



APPROFONDIMENTO

Fondo di dotazione delle stabili organizzazioni bancarie: congruità e profili critici

di Piergiorgio Valente

Secondo la Commissione Tributaria Regionale di Milano, come qualsiasi impresa indipendente, la stabile organizzazione di una impresa non residente, che svolge attività bancaria, deve avere un proprio fondo di dotazione che, ai fini fiscali, può essere anche “figurativo”. In altre parole, qualora non risulti dal bilancio, il fondo di dotazione deve essere determinato ai soli fini fiscali per stabilire se gli eventuali interessi passivi dedotti sono determinati correttamente, così come avviene per le imprese indipendenti.

1. Premessa

L'adeguatezza del **fondo di dotazione** (c.d. “*free capital*”) delle **stabili organizzazioni** costituisce tema complesso e articolato e, allo stato attuale, ancora ampiamente oggetto di studio, approfondimento e discussione.

Negli ultimi anni, l'Amministrazione finanziaria, così come la giurisprudenza, ha posto l'attenzione sulla **congruità del fondo di dotazione** delle **stabili organizzazioni bancarie**.

L'esigenza di verifica del complesso sistema di regole (e della loro eventuale modifica) sul tema assume particolare rilievo e il relativo dibattito è destinato a protrarsi nel tempo.

In tale contesto, si rende necessario analizzare il *framework* normativo di riferimento, approfondendo in particolare l'insieme di norme e prassi internazionali in materia, in quanto elemento

imprescindibile ai fini dell'adeguata determinazione del fondo di dotazione.

Non meno importanti risultano le metodologie applicate in sede di accertamento nel settore bancario e l'aderenza di queste ultime alla prassi internazionale.

Appare pertanto utile comprendere, alla luce delle principali disposizioni internazionali applicabili, le dinamiche dell'**attribuzione del reddito alla stabile organizzazione** e della **determinazione del fondo di dotazione**, in un settore come quello bancario dove, a causa della complessità dell'attività, le modalità di verifica potrebbero sollevare qualche criticità.

2. La stabile organizzazione: cenni

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”**¹.

La definizione implica pertanto:

- l'esistenza di una “sede di affari”, vale a dire di un'installazione, di locali o, in alcuni casi, di macchinari o attrezzature;

¹ Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2012, p. 246 ss.; P. Valente-L. Vinciguerra, *Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche*, IPSOA, 2013, p. 29 ss.

- la sede di affari deve essere “fissa”; essa deve essere stabilita in un luogo determinato con un certo grado di permanenza;
- 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 organizzazione². 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. 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 occasionalmente³.

² 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”.

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 mesi. 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. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., p. 250 ss.

³ 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 para-

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:

- è indipendente dalla impresa, sia giuridicamente sia economicamente; e
- agisce nell’ambito della sua ordinaria attività industriale o commerciale quando agisce per conto dell’impresa⁴.

3. L’attribuzione del reddito alla stabile organizzazione: l’art. 7 del Modello OCSE

In data 22 luglio 2010 è stato pubblicato il documento OCSE “*2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*” (di seguito, “Rapporto”) il quale contiene le linee guida per l’**attribuzione del reddito alla stabile organizzazione** ai sensi dell’art. 7 del Modello OCSE⁵.

Il Rapporto è stato pubblicato dall’OCSE in concomitanza con l’approvazione del documento che introduce il nuovo art. 7 del Modello OCSE⁶

grafo 5 dell’art. 5). Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., p. 259 ss.

⁴ 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 del Modello OCSE 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 dell’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.

Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., p. 301 ss.; P. Valente-L. Vinciguerra, *Stabile organizzazione occulta: profili applicativi nelle verifiche*, op. cit., p. 29 ss.; P. Valente, *Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. La versione 2010*, in “*il fisco*” n. 33/2010, fascicolo n. 1, p. 5333 ss.

⁵ La versione 2010 del Rapporto segue quella del 2008, della quale peraltro riflette contenuto e conclusioni.

⁶ Per approfondimenti sulle novità introdotte dalla versione del 2010 del Modello OCSE, cfr. P. Valente, “*Il Modello*

e si compone di quattro Parti:

- 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**.

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 funzioni svolte, degli *assets* utilizzati e dei rischi assunti dall'impresa per il tramite della stabile organizzazione medesima e *"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"*⁷.

