

23 Agosto 2010, ore 09:32

Nuovo art. 7, le linee guida interpretative

Attribuzione del reddito alla stabile organizzazione: il rapporto OCSE 2010

In data 22 luglio 2010, è stato pubblicato il documento OCSE "2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments" il quale contiene le linee guida per l'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione ai sensi dell'art. 7 del Modello OCSE. La versione 2010 segue quella del 2008, della quale peraltro riflette contenuto e conclusioni.

di Caterina Alagna, Salvatore Mattia - Valente Associati GEB Partners

Premessa

Il "2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments" ("Rapporto") è stato pubblicato dall'OCSE in concomitanza con l'approvazione del documento che reca le modifiche alla versione del 2008 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni ("Modello OCSE"). Il Rapporto contiene le linee guida interpretative del nuovo art. 7 e relativo Commentario del Modello OCSE (riguardanti, appunto, l'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione) e non influisce sui criteri di individuazione della sede fissa di affari ai sensi dell'art. 5 del Modello OCSE.

Il documento si compone di quattro Parti:

- la Parte I effettua considerazioni generali in merito all'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione, a prescindere dal settore di attività in cui l'impresa opera;
- la Parte II illustra l'applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione con riferimento all'attività bancaria;
- la Parte III effettua considerazioni speciali sull'applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione alle imprese che svolgono attività di trading di strumenti finanziari;
- la Parte IV effettua considerazioni speciali sull'applicazione dei criteri di determinazione del reddito delle stabili organizzazioni delle compagnie di assicurazione.

Considerazioni generali sull'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione

La Parte I del Rapporto è incentrata sull'interpretazione ed applicazione dell'art. 7 del Modello OCSE, nella versione del 2010. In particolare, il nuovo paragrafo 2 dell'articolo prevede che nel determinare il reddito at arm's length da attribuire alla stabile organizzazione bisogna tenere conto delle "functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise". Il reddito imputabile alla stabile organizzazione è quello che quest'ultima "might be expected to make if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions". Il Rapporto precisa che la determinazione del reddito della stabile organizzazione implica il calcolo dei profitti (o delle perdite) derivanti da tutte le attività, incluse le transazioni con parti indipendenti, le transazioni con parti correlate e i "dealings" con le altre parti dell'impresa (cd. "functionally separate entity approach").

L'applicazione del cd. "functionally separate entity approach" nell'interpretazione del paragrafo 2 dell'art. 7 richiede un'analisi che contempla due distinti steps. Nel primo step, si ipotizza che la stabile organizzazione sia una entità giuridica separata ed indipendente; nel secondo step, si determina il reddito dell'"ipotizzata" entità separata ed indipendente sulla base di un'analisi di comparabilità.

In particolare, il primo step implica una "functional and factual analysis" diretta a:

- attribuire alla stabile organizzazione diritti ed obblighi derivanti dalle transazioni che coinvolgono l'impresa di cui la medesima stabile organizzazione è parte;
- individuare gli assets "economicamente posseduti" e/o utilizzati dalla stabile organizzazione;
- attribuire alla stabile organizzazione i rischi inerenti alle funzioni svolte (e da individuarsi), tenendo altresì in considerazione l'eventuale trasferimento dei medesimi

rischi o della loro gestione ad altre “parts” dell’impresa o ad altre imprese; attribuire alla stabile organizzazione cd. “free capital” (i.e., “funding that does not give rise to a tax deductible return in the nature of interest”), al fine di assicurare un’imputazione di reddito alla stabile organizzazione nel rispetto del principio dell’arm’s length;

- riconoscere eventuali “dealings” tra la stabile organizzazione e l’impresa di cui è parte, sulla base dei seguenti principi:
 - i “dealings” tra la stabile organizzazione e l’impresa dovrebbero essere remunerati sulla base dell’assunto secondo cui entrambe sono dotate del medesimo “creditworthiness”;
 - l’impresa non dovrebbe garantire il “creditworthiness” della stabile organizzazione e, specularmente, quest’ultima non dovrebbe garantire il “creditworthiness” dell’impresa.

Il secondo step prevede la determinazione del prezzo at arm’s length - ed in conformità con le Linee Guida dell’OCSE in materia di transfer pricing - dei “recognised dealings”, mediante:

- la determinazione della comparabilità tra i suindicati “dealings” e le “uncontrolled transactions”;
- la selezione ed applicazione del metodo di determinazione del prezzo più appropriato, tenendo in considerazione le funzioni svolte, gli assets posseduti e i rischi attribuiti alla stabile organizzazione.

