

La determinazione del reddito della stabile organizzazione «personale»

di Stefano Chirichigno e Valerio Cirimbilla

La Corte di cassazione, con la **sentenza n. 8488 del 2010**, si è pronunciata sul tema della stabile **organizzazione «personale»**. La pronuncia, pur evidenziando degli interessanti spunti in merito ai **requisiti minimi** necessari per considerare sussistente una stabile organizzazione produttiva di **redditi tassabili**, non sembra aver affrontato compiutamente l'ulteriore questione che sempre si pone in questi casi, ossia quali **redditi dell'impresa** estera sono effettivamente attribuibili alla stabile organizzazione e quindi **tassabili in Italia**. Sul punto, appare interessante analizzare le conclusioni raggiunte dall'**OCSE** nel «**Report**» del 2010 sull'**attribuzione dei profitti** alla **stabile organizzazione** costituita dal **cd. agente dipendente**.

Il 22 luglio 2010 l'OCSE ha pubblicato tre importanti documenti:

- a) l'aggiornamento del Modello di Convenzione OCSE («Modello») e del relativo Commentario contenente, in particolare, una nuova versione dell'art. 7 in materia di *business profits* (1);
- b) la versione definitiva della nuova formulazione dei Capitoli I, II e III delle *Transfer Pricing Guidelines* («Guidelines») (2) e
- c) la versione aggiornata alle modifiche apportate al Modello e al Commentario del *Report on Attribution of Profits to Permanent Establishments* (3). Tale ultimo documento - che si ripropone di coordinare le conclusioni già raggiunte in merito alle modalità di determinazione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione nella versione pubblicata nel 2008 con la nuova formulazione dell'art. 7 del Modello e del relativo Commentario - contiene (così come la precedente versione), tra l'altro, un'approfondita analisi delle peculiarità delle modalità di attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione costituita dal **cd. agente dipendente** ai sensi dell'art. 5, par. 5, del Modello.

Alla luce della rinnovata attenzione a tale forma di stabile organizzazione, dovuta alla pronuncia della Corte di cassazione 9 aprile 2010, n. 8488 (4), appare interessante, oltre che attuale, analizzare le

conclusioni raggiunte nel documento OCSE sull'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione, proprio nelle ipotesi di agente dipendente.

Attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione e «Authorized OECD Approach»

L'art. 7 del Modello, con riferimento ai redditi di impresa, svolge la specifica funzione di allocare il diritto di tassare i proventi prodotti in uno Stato da un'impresa residente in un altro Stato. Il principio base, sancito dal par. 1, è quello per cui detti redditi possono essere tassati solo dallo Stato di residenza dell'impresa, a meno che questa non operi nell'altro Stato per mezzo di una stabile organizzazione. Il successivo par. 2 detta, invece, la regola generale per la determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione, che, in sintesi, deve coincidere con il reddito che la stessa avrebbe conseguito fosse stata un'impresa distinta e indipendente dalla casa madre. Secondo l'interpreta-

Stefano Chirichigno - Dottore commercialista in Roma

Valerio Cirimbilla - Avvocato in Roma

Note:

- (1) In www.oecd.org/dataoecd/23/43/45689328.pdf.
- (2) In www.oecd.org/dataoecd/23/12/45763692.pdf.
- (3) In www.oecd.org/dataoecd/23/41/45689524.pdf.
- (4) In Banca Dati BIG, IPSOA.

zione accolta dall'OCSE, detta regola richiede che, nella determinazione del reddito, venga operata una vera e propria finzione, ipotizzando la stabile organizzazione quale impresa del tutto distinta dalla casa madre che necessariamente opera nei rapporti con la casa madre stessa secondo il principio dell'*arm's length* (5).

