

Civile Ord. Sez. 5 Num. 22545 Anno 2022

Presidente: SORRENTINO FEDERICO

Relatore: ANGARANO ROSANNA

Data pubblicazione: 18/07/2022

IRES
ACCERTAMENTO

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 21427/2014 R.G. proposto da:

AGENZIA DELLE ENTRATE, in persona del Direttore *pro tempore*,
elettivamente domiciliata in Roma Via dei Portoghesi 12, presso
l'Avvocatura generale dello Stato che la rappresenta e difende

– ricorrente –

STARBAG AG – SEDE SECONDARIA ITALIANA, elettivamente
domiciliata in Roma, via degli Scipioni, n. 288, presso l'Avv. Michela
Reggio d'Acì e rappresentata e difesa da quest'ultima e dall'Avv. Renate
Holzeisen

– controricorrente –

avverso la sentenza della COMM.TRIB. DI SECONDO GRADO DI
BOLZANO n. 39/1/14, depositata il 27/05/2014.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 7 giugno 2022
dal consigliere Rosanna Angarano.

Rilevato che:

1. L'Agenzia delle Entrate ricorre, con quattro motivi, nei confronti della Strabag Ag – sede secondaria italiana, che resiste con controricorso, avverso la sentenza in epigrafe che ha accolto l'appello proposto dalla contribuente avverso la sentenza della Commissione Tributaria di primo grado di Bolzano di rigetto del ricorso avverso gli avvisi di accertamento (nn. TBA3A101581-2010 e TBA030A101603-2010) con i quali, per gli anni di imposta 2005 e 2006, erano stati recuperati a tassazione maggiori redditi ai fini Ires.

2. L'Ufficio riteneva non detraibili spese di gestione per oneri finanziari, per un totale di euro 749.015,19, corrisposti dalla società in oggetto – qualificabile, ai fini fiscali, come «Stabile Organizzazione» (di seguito SO) della società austriaca Strabag AG – alla casa madre. Assumeva, in proposito, che la situazione patrimoniale effettiva della SO, in ragione di quanto previsto dell'art. 7 della Convenzione Italia - Austria del 29 giugno 1981, ratificata dalla legge 18 ottobre 1984, n. 762, non consentiva la deducibilità fiscale degli interessi passivi, atteso che, come emergeva dal bilancio, la stessa non disponeva di capitale proprio e presentava un disavanzo del patrimonio netto – pari ad euro 7.735.956,00 per l'anno 2006 e ad euro 6.727.045,00 per l'anno 2005 – in ragione del quale non avrebbe potuto «presentare un indebitamento equiparabile sul libero mercato dei capitali».

3. La Commissione di primo grado di Bolzano rigettava il ricorso della contribuente.

Evidenziava che la SO non disponeva di alcun fondo di dotazione, nemmeno figurativo, non essendovi dati oggettivamente verificabili; che la stessa, per gli anni di imposta cui si riferiva l'accertamento, si trovava in una situazione patrimoniale negativa che non le avrebbe consentito di ottenere sul libero mercato alcun finanziamento corrispondente a quello erogato, al quale solo la casa madre aveva

avuto acceso; che, pertanto, non poteva portare in deduzione i relativi interessi.

4. La Commissione di secondo grado di Bolzano accoglieva l'appello proposto dalla contribuente.

Assumeva che la direttiva n. 32 del 22/09/1980, depositata dalla Agenzia delle Entrate, non vietava il prestito dalla casa madre alla sede operativa, ma solo la corresponsione di interessi di importo più elevato rispetto al normale; che l'avviso di accertamento non chiariva se gli interessi corrisposti dalla SO si riferissero ad un prestito puramente interno, non consentito, oppure ad un prestito assunto dalla casa madre anche per la sede operativa; che l'Ufficio non aveva contestato l'ammontare del tasso di interesse, bensì tutti gli interessi, calcolati come spese di gestione negli anni 2005 e 2006; che l'Ufficio si era appellato alle disposizioni vigenti a livello internazionale, che tuttavia non contenevano alcuna indicazione precisa o norma al riguardo; che l'Ufficio non aveva messo in discussione l'esistenza di un capitale proprio, anche solo figurativo, della SO sulla base delle spese di gestione emerse dai bilanci; che, in mancanza di precise disposizioni internazionali e di elementi di prova, poteva essere utilizzato, come proposto dall'appellante, per il calcolo del fondo di dotazione figurativo il capitale minimo di euro 120.000,00, previsto in Italia per una società per azioni come capitale proprio minimo della sede operativa italiana ai sensi del principio noto come *arm's length principle*.