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.

OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. La versione 2010, op. cit.; P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., p. 364 ss.

⁷ 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 redditi 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).

"functionally separate entity approach")⁸.

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 e 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 tenendo conto di tutte le attività da questa svolte, incluse le transazioni con parti non correlate, quelle con *"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"* degli *assets* alla stabile organizzazione dipendono non solo dal tipo di *assets*, ma anche dalla tipologia di attività di *business* per il quale sono utilizzati⁹;

⁸ 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, par. 10 del Rapporto). Cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, IPSOA, 2012, p. 1833 ss.

⁹ Il Rapporto precisa che *"economically owning a tangible asset used in a manufacturing process does not necessarily, of itself, attribute to the economic owner of the asset the income from selling goods produced by using the asset. Attributing economic ownership of financial assets, on the other hand, attributes the income and expenses as-*

- attribuire alla stabile organizzazione i **rischi inerenti alle funzioni svolte**, tenendo altresì in considerazione l'eventuale trasferimento dei medesimi rischi o della loro gestione ad altre “*parts*” dell'impresa o ad altre imprese¹⁰. 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 stessi¹¹;

sociated with holding those assets or lending them out or selling them to third parties.

(...) In the case of financial assets of financial enterprises, the creation and management of such assets (and their attendant risks) is itself the significant people function relevant to determining the initial economic ownership of the assets, so the initial attribution of economic ownership of those assets to the part of the enterprise performing that function has primary importance not only for determining characterisation of the ‘distinct and separate enterprise’ under step one, but also to the attribution of profits under step two, since the attribution of income-generating assets also effectively determines which part of the enterprise receives the income and expenses associated with those assets” (cfr. Parte I, par. 22 e 23 del Rapporto).

¹⁰ 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 di Governance fiscale*, IPSOA, 2011, p. 669 ss.

¹¹ 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*

- attribuire alla stabile organizzazione il 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 rispetto 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 funzioni svolte, gli *assets* “*it economically owns*” e i rischi assunti;
- 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*”)¹²;
 - l'impresa non dovrebbe garantire il “*creditworthiness*” della stabile organizzazione e, specularmente, quest'ultima non dovrebbe garantire quello dell'impresa¹³.

Il secondo step

Il secondo *step* prevede la **determinazione del prezzo at arm's length** – e in conformità con le *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE in materia di *transfer pricing* – dei “*recognised dealings*”¹⁴, mediante:

not necessarily linked to the simple existence of the assets (e.g. liability risks)” (cfr. Parte I, par. 25 del Rapporto).

¹² “*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, par. 36 del Rapporto).

¹³ “*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, par. 36 del Rapporto).*

¹⁴ 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 per la prima volta nelle *US Treasury Regulations* emanate nel 1935. Tale concetto è stato inserito nelle convenzioni contro le doppie imposizioni 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

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

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 **funzioni svolte**, degli **assets utilizzati** e dei **rischi assunti** dall'impresa “*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*”¹⁵.

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'allocazione 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. 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 comparsa il principio dell'*arm's length*. Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., p. 35 ss.

¹⁵ Analogamente, i parr. 20 ss. del Commentario al nuovo art. 7 del Modello OCSE prevedono che l'analisi è svolta in

4. L'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione 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.

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*;
- le funzioni riguardanti la gestione di un “*financial asset*” esistente (*loan*): *loan support, monitoraggio dei rischi assunti, treasury, sales/trading*¹⁶;

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* e 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., p. 358 ss.; P. Valente, *Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. La versione 2010*, op. cit.

¹⁶ Una volta creato un “*financial asset (a loan)*”, l'impresa deve svolgere di norma le seguenti funzioni:

- a) *Loan support - e.g. administering the loan, collecting and paying interest and other amounts when due, monitoring repayments, checking value of any collateral given;*
- b) *Monitoring risks assumed as a result of entering into the loan - e.g. reviewing creditworthiness of the client, monitoring overall credit exposure of the client to the bank, monitoring interest rate and position risk, analysing the profitability of the loan and return on capital employed, reviewing efficiency of use of regulatory capital, etc.;*
- c) *Managing risks initially assumed and subsequently borne as a result of entering into the loan - e.g. deciding whether, and if so, to what extent various risks should continue to be borne by the bank, e.g. by transferring credit risk to a third party by means of credit derivatives or hedging interest rate risk by purchase of securities, reducing overall risk by pooling individual risks and identifying internal set-offs and actively managing the residual risks retained by the bank (...);*

- *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*¹⁷;
- funzioni di supporto o di *back-office*. Trattasi di funzioni generalmente definite anche di *"middle office"* e si distinguono dalle funzioni di *"front office"*¹⁸.

