

# Intermediari esteri e monitoraggio fiscale ex art. 1 D.L. n. 167/1990

Considerazioni in merito agli obblighi in capo alla stabile organizzazione italiana alla luce delle linee guida alle attività di accertamento dell'Agenzia delle Entrate contenute nella Circolare n. 4/E del 7 maggio 2021



**Pierangelo Chiodino**

Dottore Commercialista – revisore legale,  
Studio Antonelli Cattaneo Bottai Chiodino, Milano

*Nell'ambito delle attività di indagine e verifica avviate nei confronti delle banche estere a partire dal 2019 con l'invio degli appositi questionari, uno degli aspetti meno trattati eppure di maggior rilevanza riguarda la violazione delle disposizioni relative al cd. monitoraggio fiscale, ossia l'omessa comunicazione annuale dei flussi finanziari da e verso l'estero, che le Autorità fiscali italiane hanno contestato nei casi in cui sia stata ravvisata l'esistenza di una stabile organizzazione in territorio italiano, nel presupposto che questa, ove dichiarata, sarebbe stata soggetta ai relativi obblighi che invece risultano essere stati omessi. La relativa sanzione, commisurata all'importo dei flussi intercorsi e non dichiarati nel periodo oggetto di verifica, può assumere un peso anche più rilevante rispetto a quello collegato ai redditi omessi e in effetti in diversi casi ha rappresentato una frazione assai significativa dell'onere complessivo che talune banche hanno dovuto sostenere per la definizione dei rispettivi accertamenti. Le linee guida operative dell'Agenzia delle Entrate, pubblicate il 7 maggio 2021 con la Circolare n. 4/E, confermano come il corretto assolvimento degli obblighi di monitoraggio da parte degli intermediari finanziari sia destinato ad assumere una sempre maggiore rilevanza nell'ambito delle proprie attività di prevenzione e contrasto all'evasione fiscale. Il presente contributo si propone, quindi, di chiarire quale sia l'ambito applicativo di tale obbligo in capo agli intermediari esteri e capire se, e in che misura, la posizione finora assunta dalle Autorità fiscali italiane in sede di accertamento possa ritenersi corretta.*

## I. Introduzione

Il monitoraggio fiscale disciplinato dall'art. 1 del Decreto Legge (D.L.) n. 167/1990 (convertito con la Legge [L.] n. 227/1990) impone agli intermediari bancari e finanziari l'obbligo di trasmettere annualmente all'Agenzia delle Entrate i dati e le informazioni relativi alle operazioni di trasferimento di denaro da e verso l'estero di importo superiore ad euro 15'000 eseguite per conto o a favore di persone fisiche, enti non commerciali, società semplici e associazioni equiparate. La violazione di tale obbligo è soggetta ad una sanzione pecuniaria dal 10% al 25% degli importi che avrebbero dovuto essere comunicati e che sono invece stati omessi. La portata che tale violazione può assumere è di tutta evidenza se solo si considera l'importo complessivo che le operazioni oggetto di comunicazione possono assumere nei quattro/cinque anni che di regola sono quelli oggetto di accertamento<sup>[1]</sup>.

Le Autorità fiscali italiane hanno contestato agli intermediari esteri nei cui confronti sia stata ravvisata l'esistenza di una stabile organizzazione non dichiarata in territorio italiano la violazione di tale disposizione e comminato la relativa sanzione (di regola nella misura base del 10%)<sup>[2]</sup> nel presupposto che la stabile organizzazione fosse appunto tenuta a tale obbligo.

Tuttavia, gli intermediari esteri richiamati dall'art. 1 ai fini del monitoraggio, per effetto del rinvio operato all'art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 231/2007, sono quelli "insediati con succursale" o "stabiliti senza succursale" in territorio italiano.

Si tratta quindi di capire se le nozioni prettamente "regolamentari" di "insediamento" e "stabilimento" siano identificabili e sovrapponibili a quella squisitamente tributaria di "stabile

I. Introduzione.....	483
II. Il monitoraggio fiscale dei flussi finanziari ex art. 1 D.L. n. 167/1990 .....	484
III. Il monitoraggio fiscale per gli intermediari esteri: lo "stabilimento" con e senza succursale.....	485
IV. "Stabilimento" e "stabile organizzazione" .....	486
V. Considerazioni: stabile organizzazione e assenza di stabilimento .....	487
VI. Conclusioni .....	489

[1] Nella generalità dei casi le banche coinvolte hanno optato per la definizione della controversia ai sensi dell'articolo 16, comma 3, del Decreto Legislativo (D.Lgs) n. 472/1997 beneficiando in tal modo della prevista riduzione della sanzione ad un terzo.

[2] ANGELO MINCUZZI, Evasione fiscale, UBS paga al Fisco 111 milioni. Scoperto manuale anti-Gdf, in: Il Sole 24 Ore, 19 giugno 2019, <https://www.ilsole24ore.com/art/evasione-fiscale-ubs-paga-fisco-111-milioni-scoperto-manuale-anti-gdf-ACjgLLU> (consultato il 25.08.2021).

organizzazione" ovvero presentino differenze sostanziali tali da inficiare la validità del presupposto cui si sono finora basati gli accertamenti condotti dalle Autorità fiscali italiane.

La conclusione cui si perviene è che tale identificazione possa ritenersi sostanzialmente corretta nel caso in cui la stabile organizzazione in territorio italiano sia di tipo materiale, mentre possa non esserlo nel diverso caso di stabile organizzazione di tipo "personale".

