

Milano, 21/3/2018

All'attenzione di
Ministero dell'Economia e delle Finanze
e
Agenzia delle Entrate
consultazionepubblicaTP@mef.gov.it

e p.c.
Fabrizio Acerbis
fabrizio.acerbis@it.pwc.com

Consultazione pubblica in tema di Schema di Decreto sui Prezzi di Trasferimento e Schema di Provvedimento sulle rettifiche corrispondenti Commenti, osservazioni ed altri temi

TLS Associazione Professionale di Avvocati e Commercialisti

Dott. Fabrizio Acerbis Avv. Prof. Gaetano Arno Dott. Franco Boga Dott. Nicola Broggi Dott. Gianni Colucci Dott. Giorgio De Pace Avv. Paola Barazetta Dott. Felice De Lillo Dott. Marco Melepas Dott. Claudio Vals Dott. Alessandro Caridi (LLM) Avv. Barbara Mirta Ferri Dott. Egidio Fletto Dott. Valentino Guarini Avv. Gianluigi Baroni Dott. Luca Lavazza Dott. Giovanni Marano Dott. Alessio Rolando Dott. Alessandro Di Stefano Dott. Alessandro Catona Dott.ssa Nicola Cimmino Avv. Giovanni Stefanini Dott. Paolo Lucarini Dott. Roberto Spotti Dott. Ugo Cannavale Avv. Carlo Romano (PhD/LLM) Avv. Andrea Lenzi Orlandi (Cardini (LLM) Dott. Pasquale Salvatore Dott. Stefano Tonetti Avv. Guido Ajello Avv. Gioacchino Amato (PhD/LLM) Avv. Flavia Barone Avv. Aïse Becker Dott. Pietro Stefano Bertolotti Dott. Andrea Brignoli Dott. Nicola Cameli Dott. Alessandro Campione	Avv. Stefano Cancarini Avv. Fabrizio Cascinelli Dott. Arturo Cassina Dott.ssa Alessandra Cavina Avv. Clara Isabel Cecconelli (MBA) Dott.ssa Michela Cibirri Dott. Paolo Comuzzi Dott. Giovanni Consiglio Dott. Angelo Conte Dott. Antonio Cutini Avv. Salvatore Cuzzocrea Dott. Giorgio De Capitani Dott. Daniele Di Michele Avv. Annalisa Di Ruzza Dott.ssa Carmela Ettore Avv. Michele Fava Dott. Claudio Ferrone Avv. Gianclaudio Fischetti Dott. Emanuele Franchi Avv. Davide Frau Dott. Gianluca Gabellini Avv. Edgardo Gagliardi Dott.ssa Raffaella Maria Graziano Dott.ssa Chiara Grechi (PhD) Dott. Davide Guerini Dott. Diego Guerreschi Dott. Simone Guidi Dott.ssa Lara Guisotto Dott. Michele Gusmeroli (LLM) Dott.ssa Caterina Innamorato (LLM) Dott.ssa Antonella Intuire Dott. Luca la Pietra Dott. Nicola Laurenzano Dott. Fabrizio Lofredo Dott. Riccardo Lorenzon Dott. Simone Marchi Dott. Roberto Merli Dott. Paolo Micanti Dott. Luigi Mira	Dott. Rocco Mottolese Dott. Marco Napolitano Avv. Davide Neirotti Dott. Francesco Nuzzolo Avv. Pietro Orzalesi Dott.ssa Lucia Pagliari Dott.ssa Mia Pasini Dott.ssa Vitalba Passarelli Dott. Maurizio Pavia Dott. Leonardo Penna Avv. Federica De Luca Dott. Gabriele Pierini Dott. Giuseppe Pigoli Dott. Fabio Frolozzi (PhD) Avv. Francesco Pizzo Dott.ssa Marta Enrica Primaveisi Avv. Antonio Rabossi Dott.ssa Elena Robicci Dott. Luigi Pio Rutigliano Dott. Marco Ruzza Avv. Selena Santilioni Avv. Luca Scaglione Dott.ssa Daria Salari Dott.ssa Nancy Saturnino Cons. Lav. Marzio Scaglioni Dott.ssa Serena Irene Scalabrini Dott. Daniele Selicato Avv. Francesca Tironi Avv. Tommaso Tomaiuolo Dott. Paolo F. Tripoli (LLM) Dott. Simone Varini Dott.ssa Rossana Vergani Dott. Maurizio Zama Dott.ssa Alesia Angela Zanatto Avv. Filippo Zaccinelli Dott. Roberto Azzano Avv. Romina Ballanca Dott.ssa Lavinia Barberini	Dott. Andrea Belleri Dott. Matteo Bulighin Avv. Alessio Buonaiuto Dott. Giovanni Canton Avv. Michele Carminati Dott.ssa Cristina Carmosino Dott.ssa Mara Carrano Dott.ssa Alessandra Codogno Dott. Stefano Colla Avv. Claudio Costantino (PhD) Avv. Federica De Luca Dott.ssa Francesca Falcone Dott. Giovanni Falista Dott. Mario-Joseph Femino' Dott.ssa Maida Fiorese Dott.ssa Gabriella Forza Dott. Luca Franceschini Avv. Elisa Elena Geraci Avv. Chiara Giannella (LLM) Dott. Dario Gillo Avv. Michele Giulliani (LLM) Dott. Andrea Grimaldi Avv. Daniele Landi Dott.ssa Liana Locorotondo Avv. Marco Longobardi Avv. Amelie Mammone Dott. Giovanni Marra Dott. Alessandro Marzotti Avv. Giorgio Carmelo Massa Dott. Matteo Merli Avv. Francesca Negro Avv. Rosario Pace Dott.ssa Francesca Pannella Dott.ssa Federica Panzeri Dott. Ivan Paviglianiti Dott. Francesco Piani (LLM) Dott. Sandro Pittini Avv. Maria Progida	Dott. Mario Rendo Dott.ssa Federica Rossi Dott.ssa Antonia Santoro Avv. Davide Settembre Dott. Nicola Siverio Dott. Paolo Sommi Dott.ssa Manuela Sorbara Dott.ssa Eva Sorgato Avv. Pamela Terazzi Dott. Alberto Tognoni Dott.ssa Carlotta Tunesi Dott.ssa Simona Urcinoli Dott.ssa Luisa Vacca Dott. Dario Vio Dott. Domenico Vito Dott.ssa Felicia Zaffiro Puopolo Avv. Mario Zanin Dott.ssa Claudia Zedda Dott.ssa Hanna Yuliana Arellano Avv. Ivan Arrota Avv. Daniela Bagarella Dott.ssa Gaia Baserga Dott. Andrea Werner Bellini Dott. Massimo Bellasio Dott. Fabio Beolchi Dott.ssa Berta Bojazi Dott. Edonardo Brami Dott.ssa Daniela Brenna Dott. Antonello Calabrese Dott.ssa Valentina Caldrolì Dott.ssa Italia Cammisia Dott. Gianpiero Catuscelli Cons. Lav. Rosaria Cera Dott. Stefano Chiaramonte Dott. Roberto Colatorti Dott.ssa Annalisa Colombo Dott.ssa Mariangela Vittoria Cottali	Avv. Giovanni Cumella Dott. Francesco Cuzzo Dott.ssa Anna Angela De Benedittis Dott.ssa Mariangela De Santis Dott.ssa Sara De Giudice Dott.ssa Angela Di Genaro Dott.ssa Nicola Simona Di Grazia Dott. Angelo Di Stani Dott.ssa Ludovica Diemoz Dott. Alessio Diori Dott.ssa Carlotta Tunesi Dott. Giuseppe Falduto Dott. Valeria Ferraro Avv. Giulia Ferroni Dott. Crescenzo Fobozzi Avv. Maurizio Foti Avv. Costanza Gaetani Dell'Aquila D'Argona Avv. Paolo Gaetano Dott. Luca Ghelli Dott. Guido o Bruno Guidi Dott.ssa Claudia Limbiati Dott.ssa Serena Locatelli Avv. Riccardo Lonardi Dott. Simone Longano Avv. Fabio Luongo Dott. Alessandro Maffiolo Avv. Davide Marco Mangano Dott. Fabio Mastro pasqua Dott. Antonello Medda Dott. Raffaele Menzione Dott. Jacopo Meregalli Dott. Marco Messina Cons. Lav. Maria Minnella Dott.ssa Giulia Molinari Avv. Nicolò Mondo Dott.ssa Nicole Monopoli	Avv. Pietro Negroni Dott.ssa Stefania Novelli Dott. Carlo Novello Dott.ssa Ada Ohtashi Avv. Monika Paladino Avv. Antonio Palermo Avv. Fabrizio Pascucci Dott. Tommaso Perri Dott.ssa Silvia Persentini Dott. Andrea Porcarelli Dott.ssa Lucia Positano Dott. Marco Rinaldi Dott. Francesco Riti Dott. Raimondo Rossi Dott.ssa Francesca Ruscalla Dott. Corrado Scola Avv. Valentina Siciliani Avv. Fabrizio Tenuta (PhD) Avv. Erika Tomat Dott. Federico Traversa Dott. Giorgio Tricoli Dott. Nicola Vezzo Dott.ssa Valentina Villa Dott.ssa Vittoria Zaganelli Dott. Alberto Zanfrini Dott.ssa Agata Iaria Zara Cons. Lav. Lucia Zedda Dott.ssa Sara Zeppola Of counsel! Avv. Tiziana Ballarini Prof. Avv. Pierpaolo Marano Dott. Salvatore Livecchi Avv. Francesco Stallone (PhD) Avv. Fabio Alberto Regoli Avv. Dau-Chi Chu
---	--	---	---	--	--	--