L’applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione con riferimento all’attività bancaria

La Parte II del Rapporto illustra le modalità di applicazione del cd. “functionally separate entity approach” alle imprese che svolgono attività bancaria per il tramite di una stabile organizzazione.

Nello svolgimento della “functional and factual analysis” bisogna tenere in considerazione le funzioni svolte, gli assets utilizzati, i rischi assunti e il “capital and funding”, i quali, nel settore bancario, presentano alcune peculiarità. Tra le funzioni svolte, il Rapporto individua:

- le funzioni relative alla creazione di un nuovo “financial asset” (loan): sales/marketing, sales/trading, trading/treasury, sales/support;
- le funzioni riguardanti la gestione di un “financial asset” esistente (loan): loan support, monitoraggio dei rischi assunti, treasury, sales/trading;
- key entrepreneurial risk-taking functions, relative alla creazione e alla successiva gestione di un finanziamento;
- funzioni di supporto o di back-office.

Con riferimento agli assets utilizzati, il Rapporto rileva come gli istituti bancari normalmente utilizzano “physical assets”, quali locali e materiale informatico. Gli Stati membri dell’OCSE in genere concordano nell’utilizzare il “place of use” quale criterio per l’attribuzione della proprietà economica dei “tangible assets”. La “functional and factual analysis” dovrebbe inoltre tenere in considerazione l’utilizzazione di eventuali “intangible assets”. Nel settore bancario, un intangibile molto diffuso è rappresentato dalla denominazione, dalla reputazione, dal marchio o logo dell’istituto bancario (cd. “marketing intangible”). Altri rilevanti intangibles assumono la caratteristica di “trade intangibles” e sono rappresentati, ad esempio, dai sistemi per la massimizzazione di un uso efficiente di “regulatory capital” e per il monitoraggio delle varie tipologie di rischi.

Nel settore in commento, la valutazione dei rischi assume primaria importanza. Nello svolgimento della “functional and factual analysis” vengono in considerazione soprattutto i seguenti rischi, assunti nella concessione dei finanziamenti:

- credit risk: rischio di inadempimento da parte del cliente, con riferimento al pagamento della somma capitale e degli interessi;
- market interest rate risk: rischio di rilevante variazione del tasso di interesse applicato al momento della concessione del finanziamento;
- market foreign exchange risk: rischio di rilevante variazione del tasso di cambio applicato al momento della concessione del finanziamento.

Il Rapporto precisa infine che devono essere identificati tutti i rischi connessi all’attività bancaria, inclusi i cd. off-balance sheet risks.

Il capitale riveste importanza fondamentale per gli istituti bancari in ragione dei rischi da questi

assunti. Esso individua la capacità della banca di assorbire le eventuali perdite connesse alla “materializzazione” dei rischi assunti. Per tale ragione la “functional and factual analysis” non può prescindere dall’esame delle questioni relative all’adeguatezza e all’attribuzione del capitale.

L’applicazione dei criteri di determinazione del reddito della stabile organizzazione alle imprese che svolgono attività di trading di strumenti finanziari

La Parte III del Rapporto prende in considerazione il “global trading” di strumenti finanziari, attività normalmente svolta dagli istituti finanziari, anche diversi dalle banche. Essa illustra, in particolare, le linee guida per l’applicazione degli artt. 7 e 9 del Modello OCSE al “global trading”.

Innanzitutto, viene fornita la definizione di “global trading”, intesa quale attività che include:

- “underwriting and distributing products” su base globale;
- “acting as market-maker in physical securities” e strumenti derivati;
- “acting as a broker” nel contesto di transazioni su “stock” e “commodities exchanges”;
- lo sviluppo di nuovi prodotti in ragione delle esigenze delle istituzioni finanziarie.

Il reddito derivante dallo svolgimento delle suindicate attività consiste principalmente in dividendi ed interessi, “trading gains”, ricavi da “notional principal contracts” e derivati, fees connessi alla realizzazione di transazioni, ecc..

Ai fini della “functional and factual analysis” nel settore del “global trading” bisogna tenere in considerazione, precisa il Rapporto, le funzioni svolte dal personale dell’ente (cd. “people functions”), gli assets utilizzati, i rischi assunti nello svolgimento delle funzioni stesse, il “capital and funding”. Le “people functions” sono sostanzialmente le seguenti:

- sales e marketing;
- gestione del trading risk e del day-to-day risk;
- treasury;
- supporto e back office.