Da ultimo vale la pena sottolineare come gli aspetti connessi al monitoraggio fiscale siano destinati ad assumere in prospettiva una sempre maggiore rilevanza anche per gli intermediari esteri. Gli "indirizzi operativi e linee guida sulla prevenzione e contrasto all'evasione fiscale" delineati nella Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 4/E dello scorso 7 maggio riservano, infatti, una specifica attenzione proprio alla "violazione delle disposizioni in materia di monitoraggio fiscale in capo agli intermediari"<sup>[3]</sup>.

## II. Il monitoraggio fiscale dei flussi finanziari ex art. 1 D.L. n. 167/1990

Il monitoraggio fiscale previsto dall'art. 1 D.L. n. 167/1990<sup>[4]</sup> stabilisce che "gli intermediari bancari e finanziari di cui all'articolo 3, comma 2, gli altri operatori finanziari di cui all'articolo 3, comma 3, lettere a) e d), e gli operatori non finanziari di cui all'articolo 3, comma 5, lettera i), del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e successive modificazioni, che intervengono, anche attraverso movimentazione di conti, nei trasferimenti da o verso l'estero di mezzi di pagamento di cui all'articolo 1, comma 2, lettera s), del medesimo decreto sono tenuti a trasmettere all'Agenzia delle Entrate i dati di cui all'articolo 31, comma 2, del menzionato decreto, relativi alle predette operazioni, effettuate anche in valuta virtuale, di importo pari o superiore a 15.000 euro, indipendentemente dal fatto che si tratti di un'operazione unica o di più operazioni che appaiano collegate per realizzare un'operazione frazionata e limitatamente alle operazioni eseguite per conto o a favore di persone fisiche, enti non commerciali e di società semplici e associazioni equiparate ai sensi dell'articolo 5 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917." Per la violazione di tale obbligo è prevista una "sanzione amministrativa pecuniaria dal 10 al 25 per cento dell'importo dell'operazione non segnalata" (art. 5 D.L. n. 167/1990).

Gli intermediari esteri tenuti a tale obbligo<sup>[5]</sup>, per effetto del rin-

<sup>[3]</sup> Agenzia delle Entrate, Circolare n. 4/E del 7 maggio 2021, par. 1.4.2, p. 26 s.

<sup>[4]</sup> Sul tema di vedano anche MARCO PIAZZA, Guida alla Fiscalità Internazionale, Milano 2004, p. 340 ss.; MICHELE CARBONE/PASQUALE BIANCHI/VALERIO VALLEFUOCO, Le nuove regole antiriciclaggio, Milano 2020, p. 12 s.; ALESSANDRO DRAGONETTI/VALERIO PIACENTINI/ANNA SFRONDINI, Manuale di fiscalità internazionale, VII<sup>a</sup> ed., Milano 2019, p. 2107; MASSIMO LONGHI/VALENTINA AMENDOLA PROVENZANO, Il nuovo Monitoraggio fiscale, in: Fiscalità e Commercio Internazionale 11/2013; ENZO MIGNARRI, Problemi di coordinamento normativo della nuova normativa antiriciclaggio con gli obblighi di monitoraggio fiscale, in: Il Fisco 47/2018; OSVALDO CUCUZZA, Segreto Bancario, criminalità organizzata, riciclaggio evasione fiscale in Italia, Milano 2006, p. 263 ss.

<sup>[5]</sup> Ai fini della presente analisi non sono considerate rilevanti le altre ipotesi richiamate dall'art. 1, ossia quelle di cui al comma 3 e al comma 5 del medesimo D.Lgs. n. 231/2007.

vio alla normativa antiriciclaggio di cui al D.Lgs. n. 231/2007<sup>[6]</sup>, sono quelli aventi sede legale e amministrazione centrale in un altro Stato membro dell'Unione europea (UE) o in uno Stato terzo insediati in Italia con succursale (art. 3, comma 2, lett. t) e, a partire dal 2017<sup>[7]</sup>, quelli aventi sede legale e amministrazione centrale in altro Stato membro dell'UE stabiliti in Italia senza succursale (art. 3, comma 2, lett. u).

L'obbligo di comunicazione annuale all'Agenzia delle Entrate riguarda le operazioni di trasferimento da e verso l'estero di mezzi di pagamento<sup>[8]</sup>, anche attraverso la movimentazione di conti: l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) ha precisato che con il termine "trasferimento" deve intendersi "[...] ogni singolo intervento della banca (intermediario) per un'operazione di importo superiore alla soglia legale (di venti milioni di lire o controvalore), diretto a spostare disponibilità finanziarie da e verso l'estero, anche mediante addebito o accredito di conti"<sup>[9]</sup>. Vi rientrano quindi bonifici da o verso l'estero, accrediti, addebiti, pagamenti e incassi di rimesse<sup>[10]</sup>.

Sono oggetto di comunicazione solo le operazioni eseguite per conto o a favore di persone fisiche, enti non commerciali e di società semplici e associazioni equiparate, sia residenti che non residenti<sup>[11]</sup>, purché d'importo superiore ad euro 15'000. Al fine di prevenire il rischio che l'obbligo di tracciamento possa essere aggirato attraverso il frazionamento di una singola operazione sopra soglia in più operazioni di importo inferiore è previsto che questa soglia debba essere valutata "indipendentemente dal fatto che si tratti di un'operazione unica o di più operazioni che appaiano collegate per realizzare un'operazione frazionata", ossia "un'operazione unitaria sotto il profilo del valore economico d'importo pari o superiore ai limiti stabiliti dal presente decreto, posta in essere attraverso più operazioni, singolarmente inferiori ai predetti limiti effettuate in

<sup>[6]</sup> Si tratta del provvedimento che ha dato attuazione alla Direttiva n. 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, nonché della Direttiva n. 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione; VINCENZO JOSÉ CAVALLARO/PAOLO CORDEIRO GUERRA, Si scrive monitoraggio ma si legge antiriciclaggio, in: Corriere Tributario 36/2013.

<sup>[7]</sup> Tale fattispecie è stata introdotta dall'art. 1 D.Lgs. n. 90/2017, che ha modificato tale elenco, con decorrenza 4 luglio 2017. Va precisato che gli Stati membri dello Spazio economico europeo (Islanda, Norvegia, Liechtenstein) sono assimilati a quelli comunitari (Banca d'Italia, Circolare n. 285/2013 [aggiornamento 30], parte I, titolo I, cap. 3, sez. I, par. 2).

<sup>[8]</sup> L'art. 1, comma 2, lett. s D.Lgs. n. 231/2007 definisce come mezzi di pagamento "il denaro contante, assegni bancari e postali, assegni circolari e gli altri assegni a essi assimilabili o equiparabili, i vaglia postali, gli ordini di accreditamento o di pagamento, le carte di credito e le altre carte di pagamento, le polizze assicurative trasferibili, le polizze di pegno e ogni altro strumento a disposizione che permetta di trasferire, movimentare o acquisire, anche per via telematica, fondi, valori o disponibilità finanziarie". Per quanto riguarda la portata di tale definizione, vedi CARBONE/BIANCHI/VALLEFUOCO (nota 4), p. 12 s.

<sup>[9]</sup> ABI, Circolare n. 29 del 10 maggio 1990.

<sup>[10]</sup> Provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 24 aprile 2014, prot. n. 2014/58231, e del 16 luglio 2015, prot. n. 96634/2015. Per bonifico da e verso l'estero è necessario che la controparte sia un intermediario basato su una piazza estera: MIGNARRI (nota 4); CAVALLARO/CORDEIRO GUERRA (nota 7). In merito alla definizione di trasferimento rilevante vedi diffusamente DRAGONETTI/PIACENTINI/SFRONDINI (nota 4), p. 2110 s.

<sup>[11]</sup> CARBONE/BIANCHI/VALLEFUOCO (nota 4), p. 12; DRAGONETTI/PIACENTINI/SFRONDINI (nota 4), p. 2108 s.

momenti diversi ed in un circoscritto periodo di tempo fissato in sette giorni” (art. 1, comma 2, lett. v, D.Lgs. n. 231/2007).

Sono, invece, espressamente esclusi dall'obbligo di comunicazione i trasferimenti da e verso l'estero relativi ad operazioni effettuate nell'ambito dei rapporti di risparmio amministrato e gestito di cui agli artt. 6 e 7 D.Lgs. n. 461/1997, nonché quelli suscettibili di produrre redditi di capitale assoggettati a ritenuta o imposta sostitutiva da parte dell'intermediario residente (art. 10, comma 4, D.Lgs. n. 461/1997).

Sulla base dei provvedimenti attuativi dell'Agenzia delle Entrate<sup>[12]</sup>, i dati e le informazioni da trasmettere sono: (a) data, causale, importo e tipologia dell'operazione (bonifici da o verso l'estero, accrediti o addebiti, pagamento/incasso di rimesse); (b) eventuale rapporto continuativo movimentato, ovvero in caso di operazione fuori conto, l'eventuale presenza di contante reale; (c) in relazione ai clienti del soggetto obbligato alla comunicazione, i dati identificativi, compreso l'eventuale Stato estero di residenza anagrafica, delle persone fisiche, enti non commerciali, società semplici e associazioni equiparate, che dispongono l'ordine di pagamento; (d) in relazione ai clienti del soggetto obbligato alla comunicazione, i dati identificativi delle persone fisiche, enti non commerciali, società semplici e associazioni equiparate destinatari dell'ordine di accreditamento, compreso l'eventuale stato estero di provenienza dei fondi, se presente; (e) qualora presenti in relazione alle tipologie di operazioni identificate dalle specifiche causali, i dati identificativi dell'intermediario finanziario e degli altri soggetti esercenti attività finanziarie estere, compreso lo Stato estero di provenienza dei fondi.

La Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 93/E del 17 giugno 1994, che si ritiene tuttora valida<sup>[13]</sup>, stabilì che nei casi in cui nella medesima operazione di trasferimento intervengano più intermediari, “la rilevazione dovrà essere effettuata soltanto dall'intermediario che è intervenuto per primo nell'operazione di trasferimento verso l'estero e per ultimo nell'operazione di trasferimento dall'estero. In ogni caso le operazioni poste in essere da intermediari diversi dalle persone giuridiche si considerano soggette agli obblighi di rilevazione e comunicazione, ancorché in capo a detti soggetti restino ugualmente i previsti obblighi di rilevazione e comunicazione”.

Secondo questa impostazione, una stabile organizzazione rientrerebbe in questa seconda ipotesi in quanto soggetto per definizione privo di personalità giuridica e, come tale, dunque tenuto agli obblighi di monitoraggio in ogni caso, a prescindere dall'eventuale intervento nell'operazione di un altro intermediario<sup>[14]</sup> (e questa è in effetti la posizione assunta dalla Agenzia delle Entrate in sede di accertamento).

Una simile posizione solleva però diverse questioni. Innanzitutto, mettendo per un attimo da parte l'aspetto soggettivo relativo alla rilevanza di una stabile organizzazione

ai fini del monitoraggio, di cui si dirà nel prosieguo, l'applicazione generalizzata di questo principio appare discutibile perlomeno nei casi in cui le operazioni di trasferimento siano canalizzate attraverso il circuito bancario. Infatti, nei trasferimenti verso l'estero, gli obblighi di monitoraggio verrebbero assolti dalla banca italiana che li ha disposti quale soggetto intervenuto per primo, così come avverrebbe nell'ipotesi inversa di trasferimento dall'estero in cui l'obbligo in capo alla banca italiana che li ha ricevuti deriverebbe dall'essere il soggetto intervenuto per ultimo. In questi casi non vi sarebbe né potrebbe esservi alcuna omissione o aggiramento dell'obbligo di comunicazione. Un obbligo ulteriore in capo alla stabile organizzazione costituirebbe a tutti gli effetti una duplicazione e, dunque, un'eventuale omissione non arrecherebbe alcun pregiudizio alle attività di verifica e controllo da parte delle autorità fiscali italiane, con una sostanziale aderenza alla soluzione prospettata nella citata circolare, la cui finalità evidente<sup>[15]</sup> è non solo di prevenire possibili omissioni, ma anche di evitare inutili duplicazioni qualora siano coinvolti soggetti diversi.

In questi casi è poi di difficile identificazione il presupposto – espressamente richiamato dall'art. 1 – dell'intervento della stabile organizzazione nell'operazione di trasferimento qualora i conti movimentati siano esclusivamente quelli aperti presso la banca italiana e la casa madre estera. L'interpretazione più logica e lineare sarebbe quella di circoscrivere l'obbligo ai soli casi in cui siano interessati, in entrata o in uscita, conti accesi presso la stabile organizzazione stessa.

Sul punto, da parte delle Autorità fiscali italiane sarebbero auspicabili chiarimenti ulteriori ed aggiornati, dato che la posizione oggi assunta in sede di accertamento si basa su una circolare ormai datata e riferita a un quadro normativo e un contesto operativo profondamente diversi rispetto a quello attuale<sup>[16]</sup>.

### III. Il monitoraggio fiscale per gli intermediari esteri: lo “stabilimento” con e senza succursale

Per stabilire se sotto il profilo soggettivo la stabile organizzazione rientri nell'ambito applicativo della norma sul monitoraggio fiscale occorre innanzitutto constatare come gli intermediari esteri tenuti a tale obbligo siano stati individuati con il rinvio alle fattispecie proprie del diritto bancario (D.Lgs. n. 385/1993, cd. Testo Unico Bancario [TUB]) e finanziario (D.Lgs. n. 58/1998, cd. Testo Unico delle Finanze [TUF]) di “succursale insediata” e “stabilimento senza succursale”, anziché alla nozione prettamente tributaria di “stabile organizzazione”. A titolo di confronto, nel Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) l'art. 162-bis relativo agli intermediari finanziari richiama “i soggetti con stabile organizzazione nel territorio dello Stato”.

[12] Provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 24 aprile 2014, Prot. n. 2014/58231, e del 16 luglio 2015, Prot. 96634/2015.

[13] DRAGONETTI/PIACENTINI/SFRONDINI (nota 4), p. 2107.

[14] In tal senso MIGNARRI (nota 4).

[15] In tal senso PIAZZA (nota 4), p. 343.

[16] A conferma, è sufficiente solo considerare che nel momento in cui tale Circolare fu emanata, non era ancora del tutto chiaro se gli intermediari esteri fossero soggetti agli obblighi di monitoraggio o meno. In tal senso PIAZZA (nota 4), p. 342.

Sotto questo aspetto occorre considerare che l'operatività transfrontaliera degli intermediari esteri in Italia<sup>[17]</sup> può avvenire essenzialmente secondo tre diverse modalità:

- a) con insediamento (o stabilimento) di succursale (art. 15, comma 1, TUB), la quale è definita come *"una sede che costituisce una parte, sprovvista di personalità giuridica, e che effettua in tutto o in parte l'attività a cui la banca o l'istituto è stato autorizzato"* (art. 1, comma 2, lett. e, TUB). La Banca d'Italia chiarisce<sup>[18]</sup> che in tale definizione sono ricompresi *"gli sportelli ad operatività particolare (ad esempio, stagionali o saltuari)"*, mentre non vi rientrano *"le apparecchiature di home banking, gli sportelli automatici (ATM e POS) presso i quali non è presente personale della banca, gli uffici amministrativi (anche quando ad essi ha accesso la clientela), i punti operanti in via temporanea presso fiere, mercati, mostre e manifestazioni a carattere occasionale"*. L'insediamento da parte di intermediari extra-comunitari (ossia stabiliti al di fuori dell'Unione europea [UE] e dello Spazio economico europeo [SEE]) è soggetta alla previa autorizzazione da parte di Banca d'Italia (sentita la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa [Consob] relativamente ai servizi e attività di investimento e tenendo anche conto della condizione di reciprocità [artt. 14, comma 4, TUB e 29-ter, comma 1, TUF]);
- b) con stabilimento senza succursale, in cui l'attività è svolta esclusivamente attraverso agenti collegati stabiliti in territorio italiano, ossia *"persone fisiche o giuridiche che, sotto la piena e incondizionata responsabilità di una sola impresa d'investimento per la quale operano, promuovono servizi di investimento e/o servizi accessori presso clienti o potenziali clienti, ricevono e trasmettono le istruzioni e gli ordini dei clienti riguardanti i servizi di investimento o strumenti finanziari, collocano strumenti finanziari o prestano consulenza ai clienti e potenziali clienti rispetto a detti strumenti o servizi finanziari"* (art. 1, comma 5-septies<sup>2</sup>, TUF). Questa ipotesi è prevista per gli intermediari comunitari limitatamente ai servizi e alle attività d'investimento (art. 29-bis, comma 2, TUF);
- c) senza stabilimento (ovvero in regime di libera prestazione di servizi)<sup>[19]</sup>, ossia senza succursali né agenti collegati in Italia, sia per lo svolgimento di attività bancaria (art. 16, commi 3 e 4, TUB)<sup>[20]</sup> che per la prestazione di servizi e