Milano • Via Monte Rosa 91 • 20149, Italia • Tel. +39 02 916051 • Fax. +39 02 91605000 | Bari • Via Abate Gimma 72 • 70122, Italia • Tel. +39 080 5640211 • Fax. +39 080 5640299 | Bologna • Via Angelo Finelli 8 • 40126, Italia • Tel. +39 051 6167711 • Fax. +39 051 6167799 | Brescia • Borgo Pietro Wuhner 23 • 25123, Italia • Tel. +39 030 3697601 • Fax. +39 030 3697690 | Firenze • Viale Antonio Gramsci 15 • 50121, Italia • Tel. +39 055 2482011 • Fax. +39 055 2483999 | Napoli • Via dei Mille 16 • 80121, Italia • Tel. +39 081 716141 • Fax. +39 081 7161450 | Novara • Via Dolores Bello 3 • 28100, Italia | Padova • Via Visanza 4 • 35138, Italia • Tel. +39 049 872421 • Fax. +39 049 8734399 | Palermo • Via Marchese Ugo 60 • 90141, Italia • Tel. +39 091 6268669 • Fax. +39 091 204321 | Parma • Viale Tanara 20/A • 43121, Italia • Tel. +39 0521 275911 • Fax. +39 0521 781844 | Roma • Largo Angelo Focchetti 29 • 00154, Italia • Tel. +39 06 5747851 • Fax. +39 06 57478557 | Torino • Corso Palestro 10 • 10122, Italia • Tel. +39 011 592271 • Fax. +39 011 5922777 | Treviso • Viale Gian Giacomo Felissert 90 • 31100, Italia • Tel. +39 0422 425611 • Fax. +39 0422 425699 | Varese • Via Albuzzi 43 • 21100, Italia • Tel. +39 0332 285039 • Fax. +39 0332 284474 | Verona • Via Francia 21/C • 37135, Italia • Tel. +39 045 8051411 • Fax. +39 045 8051499

Codice Fiscale e Partita IVA 12142310155 | e-mail: <nome>.<cognome>@it.pwc.com

TLS Associazione Professionale di Avvocati e Commercialisti is a member firm of PricewaterhouseCoopers International Limited, each member firm of which is a separate legal entity



PwC TLS – Avvocati e Commercialisti

Indice del documento

Premessa	6
Contenuti della Consultazione Pubblica.....	6
1. Schema di Decreto richiamato dal comma 7 dell’articolo 110 del TUIR: a) contenuti dello schema di decreto,	9
Tematica 1.1: riferimento alle “nuove” Linee Guida: i) per il futuro; ii) per il passato – rinvio alla Tematica 4.1	9
Tematica 1.2: l’influenza dominante nella definizione di partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale	10
Tematica 1.3: Operazioni di “business restructuring”	13
Tematica 1.4: Intervallo dei valori conforme al principio di libera concorrenza.....	14
Tematica 1.5: Vocaboli utilizzati nel provvedimento e nella traduzione delle Linee Guida	18
2. Schema di decreto ministeriale richiamato dal comma 7 dell’articolo 110 del TUIR: b) proposte relative a temi ivi non trattati	21
Tematica 2.1: “Non recognition” delle transazioni come accuratamente delineate	21
Tematica 2.2: Beni immateriali di difficile valutazione (hard to value intangibles o HTVI).....	22
Tematica 2.3: Ammissibilità, e relative condizioni, dell’approccio semplificato per la determinazione del corrispettivo dei servizi infragruppo a basso valore aggiunto	23
Tematica 2.4: Servizi infragruppo e contestazioni basate sull’inerenza.....	25
Tematica 2.5: “appropriate TP outcome” - Allegato al Capitolo VI (Esempi per illustrare l’applicazione delle linee guida in materia di beni immateriali - esempio 2)	27
Tematica 2.6: Transazione secondaria/aggiustamento secondario (secondary transaction/secondary adjustment)	29
Tematica 2.7: Valenza della Circolare n. 32 del 1980	30
Tematica 2.8: Condizioni di ammissibilità degli aggiustamenti di fine anno (rilevati in aumento o in riduzione del risultato di conto economico e quindi, in ipotesi, del reddito imponibile) operati direttamente in contabilità dal contribuente.....	33
Tema 2.9: Frequenza dell’aggiornamento delle analisi di benchmark.....	35

Tema 2.10: indicazione dei criteri volti a definire il “risk free return” e/o il “risk adjusted return” idoneo a remunerare, a seconda dei casi, il “funder” (i.e l’impresa associata che contribuisce risorse finanziarie assumendo o non assumendo il rischio finanziario)	36
3. Schema di provvedimento direttoriale previsto dall’articolo 31-quater del D.P.R. n. 600 del 1973: b) contenuti dello schema di Provvedimento	38
Tematica 3.1: Tipologia di rettifiche estere ammissibili in relazione al requisito della “definitività”	38
Tematica 3.2: Rapporti con le MAP della procedura di cui al Provvedimento; possibile configurazione della stessa come “prima” fase della MAP.....	50
Tematica 3.3: Chiarimenti concernenti il paragrafo 6.1 dello Schema di Provvedimento con specifico riferimento alla natura del rigetto (parziale o totale) ed alla possibilità di impugnare l’atto motivato emesso dall’Ufficio.	52
Tematica 3.4: Possibile utilizzo di dichiarazioni integrative a favore in alternativa alle procedure di cui all’articolo 31/quater del DPR 600/73.	54
Tematica 3.5: Criteri da utilizzare per definire l’idoneità della documentazione integrativa prodotta ai sensi dell’art. 3, punto 3.2, dello Schema di provvedimento.	55
Tematica 3.7: Doppia imposizione scaturente da una rettifica secondaria (c.d. “secondary adjustment”) attuata in un altro Stato – Interazione con la facoltà di presentare un’istanza volta a chiedere le rettifiche corrispondenti (“corresponding adjustment”) con possibilità di includere tra le seconde anche le prime.	56
Tematica 3.8: Integrazione del paragrafo 4.1 dello Schema di Provvedimento con introduzione della possibilità di attivazione del contraddittorio su impulso del contribuente/istante.	57
Tematica 3.10: Atto di rimborso previsto dall’articolo 4.4. dello Schema di Provvedimento	58
Tematica 3.11: Periodi d’imposta per i quali è possibile richiedere la rettifica ex articolo 31-quater lettera c)	60
Tematica 3.12: Termine per presentare istanza ex art 31-quater lettera c)	62
4. Ulteriori temi	64
Tematica 4.1: Decorrenza dell’implementazione delle “nuove” Linee Guida post BEPS.	64

Tematica 4.2: criteri generali per il riconoscimento di stabili organizzazioni da agente dipendente con profitti irrilevanti o nulli (“zero profit PE”)	69
Tematica 4.3: Possibili semplificazioni degli oneri di adempimento in caso di stabili organizzazioni da agente dipendente	71
Tematica 4.4: Nuova lettera f)bis del comma 2 dell’articolo 162 del Tuir	73
Tematica 4.5: Porre le condizioni per la rimozione dell’osservazione (vedi par 118 - 181 del Commentario OCSE al paragrafo 7 dell’articolo 5) espressa dall’Italia)	82
Tematica 4.6: Rilevanza penale del Transfer pricing	83

Premessa

PwC TLS – Avvocati e Commercialisti - esprime il pieno supporto e la totale adesione all’iniziativa del Ministero dell’Economia e della Finanze (MEF) e dell’Agenzia delle Entrate di effettuare una pubblica consultazione in campo fiscale nel solco delle esperienze di altri paesi a fiscalità avanzata.

E’ nostra convinta opinione che tale iniziativa, al di là del singolo caso specifico, sia un tangibile e concreto passo verso il consolidamento delle fondamenta di un rinnovato rapporto tra fisco e contribuente ispirato alla trasparenza e alla fiducia reciproca con giovamento, anche, per la certezza del diritto in campo fiscale.

Infatti una pubblica consultazione in campo fiscale permette, da un lato, agli operatori di contribuire in buona fede alla definizione delle “regole del gioco”, dall’altro, all’Amministrazione finanziaria di costruire un patrimonio di casistiche e soluzioni. Il tutto è idoneo a costituire un bagaglio comune a tutti gli operatori ed a rendere più chiaro, e quindi prevedibile, il quadro normativo lasciando traccia dei dubbi, delle differenti opinioni e delle relative soluzioni e scelte. Ciò permetterà agli operatori, compresa l’Amministrazione finanziaria, di sviluppare soluzioni attente rispetto a quanto emerso nel corso della pubblica consultazione e di disporre di una ampia base grazie alla quale affrontare e risolvere ulteriori casi dubbi.

Contenuti della Consultazione Pubblica

La pubblica consultazione ha ad oggetto lo schema di Decreto e lo schema di Provvedimento. Tali documenti normativi originano dalle modifiche apportate all’articolo 110 comma 7 del testo unico delle imposte sui redditi e dall’introduzione del nuovo articolo 31-quater nel DPR 600/73, operate dall’articolo 59 del DL 50/2017 (convertito in legge dalla legge di conversione 96/2017).

In particolare, come precisato dalla relazione illustrativa, il primo intervento (lo schema di Decreto) è finalizzato ad *“adeguare la terminologia della disciplina domestica in materia di prezzi di trasferimento alle più recenti indicazioni emerse nella sede dell’OCSE anche nell’ambito dei lavori del progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), ai fini della corretta determinazione del valore normale delle operazioni tra imprese associate e delle conseguenti variazioni del reddito”*. In particolare, continua la relazione, *“si adegua la formulazione dell’articolo 110, comma 7, del testo unico delle imposte sui redditi (TUIR) con il riferimento al principio di libera concorrenza (cosiddetto arm’s length principle) nella determinazione del valore delle operazioni tra imprese associate così come enunciato nell’articolo 9 del modello dell’OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni e illustrato dalle Linee guida dell’OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali. La nuova formulazione richiama gli orientamenti interpretativi già adottati*

nella prassi amministrativa in sede di introduzione degli oneri documentali in materia di prezzi di trasferimento e, confermando il richiamo al principio di libera concorrenza, così come declinato nella sede dell'OCSE, attribuisce flessibilità nell'adozione di metodi di valutazione che meglio rispondano alle dinamiche negoziali del mercato.

Il secondo intervento (lo Schema di Provvedimento), inoltre, sempre come precisato nella relazione illustrativa, ha ad oggetto la “*variazione del reddito conseguente alla determinazione del valore delle operazioni sulla base del principio di libera concorrenza da parte di amministrazioni fiscali estere*” e “*prevede la possibilità di riconoscere, a determinate condizioni, le variazioni in diminuzione del reddito, attualmente previste solo in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. In tal modo la normativa domestica si allinea a quella della maggior parte delle giurisdizioni estere. La variazione in diminuzione del reddito è pertanto consentita solo alle condizioni previste dall'articolo 31-quater del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, cui la norma fa rinvio, introdotto dal successivo comma 2. Il comma 2 introduce il nuovo articolo 31-quater al decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, che prevede i casi tassativi in cui possono essere riconosciute le variazioni in diminuzione del reddito derivanti dall'applicazione del principio di libera concorrenza di cui al secondo periodo dell'articolo 110, comma 7, del TUIR, da parte delle amministrazioni fiscali estere. A tal fine, le suddette variazioni in diminuzione possono essere riconosciute nell'ambito delle procedure amichevoli o a conclusione dei controlli effettuati nell'ambito di attività di cooperazione internazionale i cui esiti siano condivisi dagli Stati partecipanti, oppure su istanza del contribuente con le modalità che saranno stabilite con uno o più provvedimenti del direttore dell'Agenzia delle entrate, ma solo a condizione che la corrispondente rettifica in aumento del reddito nella giurisdizione estera abbia carattere definitivo, sia conforme al principio di piena concorrenza secondo il vaglio dell'amministrazione fiscale italiana e sia stata effettuata da Stati con i quali è in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni che consenta un adeguato scambio di informazioni. In caso di rigetto, resta ferma la facoltà del contribuente di richiedere l'attivazione delle procedure amichevoli di cui alla lettera a), ove ne ricorrano i presupposti.*

Ciò premesso in termini generali, esponiamo di seguito i nostri commenti relativamente ai seguenti profili:

1. Schema di Decreto previsto dal comma 7 dell'articolo 110 del TUIR: a) contenuti dello Schema di decreto
2. Schema di Decreto previsto dal comma 7 dell'articolo 110 del TUIR: proposte relative a temi ivi non trattati
3. Schema di Provvedimento previsto dall'articolo 31-quater del D.P.R. n. 600 del 1973: contenuti dello schema di Provvedimento
4. Ulteriori temi



PwC TLS – Avvocati e Commercialisti

In termini generali, nei commenti che seguono si è seguita la struttura indicata in occasione del lancio della consultazione dedicando ad ogni “tematica” uno specifico paragrafo.

Nel caso in cui alcuni argomenti di una tematica siano collegati a quelli trattati in altre tematiche, al fine di evitare ripetizioni e/o appesantimenti, si sono indicati appositi rinvii.

L’ampiezza delle tematiche trattate potrebbe, comunque, comportare che alcuni commenti operati nell’ambito di una tematica non siano pienamente coordinati con quelli operati nell’ambito di altra tematica comportando sovrapposizioni anche perché, in linea generale, le opzioni possibili potrebbero essere varie.

Ad ogni modo PwC TLS sin da ora manifesta la propria piena disponibilità, se ritenuto opportuno, ad effettuare approfondimenti e/o a fornire chiarimenti in forma scritta o orale, a partecipare a specifici incontri od altre iniziative ritenute appropriate nell’ambito della presente consultazione.

Autorizzazione al trattamento e alla pubblicazione *online*: Il presente documento contiene la visione collettiva di PwC TLS esclusivamente ai fini della consultazione pubblica avviata dal Ministero dell’Economia e delle Finanze sullo Schema di Decreto e sullo Schema di Provvedimento ed altri temi. L’ autorizzazione al trattamento dello stesso documento, inclusa la pubblicazione *online*, si intende pertanto concessa da parte di PwC TLS esclusivamente ai fini della procedura in corso.

1. **Schema di Decreto richiamato dal comma 7 dell'articolo 110 del TUIR: a) contenuti dello schema di decreto,**

Tematica 1.1: riferimento alle “nuove” Linee Guida: i) per il futuro; ii) per il passato – rinvio alla Tematica 4.1

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: tutti quelli coinvolti dalle modifiche apportate a seguito del progetto BEPS;

Osservazioni / Contributi:

Le modifiche dell'articolo 110 comma 7 del Tuir, come accennato in Premessa, sono finalizzate ad “*adeguare la terminologia della disciplina domestica in materia di prezzi di trasferimento alle più recenti indicazioni emerse nella sede dell'OCSE anche nell'ambito dei lavori del progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*”.

Ciò pare evidenziare la volontà del legislatore di introdurre nell'ordinamento interno un rinvio alle Linee Guida OCSE come, peraltro, pare confermato anche dallo Schema di Decreto che nei considerando espressamente fa riferimento alle “*Linee Guida OCSE approvate dal Consiglio dell'OCSE in data 10 luglio 2017*” e nell'articolo 7 dello Schema di Decreto, nel demandare a futuri provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate il compito di emanare ulteriori disposizioni applicative stabilisce che ciò dovrà essere fatto “*tenendo conto, in particolare, di quanto previsto dalle Linee Guida OCSE pro tempore vigenti*”.

Su tali basi, si propone di valutare l'opportunità di introdurre una più chiara definizione delle pratiche da ritenere “migliori”¹ nel contesto dell'ordinamento Italiano e ciò operando un espresso riferimento alle Linee Guida OCSE anche nell'articolo 1.

Si propone quindi di valutare l'opportunità di modificare l'articolo 1 del Decreto nel seguente modo:

¹ Inoltre, nel testo dell'articolo 1 del Decreto viene fatto esplicito riferimento alle “*migliori pratiche internazionali*” con l'intento di definire le linee guida per l'applicazione delle disposizioni contenute nella principale fonte normativa domestica relativa alla disciplina sui prezzi di trasferimento, ossia l'art. 110, comma 7, del TUIR, senza tuttavia fornire una definizione puntuale di tale locuzione.

