



APPROFONDIMENTO

Attribuzione del reddito alla stabile organizzazione Il Rapporto OCSE del 2010

di Piergiorgio Valente

Nel Rapporto del 2010, l'OCSE precisa che la determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione implica il calcolo dei profitti (o delle perdite) derivanti da tutte le attività, incluse le transazioni con parti indipendenti, con parti correlate e con le altre parti dell'impresa. Il metodo di analisi suggerito dall'OCSE è il c.d. "functionally separate entity approach", il quale implica un esame in due distinti steps.

1. Premessa

Nell'ambito della fiscalità internazionale, il tema dei **prezzi di trasferimento** assume rilievo per transazioni commerciali intercorrenti tra *legal entities* localizzate in Stati diversi e facenti parte di gruppi di imprese.

Nella configurazione strutturale dei gruppi – e, in particolare, dei gruppi multinazionali – la localizzazione di una struttura imprenditoriale (produttiva e/o commerciale) all'estero può, in taluni casi, assumere la forma di **organizzazioni stabili d'impresa**, le quali, pur non avendo autonomia giuridica rispetto alla casa-madre (almeno dal punto di vista civilistico)¹, possono

¹ Appare possibile, secondo la dottrina maggioritaria, individuare una nozione civilistica di "sede secondaria con rappresentanza stabile" ed una nozione fiscale di "stabile organizzazione", concetti che possono essere accomunati soprattutto per quello che concerne gli adempimenti di natura contabile e fiscale.

Sotto il profilo civilistico, la sede secondaria con rappresentanza stabile (c.d. "branch") di una società è rappresentata da una unità locale che si caratterizza per avere uno stabile apprestamento di mezzi destinati allo svolgimento dell'oggetto dell'attività della sede principale, una certa autonomia amministrativa e un definito potere di rappresentanza sia sostanziale che processuale. Tali caratteristiche la differenziano sensibilmente rispetto all'ufficio di rappresentanza, privo di autonomia amministrativa e di qualsivoglia potere di rappresentanza negoziale e processuale.

Ne deriva che, sebbene la sede secondaria con rappresentanza stabile non abbia autonomia giuridica rispetto alla società (casa-madre), essa è solitamente dotata di un elevato grado di autonomia funzionale e di gestione. In particolare, l'accennato potere di rappresentanza che viene affidato alla sede secondaria consente alla persona preposta alla direzione della sede secondaria stessa (preposto rappresentante della stabile organizzazione) di agire in nome e per conto della sede principale con continuità, impegnandola nei confronti dei terzi nel ciclo economico attivo dell'impresa. A titolo esemplificativo, il soggetto preposto alla direzione della rappresentanza stabile può validamente concludere contratti, assumere personale, rilasciare garanzie, accendere conti correnti e chiedere finanziamenti, eccetera; il tutto nei limiti dei poteri fissati nella procura e dei poteri previsti dagli artt. 2203 e seguenti del codice civile.

L'autonomia funzionale ed amministrativa della sede secondaria con rappresentanza stabile e, quindi, la capacità di concludere validamente contratti e di legittimazione processuale attiva e passiva del legale rappresentante hanno, quale naturale corollario, l'obbligo di iscrizione della sede secondaria nel Registro delle imprese dello Stato in cui essa viene localizzata, secondo le norme del diritto interno di tale Stato, per finalità di pubblicità e di tutela degli interessi dei soggetti con i quali la rappresentanza stabile è destinata ad interagire (cfr. art. 2197, comma 4, del codice civile).

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2008, pagg. 229 e seguenti.

essere qualificate come autonomi soggetti d'impresa nel territorio dello Stato in cui operano. Il tema dei prezzi di trasferimento può porsi non solo con riferimento a transazioni commerciali poste in essere tra società (*i.e.*, persone giuridiche) localizzate in Stati diversi, ma anche tra stabili organizzazioni di società del medesimo gruppo di imprese localizzate in Paesi diversi².

Il concetto di stabile organizzazione viene utilizzato per determinare il diritto di uno Stato contraente di assoggettare a tassazione gli **utili** di un'impresa avente sede nell'altro Stato contraente.

Il paragrafo 1 dell'art. 5 del Modello OCSE definisce "stabile organizzazione" "una **sede fissa d'affari**, per mezzo della quale l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività"³. La definizione implica pertanto:

1. l'esistenza di una "sede di affari", vale a dire di un'installazione, di locali o, in alcuni casi, di macchinari o attrezzature;
2. la sede di affari deve essere "fissa"; essa deve essere stabilita in un luogo determinato con un certo grado di permanenza;
3. lo svolgimento dell'attività industriale o commerciale dell'impresa per mezzo della sede fissa di affari.

Il paragrafo 2 dell'art. 5 contiene una lista non esaustiva di casi in cui può considerarsi sussistere, *prima facie*, una stabile organizzazione⁴. Il paragrafo 3 dell'art. 5 prevede espressamente che un cantiere di costruzione o di montaggio costituisce stabile organizzazione soltanto se la sua durata è superiore a dodici mesi⁵.

² Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, 2009, pagg. 1207 e seguenti.

³ Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 229 e seguenti.

⁴ Precisa il paragrafo 2: "L'espressione 'stabile organizzazione' comprende in particolare:

- una sede di direzione;
- una succursale;
- un ufficio;
- un'officina;
- un laboratorio;
- una miniera o giacimento petrolifero o di gas, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali".

Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 235 e seguenti.

⁵ Per determinare la durata del cantiere, non si deve tenere conto del tempo che l'appaltatore (imprenditore o impresa) ha trascorso in altri cantieri che non presentano alcun collegamento con il primo.

Mentre il paragrafo 4 dell'art. 5 elenca le attività industriali o commerciali che costituiscono eccezioni alla definizione generale enunciata al paragrafo 1, il paragrafo 5 stabilisce le condizioni in presenza delle quali un'impresa possa ritenersi disporre di una stabile organizzazione con riferimento alle attività di una persona che agisce per suo conto. Il paragrafo 5 si basa sull'assunto secondo cui solo le persone che hanno il potere di concludere contratti possono qualificarsi quale stabile organizzazione dell'impresa dalla quale dipendono. In tal caso, infatti, può ritenersi che la persona disponga del potere sufficiente per vincolare l'impresa nella partecipazione ad attività commerciali nello Stato considerato, purché tale potere sia esercitato abitualmente e non occasionalmente⁶.

Ai sensi del paragrafo 6, infine, un'impresa di uno Stato contraente – che svolge attività industriale o commerciale per il tramite di un **mediatore**, commissionario generale e di ogni altro intermediario che goda di uno **status indipendente** – non può essere assoggettata a tassazione nell'altro Stato contraente a motivo di tali attività se l'agente agisce nell'ambito della sua ordinaria attività. Una persona non sarà considerata stabile organizzazione dell'impresa per la quale agisce, solo se:

- a) è indipendente dalla impresa, sia giuridicamente sia economicamente; e
- b) agisce nell'ambito della sua ordinaria attività industriale o commerciale quando agisce per conto dell'impresa⁷.

⁶ L'espressione "potere di concludere contratti in nome dell'impresa" non limita l'ambito di applicazione del paragrafo a un agente che conclude contratti in nome dell'impresa; il paragrafo si applica parimenti a un agente che conclude contratti vincolanti per l'impresa anche se non effettivamente conclusi in nome di quest'ultima. L'assenza di un attivo coinvolgimento di un'impresa nelle operazioni può essere indicativo dell'attribuzione di poteri ad un agente. A titolo esemplificativo, si può considerare che un agente disponga di effettivi poteri di concludere contratti se promuove e riceve (senza formale finalizzazione) ordini inviati direttamente a un deposito dal quale i beni sono consegnati e dove la società estera regolarmente accetta le transazioni (cfr. paragrafo 32.1 del Commentario al paragrafo 5 dell'art. 5).

⁷ La versione del 2008 del Modello OCSE aggiunge al Commentario all'art. 5 alcune disposizioni relative alla tassazione dei servizi. Dal combinato disposto dell'art. 5 e dell'art. 7 risulta che i profitti derivanti dai servizi prestati sul territorio di uno Stato contraente da imprese dell'altro Stato contraente, non sono soggetti a tassazione nel primo Stato se non sono imputabili a una stabile organizzazione ivi situata. I redditi derivanti dai servizi resi in un dato Stato dovrebbero essere tassati in tale Stato in base a principi universalmente accettati. Dal punto di vista del-

In data 22 luglio 2010 è stato pubblicato il documento OCSE “2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments” il quale contiene le linee guida per l’attribuzione del reddito alla stabile organizzazione ai sensi dell’art. 7 del Modello OCSE⁸. Il presente lavoro si ripropone di fornire un commento a quanto in esso essenzialmente illustrato.

2. Il “2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments”

Il “2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments” (“Rapporto”) è stato pubblicato dall’OCSE in concomitanza con l’approvazione del documento che reca le modifiche alla versione del 2008 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni (“Modello OCSE”)⁹.

Il Rapporto contiene le linee guida interpretative del nuovo art. 7 e relativo Commentario del Modello OCSE¹⁰ (riguardanti, appunto, l’attribuzione

l’origine dell’attività di impresa, lo Stato ove i servizi vengono prestati dovrebbe avere il diritto di assoggettare a tassazione i relativi redditi, anche quando i servizi non sono imputabili ad una stabile organizzazione.

Il Comitato Affari Fiscali dell’OCSE ritiene di dover circoscrivere le circostanze in cui gli Stati assoggettano a tassazione i redditi derivanti dai servizi prestati sul proprio territorio – da un’impresa di un altro Stato contraente – anche se non imputabili ad una stabile organizzazione. Tale potere impositivo non dovrebbe estendersi ai servizi prestati al di fuori del territorio dello Stato e dovrebbe esercitarsi soltanto sui redditi derivanti dai servizi stessi piuttosto che sui relativi corrispettivi di prestazione. Inoltre, dovrebbe essere garantito un livello minimo di presenza nello Stato che esercita il potere impositivo.

Sull’art. 5 del Modello OCSE, cfr. più ampiamente P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 229 e seguenti; P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 1207 e seguenti; P. Valente, *Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. La versione 2010*, in “il fisco” n. 33/2010, fascicolo n. 1, pagg. 5333 e seguenti.

⁸ La versione 2010 del Rapporto segue quella del 2008, della quale peraltro riflette contenuto e conclusioni.

⁹ Per approfondimenti sulle novità introdotte dalla versione del 2010 del Modello OCSE, cfr. P. Valente, *Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. La versione 2010*, op. cit.

¹⁰ Prevede il nuovo art. 7 del Modello OCSE:
 “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.
 2. For the purposes of this Article and Article [23 A] [23B],

del reddito alla stabile organizzazione) e non influisce sui criteri di individuazione della sede fissa di affari ai sensi dell’art. 5 del Modello OCSE.

Nella pratica, l’OCSE ha riscontrato la necessità, a tutela del contribuente, di garantire l’applicazione e l’interpretazione uniforme del principio dell’*arm’s length* alle stabili organizzazioni¹¹.

Nel 2008 è stato pertanto adottato il Rapporto “Attribution of Profits to Permanent Establishments” con l’obiettivo di individuare l’approccio preferibile nell’attribuzione del reddito “to a permanent establishment under Article 7 given modern-day multinational operations and trade”. Il Comitato Affari Fiscali ha ritenuto che le conclusioni raggiunte nel Rapporto del 2008 dovessero essere trasposte nell’art. 7 e relativo Commentario, ai fini della negoziazione di futuri trattati bilaterali.

Il testo del nuovo art. 7 e relativo Commentario pertanto riflette – essendone conseguenza – le conclusioni contenute nel suindicato Rapporto del 2008 e trasfuse nel Rapporto del 2010, oltre i commenti contenuti nel *discussion draft “Revised discussion draft of a new Article 7 of the OECD Model Tax Convention”* del 24 novembre 2009¹².

Il Rapporto del 2010 si compone di quattro Parti:

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.

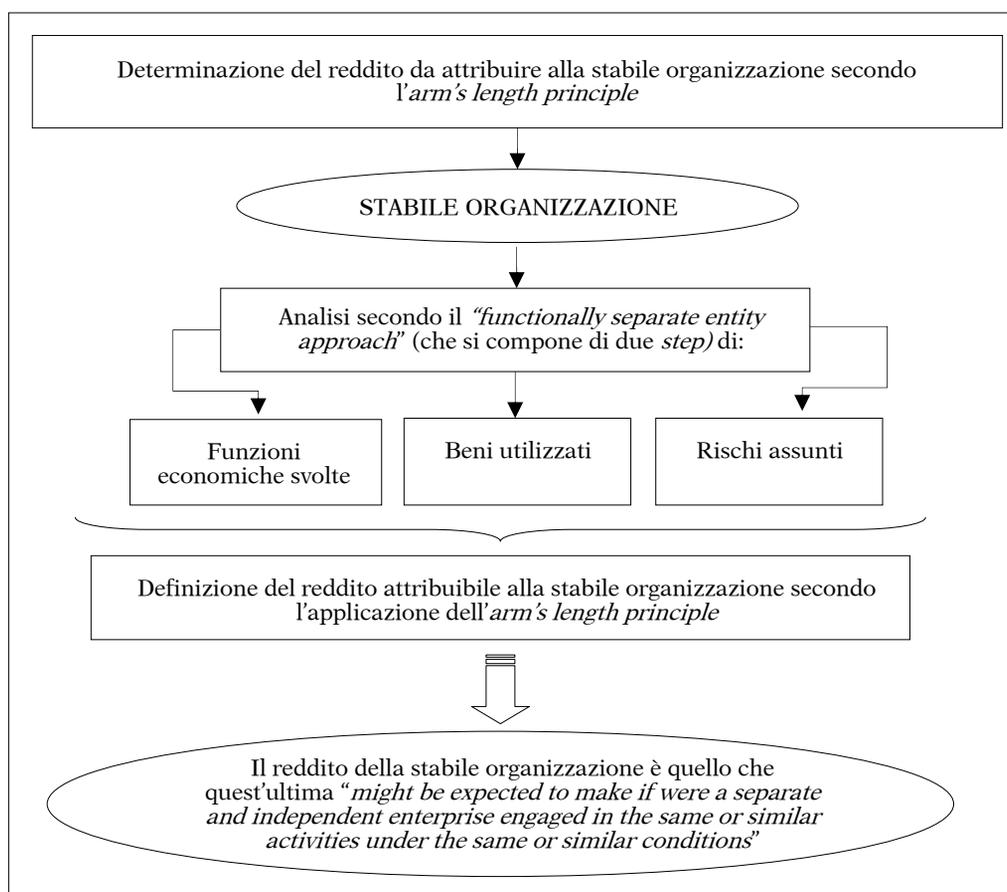
3. Where, in accordance with paragraph 2, a Contracting State adjusts the profits that are attributable to a permanent establishment of an enterprise of one of the Contracting States and taxes accordingly profits of the enterprise that have been charged to tax in the other State, the other State shall, 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.

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’.

¹¹ Per approfondimenti sul principio dell’*arm’s length* in materia di *transfer pricing*, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit.

¹² Cfr. http://www.oecd.org/document/27/0,3343,en_2649_33747_44117467_1_1_1,00.html.

- la **Parte I** effettua considerazioni generali in merito all'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione, a prescindere dal settore di attività in cui l'impresa opera;
- la **Parte II** illustra l'applicazione dei **criteri di determinazione del reddito** della stabile organizzazione con riferimento all'attività bancaria;
- la **Parte III** effettua considerazioni speciali sull'applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione alle imprese che svolgono attività di **trading di strumenti finanziari**;
- la **Parte IV** effettua considerazioni speciali sull'applicazione dei criteri di determinazione del reddito delle stabili organizzazioni delle **compagnie di assicurazione**.

Tavola 1 – *Determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione*

2.1. Considerazioni generali sull'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione

La Parte I del Rapporto è incentrata sull'interpretazione ed applicazione dell'art. 7 del Modello OCSE, nella versione del 2010. In particolare, il nuovo paragrafo 2 dell'articolo prevede che, nel determinare il reddito *at arm's length* da attribuire alla stabile organizzazione, bisogna tenere conto delle "*functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise*".

Il reddito imputabile alla stabile organizzazione è quello che quest'ultima "*might be expected to make if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions*"¹³.