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'**utilizzo di eventuali "intangibile assets"**.

d) *Treasury - e.g. managing the bank's overall funding position (funding deficits or investing surpluses in the market), including managing the interest rate risk and liquidity risk exposures of the bank, allocating the costs of funds raised by the bank as a whole to branches/business units, matching duration of borrowing with lending, and maximising efficiency of employment of regulatory capital and return on capital employed;*

e) *Sales/trading - e.g. refinancing the loan, deciding to sell or securitise the loan, marketing to potential buyers, pricing the loan, negotiating contractual terms of sale, completing sales formalities, etc., deciding whether to renew or extend the loan and, if so, on what terms"* (cfr. Parte II, par. 8 del Rapporto). Cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., p. 1836 ss.

¹⁷ "For a bank, the creation of a financial asset and its subsequent management are likely to be the key entrepreneurial risk-taking functions and so (...) economic ownership of the financial asset (and the income and expense associated with holding that asset, lending it out, or selling it to third parties) is generally attributed to the location performing those functions" (cfr. Parte II, par. 9 del Rapporto).

¹⁸ 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 (...)"* (cfr. Parte II, par. 13 del Rapporto).

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 interessi¹⁹;
- *market interest rate risk*: rischio di rilevante variazione del tasso di interesse applicato al momento della concessione del finanziamento²⁰;
- *market foreign exchange risk*: rischio di rilevante variazione del tasso di cambio applicato al momento della concessione del finanziamento²¹.

¹⁹ 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, par. 18 del Rapporto).

²⁰ 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, par. 18 del Rapporto). Cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., p. 1845 ss.

²¹ 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 c.d. "prezzo a pronti" ed una ad esecu-

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*”.

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**.

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

zione futura, ad un “prezzo a termine”. Lo *swap* è un'evoluzione delle operazioni 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. Gli elementi essenziali sono quindi i seguenti:

- opzione di acquisto/*call* o di vendita/*put*;
- valuta da scambiare;
- data.

Il prezzo dell'opzione dipende da questi elementi, dai tassi di interesse e dalla volatilità delle valute. L'acquisto di opzioni *put* o ribassiste generalmente mirano a proteggere i ricavi in valuta da un possibile apprezzamento della propria moneta. Al contrario, nel caso di sostenimento di costi in valuta e ci si vuole proteggere da un aumento della valuta, si compra un'opzione *call* con l'obiettivo di fissare il prezzo di acquisto.

Nel caso in cui un'impresa abbia ricavi in valuta continuativi, la strategia più semplice consiste nell'indebitarsi in valuta a breve termine e ripagare il finanziamento con gli introiti. La soluzione tecnica da adottare potrebbe essere un conto corrente valutario. Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., p. 1845 ss.

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*”) in quanto influisce sulla capacità di concedere finanziamenti, sul tasso di interesse praticato e sui margini di guadagno.

5. Reddito della stabile organizzazione bancaria e fondo di dotazione nella decisione della Commissione Tributaria Regionale di Milano, n. 62 del 12 giugno 2012

5.1. Premessa

La sentenza della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia (CTR) n. 62/2012 ha ad oggetto, principalmente, la struttura patrimoniale delle stabili organizzazioni bancarie, con precipuo riferimento al metodo da utilizzare per la **determinazione del fondo di dotazione**²².

La CTR, traendo le proprie conclusioni dal disposto dell'art. 7 della Convenzione contro le

²² “L'Agenzia delle Entrate Dir. Prov. I Milano è appellante avverso la sentenza CTP Milano n. 117/01/2010 che aveva accolto i ricorsi riuniti della contribuente HSBC BANK PLC, società costituita secondo le leggi del Regno Unito ed ivi residente, contro avvisi di accertamento Irpeg-Irpag anno 2003 e Ires-Irpeg anno 2004, conseguenti a PVC del 31.10.2008 (per il 2003) e del 7.11.2008 (per il 2004) e rettificativi del reddito dichiarato dalla stabile organizzazione in Italia (HSBC Milan Branch). In particolare, l'Ufficio aveva recuperato a tassazione interessi passivi per Euro 147.634 nel 2003 ed Euro 143.302 nel 2004 su finanziamenti ricevuti dalla casa madre, nonché perdite su crediti inesigibili per Euro 9.609.545 nel 2003 ed Euro 3.330.382 nel 2004, in quanto ritenuti indebitamente dedotti dalla Branch benché correlati a ricavi e ad attività riferibili alla casa madre. L'Ufficio argomentava che mentre sotto il profilo civilistico la stabile organizzazione (Branch) non è un'entità autonoma e distinta rispetto alla casa madre, sotto il profilo fiscale invece è considerata entità separata sia dall'ordinamento interno sia in ambito sovranazionale dal modello di convenzione OCSE contro le doppie imposizioni, segnatamente richiamando l'art. 7 co. 2 della Convenzione tra Italia e Regno Unito in base al quale le Branch, a cui si estende il principio di libera concorrenza, scontano il medesimo trattamento fiscale dei soggetti indipendenti e sono tenute a determinare il reddito di conseguenza. Sicché sono da imputare alla Branch italiana gli utili – e quindi anche gli oneri e le spese – che sarebbero stati conseguiti da un'impresa che svolga un'attività analoga in condizioni di libero mercato. L'Ufficio aveva perciò individuato gli utili e le perdite conseguibili da un potenziale concorrente della Branch sulla base delle norme e delle indicazioni operative dettate per gli istituti di credito operanti in Italia” (cfr. il primo capoverso della sentenza).

doppie imposizioni Italia-Regno Unito²³ (il quale si basa sull'art. 7 del Modello OCSE), statuisce che, sebbene la disciplina regolamentare delle filiali di banche con sede in un Paese dell'Unione europea non preveda un obbligo di dotazione minima in relazione agli interessi passivi deducibili in capo alla stabile organizzazione italiana di una banca estera, è comunque opportuno fare riferimento ai **livelli patrimoniali minimi** fissati dalla Banca d'Italia.

Sebbene, quindi, sul piano prettamente giuridico-regolamentare, le stabili organizzazioni non siano soggette all'obbligo di avere un fondo di dotazione, ai fini fiscali si dovrebbe procedere alla determinazione di un **fondo di dotazione**

c.d. "figurativo", il cui importo dovrebbe essere conforme a quello previsto dalla Banca d'Italia per le società che esercitano attività bancaria in Italia (secondo il *Safe harbour Approach*, previsto dal "2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments" dell'OCSE). In un momento successivo, si procede all'imputazione di parte del *funding* proveniente dalla casa madre, al fondo di dotazione "figurativo", sul cui ammontare gli interessi passivi non dovrebbero essere deducibili.

5.2. Le argomentazioni della CTR

Secondo la CTR, occorre muovere dalla considerazione secondo cui, sotto il profilo giuridico,

"la stabile organizzazione non è un'entità autonoma e distinta rispetto alla casa madre della quale costituisce una mera diramazione amministrativa, ma dal punto di vista fiscale è considerata un'entità separata".

La stabile organizzazione è centro di imputazione di situazioni giuridiche dell'impresa non residente, sia per la definizione del presupposto dell'imposta, sia per gli obblighi strumentali all'applicazione del tributo²⁴. Tale approccio è finalizzato a consentire allo Stato in cui la stabile organizzazione è localizzata di esercitare la potestà impositiva sul reddito prodotto nel proprio territorio.

Appare quindi evidente, secondo la CTR, l'interesse dello Stato in cui si trova la stabile organizzazione a "valutare il rapporto esistente tra l'indebitamento ed i mezzi propri ad essa attribuiti". **L'insufficienza dei mezzi propri rispetto alla struttura patrimoniale** ed alla **attività esercitata**, infatti, può determinare un **eccessivo indebitamento** della stabile organizzazione e, in definitiva, un **trasferimento di reddito** a beneficio dello Stato di residenza della casa madre.

L'art. 7 della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Regno Unito non ha, quale finalità, la determinazione di presupposti impositivi per la emersione di maggior imponibile. La questione della deducibilità degli interessi passivi

non va riferita al fatto se esista o meno una norma che imponga un determinato fondo di dotazione come previsto dalla Banca d'Italia, ma sulle modalità in cui devono essere trattati gli interessi passivi dedotti dalla stabile organizzazione quando "sia acclarato che, per mancanza di adeguato fondo di dotazione e per il conseguente elevato indebitamento, l'attività bancaria svolta in Italia è possibile solo grazie ai capitali erogati dalla casa madre".

Precisa la CTR che, come qualsiasi impresa indipendente, la stabile organizzazione di una impresa non residente deve avere un proprio fondo di dotazione che, ai fini fiscali, può essere anche "figurativo". In altre parole, qualora non risulti dal suo bilancio, il fondo di dotazione deve essere determinato ai soli fini fiscali per stabilire se gli eventuali interessi passivi dedotti sono determinati correttamente, così come avviene per le imprese indipendenti.

Con riferimento alla **metodologia** da adoperare per la determinazione del fondo di dotazione della stabile organizzazione, l'Agenzia delle Entrate ha affermato che

"la determinazione del fondo di dotazione della stabile organizzazione che possa ritenersi congruo dal punto di vista fiscale è questione di fatto che richiede un'analisi dettagliata delle singole fattispecie e che deve essere affrontata tenendo conto di principi condivisi in sede internazionale".

²³ Per approfondimenti sulla Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Italia e Regno Unito, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., p. 2073 ss.

²⁴ Secondo la CTR, 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.

Con il termine “principi condivisi in sede internazionale” si fa riferimento proprio al “2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments”, il quale provvede alla individuazione dei due *step* procedurali di cui il processo di determinazione dei prezzi di trasferimento consta: (i) ipotesi di **autonomia e indipendenza** della stabile organizzazione; (ii) determinazione della **corretta remunerazione delle operazioni** concluse con l'*head office*²⁵.

Il Rapporto OCSE, relativamente alle metodologie da adoperare per la determinazione del fondo di dotazione, identifica i seguenti tre approcci:

- *Safe harbour Approach* (o *Regulatory Minimum Capital Approach* o *Quasi Thin Capitalization Approach*): prevede l'attribuzione alla stabile organizzazione dell'ammontare minimo di *equity* previsto a livello regolamentare per le imprese che svolgono attività bancaria nello Stato in cui opera la stabile organizzazione. Tale approccio è quello utilizzato nella decisione in commento;
- *Thin Capitalization Approach*: prevede l'attri-

buzione alla stabile organizzazione dello stesso ammontare di *equity* normalmente rinvenibile in un soggetto indipendente, comparabile con il profilo di rischio della stabile organizzazione medesima;

- *Capital Allocation Approach*: prevede l'attribuzione alla stabile organizzazione di una quota proporzionale del capitale di rischio complessivo dell'impresa, sulla base delle funzioni svolte, dei rischi assunti e degli *asset* utilizzati dalla stabile organizzazione.

5.3. Le conclusioni della CTR

Nella fattispecie esaminata dalla CTR, la congruità del fondo di dotazione, dal punto di vista fiscale, può ritenersi rispettata con riferimento ai limiti previsti per le imprese esercenti attività bancaria, mentre “i calcoli dettagliatamente eseguiti negli avvisi di accertamento appaiono immuni da censure”.

Sul piano delle sanzioni, la CTR osserva che in tema di sanzioni amministrative per violazione di norme tributarie,

“l'incertezza normativa obiettiva, che costituisce causa di esenzione del contribuente dalla responsabilità amministrativa tributaria, postula una condizione di inevitabile incertezza sul contenuto, sull'oggetto e sui destinatari della stessa norma tributaria, ossia l'insicurezza ed equivocità del risultato conseguito attraverso la sua interpretazione. Ciò che tuttavia non equivale ad una controvertibilità delle interpretazioni, altrimenti dovendosi ritenere applicabili le sanzioni soltanto in caso di lite temeraria”.

Pertanto, nel riformare la sentenza impugnata, la CTR ha respinto i ricorsi originari proposti

²⁵ Cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., p. 1845 ss.

dal contribuente.

La mancanza di orientamenti giurisprudenziali consolidati sul tema di causa, infine, ha giustificato la compensazione delle spese processuali di entrambi i gradi di giudizio.