*“1. Il presente decreto, tenuto conto delle migliori pratiche internazionali **definite dalle Linee Guida dell’OCSE sui Prezzi di Trasferimento per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali** fornisce le linee guida per l’applicazione delle disposizioni contenute nell’articolo 110, comma 7, del Testo Unico delle Imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito “TUIR”), ai fini del rispetto del principio di libera concorrenza ivi contenuto.”*

In merito poi all’eventualità che le stesse mutino nel tempo si pone il tema di stabilire se operarvi o meno un rinvio mobile. In merito si assume che tale rinvio mobile sia escluso dal riferimento contenuto nell’articolo 7 dello Schema di Decreto alle *Linee Guida OCSE pro tempore vigenti*.

Anche in caso di rinvio mobile rimarrebbe comunque ferma la possibilità per il “policy maker” nazionale, qualora ritenuto opportuno, di predisporre specifici interventi normativi volti a differenziare le soluzioni ritenute appropriate.

Per quanto, invece riguarda i passati periodi d’imposta (ad esempio per i periodi d’imposta 2017 e precedenti) si propone di chiarire che tali “nuove” linee Guida non potranno essere utilizzate per effettuare contestazioni dovendosi fare riferimento, se mai, alla precedente versione delle medesime. Qualora non si condivida tale impostazione si rinvia alla Tematica 4.1.

Per quanto riguarda, inoltre, specifiche tematiche quali la “*non recognition*”, gli “*hard to value intangible*” e i “*low value adding services*” si rinvia alle Tematiche 2.1, 2.2 e 2.3.

Finalità della richiesta:

Lo scopo della richiesta è di integrare l’articolo 1 del Decreto al fine di chiarire la locuzione “*migliori pratiche internazionali*” ed evitare incertezze legate al riferimento alle linee Guida OCSE in materia di Prezzi di Trasferimento così da permettere, anche, di fare affidamento sull’ultima versione pro tempore vigente tenendo il passo con le modifiche e integrazioni operate sulle medesime per allinearle al contesto economico di riferimento.

Tematica 1.2: l’influenza dominante nella definizione di partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Prefazione, par. 11; Glossario, definizione di “*Associated enterprises*”; Capitolo I, Sezione A, par. 1.2; Capitolo I, Sezione B, par. 1.8.

Osservazioni / Contributi:

L'articolo 9.1 del Modello OCSE, il relativo Commentario e le Linee Guida OCSE non contengono i criteri idonei a definire la nozione di controllo da adottare ai fini della disciplina del c.d. *transfer pricing*.

Il Glossario delle Linee Guida OCSE, nel fornire la definizione di “*Associated enterprises*”, opera un richiamo espresso alla nozione contenuta nell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE. Il rinvio alla definizione di “*Associated enterprises*” contenuta nel citato art. 9 del Modello di Convenzione è, altresì, rinvenibile nel paragrafo 11 della Prefazione alle Linee Guida OCSE laddove si afferma che “*For purposes of these Guidelines, an “associated enterprise” is an enterprise that satisfies the conditions set forth in Article 9, sub-paragraphs 1a) and 1b) of the OECD Model Tax Convention. Under these conditions, two enterprises are associated if one of the enterprises participates directly or indirectly in the management, control, or capital of the other or if the same persons participate directly or indirectly in the management, control, or capital” of both enterprises (i.e. if both enterprises are under common control)*”.

Anche nell'art. 110, comma 7, del TUIR non paiono declinati i criteri volti ad identificare la nozione di “*controllo*” ai fini della disciplina in oggetto.

Tale quadro normativo ha dato luogo, anche in passato, ad interpretazioni difformi del concetto di controllo rilevante per l'applicazione della normativa sui prezzi di trasferimento. Di seguito vengono citate tali interpretazioni, senza addentrarsi nel merito delle stesse, considerato che tale finalità esula da quelle delle nostre osservazioni.

Un'interpretazione ricorrente individua la nozione di controllo ai fini della disciplina sui prezzi di trasferimento richiamando l'art. 2359 del Codice Civile sia in relazione al c.d. “*controllo di diritto*” (cfr. art. 2359, comma 1, n.1) che al c.d. “*controllo di fatto*” (cfr. art. 2359, comma 1, n.2 e 3).

Una seconda interpretazione, accolta anche dalla Corte di Cassazione nella recente sentenza n. 8130/2016, ritiene invece che la nozione di controllo rilevante in materia di *transfer pricing* sia diversa e, nello specifico più ampia rispetto a quanto previsto dall'art. 2359 c.c..

L'Amministrazione finanziaria ha accolto tale ultima posizione già nella Circolare n. 32/1980 (su altre possibili criticità legate alla vigenza di tale Circolare vedi Tematica 2.7), confermata anche nella risoluzione n. 18/E del 15 febbraio 2005.

Ciò premesso, considerate le finalità della presente consultazione, è bene ricordare che secondo le fonti più autorevoli a livello internazionale in materia di prezzi trasferimento (*rectius*, le Linee Guida OCSE), la disciplina in esame ha la funzione di ripartire equamente le basi imponibili tra i vari Stati attraverso l'applicazione del principio di libera concorrenza.

Tale posizione è chiaramente rinvenibile nelle Linee Guida OCSE, laddove si afferma che “*The consideration of transfer pricing should not be confused with the consideration of problems of tax fraud or tax avoidance, even though transfer pricing policies may be used for such purposes*” (Capitolo I, Sezione A, par. 1.2). Pertanto, le Linee Guida OCSE individuano la funzione primaria della disciplina sul *transfer pricing* nella ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati contraenti e nel prevenire i fenomeni di doppia imposizione, non attribuendo alla disciplina in esame una necessaria funzione di contrasto ad operazioni elusive.

Analoghe considerazioni possono sviluppate anche per la disciplina italiana sui prezzi di trasferimento contenuta nell’art. 110, comma 7, del TUIR.

A tal riguardo, si osserva che una interpretazione eccessivamente estensiva del concetto di “impresa associata”, che consideri cioè rilevante qualsiasi fattispecie del “controllo di fatto”, potrebbe determinare non solo l’applicazione di rettifiche sui prezzi di trasferimento in situazioni nelle quali il principio di libera concorrenza non dovrebbe, in linea di principio, essere applicabile (si pensi, a mero titolo esemplificativo, ai casi di transazioni con società aventi una posizione dominante sul mercato o che rappresentano l’unico o il principale cliente o fornitore dell’impresa), ma rischia altresì di acuire i fenomeni di doppia imposizione, in particolare nel caso in cui uno Stato con una definizione relativamente ampia di “impresa associata” effettui una rettifica sui prezzi di trasferimento e l’altro Stato si rifiuti di applicare un *corresponding adjustment*, poiché prevede una definizione ristretta di “imprese associate” (“controllo di diritto”).

Ciò premesso, si rileva che l’attuale definizione di “influenza dominante” contenuta all’art. 2, lett. b, dello schema di Decreto, potrebbe condurre ad una eccessiva espansione del requisito soggettivo della disciplina sui prezzi di trasferimento, acuendo anche fenomeni di doppia imposizione.

Al fine di bilanciare tali possibili conseguenze con la necessaria efficacia della disciplina dei prezzi di trasferimento, si propone che il Decreto, nell’art. 2, lett. b), preveda comunque il requisito del vincolo di partecipazione agli utili o al capitale dell’impresa - ancorché la partecipazione non raggiunga la maggioranza prevista dall’art. 2, lett. a) - come condizione necessaria, ma non di per sé sufficiente, per qualificare l’operazione come rilevante ai fini della disciplina sui prezzi di trasferimento.

Infatti, qualora si consideri rilevante la fattispecie del controllo di fatto completamente slegata da qualsiasi forma di partecipazione al capitale o agli utili, la disciplina dei prezzi di trasferimento opererebbe in situazioni in cui non vi sarebbe per le imprese coinvolte un interesse di gruppo ulteriore rispetto a quello proprio delle singole entità, in quanto, appunto, mancherebbe la comunanza di partecipazione agli utili (o al capitale).

Inoltre, si ritiene opportuno prevedere che non si configuri la fattispecie di influenza dominante su un'impresa nei casi in cui due o più soggetti, tra loro indipendenti, esercitino la medesima influenza sulla suddetta impresa. Si pensi, a tal riguardo, alle *Joint Ventures* laddove frequentemente vi è una partecipazione paritetica dei soci al capitale sociale e, pertanto, l'amministrazione della società è espressione di tale condizione di controllo paritetico (ad esempio, i soci hanno diritto di nominare i membri dell'organo amministrativo in egual misura). In tali casi, sussistendo un reale contrasto di interessi tra i soggetti che pariteticamente controllano l'impresa, per definizione non è configurabile alcuna influenza dominante. Tale fattispecie, se non disciplinata nel presente Decreto, potrebbe comunque essere oggetto di un esplicito chiarimento nei successivi provvedimenti normativi, che saranno emanati in forza dell'articolo 7 del presente decreto, o interventi di prassi.

In tal senso, l'attuale definizione di "influenza dominante" contenuta all'art. 2, lett. b potrebbe essere riformulata come segue:

"b) l'influenza dominante che una persona o un'impresa ha sulle decisioni commerciali o finanziarie di un'altra impresa nei casi in cui la partecipazione, diretta o indiretta, al capitale ovvero agli utili sia superiore al [25%];"

Finalità della richiesta:

Chiarire e circoscrivere l'ambito di applicazione della definizione di "influenza dominante" contenuta all'art. 2, lett. b) del Decreto al fine di evitare una eccessiva espansione del requisito soggettivo della disciplina sui prezzi di trasferimento.

Tematica 1.3: Operazioni di "business restructuring"

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Capitolo IX

Osservazioni / Contributi

Le operazioni di "business restructuring" fanno parte del normale susseguirsi delle decisioni d'impresa volte ad adattarsi al mutevole contesto economico di riferimento. In tale ambito propone di valutare l'opportunità che il Decreto debba contenere un riferimento espresso anche a tali tipologie di operazioni, così da chiarire in modo inequivocabile l'applicabilità alle medesime della disciplina dell'articolo 110 comma 7.

Si propone quindi di valutare l'opportunità di modificare l'articolo 2 comma 1 lettera d) nel seguente modo:

d) operazione controllata: qualsiasi operazione di natura commerciale o finanziaria intercorrente tra imprese associate, accuratamente individuata e delineata sulla base dell'effettivo comportamento tenuto dalle parti, anche se divergente da pattuizioni contrattuali espresse o in assenza delle stesse. Tra le operazioni di natura commerciale o finanziarie rientrano anche quelle oggetto del capitolo IX delle Linee Guida OCSE.

Finalità della richiesta:

Modificare la lettera d) del primo comma dell'articolo 2 del Decreto in modo da includervi un diretto riferimento alle operazioni di “*business restructuring*” oggetto del capitolo IX delle Linee Guida OCSE.

Tematica 1.4: Intervallo dei valori conforme al principio di libera concorrenza

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: *parr. 3.55 - 3.62*

Osservazioni / Contributi

Il presente contributo ha l'obiettivo di fornire alcune osservazioni in relazione al tenore letterale dell'articolo 6 della Bozza del Decreto avente ad oggetto l'intervallo di libera concorrenza e la selezione dei “punti” all'interno di esso da prendere a riferimento, anche in caso di rettifica da parte dell'Amministrazione Finanziaria.

In sintesi, il comma 1 del predetto articolo 6 considera conforme al principio di libera concorrenza “*l'intervallo di valori risultante dall'indicatore finanziario selezionato in applicazione del metodo ritenuto più appropriato*”. Inoltre il comma 2, stabilisce che la conformità al principio di libera concorrenza dell'operazione controllata è verificata allorquando l'indicatore finanziario “*sia compreso nell'intervallo di cui al comma 1*”. Laddove invece detto indicatore finanziario non rientri nell'intervallo come definito al comma 1, la disposizione prevede, al successivo comma 3 che “*l'Amministrazione finanziaria effettua una rettifica al fine di riportare il predetto indicatore all'interno dell'intervallo di cui al comma 1*”.

Si evidenzia come il testo normativo proposto sembra recepire i contenuti delle Linee Guida OCSE (versione luglio 2017) con particolare riguardo ai paragrafi da 3.55 a 3.62.

A tal proposito si ritiene opportuno riepilogare quanto segue.

Il par. 3.55 sottolinea come in molte occasioni l'applicazione del metodo più appropriato possa produrre un ventaglio (“*range*”) di potenziali valori tutti egualmente affidabili (a causa del fatto

che “*transfer pricing is not an exact science*” e “*in general the application of the arm’s length principle only produce an approximation of conditions that would have been established by independent enterprises*”).

Nel medesimo contesto le Linee Guida non delimitano i comparabili in termini di numero di osservazioni ma ritengono, a certe condizioni, come rilevante l’intero intervallo di valori di libera concorrenza, specificando che ciascuno di detti valori (ovvero quelli compresi nel cd. *full range*) possa risultare accettabile (“*(...) a range of figures all of which are relatively equally reliable*”). Conseguentemente, tutti i valori del *full range* sono, a certe condizioni (vedi *infra*), da considerarsi conformi al principio di libera concorrenza. Il fatto che vi sia un intervallo (*range*) composto da diversi punti, è dovuto al fatto che società indipendenti, pur in transazioni comparabili ed in circostanze comparabili, potrebbero stabilire prezzi diversi.

E’ chiaro, tuttavia, che il presupposto dell’utilizzabilità del “*full range*” sia da rinvenirsi nella circostanza che tutte le transazioni che concorrono a comporlo debbano avere il medesimo grado di comparabilità rispetto alla *tested transaction*. Infatti, qualora sia possibile identificare transazioni tra parti indipendenti con un minore grado di comparabilità tali transazioni debbono necessariamente essere eliminate dal *range* (par. 3.56 delle Linee Guida OCSE).

Le Linee Guida OCSE chiariscono inoltre che, laddove sussistano dei difetti di comparabilità (“*comparability defects*”) che non possono essere indentificati e/o quantificati (“*identified and/or quantified*”) e quindi non possono essere rettificati², è appropriato l’utilizzo di strumenti statistici che permettano di rafforzare l’affidabilità dell’intervallo restringendolo verso il centro (“*take account of central tendency to narrow the range...*”), ad es. mediante l’utilizzo di intervalli interquartili e altri percentili (cfr. par. 3.57), a patto che l’intervallo comprenda un numero significativo di osservazioni.

In merito al posizionamento all’interno dall’appropriato intervallo di libera concorrenza, il successivo par. 3.60 stabilisce che se il parametro da testare della transazione in verifica (es. prezzo o indicatore finanziario) rientri nel suddetto appropriato intervallo, non è necessario (e/o appropriato) effettuare alcuna rettifica consentendo quindi un “*libero*” posizionamento. Laddove invece, tale circostanza non si verifichi (ovvero il parametro ricada al di fuori del *range*, sia esso *full range* – alle condizioni sopra precisate -- o *interquartile range*), in primo luogo, dovrebbe essere data al contribuente (par. 3.61) la possibilità di fornire argomentazioni a supporto del fatto che “*the conditions of the controlled transaction satisfy the arm’s length range principle, and that the results falls within the arm’s length*” (ad es. che il “*range*” determinato dall’Amministrazione

² Con la conseguenza che non si può assumere che tutti i valori siano caratterizzati dal medesimo elevato grado di comparabilità,

Finanziaria non è *arm's length*). Solo nel caso in cui il contribuente non sia in grado di fornire alcuna argomentazione, la *tax authority* procederà a rettificare la transazione determinando il punto all'interno dell'*arm's length range* ai fini della rettifica. Tale determinazione dovrà essere operata considerando la "qualità" del range in termini di comparabilità distinguendo i casi in cui il medesimo sia composto da valori caratterizzati da "*relatively equal and high reliability*" dai casi in cui persistano difetti di comparabilità.

Tale aspetto è cruciale in quanto il par. 3.62, relativamente alla selezione del punto più appropriato di posizionamento (situazioni in cui l'indicatore finanziario della transazione in verifica ricade all'esterno dell'intervallo di valori determinato dall'Amministrazione finanziaria) chiarisce che:

- (i) laddove tale intervallo di valori comprenda "*results relatively equal and high reliability*" si può sostenere che ogni punto del *range* soddisfi l'*arm's length principle*;
- (ii) laddove invece siano presenti dei difetti di comparabilità nell'intervallo di valori (si veda il par. 3.57), andrebbe considerato l'utilizzo di tendenze centrali (es. attraverso il ricorso al valore mediano, la media aritmetica o la media ponderata ecc, in base alla tipologia di dati disponibili) e ciò al fine di ridurre rischi di errori causati dalla presenza di difetti di comparabilità non quantificabili e/o eliminabili.

Quanto sopra illustrato, che a parere degli scriventi esprime un modo di operare condivisibile e relativamente preciso, si ritiene trovi riconoscimento anche nello Schema di Decreto.

Se l'Amministrazione Finanziaria ha rideterminato un *range* di valori considerati at *arm's length* la transazione in verifica potrebbe ricadervi all'interno ovvero all'esterno del suddetto *range*:

1. laddove, la *tested transaction* ricada all'interno di tale *range* nessun aggiustamento dovrebbe essere operato;
2. qualora, invece, la medesima ricada all'esterno di tale *range* dovrebbe essere prevista la possibilità per il contribuente di fornire una specifica spiegazione a supporto;
3. se la spiegazione fosse idonea a dimostrare la conformità al principio di libera concorrenza (nel senso di condurre alla identificazione di un diverso *range* da considerare più confacente alla specifica situazione) nessun aggiustamento dovrebbe essere operato;
4. qualora le spiegazioni fornite dal contribuente non siano in linea con il principio di libera concorrenza, l'Amministrazione Finanziaria dovrà operare la rettifica determinando in modo appropriato il punto rilevante all'interno del *range*;
5. in situazioni in cui l'intervallo comprende valori caratterizzati da un elevato e omogeneo grado di comparabilità ("*results of relatively equal and high reliability*"), ognuno di essi dovrà essere conforme con l'*arm's length principle*;
6. qualora il *range* sia composto da valori non caratterizzati da un elevato e omogeneo grado di comparabilità (con rimando esplicito al paragrafo 3.57 delle Linee Guida), l'aggiustamento

dovrà essere determinato ricorrendo all'utilizzo di misure di tendenza centrale quali ad esempio la mediana, la media ponderata etc. a seconda del caso specifico.

E' opportuno segnalare che a conclusioni analoghe è giunto il recente “*Report on the use of comparables in the EU*” (Doc: Jtpf/007/2016/Final/En), elaborato dall'European Joint Transfer Pricing Forum o “EU JTPF”³.

Ciò premesso e venendo al disposto dell'art. 6 del Decreto, si ritiene che il testo proposto sia conforme ai criteri generali illustrati nelle Linee Guida OCSE, e condivisi anche a livello UE, in quanto non in contrasto con quanto illustrato nei paragrafi da 3.55 a 3.62. Tuttavia, si ritiene che siano auspicabili (e necessari vista la complessità della materia) dei chiarimenti operativi, anche mediante un intervento di prassi, che rendano esplicite le modalità di applicazione della disposizione in commento sia da parte del contribuente che dell'Amministrazione Finanziaria in caso di rettifica. Tale prassi potrebbe, in particolare, esplicitare che che:

- con riferimento a comma 1 2, in merito alla definizione stessa di “intervallo” di valori entro il quale deve ricadere l'indicatore finanziario individuato, che lo stesso debba intendersi quale “*intervallo compreso tra i valori minimo e massimo*” (cd. *full range*), in presenza di elevato ed omogeneo grado di comparabilità (grado comparabilità dell'intervallo dei valori già peraltro ritenuto rilevante dall'ultima parte del comma 1 che, rinviando anche all'articolo 3, fa riferimento ad “*un numero di operazioni non controllate, ognuna delle quali risulti parimenti comparabile all'operazione controllata*”). Solo laddove tale grado di comparabilità non risulti soddisfatto, prevedere l'utilizzo di intervalli più ristretti (ad es.

³ Nell'affrontare il tema dell'utilizzo degli strumenti statistici per la determinazione dell'intervallo di valori, il Report chiarisce che l'utilizzo di un *full-range*, ovvero comprensivo dei valori dal minimo al massimo, non deve essere scartato a priori (“*The full range should generally not be excluded*”), a condizione che “*the range comprises results of equal and high reliability as regards all the comparability factors (...)*”. Anche il Report conferma il ricorso a strumenti statistici, come suggerito dalle Linee Guida OCSE, “*if such a range of figures is considered too broad*”, per migliorare l'affidabilità dell'analisi economica³.

Inoltre, relativamente al posizionamento all'interno dell'intervallo di valori, l'EU JTPF precisa che “*in cases where taxpayer and tax administrations agree that statistical tools like the interquartile range have correctly been used to enhance the reliability of a range, every point situated in the narrowed range should be considered as being arm's length and no adjustment should be made if the relevant conditions of the controlled transaction are within that range*”.

Laddove, invece, “*the relevant conditions of the transaction fall outside the range asserted, an adjustment should be made to a point within the arm's length range*”, e, in tale ipotesi “*A thorough analysis of all relevant facts and circumstances should be performed by both the tax authorities and the taxpayer in order to decide which specific value within the range should be selected for the purpose of the assessment*”. All'esito di tale analisi potrà essere considerato il posizionamento sul punto mediano dell'intervallo solo come criterio residuale “*if no reasons for another point in the range be justified by the taxpayer or the tax administration*”.

range interquartile). Infatti, un’analisi di comparabilità priva di difetti rilevanti dovrebbe, di per sé, condurre ad un intervallo di valori statisticamente significativo e relativamente contenuto, per cui non si rende, di fatto, necessaria un’ulteriore ridefinizione dello stesso mediante strumenti statistici;

- con riferimento al comma 3, nel caso si renda necessaria una rettifica dell’Amministrazione Finanziaria (laddove l’indicatore finanziario della transazione in verifica ricada all’esterno del *range* senza che vi sia stata una giustificazione che abbia permesso di identificare un diverso intervallo), sarà sufficiente riportare il valore dell’indicatore finanziario prescelto dal contribuente all’interno del suddetto intervallo di valori *arm’s length* (in sostanza utilizzando il punto del *range* più prossimo al valore dell’indicatore finanziario utilizzato dal contribuente), limitando l’utilizzo del valore della mediana solo ad ipotesi meramente residuali laddove persistano difetti di comparabilità dell’analisi tali da non giustificare il posizionamento su un diverso punto dell’intervallo (es. ipotesi da *range* di valori troppo esteso).

Finalità della richiesta:

Chiarire, alla luce delle Linee Guida OCSE e dei principi del EU JTPF, il contenuto e l’ambito applicativo dell’articolo 6 del Decreto, con particolare riferimento alla nozione di “*intervallo di libera concorrenza*” e all’indicazione dei criteri cui deve attenersi l’Amministrazione finanziaria laddove l’indicatore finanziario prescelto dal contribuente non rientri nel suddetto intervallo di valori di libera concorrenza.

Tematica 1.5: Vocaboli utilizzati nel provvedimento e nella traduzione delle Linee Guida

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: vari

Osservazioni / Contributi:

Nel seguito si indicano alcune proposte semantiche volte ad assicurare/mantenere la precisione del linguaggio tecnico nel contesto dello Schema di Decreto e/o della traduzione delle Linee Guida⁴.

Con riferimento all’articolo 3, paragrafo 2, dello Schema di Decreto si propone di sostituire all’espressione “*condizioni contrattuali*” l’espressione “*termini contrattuali*”

⁴ Si precisa che, considerata l’ampiezza delle Linee Guida, non è stato possibile effettuare un’analisi completa della traduzione e che, quanto evidenziato nel presente contributo, potrebbe essere non esaustivo.

Corrispondentemente, nel paragrafo 1.36 della traduzione delle Linee Guida si propongono le seguenti modifiche:

“1.36 Le caratteristiche economicamente rilevanti o fattori di comparabilità che devono essere identificati nelle relazioni commerciali o finanziarie tra le imprese associate per delineare in modo accurato l'effettiva transazione tra di loro intercorsa sono classificati come segue:

- ~~Le condizioni~~ **I termini** contrattuali della transazione (D.1.1).*
- Le funzioni svolte da ciascuna delle parti della transazione, prendendo in considerazione i beni impiegati e i rischi assunti, ~~includere~~ **le modalità il modo in con** cui queste funzioni si collegano alla più ampia generazione del valore all'interno del gruppo multinazionale cui le parti appartengono, le circostanze che caratterizzano la transazione e le consuetudini del settore (D.1.2).*
- Le caratteristiche dei beni trasferiti o dei servizi prestati (D.1.3).*
- ~~Le condizioni~~ **circostanze** economiche delle parti e del mercato in cui esse operano (D.1.4).*
- Le strategie aziendali seguite dalle parti (D.1.5).*

Le predette informazioni riguardanti le caratteristiche economicamente rilevanti della effettiva transazione saranno incluse nella documentazione nazionale, redatta a supporto dell'analisi dei prezzi di trasferimento del contribuente.”

Nel paragrafo 1.37 sostituire “condizioni delle imprese associate” con “circostanze delle imprese associate”

Nel par 1,43 sostituire “condizioni contrattuali rilevanti” con “termini contrattuali rilevanti” e “condizioni economiche” con “circostanze economiche”

Nel paragrafo 1.46 sostituire “condizioni contrattuali” con “termini contrattuali” e “natura effettiva” con “sostanza reale”

Nel paragrafo 1.122 operare la seguente modifica:

*“si discostano da quelli che sarebbero stati conclusi da ~~un'impresa indipendente~~ **imprese indipendenti**”*

Nel paragrafo 6.186 operare le seguenti modifiche:

*“Secondo questo approccio, i dati rilevati ex post forniscono la prova presuntiva **relativamente** all’esistenza di incertezze al momento della transazione, **al fatto** se il contribuente abbia **o meno** adeguatamente preso in considerazione i prevedibili sviluppi o gli eventi ragionevolmente ipotizzabili al momento della transazione **ed all’affidabilità** delle informazioni usate ex ante nella determinazione dei prezzi di trasferimento concordati per la cessione di tali beni immateriali o dei diritti su beni immateriali.”.*

Finalità della richiesta: Si indicano alcune proposte semantiche volte ad assicurare/mantenere la precisione del linguaggio tecnico nel contesto dello Schema di Decreto e/o della traduzione delle Linee Guida.

2. Schema di decreto ministeriale richiamato dal comma 7 dell'articolo 110 del TUIR: b) proposte relative a temi ivi non trattati

Tematica 2.1: “Non recognition” delle transazioni come accuratamente delineate

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: *Capitolo I, sezione D2, par da 1.119 a 1.128*

Osservazioni / Contributi:

La sezione D2 del Capitolo I delle Linee Guida tratta il tema, molto delicato e complesso, della “*non recognition*” (o disconoscimento) delle operazioni controllate come accuratamente delineate⁵.

In particolare le Linee Guida dettano il principio generale secondo cui l'amministrazione finanziaria non dovrebbe disconoscere l'operazione effettiva e/o sostituirla con altra operazione (nel seguito si fa riferimento a tale principio con la formula “*as structured by the taxpayers*”) salvo che in circostanze eccezionali.

Tali circostanze eccezionali sono illustrate dalle Linee Guida escludendo che coincidano semplicemente con la circostanza che la determinazione dei prezzi di trasferimento sia difficoltosa o che non siano osservabili strutture simile tra parti indipendenti (in quanto parti associate hanno la capacità/possibilità di compiere operazioni tra loro anche non osservabili tra parti indipendenti).

In particolare le Linee Guida dettano la regola generale secondo cui il disconoscimento (e l'eventuale sostituzione) dell'operazione effettiva (*as structured by the taxpayers* o, comunque, come accuratamente delineata anche dall'amministrazione finanziaria) e considerata nella sua totalità, può essere operato solo se la medesima “*differisce da quella che sarebbe stata posta in essere da imprese indipendenti*”⁶ che, in circostanze comparabili, si fossero comportate in maniera razionale dal punto di vista commerciale, in tal modo impedendo la determinazione di un prezzo accettabile per entrambe in considerazione delle rispettive prospettive e delle opzioni realisticamente disponibili a ciascuna di esse al momento della transazione. Una considerazione

⁵ Ossia anche a seguito del confronto tra documenti contrattuali e analisi delle condotta effettiva delle parti ed anche con riguardo all'assunzione dei rischi.

⁶ si noti che nella traduzione vi è il riferimento al singolare “impresa indipendente” invece del riferimento al plurale “imprese indipendenti” che pare più appropriato.

importante da fare consiste nel considerare se il gruppo multinazionale nel suo complesso abbia peggiorato il risultato ante imposte, in quanto questo può essere un indicatore che la transazione considerata nella sua interezza manca della razionalità commerciale degli accordi tra parti indipendenti".

Ad oggi non è chiaro se tale operazione di “*non recognition*” possa essere effettuata semplicemente sulla base dell'articolo 110 comma 7 del tuir (ad esempio quale aggiustamento delle “condizioni”) ovvero sia necessaria l'introduzione di una specifica base normativa o ancora se sia utilizzabile una differente base normativa (quale ad esempio l'articolo 10/bis dello Statuto - abuso del diritto).

Finalità della richiesta: Chiarire l'applicabilità o meno della c.d. *non recognition* ed, in caso positivo, delinearne le condizioni e gli effetti (per quanto riguarda, principalmente, la transazione sostitutiva) allo scopo di evitare che transazioni, pur dotate di razionalità economica, siano disconosciute in maniera arbitraria creando al contempo doppia imposizione.

Tematica 2.2: Beni immateriali di difficile valutazione (*hard to value intangibles* o HTVI)

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Capitolo VI, sezione D4, paragrafi da 6.186 a 6.195.

Osservazioni / Contributi:

Il paragrafo D4 del Capitolo VI delle Linee Guida affronta il tema dell'asimmetria informativa tra contribuente (del gruppo) ed amministrazione finanziaria relativamente al trasferimento di intangibili o diritti in intangibili dando rilievo alla differenza tra previsioni *ex ante* e risultati *ex post*.

Le Linee Guida definiscono un "approccio" che si basa su una presunzione a favore dell'amministrazione finanziaria (consistente nel confronto tra le proiezioni *ex ante* ed i risultati *ex post*) con possibile controprova da parte del contribuente. In particolare, secondo le linee Guida, i dati rilevati *ex post* "forniscono la prova presuntiva relativamente all'esistenza di incertezze al momento della transazione, al fatto se il contribuente abbia o meno adeguatamente preso in considerazione i prevedibili sviluppi o gli eventi ragionevolmente ipotizzabili al momento della

*transazione ed all'affidabilità delle informazioni usate ex ante nella determinazione dei prezzi di trasferimento concordati per la cessione di tali beni immateriali o dei diritti su beni immateriali"*⁷

L'approccio richiede quindi la definizione degli "intangibili" soggetti al medesimo (tutti o solo quelli con determinate caratteristiche), la definizione della prova presuntiva e la definizione delle possibili controprove.

Finalità della richiesta: Chiarire l'applicabilità o meno nell'ordinamento Italiano dell'approccio relativo agli HTVI. Si ritiene, in particolare, che ad ordinamento vigente, non sia possibile utilizzare direttamente l'approccio delineato delle Linee Guida in quanto manca nel medesimo una precisa disciplina a tal fine.

Tematica 2.3: Ammissibilità, e relative condizioni, dell'approccio semplificato per la determinazione del corrispettivo dei servizi infragruppo a basso valore aggiunto

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: *Capitolo VII, sezione D - par 7.43-7.65.*

Osservazioni / Contributi:

Con le modifiche apportate alle Linee Guida a seguito del progetto BEPS è stato introdotto il concetto di servizi infragruppo a basso valore aggiunto ("*Low value-adding services*"), dedicando a tale tema la sezione D. (par 7.43-7.65) del capitolo VII sui servizi infragruppo. Finalità di tal

⁷ La traduzione è la seguente:

"Secondo questo approccio, i dati rilevati ex post forniscono la prova presuntiva dell'esistenza di incertezze al momento della transazione, solo se il contribuente abbia adeguatamente preso in considerazione i prevedibili sviluppi o gli eventi ragionevolmente ipotizzabili al momento della transazione e dell'affidabilità delle informazioni usate ex ante nella determinazione dei prezzi di trasferimento concordati per la cessione di tali beni immateriali o dei diritti su beni immateriali."

Si propongono le seguenti modifiche:

*"Secondo questo approccio, i dati rilevati ex post forniscono la prova presuntiva **relativamente** all'esistenza di incertezze al momento della transazione, **al fatto** se il contribuente abbia **o meno** adeguatamente preso in considerazione i prevedibili sviluppi o gli eventi ragionevolmente ipotizzabili al momento della transazione **ed all'affidabilità** delle informazioni usate ex ante nella determinazione dei prezzi di trasferimento concordati per la cessione di tali beni immateriali o dei diritti su beni immateriali."*

intervento è la previsione di un approccio facoltativo semplificato per la determinazione del valore *arm's length* dei relativi addebiti.

In particolare, la sezione D.1. del capitolo VII fornisce innanzitutto una definizione di attività qualificabili come servizi a basso valore aggiunto ai fini dell'applicazione dell'approccio semplificato, indicando:

- i. caratteristiche che tali servizi dovrebbero avere (par 7.45),
- ii. attività che non si qualificano come servizi infragruppo a basso valore aggiunto (par 7.47) , e
- iii. esemplificazione di servizi a basso valore aggiunto (par 7.49).

La sezione D.2., oltre a illustrare gli elementi e le modalità di applicazione dell'approccio semplificato relativamente alla determinazione del *pool* di costi e all'allocazione degli stessi, fornisce importanti indicazioni in merito all'impiego del *benefit test* (definito nella sezione B.1.1. del capitolo VII) e alla determinazione del *profit mark-up* in presenza di addebiti per servizi infragruppo a basso valore aggiunto.