attività di investimento (art. 29-bis, comma 2, TUF)<sup>[21]</sup>. Anche in questo caso, gli intermediari *extra-comunitari* necessitano della preventiva autorizzazione da parte della Banca d'Italia (sentita la Consob)<sup>[22]</sup>.

Le fattispecie espressamente richiamate dall'art. 1 ai fini del monitoraggio fiscale sono solo le prime due.

#### IV. "Stabilimento" e "stabile organizzazione"

Alla base della posizione assunta dalle Autorità fiscali italiane nei confronti degli intermediari esteri vi è evidentemente il convincimento che non esista alcuna sostanziale differenza tra le nozioni di "stabile organizzazione" e "stabilimento" in quanto, in entrambi i casi, è implicita l'idea di un radicamento stabile nel territorio dello Stato.

Per cercare di stabilire se tale identificazione sia corretta o meno partendo dal quadro regolamentare prospettato nel precedente paragrafo, appare subito rilevante la fondamentale distinzione, squisitamente tributaria, tra stabile organizzazione di tipo "materiale", che presuppone per sua natura l'esistenza di una infrastruttura "fisica" (uffici, sedi o altro) e di tipo "personale", in cui ciò che la configura è l'attività svolta nel territorio dell'altro Stato attraverso agenti dipendenti, siano essi personale proprio (tipicamente i *relationship managers*) ovvero soggetti terzi (collaboratori, procuratori e agenti)<sup>[23]</sup>.

In questa sede non ci si addentra nella disamina degli elementi costitutivi di queste due possibili configurazioni (al riguardo esiste sterminata letteratura alla quale si può fare utile riferimento) in quanto è sufficiente stabilire se, e in quale misura, ciascuna di esse possa essere ricondotta alle ipotesi "regolamentari" di "stabilimento", rilevante ai fini del monitoraggio, o di "libera prestazione", esclusa invece dal medesimo obbligo.

Al riguardo ci si limita ad alcune constatazioni.

Innanzitutto, lo stabilimento attraverso succursale presuppone l'esistenza di una struttura "materiale" (sedi, uffici, agenzie, ecc.) e questo porta a ritenere che, in linea di massima, una stabile organizzazione di tipo materiale possa effettivamente essere qualificata sotto il profilo regolamentare come succursale. Seppur possano esservi delle eccezioni (come già visto<sup>[24]</sup>, un semplice ufficio amministrativo può dar luogo ad

[17] FRANCESCO DAGNINO, Commentario al TUF, commento *sub* artt. 26-29, in: Francesco Vella/Marco Frattini/Giorgio Gasparri (a cura di), Il Testo Unico della Finanza, Milano 2012, p. 469 ss.; MATTEO CATENACCI, L'attuazione del regime Mifid 2 nell'aggiornamento delle Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia, Gennaio 2021, in: <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/servizi-bancari-e-finanziari/l-attuazione-del-regime-mifid-2-nell-aggiornamento-alle-disposizioni-di-vigilanza> (consultato il 25.08.2021).

[18] Banca d'Italia, Circolare n. 285/2013 (aggiornamento 30), parte I, titolo I, cap. 5, sez. I, par. 5.

[19] La distinzione tra prestazione di servizi con o senza stabilimento è indicata in dettaglio in: Banca d'Italia, Circolare n. 285/2013 (aggiornamento 30), parte I, titolo I, cap. 6, sez. I, par. 2.

[20] Per completezza si segnala che le banche comunitarie possono esercitare, a determinate condizioni, sia attraverso succursale sia in regime di libera prestazione di servizi, anche attività diverse da quelle ammesse al mutuo riconoscimento (Banca d'Italia, Circolare n. 285/2013 (aggiornamento 30), parte I, titolo I, cap. 3, sez. II.3 e III).

[21] Ai sensi dell'art. 29-ter, comma 5, TUF, gli intermediari *extra-comunitari* possono operare in regime di libera prestazione di servizi esclusivamente nei confronti di clienti professionali o controparti qualificate, viceversa per operare nei confronti di clienti al dettaglio o clienti professionali su richiesta come individuati ai sensi dell'art. 6, comma 2-*quinquies*, lett. b, e comma 2-*sexies*, lett. b, è necessario l'insediamento di una succursale.

[22] Consob, Comunicazione n. 9909/7909, del 15 dicembre 1999; DAGNINO (nota 17).

[23] SIEGFRIED MAYR/BENEDETTO SANTACROCE, La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali, Milano 2013, p. 84 ss.; MARCO BARGAGLI/CIRO CESARANO, Attività assicurativa in libera prestazione di servizi: profili giuridici e fattuali per una stabile organizzazione, in: *Fiscaltà e Commercio Internazionale* 7/2017.

[24] Banca d'Italia, Circolare n. 285/2013 (aggiornamento 30), parte I, titolo I, cap. 5, sez. I, par. 5.

una stabile organizzazione, ma non rientrare nella definizione di succursale), questa identificazione può essere considerata valida nella gran parte dei casi.

Per quanto riguarda invece la stabile organizzazione "personale", occorre distinguere a seconda che l'operatività in territorio italiano sia svolta esclusivamente attraverso personale proprio ovvero sia demandata a soggetti terzi. Nel primo caso non può essere ravvisata in prima battuta né un'ipotesi di insediamento con succursale, mancando il necessario elemento "materiale", né di stabilimento senza succursale, non essendo coinvolti soggetti terzi qualificabili come "agenti collegati". Infatti questa ipotesi, come desumibile dalle disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia<sup>[25]</sup> illustrate con maggior dettaglio nel successivo paragrafo, rientra, di regola e a determinate condizioni, nell'ambito delle prestazioni senza stabilimento. La diversa ipotesi di operatività attraverso soggetti terzi potrebbe, invece, essere qualificata in capo ad intermediari comunitari come ipotesi di stabilimento senza succursale, dato che detti soggetti potrebbero essere assimilati agli "agenti collegati" di cui al citato art. 29-bis TUF, mentre nei confronti degli intermediari *extra-comunitari* potrebbe dar luogo ad un'ipotesi di "stabilimento" solo qualora detti soggetti: (a) fossero insediati nello Stato ospitante; (b) operassero in via esclusiva per un'unica banca in modo continuativo; (c) avessero il potere di negoziare affari con terzi e di obbligare la banca. In mancanza di tali condizioni si rientrerebbe anche in questo caso nell'ambito delle prestazioni senza stabilimento<sup>[26]</sup>.

Queste brevi considerazioni suggeriscono come "stabilimento" e "stabile organizzazione" siano fattispecie che poggiano ciascuna su presupposti fattuali non necessariamente coincidenti<sup>[27]</sup> e che, quindi, devono essere trattate distintamente.

#### V. Considerazioni: stabile organizzazione e assenza di stabilimento

Se è certamente corretto ritenere che, di regola, lo stabilimento (con o senza succursale) in territorio italiano possa configurare una stabile organizzazione sotto il profilo fiscale, ai fini del monitoraggio è determinante stabilire se valga anche l'ipotesi opposta, ossia se una stabile organizzazione presupponga necessariamente lo "stabilimento" nella sua accezione regolamentare.

La risposta può essere ravvisata nella Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 124/E del 7 novembre 2006, datata ma pur sempre attuale in quanto non rettificata da pronunce successive. Il caso trattato era quello di una compagnia di assicurazione estera che aveva cessato l'operatività in territorio italiano attraverso la propria stabile organizzazione e

intendeva proseguire soltanto in regime di libera prestazione. L'Agenzia delle Entrate chiarì come *"la normativa di settore non abbia diretto rilievo fiscale e pertanto non può escludersi a priori che un'attività in regime di libera prestazione di servizi svolta nei termini previsti da tale disposizione sia esercitata in forme e con modalità tali da integrare, fiscalmente, l'esistenza di una stabile organizzazione. Infatti, al di là delle disposizioni recate dalla suddetta normativa di settore, le modalità con cui viene concretamente esercitata l'attività assicurativa in regime di libera prestazione di servizi potrebbero essere tali da consentire, in concreto, la configurabilità ai fini fiscali di una stabile organizzazione nello Stato della prestazione"*.

In un'ipotesi del genere pare quindi corretto che le Autorità fiscali italiane possano contestare all'intermediario estero l'omessa dichiarazione dei redditi attribuibile alla stabile organizzazione, mentre non potrebbero eccepire la violazione degli obblighi di monitoraggio, poiché mancherebbe il necessario presupposto dello "stabilimento" in territorio italiano.

Nell'affermare la possibile coesistenza tra stabile organizzazione e assenza di stabilimento, la Risoluzione sembra dunque ammettere come il requisito dello "stabilimento" sia soggetto a vincoli e condizioni più stringenti rispetto a quelli necessari alla configurazione di una stabile organizzazione. Questa deduzione è del resto confermata in modo esplicito dalla stessa Commissione europea<sup>[28]</sup>, secondo cui *"lo Stato membro ospitante non può equiparare ad uno stabilimento ogni presenza permanente di prestatori del servizio nel proprio territorio, assoggettandole in ogni caso al diritto di stabilimento"*.

Occorre quindi mettere a fuoco quale sia la (sottile) linea di demarcazione tra libera prestazione e diritto di stabilimento<sup>[29]</sup>, dato che nella Risoluzione in commento l'Agenzia delle Entrate ha avuto cura di precisare che l'operatività in regime di libera prestazione deve comunque essere *"svolta nei termini previsti da tale disposizione"*.

Utili indicazioni al riguardo sono contenute nelle Istruzioni di Vigilanza di Banca d'Italia<sup>[30]</sup> e nelle Comunicazioni interpretative della Commissione europea (in particolare la n. 97/C 209/04, del 10 luglio 1997, *"Libera prestazione dei servizi e interesse generale nella seconda direttiva bancaria"*, e la n. 2000/C 43/03, del 16 febbraio 2000, *"Libera prestazione dei servizi e interesse generale nel settore delle assicurazioni"*).