Con riferimento agli assets utilizzati - e in analogia a quanto previsto per l’attività bancaria - il Rapporto rileva come le “global trading firms” normalmente utilizzano “physical assets”, quali locali, sistemi di comunicazione (“computer hardware”) e materiale informatico. Gli Stati membri dell’OCSE in genere concordano nell’utilizzare il “place of use” quale criterio per l’attribuzione della proprietà economica dei “tangible assets”. La “functional and factual analysis” dovrebbe inoltre tenere in considerazione l’utilizzazione di eventuali “intangible assets”. Nel settore del “global trading” - come nel settore bancario - un intangibile molto diffuso è rappresentato dalla denominazione, dalla reputazione, dal marchio o logo della “global trading firm”. Siffatto intangibile peraltro assume una certa rilevanza ai fini dello svolgimento della funzione di marketing. Altri rilevanti intangibles assumono la caratteristica di “manufacturing intangibles” e sono rappresentati, ad esempio, dai sistemi software per la valorizzazione degli strumenti finanziari con riferimento ai potenziali deals con terze parti.

I rischi assunti dalla “global trading firm” sono una componente fondamentale dell’analisi funzionale e di comparabilità. Sono insiti all’attività di “global trading” i seguenti rischi:

- credit risk, il quale sorge al momento della conclusione della transazione con il cliente;
- market risk, il quale è connesso a variazioni sensibili riguardanti il tasso di cambio, il tasso di interesse, gli “equity prices” o “commodity prices”;
- operational risks, definiti quali rischi di “direct or indirect loss resulting from inadequate or failed internal processes, people and systems or from external events”.

Analogamente a quanto previsto per l’attività bancaria, devono essere identificati tutti i rischi connessi al “global trading”, inclusi i cd. off-balance sheet risks.

Creditworthiness ed adeguatezza del capitale sono, infine, due fattori cruciali per lo svolgimento dell’attività di “global trading” da parte delle istituzioni finanziarie. Per tale motivo, devono essere presi in considerazione ai fini della “functional and factual analysis”.

L’applicazione dei criteri di determinazione del reddito delle stabili organizzazioni delle compagnie di assicurazione

La Parte IV del Rapporto esamina l’attività di assicurazione, la quale viene definita quale

“business of accepting obligations or liabilities” con riferimento ad una perdita incerta e derivante dalla realizzazione di uno o più eventi al di fuori del controllo del soggetto assicurato. In tale ambito, è possibile distinguere, secondo quanto previsto dal Rapporto:

- “life and health industry”;
- “property and casualty industry”;
- “reinsurance industry”.

Nell’ambito dell’attività di assicurazione tradizionale, rilevano le seguenti funzioni:

- sviluppo e gestione del prodotto, che implica lo svolgimento di attività quali ricerche di mercato, raccolte statistiche, valutazione sull’estensione della copertura assicurativa, calcolo dei premi in ragione delle caratteristiche della copertura assicurativa, ecc.;
- sales e marketing, che include l’identificazione ed analisi delle esigenze della clientela;
- underwriting insurance risk, quale processo di classificazione, selezione e pricing del rischio assicurato;
- risk management e riassicurazione;
- contract and claims management;
- asset management, che comprende le attività di investment management e asset/liability management;
- attività di supporto (treasury, regulatory compliance, back office, loss control, ecc.).

Con riguardo agli assets, da prendere in considerazione ai fini della “functional and factual analysis”, il Rapporto precisa che nel settore dell’attività di assicurazione rilevano i cd. “investment assets” i quali generano ricavi sotto forma di interessi, dividendi, rents e capital gains. Gli “investment assets” includono debt instruments, stocks, derivati, proprietà immobiliari, policy loans e cash.

Le compagnie di assicurazione utilizzano inoltre “physical assets”, quali, ad esempio, uffici ed information processing centres. Nello svolgimento della “functional and factual analysis” pertanto è necessario individuare quali “non-investment assets” sono utilizzati dalla stabile organizzazione.

I rischi connessi all’attività di assicurazione presentano delle peculiarità in quanto, oltre ai cd. “direct business risks”, sono presenti anche le cd. “technical liabilities”, relative a calcoli statistici e probabilistici. Mentre il rischio di assicurazione è rappresentato dal “potential for the amount or timing of actual claims cash flow”, diverso dal cash flow previsto, i rischi connessi alle attività di investimento includono invece:

- il market risk o investment yield risk;
- il credit risk;
- il concentration risk (derivante da una disponibilità limitata dei veicoli di investimento domestici).

Ulteriori tipologie di rischio sono rappresentate dai rischi associati all’attività di risk management e riassicurazione, dal rischio di cambio, dal rischio di liquidità, dal rischio reputazionale.

2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments