

## **COMM. TRIB. REGIONALE MILANO - 62/18/2012**

### **MOTIVAZIONE**

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

Negli originari ricorsi (poi riuniti) HSBC aveva dedotto: nullità dell'avviso di accertamento 2003 per mancato rispetto del termine di gg. 60 ex art. 12 co.7 L. n.212/2000; illegittimità di entrambi gli avvisi di accertamento per violazione e falsa applicazione dell'art. 7 Convenzione bilaterale; in subordine: illegittimità di entrambi gli avvisi di accertamento per applicazione di modello di calcolo arbitrario e contrastante con le finalità dell'art. 7 della Convenzione bilaterale; in ulteriore subordine: illegittimità delle sanzioni irrogate per obiettiva incertezza sull'interpretazione e ambito applicativo delle disposizioni che l'Ufficio assume violate.

La sentenza di primo grado, ritenuto assolto l'onere probatorio gravante sulla parte ricorrente, aveva annullato, con spese compensate, entrambi gli avvisi di accertamento, ritenendoli infondati in quanto privi del "necessario presupposto impositivo".

L'Ufficio appellante, censurando la sentenza impugnata per carenza di motivazione, ha riproposto ed argomentato in merito alla correttezza del proprio operato.

L'appellata ha controdedotto rilevando che la sentenza impugnata aveva colto il punto decisivo della lite, ossia la mancanza del presupposto impositivo a sostegno della pretesa dell'Ufficio, non rinvenibile nel complesso normativo, lamentando il progressivo ampliamento del thema decidendum, dapprima centrato sull'art. 7 Convenzione e art. 23 TUIR, poi indebitamente esteso coi riferimenti all'art. 109 co.5 TUIR e art. 110 TUIR, a riprova della incertezza nell'individuare una base giuridica anche solo astrattamente idonea a supportare la pretesa contenuta negli avvisi di accertamento per cui è causa. L'appellata ribadiva quindi le proprie argomentazioni per cui la pretesa dell'Ufficio si basa su una ricostruzione argomentativa arbitraria e priva di fondamento giuridico.

All'esito di pubblica udienza, in cui le parti hanno illustrato le proprie posizioni insistendo nelle rispettive conclusioni, la Commissione osserva anzitutto che non appare ravvisabile il vizio di motivazione dedotto dall'Ufficio. Invero, la sentenza impugnata ha condiviso le doglianze della ricorrente, sostanziando la motivazione nel punto finale di ritenuta mancanza del necessario presupposto impositivo.

Quanto all'eccepito mancato rispetto del termine di gg. 60 ex art. 12 co.7 L. n.212/2000, basta osservare che l'avviso di accertamento contiene la motivazione della urgenza in considerazione dei "ristrettissimi tempi" rimasti "prima della decadenza dell'azione accertatrice", onde non vi è nullità (cfr. Cass., Sez. V, 3.11.2010 n. 22320).

Nel merito, è incontestato che HSBC BANK PLC, società di diritto inglese esercente attività bancaria, opera in Milano con una propria succursale qualificabile ai fini delle imposte sui redditi come "stabile organizzazione" e quindi come centro di imputazione dei redditi di impresa.

Le succursali di banche comunitarie non sono obbligate ad attenersi alle istruzioni della Banca d'Italia di cui al Titolo IV Circ. n.229/1999 (Vigilanza regolamentare - Concentrazione dei rischi), né sono soggette alla disciplina sull'autorizzazione all'esercizio di attività bancaria in Italia, ai cui fini occorre un capitale iniziale minimo di almeno €6,3 mil. per le s.p.a.

Dunque, è pacifico che nella fattispecie la Branch ha svolto attività bancaria in Italia, nel 2003 e 2004, in conformità alla disciplina regolamentare dettata dalla Banca d'Italia, senza disporre di alcun "fondo di dotazione".

Orbene, l'Ufficio non muove contestazioni al riguardo, rilevando però la diversità dell'aspetto civilistico rispetto a quello fiscale.

In tal senso, l'Ufficio richiama l'art. 7 co.2 della Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni (ratificata con L. n.329/1990), ai sensi del quale: "Fatte salve le disposizioni del paragrafo 3, quando un'impresa di uno Stato contraente svolge la sua attività nell'altro Stato `contraente per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, in ciascuno Stato contraente vanno attribuiti a detta stabile organizzazione gli utili che si ritiene sarebbero stati da essa conseguiti se si fosse trattato di una impresa distinta e separata svolgente attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe e in piena indipendenza dall'impresa di cui essa costituisce una stabile organizzazione e da altre imprese associate".

Con riferimento all'art. 7, il Commentario alla Convenzione elaborato dall'OCSE (seppure non cogente) chiarisce che la stabile organizzazione debba essere dotata "di una struttura patrimoniale appropriata sia per l'impresa, sia per le funzioni che esercita. Per tali ragioni, il divieto di dedurre le spese connesse ai finanziamenti interni - ossia quelli che costituiscono mera attribuzione di risorse proprie della casa madre- dovrebbe continuare ad applicarsi in via generale" (paragrafo 18.3 del Commentario).

La Convenzione dunque estende alle Branch il principio di libera concorrenza.

Da queste premesse, l'Ufficio ha individuato gli utili e le perdite conseguibili da un potenziale concorrente della Branch sulla base delle norme e delle indicazioni operative dettate per gli istituti di credito che operano in Italia, considerando che le deroghe o mitigazioni alle regole di vigilanza in precedenza ricordate valgano ai soli fini civilistici (in quanto si basano sulla circostanza che i rischi connessi ai crediti erogati dalla branch sono garantiti in tutto o in parte dalla casa madre), ma non ai fini fiscali.

L'Ufficio ha quindi ravvisato l'indebita deduzione dei seguenti componenti negativi di reddito: 1) interessi passivi per € 147.634 nel 2003 e per € 143.302 nel 2004 su finanziamenti ricevuti dalla casa madre; 2) perdita su crediti indeducibile per € 9.609.545 nel 2003 e per € 3.330.382 nel 2004.

Quanto al primo punto (interessi passivi), l'Ufficio ha constatato che la Branch concede linee di credito con finanziamenti ricevuti dalla casa madre ad un tasso pari all'Euribor, applicando ai prestiti erogati ai clienti un tasso d'interesse pari all'Euribor maggiorato di una spread. Secondo l'Ufficio tuttavia, la Branch, non disponendo di proprie risorse finanziarie, ha indebitamente trasferito alla casa madre, sotto forma di interessi passivi sui finanziamenti ricevuti da quest'ultima, gran parte dei proventi (interessi attivi) derivanti dai prestiti erogati in Italia.

Poiché il Commentario alla Convenzione elaborato dall'OCSE, dianzi citato, chiarisce che la Branch debba essere dotata di risorse e patrimoni appropriati, essa, come qualsiasi impresa indipendente, deve disporre di un proprio fondo di dotazione che, ai fini fiscali, può anche essere "figurativo"; e questo è indispensabile, proprio alla luce dell'art. 7 Convenzione, per garantire il rispetto del principio di libera concorrenza (altrimenti le branch godrebbero di un ampio vantaggio competitivo rispetto alle Banche con sede in Italia). In altre parole, possono essere dedotti dalla Branch solo gli interessi passivi che un'impresa indipendente avrebbe pagato se avesse potuto disporre di un fondo di dotazione adeguato.

Nella fattispecie, l'Ufficio ha ritenuto deducibili solo gli interessi passivi maturati su un ammontare eccedente il fondo di dotazione figurativamente quantificato nel minimo previsto di € 6,3 mil.

Quanto al secondo punto (perdita su crediti), l'Ufficio ha constatato che la Branch ha registrato una perdita su crediti di € 13.508.185 nel 2003 e di € 4.719.882 nel 2004, riferibili pressoché interamente a prestiti concessi a Parmalat s.p.a.

L'Ufficio ha rilevato che qualsiasi impresa indipendente per operare nell'ambito dei prestiti alla clientela deve sottostare alle indicazioni della Banca d'Italia in materia di vigilanza; in particolare la Circ. n.229/1999 detta specifiche istruzioni al par.I, sez.I, titolo IV, secondo le quali per le posizioni di rischio è fissato un limite individuale, per cui "Le singole banche appartenenti a gruppi bancari sono sottoposte a un limite individuale pari al 40% del proprio patrimonio di vigilanza". Detta disposizione individua la soglia massima di rischio che può assumersi una banca indipendente operante in Italia.

Nella fattispecie, l'entità della esposizione della Branch verso Parmalat al momento della dichiarazione di insolvenza di questa (pari ad € 18.174.135) avrebbe comportato, sulla base del limite individuale, che ove la Branch fosse stata un soggetto indipendente, avrebbe dovuto disporre di un patrimonio di vigilanza pari ad € 45.453.337. Tuttavia, non avendo la Branch un fondo di dotazione, aveva potuto erogare finanziamento a Parmalat solo perché la casa madre aveva assunto il relativo rischio attraverso il proprio patrimonio di vigilanza.

Secondo l'Ufficio dunque, la Branch, in mancanza di un patrimonio congruo, ha trasferito indebitamente alla casa madre sotto forma di interessi passivi, gran parte dei proventi (interessi attivi) conseguiti dal credito erogato. E poiché nel 2003 e 2004 la Branch ha retrocesso alla casa madre il 71,18% dei profitti maturati sul credito Parmalat, nella stessa misura devono essere attribuiti alla casa madre gli oneri connessi al credito in esame, in virtù del principio di correlazione fra costi e ricavi. Con la conseguenza che la perdita verso Parmalat deve essere imputata alla Branch nella misura corrispondente al

profitto dichiarato in Italia (28,82% degli interessi attivi) mentre è indeducibile l'ulteriore perdita su crediti imputabile alla casa madre.

L'appellata HSBC replica che, secondo l'incongruo ragionamento dell'Ufficio, la Branch avrebbe dovuto "fingere" di disporre di un fondo di dotazione ed avrebbe dovuto fare riferimento alla disciplina della concentrazione dei rischi (di cui alla Circ. n. 229/1999 cit.) quale limite implicito alla deducibilità delle perdite da inesigibilità del credito vantato nei confronti di Parmalat. Cosicché la Branch pur dispensata dall'applicazione della disciplina avrebbe comunque dovuto tenerne conto ai fini della determinazione del proprio risultato imponibile.

L'appellata sostiene quindi la mancanza di base giuridica degli avvisi di accertamento per cui è causa e l'assenza nel diritto tributario italiano di norme in materia di determinazione del reddito delle stabili organizzazioni italiane di società estere compatibili con la tesi dell'Ufficio.

Tale base giuridica non sarebbe rinvenibile nell'art. 23 TUIR, avente la sola funzione di individuare il presupposto territoriale in virtù del quale si giustifica l'assoggettamento a tassazione dei redditi prodotti dai soggetti non residenti, mentre l'individuazione delle modalità tecniche di determinazione dell'imponibile è demandata alla disciplina delle singole categorie reddituali contenuta nel TUIR. Né sarebbe rinvenibile nell'art. 7 Convenzione, che non può direttamente ed autonomamente determinare la emersione di maggior imponibile. Le convenzioni in materia di doppia imposizione tendono ad eliminare le sovrapposizioni dei sistemi fiscali nazionali e non introducono fattispecie o presupposti impositivi ulteriori rispetto alle norme tributarie interne. Per altro verso, le disposizioni delle convenzioni intervengono sempre e soltanto in favore del contribuente, al fine di limitare il potere impositivo dello Stato che intenda assoggettare ad imposta, in base alla propria legislazione interna, un presupposto impositivo da esso realizzato.

Ad avviso della Commissione, occorre muovere dalla condivisibile considerazione svolta dall'Ufficio per cui sotto il profilo giuridico la stabile organizzazione non è un'entità autonoma e distinta rispetto alla casa madre della quale costituisce una mera diramazione amministrativa, ma dal punto di vista fiscale è considerata un'entità separata.

La stabile organizzazione rappresenta un centro di imputazione di situazioni giuridiche dell'impresa non residente, sia per la definizione del presupposto dell'imposta, sia per gli obblighi strumentali all'applicazione del tributo. Il concetto di stabile organizzazione viene utilizzato per determinare il diritto di uno Stato contraente di assoggettare a tassazione gli utili di un'impresa avente sede nell'altro Stato contraente.

Questa prospettiva è finalizzata a consentire allo Stato in cui la stabile organizzazione è localizzata di esercitare i propri diritti impositivi sul reddito prodotto nel proprio territorio. Appare allora evidente l'interesse dello Stato in cui si trova la stabile organizzazione a valutare il rapporto esistente tra l'indebitamento ed i mezzi propri ad essa attribuiti. L'insufficienza dei mezzi propri rispetto alla struttura patrimoniale ed alla attività esercitata, infatti, può determinare un eccessivo indebitamento della stabile organizzazione e, in definitiva, un trasferimento di reddito a beneficio dello Stato di residenza della casa madre.

L'art. 7 della Convenzione ratificato con L. n.329/1990 detta un principio coerente con quanto sopra esposto, alla luce del quale non pare potersi ritenere che una disciplina normativa di rango inferiore sia idonea a vanificare i presupposti impositivi validi per una impresa distinta e separata svolgente attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe a cui la stabile organizzazione deve essere equiparata.

In tal senso la prospettiva appare invertita rispetto a quella proposta dall'appellata. Non si tratta di attribuire all'art. 7 della Convenzione la determinazione di presupposti impositivi per la emersione di maggior imponibile. Si tratta invece di negare che una regolamentazione derogatoria giustificata da ragioni extratributarie valga a ridisegnare presupposti impositivi di favore, altresì contrari al principio di libera concorrenza (in quanto si creerebbe notevole squilibrio nei rapporti concorrenziali fra istituti bancari operanti sul territorio nazionale).

La questione dunque (per stare al caso specifico della contestata deducibilità degli interessi passivi), non è se esista o meno una norma che imponga un determinato fondo di dotazione come richiesto dalla Banca d'Italia, ma come devono essere trattati gli interessi passivi dedotti dalla stabile organizzazione quando sia acclarato che, per mancanza di adeguato fondo di dotazione e per il conseguente elevato indebitamento, l'attività bancaria svolta in Italia è possibile solo grazie ai capitali erogati dalla casa madre.

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

Nella fattispecie, la congruità del fondo di dotazione dal punto di vista fiscale appare rispettata con riferimento ai limiti previsti per le imprese esercenti attività bancaria.

Gli avvisi di accertamento per cui è causa sono motivati con puntuale precisione.

L'evocazione da parte dell'Ufficio nelle proprie argomentazioni di varie norme del TUIR non denota una prospettazione perplessa o incerta, ma semmai il richiamo a principi di riferimento a sostegno della prospettazione stessa.

L'art. 23 co. 1 lett. e) TUIR già menzionato negli avvisi di accertamento enuncia l'applicazione dell'imposta ai non residenti, con riferimento alle stabili organizzazioni. L'art. 109 TUIR evoca il principio di correlazione fra costi e ricavi, già pure menzionato negli avvisi di accertamento. L'art. 110 co.7 TUIR evoca il principio di libera concorrenza. Ai sensi di detta norma, i componenti del reddito, derivanti da operazioni intercompany con società non residenti nel territorio dello Stato, sono valutati in base al "valore normale" dei beni ceduti e dei servizi ricevuti. Tale valore può essere identificato con il prezzo di libera concorrenza, cioè con il prezzo che sarebbe stato pattuito per transazioni similari da imprese indipendenti. In tal senso quindi, si avvalora il principio di equiparazione del trattamento fiscale fra le imprese esercenti attività bancaria, con la determinazione del fondo di dotazione figurativo per non privilegiare fiscalmente le imprese sottocapitalizzate.

Sulla base delle considerazioni finora svolte, i calcoli dettagliatamente eseguiti negli avvisi di accertamento appaiono immuni da censure.

Quanto infine alle sanzioni, si osserva che in tema di sanzioni amministrative per violazione di norme tributarie, l'incertezza normativa obiettiva, che costituisce causa di esenzione del contribuente dalla responsabilità amministrativa tributaria, postula una condizione di inevitabile incertezza sul contenuto, sull'oggetto e sui destinatari della stessa norma tributaria, ossia l'insicurezza ed equivocità del risultato conseguito attraverso la sua interpretazione. Ciò che tuttavia non equivale ad una controvertibilità

delle interpretazioni, altrimenti dovendosi ritenere applicabili le sanzioni soltanto in caso di lite temeraria.

In riforma della impugnata sentenza pertanto, i ricorsi originari proposti dalla contribuente devono essere respinti.

La mancanza di orientamenti giurisprudenziali consolidati sul tema di causa giustifica la compensazione delle spese processuali di entrambi i gradi di giudizio.

**P.Q.M.**

La Commissione accoglie l'appello dell'Ufficio e, in riforma della impugnata sentenza, respinge gli originari ricorsi della contribuente HSBC BANK PLC. Dichiarà compensate le spese processuali di entrambi i gradi di giudizio.