L'OCSE ha per molto tempo cercato di fornire delle indicazioni, sul punto, che fossero generalmente condivise tra i Paesi membri dell'organizzazione, in modo così da limitare al minimo i rischi di possibili interpretazioni difformi nell'applicazione dell'art. 7 che potrebbero condurre ad una doppia tassazione di uno stesso reddito. A tale specifico fine il *Committee on Fiscal Affairs*, a seguito di una lunga gestazione, ha pubblicato nel 2008 il *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, in cui sono state fornite le essenziali linee guida per la concreta applicazione del cd. approccio autorizzato dell'OCSE (*Authorized OECD Approach* o «AOA») che, in sostanza, costituisce l'interpretazione condivisa all'interno del *Committee* della regola base contenuta nel par. 2 dell'art. 7. Al momento della pubblicazione lo stesso *Committee* ha riconosciuto, tuttavia, che sussistevano ancora delle sostanziali differenze tra le conclusioni raggiunte nel *Report* e quelle contenute nella versione del Commentario all'art. 7 allora in vigore. Per tale motivo, fu anche deciso di modificare la formulazione del Commentario in modo da includere alcune delle conclusioni del *Report* che non fossero in contrasto con l'allora formulazione dell'art. 7. Contemporaneamente il *Committee*, al fine di fornire delle linee guida più complete, decise che tutte le conclusioni contenute nel *Report* avrebbero dovute essere riflesse in una nuova versione dell'art. 7 e in una corrispondente nuova formulazione del Commentario. La conclusione di tale processo si è avuta il 22 luglio 2010, quando il *Committee* ha contemporaneamente pub-

MOD. OCSE

Proventi di imprese residenti all'estero

Il Modello OCSE, con riferimento ai redditi di impresa, disciplina la tassazione dei **proventi prodotti** in uno Stato da un'**impresa residente** in un altro Stato. Il principio base è quello per cui detti redditi possono essere tassati solo dallo Stato di residenza dell'impresa a meno che questa non operi nell'altro Stato per mezzo di una **stabile organizzazione**.

Successivamente il Modello detta la regola generale per la **determinazione** del reddito da attribuire alla stabile organizzazione, che deve coincidere con il **reddito** che la stessa avrebbe conseguito se fosse stata un'**impresa distinta e indipendente** dalla casa madre.

blicato l'aggiornamento del Modello che, appunto, contiene una nuova versione dell'art. 7 e del Commentario a detto articolo nonché la versione aggiornata del *Report* che non modifica le conclusioni raggiunte nel 2008, ma semplicemente provvede a coordinare il contenuto del *Report* al nuovo testo dell'art. 7 (6).

Il principio che è alla base dell'AOA consiste nel fatto che il reddito attribuibile alla stabile organizzazione deve coincidere con quel reddito che sarebbe stato conseguito da una impresa autonoma e indipendente operante nelle stesse condizioni, svolgendo

le medesime funzioni, impiegando gli stessi *assets* e assumendo gli stessi rischi.

Nello specifico, l'AOA richiede che i profitti da attribuire alla stabile organizzazione vengano determinati sulla base di un procedimento valutativo che si articola in due ben precise fasi (*two-steps process*). La prima consiste nell'ipotizzare la stabile organizzazione quale impresa autonoma e indipendente dalla casa madre che svolge sue proprie funzioni, assume rischi, utilizza *assets* e conclude affari con soggetti terzi. La seconda, invece, è volta a determinare la corretta remunerazione delle operazioni concluse mediante l'applicazione analogica dei principi e delle indicazioni in materia di *transfer pricing* contenuti nelle *Guidelines*. Più in dettaglio, la «fase uno» si articola nella cd. *functional and factual analysis* che costituisce, nella sostanza, un adattamento alle peculiarità del rapporto casa madre - stabile organizzazione dell'analisi di comparabilità (*comparability analysis*)

Note:

(5) Par. 16 del Commentario all'art. 7.

(6) Esula da questo articolo tanto l'esame della nuova formulazione dell'art. 7, tanto la trattazione delle implicazioni di carattere interpretativo della successione delle diverse versioni del testo dell'art. 7 e del Commentario. I richiami ai paragrafi del *Report* riportati nelle note che seguono, se non diversamente indicato, si riferiscono alla numerazione contenuta nella versione del 2010.

SOLUZIONI OPERATIVE

Profitti della stabile organizzazione

L'«Authorized OECD Approach» richiede che i profitti da attribuire alla stabile organizzazione vengano determinati sulla base di un procedimento valutativo che si articola in **due fasi**: la **prima** consiste nell'ipotizzare la stabile organizzazione quale **impresa autonoma e indipendente** dalla casa madre che svolge sue proprie funzioni, assume rischi, utilizza «assets» e conclude affari con soggetti terzi; la **seconda** è volta a **determinare** la corretta **remunerazione** delle **operazioni** concluse mediante l'**applicazione analogica** dei principi e delle indicazioni in materia di «**transfer pricing**» contenuti nelle «Guidelines».

che le *Guidelines* indicano quale uno dei momenti indeffettibili nel processo di determinazione del corretto prezzo di mercato. Tale adattamento è richiesto dal fatto stesso che, nel contesto del rapporto stabile organizzazione - casa madre, ci si trova di fronte a un'unica entità che non consente evidentemente di basare l'analisi su contratti e accordi vincolati effettivamente sottoscritti tra le parti come, al contrario, accade nell'ambito dei rapporti tra imprese appartenenti ad un medesimo gruppo al fine di verificare la conformità dei prezzi praticati con quelli di mercato. La soluzione adottata dall'OCSE, in sintesi, è stata quella di considerare le *ccdd. relevant people functions*, ossia le attività realmente svolte dalle persone che prestano la loro attività nell'ambito della stessa stabile organizzazione, così da poter determinare quali siano le funzioni che la stabile organizzazione stessa effettivamente svolge nell'ambito dell'attività complessiva dell'impresa estera. Sulla base di siffatta analisi è quindi possibile stabilire e conseguentemente attribuire alla stabile organizzazione: (i) gli *assets* dell'impresa estera che sono indispensabili alle attività e alle funzioni della stabile; (ii) i rischi e le obbligazioni connesse alle suddette attività e funzioni; (iii) l'ammontare del capitale necessario al loro svolgimento (*free capital*).

L'ultima parte della prima fase riguarda la valutazione e il «riconoscimento» ai fini dell'attribuzione dei profitti delle attività poste in essere tra la stabile organizzazione quale ipotizzata impresa autonoma e indipendente e la casa madre sulla base della ricostruzione ottenuta attraverso l'analisi funzionale e fattuale (7). Secondo l'AOA, come anticipato, tali attività devono essere trattate alla stregua di transazioni poste in essere tra imprese indipendenti operanti nel medesimo mercato alle medesime condizioni.

Una volta che la stabile è stata ipotizzata alla stregua di un'impresa autonoma e indipendente e che

le conseguenti attività con la casa madre sono state equiparate a vere e proprie transazioni effettuate tra imprese indipendenti, la «fase due» del processo richiede che dette operazioni debbano assumere rilevanza nell'allocation del reddito tassabile e corrispondentemente assumere un prezzo di mercato determinato applicando in via analogica le *Guidelines*. Ciò implica, in estrema sintesi, l'effettuazione di una nuova analisi di comparabilità, questa volta al fine specifico di individuare il corretto *comparable*, ossia la transazione posta in essere tra soggetti indipendenti che

costituisce il parametro di raffronto della operazione analizzata e, successivamente, la determinazione del prezzo di mercato dell'operazione scegliendo, tra i metodi suggeriti dalle *Guidelines*, quello ritenuto più appropriato (8).

Normativa italiana

e «prassi» dell'Amministrazione finanziaria

Sebbene l'ordinamento tributario italiano non contenga alcuna specifica disposizione avente ad oggetto le modalità di determinazione degli utili attribuibili ad una stabile organizzazione, è pacificamente accettato che l'interpretazione sistematica del complesso normativo applicabile conduca alla conclusione per cui, a tale specifico fine, la stabile organizzazione debba essere considerata una entità indipendente e separata dalla casa madre (9).

L'art. 23, comma 1, lett. e), del T.U.I.R. afferma il principio per cui la stabile organizzazione svolge

Note:

(7) Paragrafi da 172 a 183 del Report.

(8) Paragrafi da 183 a 193 del Report.

(9) C. Garbarino, *Manuale di tassazione internazionale*, IPSOA, 2005, pagg. 315-317; A. Fantozzi e A. Manganelli, «Qualificazione dei redditi prodotti da imprese estere in Italia: applicabilità della normativa sui prezzi di trasferimento nei rapporti tra stabile organizzazione e casa madre», in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, pag. 401.

la funzione di individuare e separare il reddito prodotto in Italia dall'impresa estera. Più specificamente, l'art. 152 del T.U.I.R., in materia di determinazione del reddito imponibile delle società ed enti commerciali non residenti con stabile organizzazione in Italia, richiede che il reddito della stabile organizzazione venga determinato «sulla base di apposito conto economico», specificamente riferito alla gestione della stessa. Al proposito, l'art. 14, quarto comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, prevede espressamente che le società e gli altri enti tassabili non residenti che esercitano attività commerciali in Italia mediante stabile organizzazione abbiano l'obbligo, da un lato, di rilevare nella contabilità «distintamente» i fatti di gestione che interessano ciascuna stabile organizzazione, dall'altro, di determinare «separatamente» i risultati di esercizio relativo ad ognuna di esse. Tale essendo il principio generale, si assiste spesso alla «prassi» dell'Amministrazione finanziaria di determinare presuntivamente il reddito di impresa della stabile organizzazione attraverso la ripartizione del reddito totale della casa madre sulla base del criterio di volta in volta ritenuto più affidabile (10). Si ritiene generalmente che siffatta consuetudine sia legittimata dal disposto del par. 4 dell'art. 7 del Modello (11) che consente la ripartizione dell'utile dell'impresa estera esclusivamente quando tale metodologia di computo del reddito possa effettivamente considerarsi una consolidata consuetudine dello Stato e quando il risultato ottenuto non confligga con i principi contenuti nello stesso art. 7.

Sulla effettiva idoneità di tale metodologia di computo del reddito della stabile a realizzare un risultato che sia conforme a quello che si otterrebbe applicando il principio sancito dal par. 2 dello stesso art. 7, tuttavia, sussistono dei fondati dubbi. Il Report stesso nella versione del 2008, constatando, sul punto, che l'applicazione del metodo in ar-

IL PROBLEMA APERTO

Ripartizione del reddito globale della stabile organizzazione

Si ritiene che la prassi dell'Amministrazione finanziaria italiana di determinare il reddito tassabile della stabile organizzazione mediante una semplice ripartizione del reddito globale dell'impresa estera non sia **legittima**. Ciò in quanto essa sembra **confliggere** con i **principi OCSE** secondo i quali la ripartizione dell'utile dell'impresa estera è consentita esclusivamente quando tale metodologia di computo del reddito possa effettivamente considerarsi una **consolidata consuetudine** dello Stato e quando il risultato ottenuto non confligga con il principio dell'«*arm's length*».

gomento assai difficilmente può portare a risultati coerenti con il principio dell'«*arm's length*» (12), ha affermato la sostanziale mancanza di alcuna necessità della persistenza di una disposizione quale quella in argomento (13). E proprio sulla base di siffatte considerazioni, nel riformulare la lettera dell'art. 7, l'OCSE ha espressamente deciso di eliminare del tutto il testo del precedente par. 4.

Alle luce di queste conclusioni si ritiene di poter affermare che la prassi dell'Amministrazione finanziaria italiana di determinare il reddito tassabile della stabile organizzazione mediante una

semplice ripartizione del reddito globale dell'impresa estera appaia tutt'altro che legittima. Ciò in quanto essa sembra confliggere apertamente con entrambi i citati requisiti espressamente posti dal par. 4 dell'art. 7 dato che, da un lato, non sembra possibile affermare che essa sia una consuetudine consolidata, dall'altro la stessa non sarebbe mai (o quasi mai) idonea a raggiungere risultati coerenti con il principio dell'«*arm's length*».

L'Amministrazione finanziaria, pertanto, anche quando, per aver proceduto a ricostruire a seguito di verifica la presenza di una stabile organizzazione in Italia, non disponga della documentazione contabile richiesta dall'art. 14 del D.P.R. n. 600/1973, non dovrebbe ritenersi legittimata ad allocare presuntivamente parte del reddito prodotto della casa madre. Anche in tale ipotesi, infatti, essa sarebbe tenuta ad uniformarsi alle indicazioni

Note:

(10) Va precisato che siffatta prassi viene adottata soprattutto e in particolare quando l'Amministrazione non dispone della documentazione contabile di supporto per avere ricostruito e supposto l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia di una impresa estera a seguito di accertamento.

(11) C. Romano e R. Russo, «Italian Tax Consequences of Permanent Establishments», in *Bulletin for International Taxation*, 2010, pag. 460.

(12) Par. 295 del Report 2008.

(13) Par. 296 del Report 2008.

dell'OCSE procedendo quindi all'analisi fattuale e funzionale delle attività concretamente svolte dalla stabile organizzazione sulla base degli elementi e dei dati comunque disponibili per poi procedere alla determinazione dei profitti che effettivamente possono considerarsi di competenza della stabile organizzazione e non della casa madre.

Stabile organizzazione

Nel caso in cui siano integrati i requisiti minimi per considerare esistente una stabile organizzazione ai sensi dell'art. 5, par. 5, del Modello, il *Report* sottolinea come il Paese in cui opera l'agente possieda il diritto di assoggettare a tassazione due distinte entità: l'impresa propria dell'agente e la stabile organizzazione vera e propria (14). La conseguenza di tale impostazione è che le transazioni poste in essere tra la casa madre e l'impresa dell'agente dovranno seguire le normali regole in materia di *transfer pricing* secondo l'art. 9 del Modello, mentre l'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione dovrà avvenire mediante la normale applicazione dell'AOA. Il *Report* chiarisce che l'analisi fattuale e funzionale deve evidenziare le funzioni che l'impresa dell'agente svolge per conto dell'impresa non residente allo specifico fine di assegnarle una remunerazione (determinata secondo il valore di mercato) per i servizi che essa svolge (vale a dire le «funzioni») in favore dell'impresa non residente da dedurre dal reddito della stabile organizzazione (15). La questione che nella sostanza viene affrontata è se, a seguito dell'attribuzione di apposite *fees* all'impresa dell'agente dipendente, residui comunque un reddito assoggettabile a tassazione attribuibile alla stabile organizzazione. Il *Report* fornisce una risposta affermativa a tale quesito rigettando espressamente l'impostazione definita *single taxpayer approach*, che vorrebbe che il reddito imponibile delle stabili organizzazioni di cui all'art. 5,

IL PROBLEMA E LA SOLUZIONE

Attribuzione di remunerazioni all'impresa dell'agente dipendente

— Ci si chiede se, nel caso di attribuzione di apposite «fees» all'impresa dell'agente dipendente, residui comunque un **reddito assoggettabile a tassazione attribuibile alla stabile organizzazione**.

— Il «Report» OCSE fornisce una risposta **affermativa, rigettando** espressamente l'impostazione definita «**single taxpayer approach**». Secondo tale metodo il **reddito imponibile** delle stabili organizzazioni costituite dall'agente dipendente deve essere **sempre pari a zero**, posto che nessun altro reddito sarebbe ad esse attribuibile dopo la determinazione della remunerazione dei servizi prestati dall'impresa dell'agente.

par. 5, del Modello deve essere sempre pari a zero, posto che nessun altro reddito sarebbe ad esse attribuibile dopo la determinazione della remunerazione dei servizi prestati dall'impresa dell'agente.

Alla luce di tali considerazioni, se è vero che nell'applicazione dell'AOA è possibile che risulti nel Paese della fonte anche un reddito di ammontare superiore alla semplice commissione di intermediazione che il mercato riconoscerebbe a professionisti indipendenti operanti nelle stesse condizioni, è anche vero che, nell'ipotesi assai frequente in cui le funzioni dell'agente dipendente siano limitate alla mera negoziazione e conclusione dei contratti in nome e per conto dell'impresa non residente e nessuna altra funzione o rischio è da esso assunto, è ben possibile che il reddito attribuibile alla stabile organizzazione sia addirittura inferiore a quelle commissioni di intermediazione. Nulla, infatti, secondo l'AOA, deve impedire alle imprese di organizzare i propri affari nel modo che ritengono più opportuno, allocando in capo alla stabile organizzazione nessuna o poche delle «funzioni». Ne consegue che la tassazione del reddito prodotto deve necessariamente riflettere tale allocazione delle «funzioni».

Note:

(14) Par. 230.

(15) Par. 232.