5. La controricorrente ha depositato memoria.

Considerato che:

1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ., la violazione dell'art. 132, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ., dell'art. 118 disp. att. cod. proc. civ., degli artt. 36, comma 2, n. 4, e 61 d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

In particolare censura la sentenza impugnata per non aver esplicitato sia *l'iter* logico giuridico seguito per pervenire alle conclusioni rassegnate sia i motivi e le ragioni della decisività di tali circostanze rispetto al *thema decidendum*.

2. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 5 cod. proc. civ., l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti, rappresentato «dalla sussistenza dei presupposti necessari per la deduzione da parte di una stabile organizzazione degli interessi passivi relativi ai finanziamenti concessi dalla società madre».

3. Con il terzo motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ., violazione dell'artt. 112 cod. proc. civ., degli artt. 18 e 53 d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, dell'art. 3 legge 7 agosto 1990, n. 241, dell'art. 42 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, dell'art. 7 legge 27 luglio 2000, n. 212.

In particolare, la ricorrente censura la sentenza impugnata per aver annullato l'avviso di accertamento sulla base di un motivo di illegittimità mai dedotto dal contribuente, né nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado né in appello, e ravvisato nella carenza di motivazione dell'avviso impugnato che non precisava se gli interessi oggetto di contestazione si riferissero ad un mero prestito interno, non permesso, oppure ad un prestito assunto dalla casa madre, in proprio, anche per le filiali.

4. Con il quarto motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2327 e 2697 cod. civ., degli artt. 14, 23, 39, comma 1, lett. d), 40 e 41-*bis* d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, degli artt. 5 e 7 della Convenzione Italia-Austria del 29 giugno 1981, ratificata dalla legge 18 ottobre 1984, n. 762, degli artt. 96, 109, 151, 152 e 162 d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

In particolare, censura la sentenza impugnata per aver escluso che l'Amministrazione potesse contestare la deducibilità degli interessi passivi sulla base di una verifica in concreto dell'adeguatezza dei mezzi propri rispetto alla struttura patrimoniale ed alla attività esercitata; per aver ritenuto che fosse onere dell'Amministrazione fornire la prova dell'insussistenza dei presupposti per la legittima imputazione delle componenti negative *de quibus*; per aver attribuito valore vincolante al contenuto del commentario OCSE e ad una Risoluzione Ministeriale, anziché decidere la fattispecie alla luce delle disposizioni di legge e dei principi generali relativi alla determinazione del reddito d'impresa.

5. Va preliminarmente rigettata l'eccezione, sollevata dalla controricorrente, di inammissibilità del quarto motivo di ricorso per genericità.

5.1. Questa Corte, in tema di contenzioso tributario, ha affermato che la mancanza o l'assoluta incertezza dei motivi specifici dell'impugnazione, le quali, ai sensi dell'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 546 del 1992, determinano l'inammissibilità dell'appello, non sono ravvisabili qualora il gravame, benché formulato in modo sintetico, contenga una motivazione interpretabile in modo inequivoco, potendo gli elementi di specificità dei motivi ricavarsi, anche per implicito, dall'intero atto di impugnazione, considerato nel suo complesso, comprese le premesse in fatto, la parte espositiva e le conclusioni; ciò in quanto la norma citata deve essere interpretata restrittivamente, in conformità all'art. 14 disp. prel. cod. civ., trattandosi di disposizione eccezionale che limita l'accesso alla giustizia, dovendosi pertanto consentire, ogni qual volta nell'atto sia comunque espressa la volontà di contestare la decisione di primo grado, l'effettività del sindacato sul merito dell'impugnazione (Cass. 14/10/2021, n. 27961, Cass. 21/07/2020, n. 15519).

5.2. Il motivo contiene puntuale indicazione delle norme di cui la sentenza impugnata non avrebbe fatto corretta applicazione e dei passi della motivazione non conformi alle medesime. Il motivo, pertanto, illustra quanto necessario a porre il giudice di legittimità in condizione di cogliere il significato e la portata delle censure sollevate.