Secondo la Banca d'Italia, la prestazione senza stabilimento ricorre quando, in mancanza di succursale o agenti collegati in Italia, i servizi bancari e finanziari sono resi:

- 1) con o senza un'organizzazione temporanea, anche attraverso l'effettiva presenza occasionale in territorio italiano di personale incaricato dal prestatore;

[25] Nella definizione di "prestazione senza stabilimento" rientrano le ipotesi in cui la banca operi esclusivamente attraverso personale proprio, ossia senza succursale o agenti collegati (Banca d'Italia, Circolare n. 285/2013 [aggiornamento 30], parte I, titolo I, cap. 6, sez. I, par. 2).

[26] Banca d'Italia, Circolare n. 285/2013 [aggiornamento 30], parte I, titolo I, cap. 6, sez. I, par. 2.

[27] ALBERTO SANTI, La stabile organizzazione delle imprese assicurative va individuata con le regole fiscali, in: *Corriere tributario* 48/2006.

[28] Cfr. la Comunicazione Interpretativa n. 2000/C 43/03 *"Libera prestazione dei servizi e interesse generale nel settore delle assicurazioni"*.

[29] FABIO ANTONOACCHIO, Banche estere in Italia in regime di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, in: *Il Fisco* 20/2020.

[30] Banca d'Italia, Circolare n. 285/2013 [aggiornamento 30], parte I, titolo I, cap. 6, sez. I, par. 2.

- 2) a talune condizioni[31], per posta o altri mezzi di comunicazione (telefonici o telematici) ovvero attraverso sportelli automatici (ATM o POS) presso i quali non è presente personale della banca;
- 3) mediante il ricorso a soggetti terzi insediati in Italia, diversi dal proprio personale, solo se non ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: (a) operino in via esclusiva per un'unica banca, (b) abbiano il potere di negoziare affari con terzi, (c) possano obbligare la banca, e (d) agiscano in via continuativa (qualora queste condizioni ricorrono congiuntamente, la prestazione rientra invece nell'ambito del diritto di stabilimento).

Si può già rilevare, nel caso di ricorso a soggetti terzi, che le condizioni necessarie perché si rientri nell'alveo del diritto di stabilimento anziché della libera prestazione appaiano assai più stringenti rispetto a quelle necessarie affinché possa configurarsi una stabile organizzazione. Infatti, il requisito dell'esclusività del rapporto risulta essere essenziale ai fini dello stabilimento[32], ma non lo è ai fini della stabile organizzazione, in cui lo *status* di "dipendenza" dell'agente può essere ravvisato anche in sua mancanza[33].

L'altro elemento dirimente ai fini dell'analisi è il requisito della "permanenza" nel territorio dello Stato, su cui le comunicazioni interpretative della Commissione europea sopra citate offrono utili spunti di riflessione.

In linea di principio viene chiarito come, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'EU (CGUE), il carattere temporaneo della prestazione "deve essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità e continuità di questa"[34].

Tuttavia, ad es., viene considerato del tutto irrilevante ai fini dello stabilimento, il caso dell'"*impiegato di un ente creditizio che venga a lavorare sul territorio di un altro Stato membro nel quadro di missioni specifiche e puntuali presso una clientela esistente*"[35], anche in presenza di "un'infrastruttura necessaria al compimento della sua missione" (salvo che la medesima infrastruttura venisse utilizzata per ricercare clienti o proporre i servizi bancari

[31] Il servizio deve essere fornito in seguito ad un'iniziativa commerciale, rivolta dal prestatore a soggetti residenti o aventi sede all'estero, che non si limiti alla sola promozione, ma contenga un invito a concludere il contratto e, al contempo, l'offerta di servizi preceda lo spostamento fisico del prestatore per la conclusione degli atti o il contratto inerente la prestazione del servizio possa essere concluso a distanza, cioè senza la contemporanea presenza del prestatore del servizio e del destinatario. Sono del tutto esclusi dall'ambito dei servizi senza stabilimento e sono quindi liberamente effettuabili i servizi prestati senza spostamento del prestatore nello stato del destinatario.

[32] Da notare che anche nelle comunicazioni interpretative della Commissione europea, il requisito dell'esclusività è indicato come "un indice da prendere in considerazione" (97/C 209/04, lett B, par. 3 [a], n. 2000/C 43/03, par 3 [a]), non come un elemento essenziale come invece indicato nelle Istruzioni di Vigilanza di Banca d'Italia.

[33] MARCO BARGAGLI/CIRO CESARANO (nota 23).

[34] CGUE, causa C-55/94, *Gebhard*, del 30 novembre 1995, punto 27.

[35] Commissione europea, Comunicazione interpretativa n. 97/C 209/04, del 10 luglio 1997, Parte Prima, lett. B "Libera prestazione di servizi e diritto di stabilimento", par. 2 (diritto di stabilimento).

al pubblico, nel qual caso potrebbe ravvisarsi un'ipotesi di stabilimento)[36], ovvero sia da considerarsi come presenza temporanea "[...] il fatto di recarsi temporaneamente sul territorio di un altro Stato membro per esercitare un'attività situata a monte (ad esempio per eseguire la perizia su di un bene prima della concessione di un credito) o anche a valle (attività accessorie) dell'attività essenziale [...]". Lo stesso dicasi per le visite che un ente creditizio può realizzare presso la clientela, se tali visite non sono accompagnate dalla fornitura della prestazione caratteristica del servizio oggetto della relazione contrattuale"[37], ovvero "il fatto di recarsi temporaneamente sul territorio di uno Stato membro per compiere gli atti preliminari all'esercizio di un'attività bancaria (non qualificabile come esercizio dell'attività stessa)"[38]. In generale, la Commissione europea ritiene, sulla base della giurisprudenza della CGUE di cui sopra, che "la semplice presenza di un ancoraggio fisso non prova direttamente che si tratti di una situazione che rientra nel regime di stabilimento" e, quindi, "lo Stato membro ospitante non può equiparare ad uno stabilimento ogni presenza permanente di prestatori del servizio nel proprio territorio, assoggettandole in ogni caso al diritto di stabilimento"[39].

