

La determinazione del reddito della stabile organizzazione italiana: primi spunti sul “Fondo di dotazione”



Marco Greggi
Professore Ordinario
Dipartimento di giurisprudenza,
Università di Ferrara

Il cosiddetto “Decreto Internazionalizzazione” disegna nuovi confini per la tassazione del reddito prodotto in Italia da società straniere mediante un centro di attività stabile

1.

Le novità del Decreto sulla internazionalizzazione del sistema tributario italiano

Il Decreto Legislativo (di seguito D.Lgs.) n. 147 del 14 settembre 2015 (di seguito Decreto Internazionalizzazione), ha introdotto importanti novità in merito alla definizione di stabile organizzazione nell'ordinamento italiano[1] e, ancora di più, per quanto riguarda la determinazione del reddito dalla stessa generato sul territorio della penisola.

Si tratta, in realtà, di novità a lungo attese, attentamente pianificate e formalizzate in modo coerente con le raccomandazioni dell'OCSE[2] e alle quali la stessa Amministrazione finanziaria italiana aveva concorso in modo significativo, attraverso l'opera dei suoi funzionari a Parigi. Non da ultimo, alcune soluzioni operative adottate erano state anche anticipate, in via interpretativa, dalla migliore giurisprudenza di merito[3].

In linea di prima approssimazione la novità più appariscente è quella che riguarda la *branch exemption* per le stabili organizzazioni all'estero delle imprese italiane. Si tratta in questo caso di un'importante novità poiché segna una rottura con principi oramai storicamente acquisiti dal diritto tributario italiano, secondo i quali i redditi prodotti da stabili organizzazioni all'estero di imprese italiane concorrevano a formare il reddito imponibile in Italia nello stesso periodo in cui erano percepiti, salvo naturalmente il riconoscimento di un credito d'imposta da calcolare secondo l'articolo 165 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (di seguito TUIR), ovvero secondo le disposizioni delle convenzioni contro le doppie imposizioni (di seguito CDI), ove applicabili.

Il sistema della *branch exemption*, facoltativo ma subordinato a rigorosi requisiti[4], renderà invece esenti in Italia i redditi prodotti all'estero, concorrendo così a personificare ancora di più la stabile organizzazione, se non altro dal punto di vista fiscale. Il presente contributo, tuttavia, è essenzialmente finalizzato

a fornire un quadro descrittivo dell'altra importante novità recata dal Decreto Internazionalizzazione: quella riguardante il calcolo della base imponibile della stabile organizzazione in Italia di società estere. Qui le maggiori modifiche riguardano la formalizzazione del fondo di dotazione, e le possibilità per l'Amministrazione finanziaria di divergere dalle risultanze contabili della stabile organizzazione per individuare la quota-parte di reddito prodotto dalla società non residente ed effettivamente imputabile alla sua sede fissa d'affari nella penisola.

2.

La stabile organizzazione nell'interpretazione dottrinale classica italiana

Fin dalla sua prima formulazione, nel D.Lgs. n. 344/03 della riforma dell'Imposta sul reddito delle società (di seguito IRES) e nel diritto tributario domestico, la definizione di stabile organizzazione prevista nel TUIR risultava essere marcatamente allineata (seppure con qualche sbavatura) a quella elaborata in sede OCSE: né poteva essere altrimenti, a ben vedere, tenuto conto del rilevante ruolo che l'Italia ha sempre rivestito nell'Organizzazione, e del suo concorso in chiave di elaborazione delle linee di *policy*, poi puntualmente implementate.

La stabile organizzazione italiana, almeno secondo le imposte sui redditi, individuava così quella “*sede fissa d'affari attraverso la quale l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività*” (articolo 162 TUIR): si tratta di una definizione in termini generali che ancora oggi è validata dall'OCSE nel quadro delle CDI e che fortunatamente il Decreto Internazionalizzazione non ha modificato. Il centro di attività stabile così diventa, con un certo grado di approssimazione, un catalizzatore di redditi su territorio dello Stato, rendendo assoggettabili ad imposta in Italia quei proventi che altrimenti, secondo le regole del diritto tributario internazionale, sfuggirebbero ivi a tassazione essendo incisi solo nel Paese di residenza del soggetto percettore[5].

Ma la rilevanza della stabile organizzazione non finisce qui. Anche se la presente ricerca è essenzialmente finalizzata ad inquadrarne la nuova portata ed efficacia nell'ambito delle imposte dirette, non va taciuto il fatto che essa rivesta un ruolo essenziale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto (di seguito IVA)[6], concorrendo ad ancorare l'effettuazione

di un'operazione in un luogo piuttosto che in un altro (soprattutto quando si ha a che fare con prestazioni di servizi), o può anche diventare veicolo attraverso il quale il soggetto non residente assolve gli obblighi formali che il sistema IVA gli attribuisce: primo fra tutti quello formale di fatturazione e registrazione delle operazioni in contabilità. Significativo infatti è che l'articolo 14 del Decreto del Presidente della Repubblica (di seguito D.P.R.) n. 600/1973 estenda espressamente anche alla sede fissa d'affari gli obblighi di tenuta di contabilità e di *compliance*, che sono tradizionalmente imposti ai soggetti residenti in generale, e alle imprese commerciali in particolare.

Insomma, come è noto ormai da anni, in letteratura[7], la stabile organizzazione può forse essere avvicinata a concetti già noti nell'esperienza civilistica, come quelli di succursale o filiale, anche se non può essere risolta in questi, essendo molto più vasta. Proprio l'ampiezza del concetto e la sua tendenziale *vis expansiva* concorrono a generare le maggiori difficoltà dal punto di vista interpretativo e quelle incertezze di cui si fa carico anche la giurisprudenza di legittimità[8] e di merito[9].