6. Il primo ed il quarto motivo, da esaminarsi congiuntamente in quanto connessi, sono fondati.

6.1. Questa Corte, occupandosi della Convenzione tra l'Italia e il Regno Unito, in tema di doppia imposizione, (stipulata il 21 ottobre 1988 e ratificata dalla legge 5 novembre 1990, n. 329), ha precisato che:

- la SO, dal punto di vista fiscale, è un'entità distinta ed autonoma rispetto alla casa madre, i cui redditi, prodotti nel territorio dello Stato, sono assoggettati ad imposta, ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. e), d.P.R. n. 917 del 1986;

- l'art. 7, § 2, della Convenzione tra Italia e Regno Unito contro le doppie imposizioni prevede che, quando un'impresa di uno Stato contraente svolge la sua attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una SO 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 un'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;

- secondo quanto chiarito dal Commentario OCSE (§ 18.3.), in merito al detto art. 7, la SO deve 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 mere attribuzione di risorse proprie della casa madre – dovrebbe continuare ad applicarsi

in via generale. A ciò deve aggiungersi che le Convenzioni contro le doppie imposizioni hanno esteso alla SO il principio di piena e libera concorrenza (c.d. *arm's length*) (Cass. 05/03/2020 n. 6242, Cass. 19/09/2019, n. 23355).

6.2. Dette statuizioni sono applicabili alla fattispecie in esame, stante l'analogo disposto dell'art. 7 della Convenzione Italia - Austria del 29 giugno 1981 ratificata dalla legge 18 ottobre 1984, n. 762.

6.3. Le convenzioni contro le doppie imposizioni (per loro natura prevalenti sul diritto interno) sono, a tutti gli effetti, dei trattati internazionali, in modo che sono ad esse applicabili i criteri interpretativi generali di cui alla Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 23 maggio 1969, ratificata con legge 12 febbraio 1974, n. 112. Esse devono quindi essere interpretate ex art. 31 Conv. cit. con effetto conservativo e secondo buona fede; in base al senso comune dei termini nel contesto del trattato (comprensivo degli allegati); secondo il loro oggetto ed il loro scopo pratico (Cass., Sez. U., 25/03/2021, n. 8500).

6.4. Quanto, invece, al valore del Commentario OCSE questa Corte ha precisato che, ferma la non vincolatività delle raccomandazioni ivi contenute, e la loro natura di *soft law* fungono da strumento di indirizzo ed ausilio nell'interpretazione dell'esatto contenuto e delle finalità delle convenzioni internazionali baste sul relativo modello (Cass., Sez. U., 25/03/2021, n. 8500, Cass. 28/07/2006, n. 17206).

6.5. L'indirizzo consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità fa leva, di conseguenza, sui seguenti passaggi fondamentali (Cass., Sez. U., 25/03/2021, n. 8500):

- le Convenzioni in materia, tutte rispondenti al Modello OCSE, stabiliscono un principio di distinta ed indipendente soggettività fiscale ed uno *standard* di autonomia funzionale della SO rispetto alla casa

madre; principio proprio anche dell'ordinamento interno ex art. 23, comma 1, lett. e), d.P.R. n. 917 del 1986;

- secondo il § 18.3 del Commentario OCSE sull'art.7 del Modello di convenzione contro le doppie imposizioni, la SO deve 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»; è inoltre estensibile alle stabili organizzazioni il principio della piena e libera concorrenza (*arm's lenght*), con la conseguenza che il prevedere per le stabili organizzazioni un regime tributario di favore (cioè disomogeneo rispetto a quello previsto per le analoghe imprese residenti) può produrre effetti distorsivi in materia, tanto più rilevanti e sensibili qualora si tratti di stabili organizzazioni di imprese UE;

- l'attuazione dei suddetti parametri di indipendenza, omogeneità ed autonomia funzionale impone all'Amministrazione finanziaria l'imputazione alla stabile organizzazione di un fondo di dotazione figurativo;

- questi principi sono formalmente recepiti dall'art. 152 d.P.R. n. 917 del 1986.

6.6. Secondo le citate disposizioni convenzionali e secondo il principio della libera concorrenza i criteri di determinazione dei redditi imponibili della SO devono essere omogenei rispetto a quelli applicati alle imprese residenti nello Stato.