¹³ Come indicato nei *Preliminary remarks* del nuovo Commentario all'art. 7 del Modello OCSE, quest'ultimo articolo disciplina l'allocatione tra gli Stati contraenti del diritto di imposizione con riferimento al reddito di impresa, nei limiti in cui lo stesso non trova una diversa regolamentazione in altre disposizioni convenzionali. Esso include il principio di base secondo cui, a meno che un'impresa di uno Stato contraente non abbia una stabile organizzazione nell'altro Stato, i red-

Il Rapporto precisa che la determinazione del reddito della stabile organizzazione implica il calcolo dei profitti (o delle perdite) derivanti da **tutte le attività**, incluse:

- le transazioni con **parti indipendenti**;
- le transazioni con **parti correlate**;
- i “*dealings*” con le **altre parti dell’impresa** (c.d. “*functionally separate entity approach*”)¹⁴.

L’applicazione del c.d. “**functionally separate entity approach**” nell’interpretazione del paragrafo 2 dell’art. 7 richiede un’analisi che contempla due distinti *steps*:

- nel primo *step*, si tratta la stabile organizzazione come una entità separata ed indipendente;
- nel secondo *step*, si determina il reddito dell’“ipotizzata” entità separata ed indipendente sulla base di un’analisi di comparabilità.

Il risultato derivante dai due suindicati *steps* consente di effettuare un calcolo dei profitti (o delle perdite) della stabile organizzazione “*from all its activities, including transactions with other unrelated enterprises, transactions with related enterprises (...) and dealings with other parts of the enterprise (...)*”.

Il primo step

Il primo *step* implica una “*functional and factual analysis*” diretta a:

- attribuire alla stabile organizzazione **diritti ed obblighi** derivanti dalle **transazioni** che coinvolgono l’impresa di cui la medesima stabile organizzazione è parte;
- individuare gli **assets** “economicamente posseduti” e/o utilizzati dalla stabile organizzazione. Il Rapporto precisa che le conseguenze dell’attribuzione dell’“*economic ownership*” de-

diti dalla stessa prodotti non possono che essere assoggettati a tassazione nel primo Stato (cfr. in particolare il nuovo paragrafo 1 del Commentario all’art. 7).

¹⁴ Tale approccio è individuato, nell’ambito del Rapporto, quale “*authorised OECD approach*”. Esso implica che “*the profits to be attributed to a PE are the profits that the PE would have earned at arm’s length if it were a legally distinct and separate enterprise performing the same or similar functions under the same or similar conditions, determined by applying the arm’s length principle under Article 7(2). The phrase «profits of an enterprise» in Article 7(1) should not be interpreted as affecting the determination of the quantum of the profits that are to be attributed to the PE, other than providing specific confirmation that «the right to tax does not extend to profits that the enterprise may derive from that State otherwise than through the permanent establishment» (i.e. there should be no «force of attraction principle»)*” (cfr. Parte I, paragrafo 10, del Rapporto).

gli *assets* alla stabile organizzazione, sulla determinazione del reddito da effettuarsi nell’ambito del secondo *step*, dipendono non solo dal tipo di *assets*, ma anche dalla tipologia di attività di *business* per il quale sono utilizzati;

- attribuire alla stabile organizzazione i **rischi inerenti alle funzioni svolte** (e da individuarsi), tenendo altresì in considerazione l’eventuale trasferimento dei medesimi rischi o della loro gestione ad altre “*parts*” dell’impresa o ad altre imprese¹⁵. La “*functional and factual analysis*” implica l’attribuzione alla stabile organizzazione, in via preliminare, di ogni rischio inerente alle funzioni svolte dal personale dell’ente e prende in considerazione altresì ogni transazione relativa al trasferimento dei rischi o della gestione degli stessi¹⁶;
- attribuire alla stabile organizzazione c.d. “*free capital*” (i.e., “*funding that does not give rise to a tax deductible return in the nature of interest*”), al fine di assicurare un’imputazione di reddito alla stabile organizzazione nel ri-

¹⁵ Tra i rischi inerenti alle funzioni svolte vi è anche il rischio fiscale. L’espressione “rischio fiscale” può assumere diverse accezioni. Decisioni, attività e operazioni assunte da un’organizzazione aziendale possono generare aree di incertezza sul rischio relativo all’attività di *business*. Alcune di esse riguardano gli aspetti fiscali. In particolare concernono:

- l’applicazione, a determinate circostanze, della normativa e della prassi fiscale in vigore in un Paese diverso da quello in cui ha sede l’impresa; oppure
- la definizione di un sistema ottimale di gestione dell’attività d’impresa al fine di ottimizzarne la variabile fiscale.

La gestione del rischio fiscale nei gruppi multinazionali implica, quindi, l’amministrazione e il controllo di tali aree di incertezza al fine di prevenire la nascita di controversie con le autorità fiscali competenti dei Paesi in cui si svolge l’attività di *business*. La strategia per la gestione del rischio fiscale deve tenere conto della capacità dell’impresa di assumere determinati livelli di tale rischio in circostanze diverse. La massimizzazione delle opportunità di *business* deve essere bilanciata da una oculata gestione del rischio comunque relativo a queste ultime.

Una politica aziendale di gestione del rischio fiscale (c.d. “*tax risk management*”) deve perciò determinare:

- il valore da raggiungere nell’assunzione del rischio;
- la riduzione dei costi la quale consegue alla riduzione del rischio;
- le risorse necessarie per la gestione delle opportunità e dei rischi sottostanti.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 1615 e seguenti.

¹⁶ Nel Rapporto si rileva che, in considerazione della natura dell’attività svolta dall’impresa, “*some risks will be related to the potential loss in value of assets attributed to the PE while some other risks will be created by activities and not necessarily linked to the simple existence of the assets (e.g. liability risks)*” (cfr. Parte I, paragrafo 25, del Rapporto).

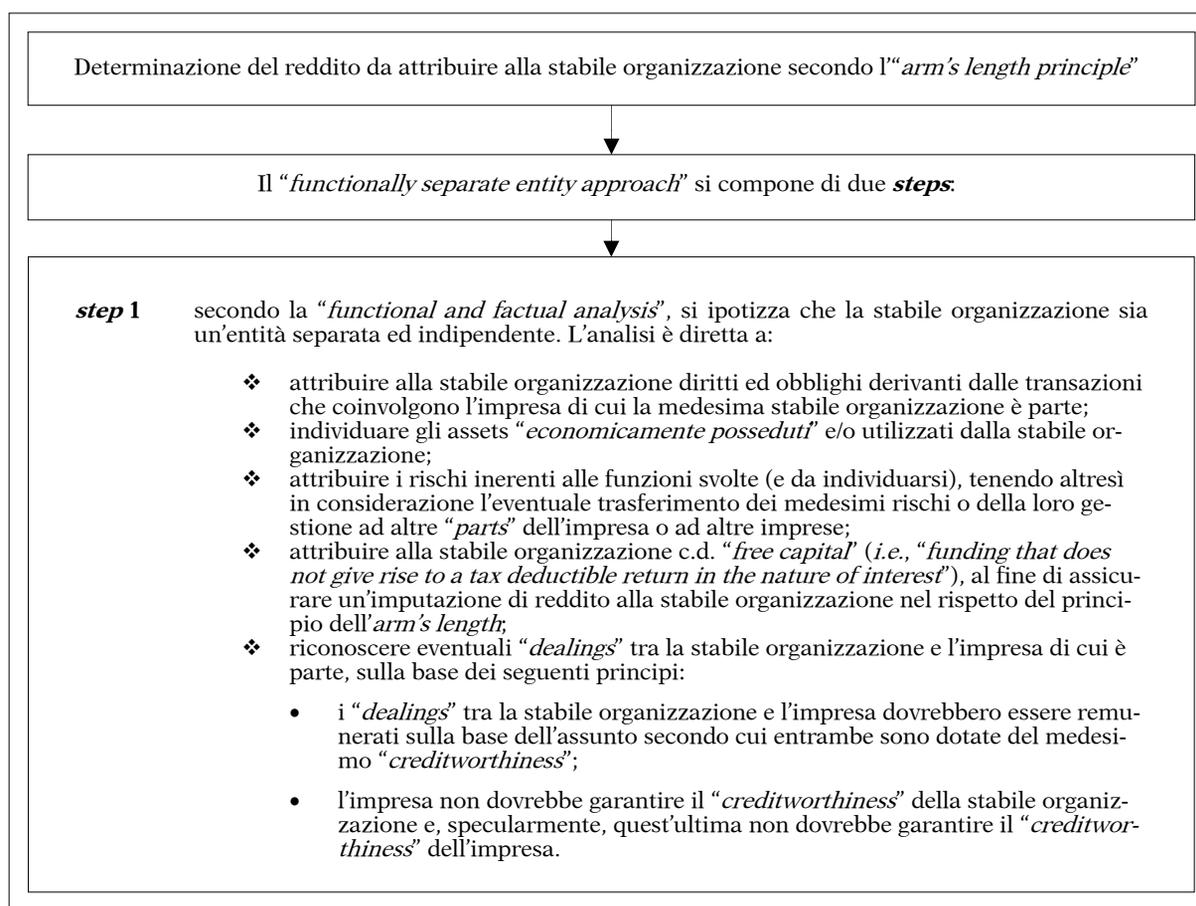
spetto del principio dell'*arm's length*. Il Rapporto precisa che il punto di partenza per l'attribuzione di capitale è rappresentato dalla considerazione secondo cui, nel rispetto del principio di libera concorrenza, la stabile organizzazione dovrebbe essere dotata di risorse adeguate a supportare le "*functions it undertakes, the assets it economically owns and the risks it assumes*";

- riconoscere eventuali **accordi/transazioni** ("*dealings*") tra la stabile organizzazione e

l'impresa di cui è parte, sulla base dei seguenti principi:

- i "*dealings*" tra la stabile organizzazione e l'impresa dovrebbero essere remunerati sulla base dell'assunto secondo cui entrambe sono dotate della medesima capacità di credito ("*creditworthiness*")¹⁷;
- l'impresa non dovrebbe garantire il "*creditworthiness*" della stabile organizzazione e, specularmente, quest'ultima non dovrebbe garantire quello dell'impresa¹⁸.

Tavola 2 – Il "*functionally separate entity approach*": *step 1*



Il secondo step

Il secondo *step* prevede la **determinazione del prezzo at arm's length** – ed in conformità con

le Linee Guida dell'OCSE in materia di *transfer pricing* – dei "*recognised dealings*"¹⁹, mediante:

¹⁷ "*Save in exceptional circumstances, all parts of the enterprise have the same creditworthiness. This means that dealings between a PE and the rest of the enterprise of which it is a part should be priced on the basis that both share the same creditworthiness (...)*" (Parte I, paragrafo 36, del Rapporto).

¹⁸ "*There is no scope for the rest of the enterprise to guarantee the PE's creditworthiness, or for the PE to guarantee the creditworthiness of the rest of the enterprise*" (Parte I, paragrafo 36, del Rapporto).

¹⁹ L'utilizzo del termine "*dealing at arm's length*", che rappresenta il presupposto per l'applicazione della disciplina del *transfer pricing*, può essere ricondotto agli inizi degli anni Trenta negli Stati Uniti ed è apparso ufficialmente

- la determinazione della **comparabilità** tra i suindicati “*dealings*” e le “*uncontrolled transactions*”;

per la prima volta nelle *US Treasury Regulations* emanate nel 1935. Tale concetto è stato inserito nelle convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dalla Francia, dal Regno Unito e dagli Stati Uniti negli anni Venti e Trenta del XX secolo. A livello internazionale l'introduzione dell'*arm's length principle* è seguita all'analisi del problema della doppia imposizione internazionale, divenuto particolarmente critico al termine della I Guerra Mondiale, a seguito di un incremento del livello di tassazione.

Tale problema fu particolarmente sentito dalla Camera di Commercio Internazionale e dalla Lega delle Nazioni, il cui *Economic & Financial Committee* diede vita ad un *Fiscal Committee* composto da economisti per tentare di risolvere le criticità connesse alla tassazione internazionale delle società e alla doppia imposizione.

Un primo *draft* di Modello di Convenzione del 1927 prevedeva che il diritto di tassare gli utili di un'impresa spettasse allo Stato in cui la società aveva costituito una stabile organizzazione (art. 5). L'allocatione degli utili doveva in primo luogo essere condotta avendo riguardo ai profitti effettivamente realizzati dalla stabile organizzazione (*separate accounting method*). Qualora ciò non fosse stato possibile, l'Amministrazione finanziaria poteva ricorrere all'applicazione di formule matematiche basate sull'ammontare del capitale investito, dei salari e del *turnover* (formula nota come *fractional apportionment*, divenuta nota nei nostri giorni come *formulary apportionment*). Nel corso del 1928 l'Assemblea Generale dei rappresentanti degli Stati membri della Lega delle Nazioni adottò la formulazione del Modello di convenzione del 1927, elaborando contemporaneamente tre differenti versioni del Modello di convenzione contro la doppia imposizione.

L'applicazione del metodo previsto dall'art. 5 del primo *draft* di Modello di convenzione è stato oggetto di un'attenta analisi condotta in 35 Paesi i cui risultati possono essere riassunti come segue:

- il *separate accounting method* risultava essere il metodo maggiormente utilizzato tra i Paesi oggetto di indagine. In particolare, si rilevava come “*this may entail (...) an inquiry into the relations between the local branch and other establishment (branches or subsidiaries) of the parent enterprise, which involve, for example, consideration of the price at which goods have been invoiced to the branch (...) and the amounts charged to the branch for services or representing a portion of overhead expenses*”;
- come alternativa al metodo precedentemente esposto si era riscontrata l'applicazione di un c.d. *empirical method*, quando le Amministrazioni finanziarie ritenevano che le informazioni contenute nei bilanci delle società non fossero veritiere;

- la selezione ed applicazione del **metodo** di determinazione del prezzo più appropriato, tenendo in considerazione le funzioni svolte, gli *assets* posseduti e i rischi attribuiti alla stabile organizzazione²⁰.

Coerentemente con quanto previsto nel Rapporto, il paragrafo 2 del nuovo art. 7 del Modello OCSE prevede che nel determinare il reddito *at arm's length* da attribuire alla stabile organizzazione bisogna tenere conto delle “*functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise*”.

Come precisato dal nuovo paragrafo 15 del Commentario all'art. 7, il paragrafo 2 dell'articolo fissa la regola principale per la determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione: il reddito della stabile organizzazione è quello che quest'ultima “*might be expected to make if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions*”²¹.

– un terzo metodo utilizzato da Spagna e Svizzera e da altri paesi negli anni oggetto di analisi era il *fractional apportionment*.

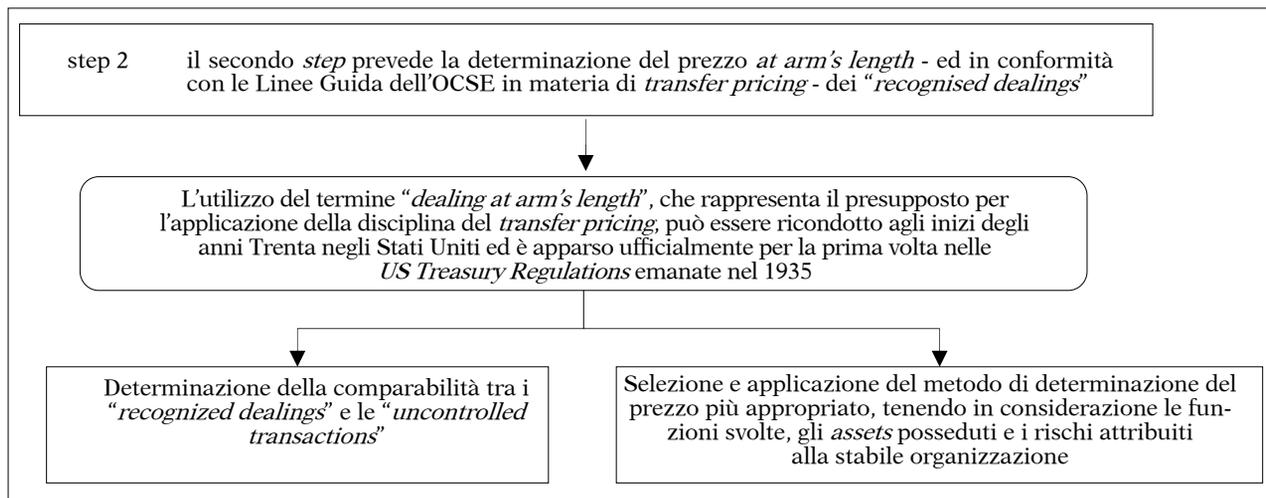
Sulla base delle risultanze di tale analisi, la Lega delle Nazioni nel 1933 presentò un nuovo *draft* di Modello di Convenzione in cui faceva per la prima volta comparso il principio dell'*arm's length*. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 25 e seguenti.

