or the assumption of risk.

Step two

Art. 152 Tuir

3. 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**.

- Where dealings are capable of being recognised, they should be priced on an **arm's length** basis, assuming the PE and the rest of the enterprise of which it is a part to be independent of one another. In an arm's length
- This should be done using by analogy the guidance on **transfer pricing methods** contained in the Guidelines
- The authorised OECD approach is to undertake a comparison of *dealings* between the PE and the enterprise of which it is a part, with *transactions* between independent enterprises.

This comparison is to be made by following, by analogy, the comparability analysis described in the Guidelines. By analogy with the Guidelines, comparability in the PE context means either that none of the differences (if any) between the dealing and the transaction between independent enterprises materially affects the measure used to attribute profit to the PE, or that reasonably accurate adjustments can be made to eliminate the material effects of such differences. Principles similar to the aggregation rules of Chapter I of the Guidelines should also apply to permit the PE's dealings to be aggregated, where appropriate, in determining the PE's attributable profit.

Continuing to follow, by analogy, the approach of the Guidelines, the arm's length remuneration of dealings should be determined, under the authorised 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).

Grazie per l'attenzione