Nel caso in cui la SO sia sottocapitalizzata ed usufruisca di finanziamenti rapportabili, non al suo livello di capitalizzazione e di rischio, ma alle risorse direttamente riferibili alla casa-madre, è proprio il diritto convenzionale contro le doppie imposizioni – che non ha efficacia direttamente impositiva, quanto distributiva della potestà di

imposizione tra gli Stati stipulanti – a consentire che lo Stato di residenza adotti i correttivi necessari al fine di raggiungere gli obiettivi pratici di autonoma soggettività fiscale ed omogenea tassazione delle stabili organizzazioni.

Occorre, infatti, rimediare ad effetti di tipo distorsivo nella disciplina fiscale applicabile alla SO sottocapitalizzata in forza dei su richiamati *standard* convenzionali di indipendenza ed autonomia funzionale, in comparazione, non già con la casa madre, ma con le imprese residenti di analoga natura. In modo tale che, in assenza di questi ultimi caratteri convenzionalmente imposti, è proprio la stessa diretta ed obiettiva incidenza di quell'insolvenza sulla SO a dover essere posta in discussione sul piano dell'omogeneità del trattamento fiscale (Cass., Sez. U., 25/03/2021, n. 8500).

Ai fini della determinazione del reddito imputabile alla filiale italiana occorre, pertanto, che questa abbia una struttura patrimoniale appropriata in relazione all'attività svolta, al pari di un'impresa autonoma e indipendente che svolga attività analoghe, nelle medesime condizioni.

Infine, in presenza di una società sottocapitalizzata o priva di capitale di rischio, la deducibilità dei componenti negativi (compresi gli interessi passivi, per i quali l'art. 96 d.P.R. n. 917 del 1986 reca una disciplina speciale) secondo i criteri dettati dall'art. 109 d.P.R. n. 917 del 1986, postula l'adozione di correttivi (Cass. 19/09/2019, n. 23355).

Ai fini fiscali, quindi, l'adeguatezza del fondo di dotazione in capo alla SO – anche figurativo – deve essere valutata di volta in volta, attraverso un'analisi dettagliata delle singole fattispecie, tenendo anche in considerazione le indicazioni che l'OCSE fornisce in proposito.

6.7. Il processo decisionale seguito nella sentenza impugnata collide con le disposizioni ed i principi di cui sopra.

La Commissione di secondo grado ha ritenuto erroneamente che mancassero sul punto disposizioni internazionali precise, così incorrendo nella violazione di legge censurata.

Ha, altresì, ritenuto che avesse rilievo il «volume degli interessi qualora questi fossero applicati secondo un ammontare più elevato del normale». Inoltre, in mancanza di elementi di prova, ha ritenuto, quale criterio correttivo, di calcolare il fondo di dotazione figurativo secondo uno dei criteri alternativi prospettati dall'appellante, e precisamente quello per il quale si assumeva che la SO dovesse essere dotata del capitale minimo previsto per una società per azioni (pari, *ratione temporis*, ad euro 120.000,00).

Anche tali statuizioni non sono conformi ai principi sopra espressi.

La determinazione del fondo di dotazione non è sorretta né dalla individuazione degli elementi di fatto sottesi alla medesima né del percorso argomentativo seguito per ragguagliare il capitale figurativo a quello minimo previsto per legge. La determinazione, se pure in via figurativa, del fondo di dotazione della SO, al fine della sua congruità dal punto di vista fiscale, è priva di giustificazione, non è preceduta da alcuna analisi dettagliata delle reali caratteristiche della sede operativa in Italia, è stata risolta con la equiparazione al capitale minimo previsto per legge che, in sé, è dato meramente formale, non idoneo a rappresentare la reale consistenza della struttura.

La corretta determinazione ai fini fiscali del fondo di dotazione, anche in via figurativa, costituisce, infine, il presupposto in ragione del quale stabilire se gli eventuali interessi passivi dedotti sono stati determinati correttamente così come avverrebbe per un'impresa indipendente.

7. Gli ulteriori motivi di ricorso restano assorbiti.

8. Di conseguenza, vanno accolti il primo ed il quarto motivo, assorbiti il secondo ed il terzo. La sentenza è cassata, in relazione ai

motivi accolti, con rinvio alla Commissione tributaria di secondo grado di Bolzano, in diversa composizione, che provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

la Corte accoglie il primo ed il quarto motivo di ricorso, assorbiti il secondo ed il terzo; cassa la sentenza, in relazione ai motivi accolti; rinvia alla Commissione di secondo grado di Bolzano, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 7 giugno 2022