²⁰ “(...) 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)” (cfr. Parte I, paragrafo 44, del Rapporto).

²¹ Analogamente, i parr. 20 e seguenti del Commentario al nuovo art. 7 del Modello OCSE prevedono che l'analisi è svolta in due distinti *steps*. Il primo *step* è rappresentato da una “*functional and factual analysis*”; il secondo *step* prevede la determinazione del prezzo *at arm's length* ed in conformità con le Linee Guida dell'OCSE in materia di *transfer pricing*, dei “*recognised dealings*”.

Per approfondimenti sull'art. 7 del Modello OCSE, nella versione 2008 e 2010, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 347 e seguenti; P. Valente, *Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. La versione 2010*, op. cit.

Tavola 3 – Il “functionally separate entity approach”: step 2



2.2. L'applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione con riferimento all'attività bancaria

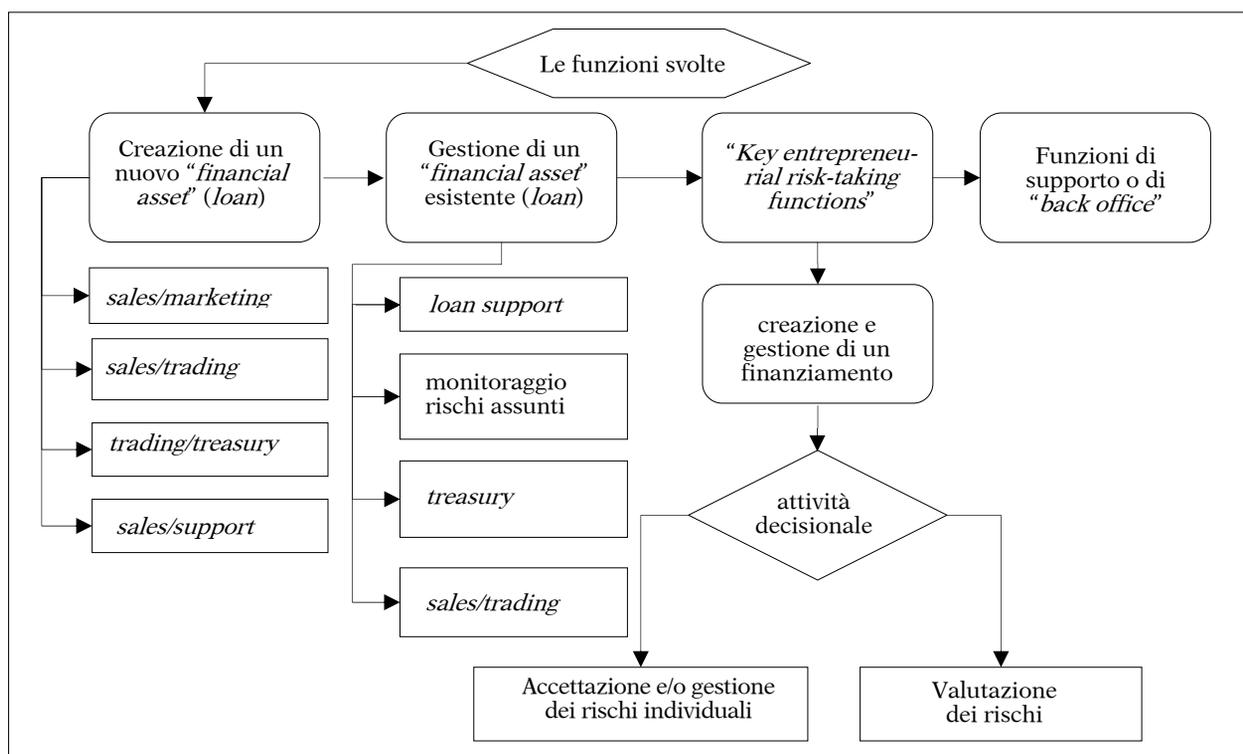
La Parte II del Rapporto illustra le modalità di applicazione del c.d. “**functionally separate entity approach**” alle imprese che svolgono **attività bancaria** per il tramite di una stabile organizzazione.

Nello svolgimento della “*functional and factual analysis*” bisogna tenere in considerazione:

1. le **funzioni svolte**;
2. gli **assets** utilizzati;
3. i **rischi** assunti;
4. il “**capital and funding**”;

i quali, nel settore bancario, presentano alcune peculiarità.

Tavola 4 – La “functional and factual analysis” riferita all'attività bancaria: le funzioni svolte



Le funzioni svolte

Tra le funzioni svolte, il Rapporto individua:

- le funzioni relative alla creazione di un nuovo “*financial asset*” (*loan*): *sales/marketing, sales/trading, trading/treasury, sales/support*²²;
- le funzioni riguardanti la gestione di un “*financial asset*” esistente (*loan*): *loan support, monitoraggio dei rischi assunti, treasury, sales/trading*;
- *key entrepreneurial risk-taking functions*, relative alla creazione e alla successiva gestione di un finanziamento. Secondo il Rapporto le *key entrepreneurial risk-taking functions* implicano un’attività decisionale con riferimento all’accettazione e/o alla gestione dei rischi individuali e dei *portfolios of risks*;
- funzioni di supporto o di *back-office*. Trattasi di funzioni generalmente definite anche di “*middle office*” e si distinguono dalle funzioni di “*front office*”²³.

²² Il Rapporto precisa che per la negoziazione e conclusione di una transazione bancaria tradizionale che conduce alla creazione di un “*financial asset (a loan)*”, vengono di norma svolte le seguenti funzioni:

- a) *Sales/Marketing - e.g. cultivating potential clients, creating client relationships and inducing clients to start negotiating offers of business*;
- b) *Sales/Trading - e.g. negotiating the contractual terms with the client, deciding whether or not to advance monies and, if so, on what terms, evaluating the credit, currency and market risks related to the transaction, establishing the creditworthiness of the client and the overall credit exposure of the bank to the client, deciding what levels of credit, currency and market risk to accept, pricing the loan, considering whether collateral or credit enhancement is needed and committing the bank (and its capital) to the loan and its associated risks, etc.*;
- c) *Trading/Treasury - e.g. raising funds and capital, taking deposits, raising funds on the most advantageous terms, making the funds available; and*
- d) *Sales/Support - e.g. checking draft contracts and completing the contract formalities, resolving any outstanding legal issues, checking any collateral offered, signing the contract, recording the financial asset in the books and disbursing the loan proceeds*” (cfr. Parte II, paragrafo 7, del Rapporto).

²³ Il Rapporto precisa che le funzioni di “*back office*” normalmente attribuiscono “*less economic value to the business than the middle or front office functions and so deserve a lower reward. It should be borne in mind, however, that although the terms «back», «middle» and «front office» are commonly used in describing the functions of a banking enterprise, there is nothing in the authorised OECD approach that requires attention to be given to such distinctions. The authorised OECD approach rather is concerned with identifying the key entrepreneurial risk-taking functions without regard to the label given to the function or activity, but based on a functional and factual analysis. Whether a particular activity is a key entrepreneurial risk-taking function will depend on the facts and circumstances of the particular*

Gli assets utilizzati

Con riferimento agli *assets* utilizzati, il Rapporto rileva come gli istituti bancari normalmente utilizzano “*physical assets*”, quali locali e materiale informatico. Gli Stati membri dell’OCSE in genere concordano nell’utilizzare il “*place of use*” quale criterio per l’attribuzione della proprietà economica dei “*tangible assets*”.

La “*functional and factual analysis*” dovrebbe inoltre tenere in considerazione l’utilizzazione di eventuali “*intangible assets*”.

Nel settore bancario, un *intangible* molto diffuso è rappresentato dalla denominazione, dalla reputazione, dal marchio o logo dell’istituto bancario (c.d. “*marketing intangible*”). Altri rilevanti *intangibles* assumono la caratteristica di “*trade intangibles*” e sono rappresentati, ad esempio, dai sistemi per la massimizzazione di un uso efficiente di “*regulatory capital*” e per il monitoraggio delle varie tipologie di rischi.