Una recente conferma di questa complessità è recata ad esempio dalla Circolare n. 26/E del 7 agosto 2014 e dedicata all'iniziativa *Milano Expo*, conclusa nel 2015. Anche in quel caso si era reso necessario un intervento *ad hoc* dell'Agenzia delle Entrate finalizzato a chiarire condizioni e limiti entro i quali un padiglione espositivo potesse racchiudere al suo interno una stabile organizzazione di un soggetto non residente. La Circolare infatti ricorda[10] che una porzione degli spazi espositivi e illustrativi (i quali statutariamente non costituiscono stabile organizzazione) possono essere dedicati ad attività commerciale (da quella ricettiva a quella *business* per la negoziazione dei contratti e per la progettazione di future iniziative commerciali), e che tale scelta poteva in effetti avere conseguenze tributarie.

In questo caso non era dunque possibile sostenere, *a priori* e a prescindere, che ogni attività d'impresa commerciale svolta nel contesto *Expo* non costituisse mai avvio di una stabile organizzazione di un soggetto non residente, ma che tale accertamento (sia in senso affermativo che negativo) dovesse

piuttosto essere condotto sulla base delle circostanze del caso concreto, avuto riguardo alle concrete modalità con le quali tale attività, per così dire eccentrica rispetto a quella tradizionalmente fieristica, venisse posta in essere.

Particolarmente utile in questo senso, come ricorda la stessa Circolare, lo strumento dell'interpello preventivo (*Ruling*) (anch'esso poi ritoccato dai recenti decreti delegati di riforma del sistema[11]) che nella Legge n. 9/2014 fornisce all'operatore economico modelli e schemi per ottenere dall'Amministrazione finanziaria risposte in merito alla possibilità di rilevare una stabile organizzazione nell'attività posta in essere nel territorio italiano.

Anche la giurisprudenza tributaria ha avuto modo naturalmente di interessarsi alla stabile organizzazione, confermando la lettura che tradizionalmente viene data del concetto. Significativa in questo senso, ad esempio, è la sentenza della Commissione tributaria regionale del Veneto del 17 gennaio 2011 (n. 4) che aveva ad oggetto una succursale in Italia di una società tedesca attiva nel settore automobilistico e dei servizi *after-sale* su motociclette e vetture prodotte dallo stesso gruppo tedesco.

Più precisamente, la succursale in Italia raccoglieva ordini commerciali, svolgeva analisi di mercato, conduceva un'attività di *marketing* nell'interesse della casa madre non residente: tanto era bastato all'Amministrazione finanziaria per considerare la presenza della società tedesca una stabile organizzazione, e quindi per pretendere la tassazione in Italia dei redditi prodotti (pro quota) dalla succursale.

Di diverso avviso la Commissione veneta che, nel caso in questione, ha osservato come nonostante la presenza di un significativo "*corredo umano e tecnico*" operante in Italia, non di stabile organizzazione si trattasse, posto che nessuno dei dipendenti nella penisola aveva potere di agire in nome e per conto del soggetto non residente (non era dunque investito di procura né agiva tramite mandato), che l'operatività della succursale in Veneto era limitata o a una fase preliminare del rapporto commerciale o a una mera attività di logistica nell'interesse del soggetto non residente.

Traducendo, per così dire, le motivazioni della sentenza nel linguaggio proprio del M-OCSE, si potrebbe sostenere che nel caso in questione non di stabile organizzazione personale si trattasse (poiché nella succursale nel Nord-est italiano non era stabilmente impiegato personale che potesse rappresentare giuridicamente la società non residente), e che il resto delle attività, per quanto svolte da personale dipendente in Italia, si limitassero o a profili preliminari della contrattazione (cosiddette "*attività preparatorie*") ovvero alla amministrazione di depositi e allo svolgimento delle attività connesse.

Insomma, sia in questo precedente che in molti altri[12], la giurisprudenza italiana ha sempre dato prova di tenere in considerazione le raccomandazioni dell'OCSE, facendo ad esse espresso riferimento o comunque utilizzandone le conclusioni a suffragio delle proprie tesi e decidendo i casi sottoposti alla sua attenzione di conseguenza.

3.**Il mutamento del paradigma: le nuove linee di policy dell'OCSE e il loro impatto sull'evoluzione dell'ordinamento italiano**

Più di recente l'OCSE è intervenuta sul tema della stabile organizzazione con una serie di rapporti e non da ultimo, ancora, nel quadro della più sistematica iniziativa dedicata alle raccomandazioni del progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (di seguito BEPS)[13]. In quest'ultima, in particolare, l'organizzazione di Parigi ha posto l'accento sulle necessità di precisare il concetto di stabile organizzazione, di aggiornare la sua estensione all'impiego di nuove tecnologie, di prevedere efficaci mezzi di contrasto alla sua erosione nell'ottica di un improprio abbattimento dell'imponibile nello Stato della fonte.

Si tratta, in realtà, di temi non nuovi per l'esperienza italiana, ma che pure, una volta ripercorsi dall'Organizzazione di Parigi, assumono una valenza del tutto originale.

Il cambiamento delle linee di *policy*, infatti, mette in evidenza tratti di forte continuità con l'esperienza precedente, ma anche aspetti di forte divergenza. Fra i primi, naturalmente, vi è la definizione generale di stabile organizzazione, e la conferma anche del suo ruolo come elemento di catalizzazione del reddito di impresa commerciale nello Stato della fonte. Fra quelli di discontinuità, per converso, si segnala il restringimento del perimetro di attrazione dei redditi (e finalmente il primato del criterio di "stretta inerenza" del reddito attribuibile alla stabile organizzazione), unitamente alla necessità di rafforzare ancora di più il principio del cosiddetto "*Functionally separate entity approach*" attraverso l'applicazione delle disposizioni in tema di prezzi di trasferimento fra stabile organizzazione e società madre non residente.



Sulla base della prima raccomandazione[14], se da un lato il Paese della fonte deve vedere nella stabile organizzazione un elemento tale da attrarre a tassazione i redditi prodotti nello Stato, dall'altro lato solamente i redditi prodotti per il tramite della stabile organizzazione dovrebbero essere ivi tassati, e in capo alla sede fissa d'affari.

La forza di attrazione, dunque, dovrebbe operare secondo l'OCSE in modo per così dire selettivo, lambendo solo i ricavi ottenuti attraverso l'uso di strutture della sede fissa d'affari e non quelli realizzati dalla casa madre non residente, nello Stato della fonte, senza il coinvolgimento diretto della stabile organizzazione.

Per troppo tempo e in molti Stati, fra i quali va annoverata anche l'Italia[15], le Amministrazioni finanziarie hanno apparentemente operato in senso diverso, ritenendo che laddove vi fosse stata una stabile organizzazione, tutti i redditi prodotti

dal soggetto non residente sarebbero dovuti essere tassati in capo a questa.

Intuibili le differenze: in questo secondo caso i redditi assoggettati ad imposta nel Paese della fonte verrebbero ad essere quantitativamente molto più elevati, con peraltro possibili difficoltà per vedere riconosciuto, nello Stato della residenza, un pari credito d'imposta[16].

L'interpretazione propugnata dall'Amministrazione finanziaria è stata da tempo criticata in letteratura[17], ma a volte ha anche trovato conferme giurisprudenziali che hanno portato a più riprese la Corte di Cassazione a doversi pronunciare in merito[18].

Finalmente ora il Decreto Internazionalizzazione, e le conseguenti modifiche al regime di tassazione della stabile organizzazione in Italia di soggetti residenti all'estero, sembrerebbero aver posto fine alla *querelle*, imponendo un calcolo dell'imponibile italiano strettamente connesso al contributo strumentale dei beni appartenenti alla stabile organizzazione (o al personale ivi impiegato) alla sua realizzazione (l'articolo 7 Decreto Internazionalizzazione riscrive infatti completamente gli articoli 151 e 152 TUIR).

4.**Le scelte del legislatore italiano: un caso di legislazione "per relationem"?**

Muovendo da queste scelte di base, il Decreto Internazionalizzazione ha cercato di introdurre nel sistema tributario norme positive che di quelle raccomandazioni fossero la più fedele attuazione. Consapevole probabilmente della complessità di questo passaggio, il legislatore italiano ha altresì fatto espresso riferimento alla disciplina OCSE contenuta nelle recenti raccomandazioni, con un inedito richiamo inserito all'interno dello stesso TUIR[19] per quanto riguarda aspetti specifici ma molto importanti e la determinazione del reddito imponibile in Italia. Com'è intuibile, non si tratta semplicemente di una novità in tema di diritto positivo, ma, per così dire, di un importante mutamento qualitativo nella legislazione fiscale tributaria italiana.

Già in passato il legislatore aveva abituato il lettore a richiami al diritto euro-unitario, e perfino alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito CGUE): proprio nel diritto tributario, fino a recenti modifiche che ne hanno portato al superamento, un passaggio importante della disciplina della tassazione in uscita[20], era regolato facendo riferimento a un caso specifico deciso dalla CGUE[21].

Per quanto si tratti di scelte stilisticamente discutibili, si trattava pur sempre di richiami a fonti euro-unitarie che fanno parte del medesimo ordinamento giuridico. Ancora, lo stesso diritto dell'Unione europea (di seguito UE) in altri contesti aveva fatto riferimento a principi (peraltro, neppure giuridici) elaborati da organizzazioni internazionali che non erano (e non sono) esponenziali di alcuna realtà politica o sovrana a livello internazionale: tale era (ed è) il caso dei principi contabili internazionali elaborati dall'*International Accounting Standards Board* (IASB)[22] e poi recepiti tramite regolamento.a

Qui invece s'assiste da parte dell'ordinamento di uno Stato sovrano (l'Italia) a una resa (o magari un richiamo dinamico) a norme elaborate da un'organizzazione internazionale la quale è carente di rappresentatività nella Comunità internazionale, le cui decisioni non sono accettate e riconosciute nel sistema delle fonti anche se l'Italia ne è, come detto all'inizio, parte attiva.

Ragionando sulla base della disciplina per quella che è attualmente (almeno fino al prossimo mutamento delle linee guida OCSE che diventeranno dunque di fatto precettive a livello nazionale, in ragione del richiamo di cui si è detto sopra) la stabile organizzazione determina il reddito imponibile come se fosse un soggetto completamente indipendente rispetto alla casa madre.



Questo comporta, dal punto di vista operativo, la necessità di risolvere due questioni: (i) individuare criteri oggettivi per la rilevazione del reddito di impresa commerciale imponibile da un lato, e (ii) di trovare il modo migliore per valorizzare a fini fiscali delle poste (positive e negative) di reddito derivanti dai rapporti con la casa madre non residente.

Nel primo caso la risposta fornita è nel solco della tradizione. La stabile organizzazione continua, anche nella vigenza del nuovo sistema, a determinare il reddito di impresa commerciale da essa prodotto attraverso un sistema di derivazione contabile sulla falsariga di quanto fatto dalle società residenti: anzi, in linea di prima approssimazione, in un modo del tutto analogo.

Nonostante la profonda influenza delle raccomandazioni OCSE, l'apertura italiana non si è spinta sino a legittimare un sistema di rilevazione del reddito che, come regola generale, prescindere dalla contabilità, e che si avvicini di più a meccanismi di *apportionment* di matrice statunitense[23].

Certo, dal punto di vista operativo, ci si è sempre interrogati in merito a cosa possa accadere qualora lo Stato di residenza della società e l'Italia seguano principi contabili non del tutto allineati. Si tratta forse di un problema nella prassi meno ricorrente rispetto a quanto possa sembrare, ma di per certo nella situazione attuale lo *status* di stabile organizzazione non permette a quest'ultima di tenere in Italia una contabilità

diversa rispetto a quella delle società italiane, né tantomeno di seguire principi divergenti da quelli giuridicamente imposti ai soggetti localizzati nella penisola. Sarà, al più, un problema per la società estera quello di predisporre un adeguato piano di raccordo fra le rilevazioni contabili italiane secondo principi domestici, e quelle estere. In termini assoluti, qualche dubbio potrebbe emergere nella misura in cui da tale divergenza scaturisca, ad esempio, una sensibile differenza in tema di reddito imponibile, quindi anche di credito d'imposta estero, e che questo finisca per comportare una pericolosa doppia imposizione internazionale (non tanto per un problema di qualificazione, quanto di divergente inquadramento dei presupposti d'imposta): difficile allora non prospettare una violazione al principio di libertà di stabilimento, se non altro in ambito euro-unitario.

Si tratta tuttavia di un profilo che, allo stato attuale non risulta ancora investigato né dalla letteratura e neppure dalla giurisprudenza italiana.

Nell'affrontare il secondo tema, parimenti, il Decreto delegato si affida a soluzioni che avevano pur dato buona prova di sé negli anni passati, e che ancora oggi, di fatto, non vedono possibili alternative. Il riferimento in questo senso è all'articolo 110, comma 7 TUIR, che regola il sistema dei prezzi di trasferimento.

L'applicazione del valore normale diventa quindi regola ordinaria nella gestione dei rapporti fra casa madre non residente e stabile organizzazione in Italia, nell'ottica di attribuire a quest'ultima la quota-parte di reddito effettivamente prodotto. La logica è ancora una volta quella di assimilare la stabile organizzazione a una società controllata e, a tutti gli effetti, di trattarla come tale.

Numerosi sono stati, in passato, gli interventi della letteratura sul sistema dei prezzi di trasferimento italiano[24], così come dello stesso sono stati valorizzati i profili di conformità all'articolo 7 M-OCSE e poi, nello stesso senso, alla *soft law* dell'Organizzazione di Parigi dedicato al valore normale. Non è certo questa la sede per ripercorrere il dibattito o anche solo per tornare alle metodologie di rettifica e alle loro più recenti precisazioni, anche e soprattutto così come sono emerse dal Piano di azione sull'erosione della base imponibile e del trasferimento degli utili all'estero (BEPS). È però sicuramente l'occasione questa per osservare come la metodologia della rettifica "*a valore normale*" trovi pacificamente applicazione anche ai "*cost sharing agreements*", che sono stipulati fra soggetti appartenenti allo stesso gruppo (e tutti dotati di personalità giuridica) ma che pure trovano, per così dire, applicazione analogica anche ai rapporti fra società non residente e stabile organizzazione.

Anche in questo specifico contesto, cioè quello riguardante la distribuzione dei costi, in passato la giurisprudenza italiana ha dimostrato di seguire le linee interpretative dell'OCSE[25] sebbene con una forte caratterizzazione territoriale derivante dalle necessità di rispettare, nel sistema italiano, il prevalente principio di inerenza che regola sia la deducibilità dei costi che il diritto di detrazione dell'IVA addebitata[26].

5.**Il fondo di dotazione e la determinazione del reddito imponibile della stabile organizzazione**

L'importante riferimento alla derivazione contabile nella determinazione del reddito imponibile delle stabili organizzazioni non fa venire meno, anzi se del caso esalta, la più importante novità in materia di tassazione di queste ultime in Italia, e che è contenuta nel Decreto Internazionalizzazione delle imprese: quella che si sostanzia nella formalizzazione giuridica del fondo di dotazione della sede fissa d'affari residente.

Andando con ordine, possono essere individuati tre pilastri che reggono il nuovo regime fiscale delle stabili organizzazioni in Italia:

- 1) la necessità di una puntuale rendicontazione contabile;
- 2) la doverosa regolamentazione dei rapporti con la casa madre non residente attraverso l'istituzionalizzazione del principio dell'*arm's length*;
- 3) il riconoscimento del fondo di dotazione della stabile organizzazione in Italia di un'impresa localizzata all'estero.

Fra questi tre, i primi due fanno già parte dell'ordinamento italiano, mentre è il terzo a costituire, almeno in apparenza, una novità.

L'originalità del fondo di dotazione, in realtà, non è assolutamente tale, solo se si è seguito il dibattito svolto in sede OCSE negli ultimi anni in merito: innovativo è soltanto il suo riconoscimento in via normativa e non (meramente) giurisprudenziale. Esso può essere definito come quell'insieme di attività o di *asset* necessari alla stabile organizzazione per svolgere la sua effettiva attività commerciale in condizione di piena autonomia rispetto alla casa madre, esattamente come postula la "*Separate entity theory*".

Si tratta di tutti i beni strumentali all'impresa per l'esercizio della sua attività economica e che, normalmente, sono ricompresi nell'inventario dei beni d'impresa.

In linea del tutto teorica, la previsione di un fondo di dotazione, dunque, potrebbe apparire del tutto pleonastica nella misura in cui, essendo obbligata alla tenuta della contabilità e di tutte le scritture previste per i soggetti italiani, anche la stabile organizzazione localizzata nella penisola ha un suo inventario dei beni e può quindi autonomamente rilevare quelli che, tra i beni della società non residente, sono in realtà pertinenti alla sua specifica attività (e stabilmente utilizzati dalla stessa).

Così non è. L'esperienza insegna che spesso le stabili organizzazioni in Italia sono, per così dire, sottocapitalizzate dal punto di vista dei beni strumentali^[27]. Stante la loro natura non prettamente indipendente, infatti, esse traggono beneficio dai beni che appartengono all'impresa ma sono localizzati all'estero. A solo titolo d'esempio, una stabile organizzazione in Italia che si occupa di cantieristica e di movimento terra, potrebbe avvalersi dei macchinari di proprietà della casa madre non residente, e magari all'estero immatricolati.

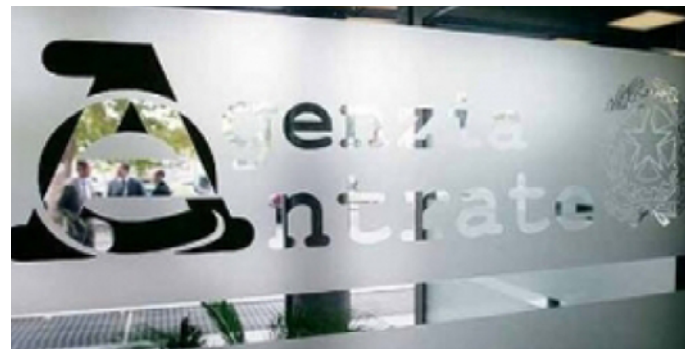
Questa situazione di avvalimento di beni non direttamente attribuibili alla stabile organizzazione viene dal punto di vista

operativo risolta attraverso la prefigurazione di contratti di noleggio o di locazione in forza dei quali il bene strumentale viene messo a disposizione di quest'ultima in Italia verso il pagamento di un determinato corrispettivo allineato al valore normale di mercato.

Il meccanismo del fondo di dotazione, per converso, previene l'applicazione del valore normale (e quindi della deducibilità, alla stregua di un costo, del canone di locazione) assumendo che, se la stabile organizzazione fosse stata un soggetto indipendente (finzione della quale, si è detto, è partita la riforma della tassazione di queste nell'ordinamento italiano) quello specifico bene strumentale non sarebbe stato acquisito in locazione, ma sarebbe stato di diretta pertinenza della stessa.

Insomma, con un ragionevole grado di semplificazione, e forse con un linguaggio un po' descrittivo ma sicuramente efficace, potrebbe essere sostenuto che il fondo di dotazione rappresenti (o meglio includa anche) un conferimento figurativo di beni di impresa alla stabile organizzazione, alla quale questi sono intrinsecamente inerenti poiché senza di essi la stabile organizzazione non esisterebbe come "*Separate entity*".

La conseguenza ultima è allora che il canone di locazione per il bene strumentale (simulato pari al valore normale) non è deducibile dal reddito di impresa della stabile organizzazione in Italia perché quest'ultimo appartiene giuridicamente alla società, ma fiscalmente è pertinente (strettamente inerente) alla stabile organizzazione.



È una conclusione ispirata anche al buon senso, che ha trovato in passato conferme non solo nella reportistica OCSE ma anche presso la giurisprudenza di merito italiana. Si tratta però al tempo stesso di una risposta a pratiche abusive che apporta un'incertezza sistemica che il legislatore italiano non è stato in grado di risolvere nel Decreto delegato, demandando all'emanazione di un ulteriore Decreto del Direttore dell'Agenzia delle Entrate gli strumenti in base ai quali effettuare un'efficace *actio finium regundorum* del fondo di dotazione della stabile organizzazione perché il provvedimento adottato in data 5 aprile 2016 (n. 49121) limita sostanzialmente la sua applicazione al settore bancario.

Il fondo in questo senso sovrascrive almeno in parte, e dal punto di vista fiscale, l'inventario dei beni della stabile organizzazione, le sue dotazioni finanziarie, i rapporti di debito – credito, riassegnando beni, rapporti e relazioni alla casa madre attraverso l'applicazione di un principio di stretta

inerenza di matrice prettamente tributaria, nella misura in cui la sua applicazione è posta a presidio della base imponibile della stabile organizzazione nella penisola.

Come ogni applicazione di principi generali, tuttavia, anche questa novella si qualifica per una sensibile incertezza, dovuta anche al fatto che il legislatore ha implementato un principio che l'OCSE e la giurisprudenza italiana aveva individuato tenendo in considerazione specifiche stabili organizzazioni, operative nel settore del credito, e per le quali la determinazione del fondo di dotazione era ragionevolmente più semplice.

Proprio perché il primo riconoscimento del fondo di dotazione per la stabile organizzazione e della sua efficacia nel calcolo dell'imponibile è avvenuto in Italia per via giurisprudenziale, pare opportuno partire dall'analisi della giurisprudenza per cercare di comprendere nel migliore dei modi la portata innovativa dello strumento, e della sua incidenza nel calcolo del reddito imponibile nella penisola in modo conforme a una metodologia che non ha mai avuto ingresso in precedenza in Italia in forme come quelle prospettate dal Decreto Internazionalizzazione del sistema tributario italiano.

6. Il fondo di dotazione nella dinamica giurisprudenziale italiana. Il cosiddetto caso "RBS"

Come ogni novità riguardante il tema della stabile organizzazione introdotta in Italia, anche il riconoscimento del fondo di dotazione è avvenuto attraverso un intervento dell'OCSE che ne ha giustificato l'esistenza e raccomandato l'implementazione positiva nell'ordinamento mediante norma di legge[28]. È stata, infatti, l'Organizzazione di Parigi per prima a osservare quanto evidenziato in via sintetica al paragrafo precedente: non è possibile per una stabile organizzazione la deduzione di un costo (di fatto, figurativo) pagato alla casa madre e dovuto per l'utilizzo di beni strumentali di quest'ultima se, in condizioni normali d'impresa, quegli stessi beni o quelle attività comunque avrebbero fatto capo direttamente alla stabile organizzazione.

Il caso cosiddetto "RBS"[29] è uno di un filone giurisprudenziale nell'ambito del quale la giurisprudenza lombarda è stata chiamata a prendere posizione per prima in merito, e a farlo su sollecitazione dell'Amministrazione finanziaria italiana che si riteneva legittimata dall'applicare, in via retroattiva e a CDI già stipulate (come quella con il Regno Unito), concetti che l'OCSE aveva proposto solo in seguito.

Il caso aveva preso le mosse da un'importante operazione di finanziamento che la stabile organizzazione di una banca non residente in Italia aveva erogato a un imprenditore della penisola. La stabile organizzazione italiana, tuttavia, sfornita di adeguata provvista, aveva dovuto accendere un finanziamento figurativo presso la società non residente, la quale a sua volta si rifinanziava in parte anche presso soggetti (bancari) terzi.

Insomma, in questo *business plan* la stabile organizzazione italiana era al tempo stesso finanziatrice (del cliente della banca

in Italia) e finanziata (dalla società madre non residente). Il calcolo del suo reddito imponibile in Italia, peraltro ridotto in modo significativo, era così dato in linea di prima approssimazione dal ridotto differenziale fra i tassi di finanziamento, attivo e passivo, rispettivamente erogato e accettato.

La situazione, apparentemente paradossale, era stata attaccata dall'Amministrazione finanziaria sulla base di alcune semplici osservazioni:

- la prima, era quella secondo la quale era incompatibile con il concetto di "*Separate business entity*" il fatto che la stabile organizzazione in Italia fosse sottocapitalizzata come nel caso in questione. In altri termini, considerare una stabile organizzazione come un soggetto "*altro*" rispetto alla società non residente (una finzione) comporta come corollario quello di attribuire alla stessa un complesso di beni (in questo caso, una provvista finanziaria) coerente con la necessità di svolgere autonomamente questa funzione (seconda finzione). Insomma: una stabile organizzazione deve necessariamente vedersi riferita una porzione del complesso di beni aziendali attraverso cui la società non residente svolge la sua attività d'impresa;
- la seconda porta a riconoscere che, soprattutto nel settore bancario, è possibile individuare un cosiddetto "*Fondo di dotazione minimo*" che ogni istituto di credito deve avere per poter svolgere la sua attività, e che è imposta peraltro da norme di diritto pubblico come quelle di diritto bancario, e da disposizioni della Banca d'Italia[30].

Ne deriva allora che, nel caso in questione, sarebbe possibile sostenere che gli interessi passivi dedotti dalla stabile organizzazione in Italia non fossero in realtà deducibili (in quanto pagati per una provvista che doveva essere riferibile alla stabile organizzazione, e non già alla società non residente), così come sarebbe possibile effettuare un calcolo preciso di questo fondo di dotazione (pari, almeno, al minimo del fondo imposto dalla Banca d'Italia a chi esercita l'attività del credito nella penisola).

La giurisprudenza di merito aveva accolto le tesi dell'Amministrazione finanziaria superando le censure, invero in parte fondate, svolte dal ricorrente, e tese tutte a osservare che il principio della "*Separate entity theory*" era stato proposto dall'OCSE alla Comunità internazionale e agli Stati membri solo in un momento successivo a quello in cui il contribuente nel caso di specie aveva pianificato l'operazione. Quindi, per un semplice ma basilare principio di irretroattività, una sopravvenuta raccomandazione interpretativa dell'OCSE non poteva essere utilizzata per decidere sulla correttezza di un'operazione precedente ritenendola, anche solo implicitamente, abusiva.

Si trattava, in altre parole, di salvaguardare il principio di legittimo affidamento ingenerato nel contribuente da parte di un modo di considerare la stabile organizzazione che, fino ad allora, non era orientato ad enfatizzare così tanto l'autonomia di quest'ultima rispetto alla società non residente. Mai prima di allora, cioè, l'OCSE aveva sostenuto così chiaramente che fosse possibile arrivare a poter imputare alla stabile organizzazione beni della società non residente,

superando il dato formale della rilevazione contabile della sede fissa d'affari (ad esempio, l'inventario dei beni, per voler proseguire nell'ipotesi precedente).

Il tema dell'interpretazione dinamica, o adeguatrice, delle CDI sulla base dei mutamenti del M-OCSE e del relativo Commentario è stato in passato trattato dalla letteratura, anche italiana.

Sulla base dei principi generali, è noto che una sopravvenuta interpretazione autentica ben può avere, negli effetti, una valenza retroattiva, andando a disciplinare fattispecie di applicazione della norma sorte prima della sua adozione[31]. Proprio per questo, in Italia, le interpretazioni autentiche hanno avuto, e stanno avendo, tanta fortuna nelle scelte legislative quanta critica da parte della giurisprudenza che lamenta in questo modo l'ennesima violazione dello statuto dei diritti del contribuente[32].

C'è però anche da osservare che quelle dell'OCSE non possono essere considerate alla stregua di interpretazioni autentiche delle CDI in vigore, dal momento che di per certo l'Organizzazione di Parigi non rientra fra gli organi che hanno posto in essere i Trattati che al suo Modello s'ispirano, ma si è limitata a fornire uno schema sul quale, appunto, le parti hanno poi lavorato durante le trattative. Dal punto di vista giuridico, solo le parti che l'hanno conclusa possono fornire della stessa CDI un'interpretazione autentica.

Ecco che allora, è stato sostenuto ancora in letteratura[33], sia il M-OCSE che il Commentario a quest'ultimo vanno considerati alla stregua dei documenti preparatori al Trattato, poi concluso, e che quindi divengono fonti di interpretazione dello stesso sulla base di quanto previsto dalla Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati. Se è così, ogni sopravvenuta variazione alle linee guida interpretative del trattato non può assumere valenza retroattiva. Tutto questo a meno che, ovviamente, non s'intenda il rinvio alla fonte OCSE, nel caso in questione, come un rinvio cosiddetto "dinamico"[34].

Nel perdurare di questa incertezza in sede dottrinale, la giurisprudenza ha invece preso posizione a favore della possibilità di applicare, con modalità retroattiva, le nuove raccomandazioni dell'OCSE alle CDI entrate in vigore prima della loro implementazione. Ha tuttavia ritenuto anche opportuno, proprio come nel caso di specie, disapplicare le sanzioni amministrative nella consapevolezza della necessità di tutelare l'affidamento del contribuente su un'interpretazione diversa implicitamente confermata a quel tempo dall'Organizzazione di Parigi.

Nonostante tuttavia la competenza (territorialmente) limitata dell'organo giurisdizionale, l'importanza della pronuncia non viene meno: sia per la sua capacità di aver correttamente applicato i principi OCSE ora pacificamente accettati, sia perché ha percorso le scelte poi formalizzate dal legislatore e si presta dunque come un interessante ausilio interpretativo anche per la nuova disciplina non del tutto in vigore (dal momento che ad oggi mancano i provvedimenti del direttore dell'Agenzia delle Entrate che permettono il calcolo del

fondo stesso al di fuori del settore bancario, per il quale sono applicabili le istruzioni rilasciate nell'aprile di quest'anno e riportate in precedenza).

7.

Considerazioni conclusive: luci e ombre della nuova disciplina riguardante la tassazione delle stabili organizzazioni in Italia

Il Decreto Internazionalizzazione in tema di stabili organizzazioni offre al lettore un articolato normativo che si sviluppa da un lato confermando principi consolidati, e dall'altro aprendo scenari fino a pochi mesi fa inediti.

Il principio di tassazione della stabile organizzazione sulla base delle risultanze delle scritture contabili riferite a questa non trova smentita nel Decreto, e anzi diviene uno dei pilastri sulla base dei quali il regime fiscale è costituito, soprattutto in ragione del fatto che la sede fissa d'affari guadagna, con la riforma, maggiori tratti di autonomia rispetto alla casa madre non residente.

Proprio questa maggiore autonomia, tuttavia, sottopone alcune delle poste rilevate in contabilità a un particolare vaglio da parte dell'Amministrazione finanziaria. L'applicazione del criterio di tassazione sulla base del valore normale, infatti, da eccezione che era, è ora modalità ordinaria di determinazione di componenti di reddito nell'ambito di tutte le operazioni interorganiche (fra casa madre e stabile organizzazione), e diviene quindi elemento chiave nella ricostruzione di tutti i "cost sharing agreements". Indubbia la sua valenza in questo senso anche in costanza del regime precedente, ma il suo esplicito, espresso, richiamo nel nuovo tessuto normativo rafforza, se del caso ancora di più, questa sua finalità.

Ancora, e forse con un'incidenza ancor più dirompente, la necessaria previsione di un fondo di dotazione (quasi un "corredo umano e tecnico", per dirla con le parole usate dalla Corte di giustizia in un contesto affatto differente ma pur sempre riferito al centro di attività stabile[35]) concorre a scardinare la derivazione puramente contabile del reddito della sede fissa d'affari.

Qui la finzione, o se si preferisce il richiamo alla "normalità", non insiste su un corrispettivo contrattuale da ricostruire sulle regole dell'*arm's length*, ma arriva ad incidere sul criterio di imputazione (se si vuole, di inerenza) di beni rispetto all'attività d'impresa commerciale.

Il modo tradizionale, da molti anni coltivato in letteratura, di intendere il principio d'inerenza di beni all'attività d'impresa viene ora specificato, imponendo all'interprete di vagliare quando questi, sicuramente afferenti all'impresa, siano altresì specificamente correlati all'attività economica, svolta per il tramite di una stabile organizzazione all'estero.

S'identificano così due livelli di inerenza, uno generale all'impresa e uno specifico al centro di attività di stabile, che di quella altro non è che una diramazione territoriale. Quando anche il secondo nesso sussiste, allora, può essere sostenuto che il bene appartenga anche fiscalmente alla stabile

organizzazione e che in capo alla stessa non possano essere deducibili, a titolo d'esempio, canoni di noleggio figurativi attribuiti alla casa madre e tassati su questa (all'estero).

Come ogni soluzione che si affida a principi ricavati a partire da un caso concreto, anche questa lascia ampi margini di incertezza applicativa: di qui le ombre del Decreto, di cui si è dato conto *supra*.

Il precedente giurisprudenziale sintetizzato al paragrafo precedente[36], infatti, faceva riferimento a uno specifico settore, quello bancario, per il quale addivenire a una quantificazione ragionevolmente certa del fondo di dotazione era ragionevolmente facile. Soccorrevano in questo senso sia circolari della Banca d'Italia[37] sia il fatto che si facesse riferimento a una provvista finanziaria (quindi, grossolanamente, ad un ammontare di euro).

Non è chiaro come sarà possibile per l'Amministrazione finanziaria, in tutti gli altri casi, perimetrare in modo accettabile, e certo *ex ante*, il fondo di dotazione delle stabili organizzazioni: il contenzioso che emergerà da queste scelte, per importanza e frequenza, può essere allo stato attuale solo immaginato.

Elenco delle fonti fotografiche:

<http://www.pmi.it/wp-content/uploads/2015/09/Internazionalizzazione-e1443014977273.jpg> [30.08.2016]

<http://www.pmi.it/wp-content/uploads/2014/05/Incentivi-internazionalizzazione.jpg> [30.08.2016]

<http://www.360-gradi.it/public/images/comuni/3625/ZOOM/novita-fiscali-2016-il-decreto-legislativo-sull-internazionalizzazione-00465485-001.jpeg> [30.08.2016]

http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/imagecache/small_img_pagina_interna/immagini/agenzia-delle-entrate_49.jpg [30.08.2016]

[1] Polastri Paolo, *Novità in tema di stabile organizzazione*, in questo numero della Rivista, *supra* a pagina 10.

[2] L'azione n. 7 del piano d'azione BEPS è dedicata alla prevenzione dei fenomeni elusivi finalizzati a prevenire la costituzione di una stabile organizzazione nel Paese della fonte. Si veda OCSE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*, Action 7 – 2015 Final Report, Parigi 2015.

[3] Si veda ad esempio la Commissione tributaria provinciale di Milano n. 475 del 1. dicembre 2010, su cui più approfonditamente *infra*. Su questa rivista Colombaioni Gabriele, *La determinazione del fondo di dotazione della stabile organizzazione italiana di una banca estera*, in: NF 7/2011, pagine 9 e seguenti.

[4] Articolo 14 Decreto Internazionalizzazione.

[5] Tutto questo sulla base dell'articolo 7 del Modello OCSE di Convenzione fiscale (di seguito M-OCSE) attualmente vigente che, da lato suo, accoglie una soluzione prospettata già ai tempi della Società delle Nazioni (1921) dalla Commissione Bruins, Einaudi, Seligman e Stamp. Sul tema anche a cura di SUPSI, *Lezioni di fiscalità internazionale*, Lugano 2005, pagina 75 e seguenti.

[6] Greggi Marco, *Il principio di inerenza nel sistema d'imposta sul valore aggiunto: profili nazionali e comunitari*, Pisa 2012, pagina 100 e seguenti.

[7] Per ulteriori riferimenti dottrinali si può vedere Greggi Marco, *op. cit.*, pagina 102.

[8] Cassazione n. 20952 del 16 ottobre 2015.

[9] Commissione tributaria provinciale di Arezzo n. 165 del 3 giugno 2015.

[10] Alle pagine 26 e seguenti.

[11] D.Lgs. n. 156/2015.

[12] Cassazione (Sezione III) del 30 ottobre 2013, n. 1811 (è uno dei celebri casi dedicati alla tassa-

zione dei giochi d'azzardo online).

[13] Vedi nota n. 2 *supra*.

[14] In generale si veda il rapporto dell'OCSE, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, del 17 luglio 2008, Parigi, pagine 12 e seguenti.

[15] In generale Sacchetto Claudio (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino 2011, pagina 125 e seguenti.

[16] Si veda l'articolo 165 TUIR e, in particolare, il riferimento alla "reciprocità" nel meccanismo previsto dalla legge per il riconoscimento del credito estero (l'Italia riconosce il credito per tributi assolti all'estero che, secondo la legge italiana e i suoi criteri di territorialità, sarebbero stati tassati nella penisola al ricorrere degli stessi presupposti).

[17] Maisto Guglielmo (a cura di), *Departures from OECD Model and Commentaries*, Amsterdam 2014, pagina 434 e seguente.

[18] Anche se talvolta ciò è avvenuto in modo divergente rispetto all'*acquis* dottrinale consolidato in quel particolare momento storico: si veda Cassazione n. 3367 e 3368 del 7 marzo 2002.

[19] Articolo 152, comma 2 TUIR così come novellato dall'articolo 7 Decreto Internazionalizzazione.

[20] Articolo 166, comma 2-*quater* TUIR prima dell'abrogazione ad opera dell'articolo 11 Decreto Internazionalizzazione.

[21] Sentenza CGUE C-371/10 del 16 novembre 2011 "Grid Indus BV".

[22] Il riferimento è al recepimento degli *standard* IAS/IFRS ad opera del Regolamento UE n. 1126/2008, del 3 novembre 2008.

[23] In generale Garbarino Carlo (a cura di), *La convenzione Italia – USA contro le doppie imposizioni*, Milano 2001.

[24] Sacchetto Claudio (a cura di), *op. cit.*, pagina 288.

[25] Cassazione n. 7851 del 23 aprile 2004.

[26] Greggi Marco, *Deducibilità dei costi fra stabili organizzazioni: criteri di riparto*, in: *Rivista diritto fin. sc. fin.*, 2001, II, pagina 36.

[27] L'osserva la Commissione tributaria provinciale di Milano nel precedente richiamato in nota n. 3.

[28] Colombaioni Gabriele, *op. cit.*, pagina 10.

[29] Cfr. nota n. 3.

[30] Nello stesso senso della sentenza citata in precedenza anche (seppure con soluzioni al caso non identiche) Commissione tributaria provinciale di Milano n. 219 del 24 aprile 2012 (cosiddetto caso "Royal Bank of Scotland N.V.") e, sempre della medesima Commissione, la sentenza n. 141 del 27 aprile 2011 (cosiddetto caso "JP Morgan Chase Bank").

[31] Tesauro Francesco, *Compendio di diritto tributario*, Torino 2013, pagina 31.

[32] Perrone Leonardo, *Certezza del diritto e leggi di interpretazione autentica in materia tributaria*, in: *Rassegna tributaria* 2001, pagina 1050.

[33] Il tema è sviluppato da Melis Giuseppe, *L'interpretazione del diritto tributario europeo e internazionale*, in: Sacchetto Claudio (a cura di), *op. cit.*, pagina 32.

[34] Melis Giuseppe, *op. cit.*, pagina 33; Locher Peter, *Sovranità fiscale ed interpretazione nelle convenzioni di doppia imposizione*, in: SUPSI (a cura di), *Lezioni di fiscalità internazionale*, Lugano 2005, pagina 35.

[35] Sentenza CGUE C-190/95 del 17 luglio 1997 "Aro Lease BV".

[36] Così come gli altri che lo confermano e che sono stati registrati negli anni successivi: si veda la nota n. 31 *supra*.

[37] Circolare n. 229 del 1999.