Il quadro interpretativo appena illustrato (Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate e le linee guida della Banca d'Italia e della Commissione europea) sembra univoco nel confermare una profonda differenza di concetto tra "stabilimento" e "stabile organizzazione" che, seppur priva di effettiva rilevanza nei casi in cui la condotta dell'intermediario estero in territorio italiano abbia avuto una connotazione "patologica", può invece essere determinante in quelle situazioni (altrettanto frequenti) in cui le modalità operative adottate, il livello di presenza e la tipologia di attività svolte siano state più sfumate e di lettura non univoca. In questi ultimi casi la conclusione che si può trarre è che il mero accertamento di una stabile organizzazione in capo all'intermediario estero non sia in realtà sufficiente per contestare la violazione degli obblighi di monitoraggio in quanto è necessario il più stringente requisito dello stabilimento[40].

Le stesse conclusioni dovrebbero valere anche nell'ipotesi in cui l'intermediario estero non fosse autorizzato ad operare in Italia neppure in regime di libera prestazione di servizi: in linea con quanto affermato dalla stessa Agenzia delle Entrate nella citata Risoluzione n. 124E/2006 secondo cui la normativa di settore non ha diretto rilievo ai fini fiscali, pare logico a chi scrive ritenere che la mancata autorizzazione assuma certamente rilevanza ai fini della regolamentazione bancaria

[36] Vedi nota precedente.

[37] Commissione europea, Comunicazione interpretativa n. 97/C 209/04, del 10 luglio 1997, Parte Prima, lett. A, "la procedura di notifica", par. 2 (Campo di applicazione territoriale), lett. B "applicazione seconda direttiva".

[38] Vedi nota precedente.

[39] Commissione europea, Comunicazione Interpretativa n. 2000/C 43/03, del 16 febbraio 2000, lett. A "Demarcazione fra diritto di stabilimento e libera prestazione di servizi", par. 2 (diritto di stabilimento).

[40] Tale conclusione pone tuttavia l'ulteriore questione di carattere squisitamente procedurale, che esula dal presente articolo, circa la competenza dell'Agenzia delle Entrate nell'irrogazione di una sanzione di natura tributaria che si basa però su un presupposto, lo stabilimento, il cui accertamento compete all'autorità di vigilanza (Banca d'Italia).

e finanziaria ma, per quanto riguarda il monitoraggio fiscale, non dovrebbe incidere su quanto appena illustrato. In altre parole, una volta riscontrata un'operatività non autorizzata in territorio italiano, sarà rilevante verificare se questa si è svolta con modalità tali da configurare un'ipotesi di stabilimento o meno.

### VI. Conclusioni

Gli intermediari bancari e finanziari esteri tenuti agli obblighi di monitoraggio ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1 D.L. n. 167/1990 e 3, comma 2, lett. t e u D.Lgs. n. 231/2007 sono quelli "stabiliti" nel territorio dello Stato, con o senza succursale.

Tale obbligo presuppone quindi uno "stabilimento" in territorio italiano che, come visto, è cosa diversa rispetto alla "stabile organizzazione", come confermato in maniera inequivocabile dalla stessa Agenzia delle Entrate con la Risoluzione n. 124/E del 2006, e desumibile dalle comunicazioni interpretative della Commissione europea relative al diritto di stabilimento e alla libera prestazione di servizi.

Sulla base di tale presupposto si può ritenere che in linea generale una stabile organizzazione di tipo materiale configuri un'ipotesi di stabilimento e in questo caso le due nozioni sostanzialmente coincidano.

Con riferimento, invece, alla stabile organizzazione di tipo personale questo non è necessariamente vero e in queste situazioni è necessaria un'analisi caso per caso finalizzata a stabilire se questa configurazione possa rappresentare, sotto il profilo regolamentare, un'ipotesi di "stabilimento", come tale soggetta agli obblighi di monitoraggio, ovvero di libera prestazione, ed esserne quindi esclusa. Ancorché la linea di demarcazione tra le due ipotesi possa essere alquanto sottile, in linea di massima lo "stabilimento" richiede vincoli e condizioni più stringenti rispetto a quanto necessario ai fini di una stabile organizzazione. Perciò, qualora non sia ravvisabile un'ipotesi di stabilimento pur in presenza di una stabile organizzazione, non può ravvisarsi alcun obbligo di monitoraggio in capo alla stabile organizzazione.

Oltre alle problematiche di carattere "soggettivo" di cui sopra, rimangono aperte una serie di altre questioni, in particolare, l'inclusione o meno, tra quelle oggetto di comunicazione, delle operazioni di trasferimento canalizzate attraverso banche italiane e già oggetto di monitoraggio da parte di queste ultime. L'attuale posizione delle Autorità fiscali italiane al riguardo si fonda su un'interpretazione riferita a un contesto normativo ed operativo profondamente diverso rispetto a quello attuale e che richiederebbe un aggiornamento.