I rischi assunti

Nel settore in commento, la valutazione dei rischi assume primaria importanza. Nello svolgimento della “*functional and factual analysis*” vengono in considerazione soprattutto i seguenti rischi, assunti nella concessione dei finanziamenti:

- *credit risk*: rischio di inadempimento da parte del cliente, con riferimento al pagamento della somma capitale e degli interessi²⁴;
- *market interest rate risk*: rischio di rilevante variazione del tasso di interesse applicato al momento della concessione del finanziamento²⁵;
- *market foreign exchange risk*: rischio di rilevante variazione del tasso di cambio applicato

business. The functional and factual analysis will determine whether the activity is a key entrepreneurial risk-taking function or a support function (e.g. economic analysis of interest rate trends).

Functions other than key entrepreneurial risk-taking functions still need to be taken into account in attributing arm’s length profits to the PE, but economic ownership of assets is not attributed to such functions” (cfr. Parte II, paragrafo 13, del Rapporto).

²⁴ Il Rapporto definisce il *credit risk* quale “*risk that the customer will be unable to pay the interest or to repay the principal of the loan in accordance with its terms and conditions*” (cfr. Parte II, paragrafo 18, del Rapporto).

²⁵ Precisa il Rapporto che il *market interest rate risk* può presentarsi sotto diversi aspetti, a seconda della natura del tasso di interesse applicato: “*the borrowing could be fixed but the lending floating or even if both the lending and borrowing are floating there could be a mismatch in timing. Interest rate risk can also arise due to the behavioural effects of market movements on the bank’s customers. For example, a decline in interest rates may encourage customers to prepay fixed-rate loans*” (cfr. Parte II, paragrafo 18, del Rapporto).

al momento della concessione del finanziamento²⁶.

Altri rischi rilevanti sono rappresentati dal *country risk* e dal *legal risk*, mentre il Rapporto precisa che devono essere identificati tutti i rischi connessi all'attività bancaria, inclusi i c.d. *off-balance sheet risks*, i quali possono derivare da “*items that do not appear on the balance sheet*”²⁷.

Il “*capital and funding*”

Il capitale riveste importanza fondamentale per gli istituti bancari in ragione dei rischi da questi assunti. Esso individua la capacità della banca di assorbire le eventuali perdite connesse alla “materializzazione” dei rischi assunti.

²⁶ Il rischio di cambio deriva dalla possibilità che un cambiamento del rapporto di cambio tra due valute incida sul risultato economico di una operazione. Le imprese che operano sui mercati esteri e che, quindi, sono generalmente esposte a tale rischio devono gestirlo salvaguardando la redditività operativa dell'impresa adottando misure non finanziarie per far fronte alla variazione dei tassi di riferimento.

Gli strumenti più usati per la copertura dei rischi di cambio sono:

- Operazioni a termine (*Forward*);
- *Domestic Currency Swap*;
- Opzioni;
- Finanziamenti in valuta.

Le operazioni a termine consistono nella stipula di un contratto di compravendita con prezzo fissato al momento della stipula, il cosiddetto “prezzo a pronti” ed una ad esecuzione futura, ad un “prezzo a termine”. Quest'ultimo incorpora il valore dei tassi di interesse. Nel caso delle valute l'acquisto o la vendita a termine consiste nello scambio di una valuta (a) contro valuta differente (b) ad una data futura e ad un cambio fissato, che può essere pari al cambio corrente o *spot*, aumentato o ridotto in funzione delle valute coinvolte.

Lo *swap* è un'evoluzione delle operazione a termine, che non prevede lo scambio effettivo della valuta alla data fissata ma solamente l'accredito o l'addebito del differenziale finanziario che si è prodotto durante l'operazione.

Le opzioni sono il tipico strumento di copertura che consentono all'acquirente la possibilità, ma non l'obbligo, di esercitarle nel caso in cui lo ritenesse conveniente.

In particolare, l'opzione conferisce il diritto di acquistare (opzione *call* o rialzista), o vendere (opzione *put* o ribassista) una quantità di valuta ad un prezzo e ad una data prestabiliti.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 1624 e seguenti

²⁷ “*Preparation of a balance sheet is generally done in accordance with accounting standards and to satisfy corporate or other regulatory requirements. The authorised OECD approach by way of contrast is not restricted to an analysis based on accounting standards or satisfaction of corporate or other regulatory requirements. Consequently, the functional analysis would need to identify all risks including those related to off-balance sheet items that may need to be taken into account in the application of the arm's length principle*” (cfr. Parte II, paragrafo 20, del Rapporto).

L'ammontare minimo del capitale (c.d. *regulatory capital*) di cui le banche devono disporre dipende dai rischi che assumono. Gli istituti bancari, inoltre, necessitano di fondi per la creazione di *financial assets*, come i finanziamenti, i quali a loro volta generano reddito sotto forma di interessi o altra equivalente tipologia. Tali risorse possono derivare da diverse fonti:

- *equity capital*;
- *retained earnings*;
- *deposits from customers*;
- altre forme di *debt funding*, quali i finanziamenti onerosi, inclusi i *subordinated debt*.

Per tale ragione la “*functional and factual analysis*” non può prescindere dall'esame delle questioni relative all'adeguatezza e all'attribuzione del capitale.

Un importante fattore da prendere in considerazione nell'ambito di un'analisi di *transfer pricing* concernente gli istituti finanziari è la capacità di credito (“*creditworthiness*”)²⁸ in quanto influisce sulla capacità di concedere finanziamenti, sul tasso di interesse praticato e sui margini di guadagno²⁹.

2.3. L'applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione alle imprese che svolgono attività di *trading* di strumenti finanziari

La Parte III del Rapporto prende in considerazione il “*global trading*” di strumenti finan-

²⁸ Il Rapporto definisce il “*creditworthiness*” come “*perception by an independent party, e.g. a credit rating agency, of the likelihood that a company (e.g. a bank) will meet its commitments in respect of any borrowings it has made and investments it has received. A number of factors are taken into account, the amount of regulatory and «free» capital of the borrowing bank obviously being an important factor. Other relevant factors include a solid reputation, good management, risk profile, regulatory status, ability to raise fresh equity and a history of consistently high profitability. Certain types of «niche» business are restricted to banking enterprises with the highest creditworthiness (e.g. some borrowers will only transact with AAA-rated counterparties)*” (cfr. Parte II, paragrafo 30, del Rapporto).

²⁹ Precisa il Rapporto che “*in the absence of deposit insurance, the creditworthiness of a bank is inversely related to the interest rate it pays to its investors (its depositors and holders of its debt instruments). The lower the creditworthiness of the bank the higher the interest rate it pays to its investors. The risk premium represents the additional return (in the form of a higher interest rate) that the investor expects to receive as compensation for investing in a riskier bank (e.g. one with a AA credit rating) rather than investing on the same terms in a safer bank (e.g. one with a AAA credit rating)*” (cfr. Parte II, paragrafo 30, del Rapporto).

ziari, attività normalmente svolta dagli **istituti finanziari**, anche diversi dalle banche. Essa illustra, in particolare, le linee guida per l'applicazione degli artt. 7 e 9³⁰ del Modello OCSE al “*global trading*”.

Innanzitutto, viene fornita la definizione di “*global trading*”, intesa quale attività che include:

- “*underwriting and distributing products*” su base globale;
- “*acting as market-maker in physical securities*” e strumenti derivati;
- “*acting as a broker*” nel contesto di transazioni su “*stock*” e “*commodities exchanges*”;
- lo sviluppo di nuovi prodotti in ragione delle esigenze delle istituzioni finanziarie³¹.

³⁰ La disposizione di cui all'art. 9 del Modello OCSE fa riferimento alle rettifiche di utili effettuate dall'Amministrazione finanziaria nel caso in cui operazioni tra imprese correlate (*i.e.*, tra società madri e società figlie ovvero tra società soggette ad un comune controllo) siano state poste in essere a condizioni diverse da quelle applicabili in situazioni di libera concorrenza. Esso prevede:

“1. Allorché

- 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, o
- b) le medesime persone partecipano, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa di uno Stato contraente o dell'impresa di un 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 indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che, a causa di dette condizioni, non sono stati realizzati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza.

2. Allorché uno Stato contraente include fra gli utili di un'impresa di detto Stato – e di conseguenza assoggetta a tassazione – utili sui quali un'impresa dell'altro Stato contraente è stata sottoposta a tassazione in detto altro Stato, e gli utili così inclusi sono utili che sarebbero maturati a favore dell'impresa del primo Stato, se le condizioni fissate fra le due imprese fossero state quelle convenute fra imprese indipendenti, allora detto altro Stato farà un'apposita correzione dell'importo dell'imposta ivi applicata su tali utili.

Nel determinare tali correzioni, dovrà usarsi il dovuto riguardo alle altre disposizioni della presente Convenzione e le autorità competenti degli Stati contraenti si consulteranno, ove necessario”.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, *op. cit.*, pagg. 815 e seguenti.

³¹ Il Rapporto rileva che nel settore finanziario, l'espressione “*global trading*” rappresenta “*the catch-all phrase that focuses on the capacity of financial institutions to execute customers' orders in financial products in markets around the world and/or around the clock. This activity includes underwriting and distributing products on a world-wide basis, acting as a market-maker in physical securities (i.e. the traditional bond and equity markets) and in derivative*

Il reddito derivante dallo svolgimento delle suindicate attività consiste principalmente in **dividendi ed interessi**, “*trading gains*”, ricavi da “*notional principal contracts*” e derivati, *fees* connessi alla realizzazione di transazioni, eccetera.

Ai fini della “*functional and factual analysis*” nel settore del “*global trading*” bisogna tenere in considerazione, precisa il Rapporto, le funzioni svolte dal personale dell'ente (c.d. “*people functions*”), gli *assets* utilizzati, i rischi assunti nello svolgimento delle funzioni stesse, il “*capital and funding*”. Le “*people functions*” sono sostanzialmente le seguenti:

- *sales e marketing*³²;
- gestione del *trading risk* e del *day-to-day risk*³³;
- *treasury*³⁴;
- supporto e *back office*³⁵.

instruments, acting as a broker for client transactions on stock and commodities exchanges around the world, and developing new products to meet the needs of the financial institution's clients, for example credit derivatives. The income earned by the financial institution from these activities consists of interest and dividends received with respect to the inventory it is required to maintain in order to be a market-maker with respect to physical securities, trading gains from sales of that inventory, income from notional principal contracts and other over-the-counter (OTC) derivatives entered into with clients, fee income from structuring transactions, gains from dealing in liabilities, income from stocklending and repo transactions, and brokers' fees from exchange transactions executed for clients” (cfr. Parte III, paragrafo 8 del Rapporto).

³² Nel Rapporto si rileva che il personale della funzione *sales e marketing* è responsabile dei contatti con i clienti. Di regola “*such staff are assigned to a particular geographic area and, within that area, may specialise in clients in a particular industry. Such specialisation allows them to learn about industry-wide problems that may be addressed through the use of particular financial instruments. The organisation of the sales and marketing personnel is determined primarily by the need to be accessible to the firm's clients and so is largely independent of the structure of the trading models (...). Indeed, in contrast to the trading function, the business dynamic is towards a de-centralisation of the sales and marketing function”* (cfr. Parte III, paragrafo 41 del Rapporto).

³³ Nel Rapporto, il termine “*trade*” “*trading*” è utilizzato per indicare “*both the initial assumption of risk (sometimes called dealing or market-making function) and the subsequent management of risk (hedging or risk management function)*” (cfr. Parte III, paragrafo 50, del Rapporto).

³⁴ Precisa il Rapporto che la “*treasury function is the function that is most similar to the general trading activities of a financial institution (...). The treasury book traders are responsible for ensuring that the financial institution has sufficient funds to meet its payment obligations but does not have excess cash that is not being used profitably*” (cfr. Parte III, paragrafo 61, del Rapporto).

Con riferimento agli *assets* utilizzati – e in analogia a quanto previsto per l'attività bancaria – il Rapporto rileva come le “*global trading firms*” normalmente utilizzano “*physical assets*”, quali locali, sistemi di comunicazione (“*computer hardware*”) e materiale informatico. Gli Stati membri dell'OCSE in genere concordano nell'utilizzare il “*place of use*” quale criterio per l'attribuzione della proprietà economica dei “*tangible assets*”.

La “*functional and factual analysis*” dovrebbe inoltre tenere in considerazione l'utilizzazione di eventuali “*intangible assets*”. Nel settore del “*global trading*” – come nel settore bancario – un *intangible* molto diffuso è rappresentato dalla denominazione, dalla reputazione, dal marchio o logo della “*global trading firm*”. Siffatto *intangible* peraltro assume una certa rilevanza ai fini dello svolgimento della funzione di *marketing*. Altri rilevanti *intangibles* assumono la caratteristica di “*manufacturing intangibles*” e sono rappresentati, ad esempio, dai sistemi *software* per la valorizzazione degli strumenti finanziari con riferimento ai potenziali *deals* con terze parti.

I rischi assunti dalla “*global trading firm*” sono una componente fondamentale dell'analisi funzionale e di comparabilità. Sono insiti all'attività di “*global trading*” i seguenti rischi:

- *credit risk*, il quale sorge al momento della conclusione della transazione con il cliente;
- *market risk*, il quale è connesso a variazioni sensibili riguardanti il tasso di cambio, il tasso di interesse, gli “*equity prices*” o “*commodity prices*”;
- *operational risks*, definiti quali rischi di “*direct or indirect loss resulting from inadequate or failed internal processes, people and systems or from external events*”³⁵.

³⁵ “*The marketers and traders, who generally are identified as «front office», rely on a number of other departments within the financial institution. In some MNEs, there is an Advisory Group that provides advice with respect to business, legal, accounting and tax treatment of products being developed by the marketing team. Although their functions traditionally have been categorised as «back office» functions, many institutions now designate some of the departments, particularly credit, accounting and product control, research and intangibles development, as «middle office» functions in recognition of their increased importance in the context of global trading. In other institutions the research department may interact very closely with the traders and risk managers and so be very much part of the direct profit-earning process of the «front office»*” (cfr. Parte III, paragrafo 67, del Rapporto).

³⁶ Essenza del “*global trading*” è l'assunzione e l'*ongoing management* del rischio: entrambe le attività devono esse-

Analogo a quanto previsto per l'attività bancaria, devono essere identificati tutti i rischi connessi al “*global trading*”, inclusi i c.d. *off-balance sheet risks*.

Creditworthiness ed adeguatezza del capitale sono, infine, due fattori cruciali per lo svolgimento dell'attività di “*global trading*” da parte delle istituzioni finanziarie. Per tale motivo, devono essere presi in considerazione ai fini della “*functional and factual analysis*”.

2.4. L'applicazione dei criteri di determinazione del reddito delle stabili organizzazioni delle compagnie di assicurazione

La Parte IV del Rapporto esamina l'**attività di assicurazione**, la quale viene definita quale “*business of accepting obligations or liabilities*” con riferimento ad una perdita incerta e derivante dalla realizzazione di uno o più eventi al di fuori del controllo del soggetto assicurato³⁷. In tale ambito, è possibile distinguere, secondo quanto previsto dal Rapporto:

- “*life and health industry*”;
- “*property and casualty industry*”;
- “*reinsurance industry*”³⁸.

re prese in considerazione nel contesto di una *functional and comparability analysis*. “*Being attributed risks in the Article 7 context means the equivalent of bearing risks for income tax purposes by a separate enterprise, with the attendant benefits and burdens, in particular the potential exposure to gains or losses from the realisation or non-realisation of said risks. Traditionally, the most commonly identified risk classes were credit risk and market risk. More recently, the importance of operational risk as a separate risk class has become increasingly recognised*” (cfr. Parte III, paragrafo 91, del Rapporto).

³⁷ “*As a general matter, the insurance business is the business of accepting obligations or liabilities in respect of uncertain losses arising from the realisation of events outside the control of the insured. Insurance businesses are able to do this by pooling the potential losses of many risk-averse persons via the payment of an amount by the insured to the insurer, called a premium (...). In consideration of the payment of the premium, when the insured incurs a loss or a specified event occurs, he, she or a beneficiary is indemnified for the amount of the value of his or her loss or receives an agreed payment or service*” (cfr. Parte IV, paragrafo 5, del Rapporto).

³⁸ Nel Rapporto si rileva che per *reinsurance* si intende il meccanismo in virtù del quale l'assicuratore gestisce il rischio di assicurazione “*by shifting or ceding one or more insured risks to reinsurers in exchange for payment of premiums. As a result of the reinsurance, the ceding company may reduce or credit its reserves for the insured risks ceded to the reinsurer. Its assets may also be reduced by the amount of the consideration paid to the reinsurer for accepting those insured risks. Accordingly, re-*

Nell'ambito dell'attività di assicurazione tradizionale, rilevano le seguenti funzioni:

- sviluppo e gestione del prodotto, che implica lo svolgimento di attività quali ricerche di mercato, raccolte statistiche, valutazione sull'estensione della copertura assicurativa, calcolo dei premi in ragione delle caratteristiche della copertura assicurativa, eccetera;
- *sales e marketing*, che include l'identificazione ed analisi delle esigenze della clientela;
- *underwriting insurance risk*, quale processo di classificazione, selezione e *pricing* del rischio assicurato;
- *risk management* e riassicurazione;
- *contract and claims management*³⁹;
- *asset management*, che comprende le attività di *investment management* e *asset/liability management*;
- attività di supporto (*treasury, regulatory compliance, back office, loss control*, eccetera).

Con riguardo agli *assets*, da prendere in considerazione ai fini della “*functional and factual analysis*”, il Rapporto precisa che nel settore dell'attività di assicurazione rilevano i c.d. “*investment assets*” i quali generano ricavi sotto forma di interessi, dividendi, *rents* e *capital gains*. Gli “*investment assets*” includono *debt instruments, stocks, derivati, proprietà immobiliari, policy loans e cash*.

Le compagnie di assicurazione utilizzano inoltre “*physical assets*”, quali, ad esempio, uffici ed *in-*

insurance agreements reduce the risk assumed by the insurance company, thus alleviating the requirement for surplus with respect to the insurance risk. The reinsurer is able to pool the risks ceded to it by one insurance company with risks ceded by other insurance companies, thereby diversifying its risk pool and potentially allowing the reinsurer to maintain a lower amount of surplus with respect to the risks ceded to it by any single insurer than that insurer might have been required to maintain on its own with respect to those risks” (cfr. Parte IV, paragrafo 18, del Rapporto).

³⁹ Secondo il Rapporto, tale funzione include “*the monitoring of a contract (or a group of contracts) over its life cycle, i.e. maintaining the information on contractual developments, insured risk and occurrences, as well as maintaining accounts on premiums, claims reserves and commissions. It also includes the loss and claim reporting process - the establishment and maintenance of a loss reporting system, developing reliable claims statistics, defining and adjusting claims provisions and introducing measures to protect and reduce claims in future. Claims management includes all the activities related to a client's claim including, processing the claims report, examining cover, handling the claim (working out the level of the claim, clarifying causes, claims reduction measures, legal analysis) and seeking recovery*” (cfr. Parte IV, paragrafo 42, del Rapporto).

formation processing centres. Nello svolgimento della “*functional and factual analysis*” pertanto è necessario individuare quali “*non-investment assets*” sono utilizzati dalla stabile organizzazione⁴⁰.

I rischi connessi all'attività di assicurazione presentano delle peculiarità in quanto, oltre ai c.d. “*direct business risks*”, sono presenti anche le c.d. “*technical liabilities*”, relative a calcoli statistici e probabilistici. Mentre il rischio di assicurazione è rappresentato dal “*potential for the amount or timing of actual claims cash flow*”, diverso dal *cash flow* previsto, i rischi connessi alle attività di investimento includono invece:

- il *market risk* o *investment yield risk*⁴¹;
- il *credit risk*⁴²;
- il *concentration risk* (derivante da una disponibilità limitata dei veicoli di investimento domestici).

Ulteriori tipologie di rischio sono rappresentate

⁴⁰ Per le compagnie di assicurazione, gli *assets* più importanti sono gli “*investment assets*” i quali includono “*debt instruments, stocks, derivatives, real estate, policy loans and cash. Certain assets are technically not investment assets but are receivables that will be converted to cash in the short term (e.g. due and accrued premiums (to the extent included in the calculation of reserves), investment income due and accrued and reinsurance recoverable) or that equate to investment assets in their use (e.g. a funds withheld receivable). (...) the abovementioned receivables, though they may not generate an investment return, are considered to be investment assets since they arise from the insurance business and are used to support specific insurance liabilities. Due to the strong link in the insurance business between insurance risk assumed and the need for investment assets to back that risk, the analysis of investment assets used by the PE of an insurance enterprise will have to pay close attention to where insurance risk is assumed*” (cfr. Parte IV, paragrafo 51, del Rapporto).

⁴¹ Il *market risk* o *investment yield risk* fa riferimento all’“*ultimate amount of investment income that will be earned on the assets resulting from the investment (including re-investments) that the insurance business makes. Since the income from assets provides an important part of the income needed to pay policyholder claims in longer term business, the risk of lower than expected returns makes an important claim on the insurer's surplus*” (cfr. Parte IV, paragrafo 56, del Rapporto).

⁴² Il Rapporto individua i seguenti tre tipi di *credit risk*:
 – “*Asset credit risk - the risk that the insurer will not receive a return or indeed a repayment of the capital on its investments due to the person receiving the investment failing to pay.*
 – *Reinsurance credit risk - the risk that the amounts to be paid by the reinsurer to the insurer under a reinsurance contract may not be fully collectible.*
 – *Instalment payment risk (including retrospective premiums) - the risk that the insured will not be able to pay the premium to the insurer*” (cfr. Parte IV, paragrafo 56 del Rapporto).

dai rischi associati all'attività di *risk management* e riassicurazione⁴³, dal rischio di cambio⁴⁴, dal rischio di liquidità⁴⁵, dal rischio reputazionale⁴⁶.

⁴³ I rischi associati all'attività di *risk management* e di riassicurazione sono i seguenti:

– *Basis Risk - an imperfect correlation between actual losses caused to the insurer and the payments received from a CAT bond.*

– *Intertemporal Basis Risk - the risk associated with changes in the book of business from the time when the model was used to price the policy.*

– *Retrocession risk - insurance on reinsurance - the transfer of ceded premiums to other reinsurers or primary insurers - creates credit risk and the possibility of a domino effect in the event of failure by the end reinsurer* (cfr. Parte IV, paragrafo 56 del Rapporto).

⁴⁴ *“An international insurance company may have substantial foreign exchange rate risk. This is the risk that foreign exchange rates fluctuate compared to the balance sheet currency. Insurers generally seek to manage currency risk, including by using natural hedges, such as holding reserves and surplus in the currency of the jurisdiction in which the PE is located”* (cfr. Parte IV, paragrafo 56, del Rapporto).

⁴⁵ Trattasi del *“risk that assets need to be liquidated at unfavourable conditions if cash is needed immediately to meet unexpected obligations to policyholders. The latter risk is typically managed using an appropriate asset/liability management”* (cfr. Parte IV, paragrafo 56, del Rapporto).

Il rischio di reputazione rileva anche nell'ambito della categoria del rischio fiscale. Esso attiene al modo in cui il gruppo multinazionale è percepito pubblicamente e, quindi, alle informazioni che i mezzi di comunicazione possono diffondere in relazione ad eventi idonei a rivelare, in tutto o in parte, le strategie aziendali, comprese quelle relative alla pianificazione fiscale internazionale⁴⁷.

⁴⁶ Il rischio reputazionale *“in many markets intermediaries serve as important distribution channels of insurance - an interface between consumers of insurance and providers of insurance. Their conduct may affect the insurer”* (cfr. Parte IV, paragrafo 56 del Rapporto).

⁴⁷ L'area del rischio di reputazione coinvolge anche fattori di natura non strettamente economica, quali la cultura del singolo Paese di svolgimento dell'attività di impresa e la percezione locale del concetto di “etica fiscale”. Tra le categorie generiche si inserisce anche il c.d. rischio relativo al “portafoglio rischi”, il quale concerne complessivamente il livello aggregato del rischio relativo alle transazioni, del rischio relativo alle operazioni *day-to-day*, del rischio connesso alle dichiarazioni fiscali. Esso riguarda, quindi, la corretta gestione delle combinazioni che potrebbero determinarsi tra i vari livelli di rischio esistenti. Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 1625 e seguenti.