In particolare, in riferimento al *benefit test*, il par 7.53 prevede che “*When the MNE group elects for and applies the simplified approach, charges for low value-adding intra-group services that are or have been determined in conformity with the guidance in this subsection are determined to be in accordance with the arm's length principle*”. Il par 7.54 riconosce che, proprio a causa della intrinseca natura dei servizi a basso valore aggiunto, la valutazione del *benefit test* in tali casi può essere difficoltosa o può richiedere un sforzo non commisurato all'importo degli addebiti ad essi connessi. Per tale motivo, lo stesso par 7.54 e il par 7.55 prevedono che, qualora l'approccio semplificato venga applicato in conformità ai criteri e alla documentazione prevista dalla sezione D. del capitolo VII, “*Tax administrations should therefore generally refrain from reviewing or challenging the benefits test*” e che “*In evaluating the benefits test, tax administrations should consider benefits only by categories of services and not on a specific charge basis. Thus, the taxpayer need only demonstrate that assistance was provided with, for example, payroll processing, rather than being required to specify individual acts undertaken that give rise to the costs charged*”.

Ulteriori semplificazioni previste e/o suggerite dalle Linee Guida per tale tipologia di servizi a basso valore aggiunto, sono di seguito riassunte:

- con riferimento al *profit mark-up*, è prevista l'applicazione di un *mark-up* pari al 5% dei costi sostenuti per la prestazione dei servizi a basso valore aggiunto, senza la necessità di giustificare tale *mark-up* mediante un'apposita analisi di *benchmark* (par.7.62);
- il par. 7.63 invita le amministrazioni fiscali a prevedere una soglia per l'applicazione dell'approccio semplificato, superata la quale l'amministrazione può “*review the simplified*

approach” e “require a full functional analysis and comparability analysis including the application of the benefits test to specific service charges”;

- il par 7.64 infine contiene una guida dei requisiti documentali, in termini di informazioni e documentazione che il gruppo multinazionale dovrebbe rendere disponibili all'amministrazione fiscale, in caso di richiesta, al fine di poter beneficiare dell'applicazione dell'approccio semplificato.

In tale contesto, la sezione D del capitolo VII introdotta dalle Linee Guida ha acquisito notevole importanza in quanto, se recepita dalle amministrazioni finanziarie dei vari paesi in cui il gruppo multinazionale opera, permetterebbe a quest'ultimo di usufruire di una serie di importanti semplificazioni, connessi all'adozione dell'approccio, in termini di (i) riduzione dei costi di *compliance* e degli sforzi per conformarsi al *benefit test* e dimostrare l'addebito a valori di libera concorrenza, oltre che di (ii) maggiore certezza che il prezzo addebitato per le suddette attività venga accettato dalle amministrazioni finanziarie che hanno recepito l'approccio semplificato.

Per le ragioni sopra esposte si propone di valutare l'opportunità di recepire anche a livello domestico, in coerenza con le Linee Guida, la definizione di servizi infragruppo a basso valore aggiunto e l'adozione dei relativi criteri di ripartizione e validazione.

Finalità della richiesta:

Recepire, in conformità ai principi e criteri delineati dalle Linee Guida, l'approccio semplificato per la determinazione corrispettivo degli addebiti relativi ai servizi infragruppo a basso valore aggiunto.

Tematica 2.4: Servizi infragruppo e contestazioni basate sull'inerenza

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Capitolo VII par da 7.6 a 7.18

Osservazioni / Contributi:

In materia di servizi infragruppo, viene spesso riscontrato che, nell'ambito di attività di verifica e controllo (anche operate con l'ausilio della Documentazione Nazionale predisposta dal contribuente residente ovvero di policy del gruppo multinazionale di appartenenza) la contestazione relativa alla non corretta determinazione dei corrispettivi/addebiti per i suddetti servizi infragruppo sia elevata a titolo di difetto di inerenza (*ex.articolo 109 comma 5 o principio generale previsto dalla norma o comunque su ritenute carenze del supporto documentale*) e non

invece a titolo di rettifica dell'ammontare dei corrispettivi infragruppo in base all'articolo 110 comma 7⁸.

Come noto, tale differente fondamento normativo della contestazione ha riflessi immediati sia sul trattamento sanzionatorio (in quanto viene ritenuto che nell'ipotesi di difetto di inerenza non trovi applicazione la c.d. *penalty protection* che consentirebbe la disapplicazione delle sanzioni amministrative in caso la Documentazione Nazionale predisposta dal contribuente – e spesso utilizzata come base documentale nel corso delle attività di verifica e controllo - fosse ritenuta idonea) che sul regime IVA delle operazioni oggetto di rilievo (infatti la contestazione a titolo di difetto di inerenza comporta spesso il conseguente rilievo dell'indetraibilità dell'IVA relativa a costi indeducibili per difetto di inerenza). Inoltre, in linea generale, le contestazioni sui servizi infragruppo per difetto di inerenza, sono ritenute dalle Amministrazioni Finanziarie⁹ non idonee per l'accesso agli strumenti volti alla soluzione delle controversie internazionali dando luogo, conseguentemente ed in modo sistematico, a doppia imposizione.

A tal fine si propone di valutare l'opportunità di delineare dei criteri appropriati per distinguere le violazioni aventi ad oggetto i servizi infragruppo che integrano un difetto di inerenza da quelli che, viceversa, andrebbero inquadrati quale violazione in materia di *transfer pricing*.

A tal proposito, un possibile approccio potrebbe consistere nel considerare, quale aspetto portante, il criterio del beneficio ricevuto (vedi "benefit test" come delineato al paragrafo B.1 del Capitolo VII delle Linee Guida). In altri termini, se nel singolo caso il criterio del beneficio dovesse essere positivamente riscontrato nell'*an* eventuali contestazioni attinenti al *quantum* (relative ad esempio, all'applicazione del *mark-up*, alla non corretta determinazione della base di costo relativa al servizio, alla scelta e applicazione della chiave di ripartizione, ecc.) dovrebbero essere ricondotte sempre e comunque nell'area della violazione dei prezzi di trasferimento. Inoltre, e anche in considerazione dell'applicazione del suddetto criterio, è auspicabile che vengano forniti chiarimenti in merito alla documentazione che il contribuente residente dovrebbe rendere disponibile all'Amministrazione Finanziaria, in caso di verifica e controlli, a supporto della deducibilità del

⁸ A tal proposito si segnala che nell'ipotesi inversa in cui un'impresa italiana renda un servizio non remunerato (perché ad esempio l'impresa non ha ritenuto che vi fosse un servizio), sulla base delle "nuove" Linee Guida (versione luglio 2017), la contestazione dovrebbe avere ad oggetto i componenti positivi e non i componenti negativi (ossia i costi sostenuti per l'erogazione del servizio). Ciò pare confermato dall'esempio contenuto nel Capitolo I, par 1.50 ove si descrive il caso dell'impresa P che paga al fornitore terzo i servizi ricevuti da filiali di P (ossia entità controllate da P e che non rimborsano direttamente o indirettamente P). In particolare, nel caso in cui sia appropriato identificare, sulla base del criterio del beneficio, una transazione rilevante tra P e le proprie filiali la risposta appropriata dovrebbe essere una rettifica in aumento dei ricavi di P e non l'indeducibilità in capo alla P stessa dei costi sostenuti.

⁹ Come previsto dalla Circolare n.21/2012 dell'Agenzia delle Entrate in materia di procedure amichevoli per la composizione delle controversie internazionali

costo e/o della determinazione del corrispettivo. Ciò anche al fine di stimolare la sistematica raccolta di tale documentazione e relativi dettagli del calcolo (spesso non nella immediata disponibilità dell'entità residente).

Finalità della richiesta: Specificare i criteri idonei a distinguere le violazioni di inerenza dalle violazioni di *transfer pricing* relativamente ai servizi infragruppo nonché fornire chiarimenti in merito alla documentazione a supporto della deducibilità del costo (sia in termini di effettività del servizio che di determinazione del corrispettivo).

Tematica 2.5: “*appropriate TP outcome*” - Allegato al Capitolo VI (Esempi per illustrare l'applicazione delle linee guida in materia di beni immateriali - esempio 2)

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: allegato al capitolo VI, esempio 2 - par 5-7

Osservazioni / Contributi:

Prendendo spunto dall'esempio 2 dell'Allegato al Capitolo VI, il tema attiene all'*appropriate TP outcome* (al risultato appropriato in base all'analisi dei prezzi di trasferimento) con riguardo al caso in cui la società che riceve le *royalties* (S nell'esempio 2 citato) non sia legittimata a trattenere i "*proventi derivanti dagli accordi di licenza in misura superiore a un corrispettivo per le sue funzioni di registrazione di brevetti che sia conforme al principio di libera concorrenza*".

Nell'esempio 2 citato si descrive un contesto in cui:

- i. Premiere svolge le funzioni DEMPE,
- ii. S, appartenente al gruppo cui appartiene Premiere,
 - a. acquisisce ad un prezzo simbolico da Premiere la titolarità giuridica degli intangibles, rivenienti dalle funzioni svolte (compresi asset utilizzati e rischi assunti) da Premiere e
 - b. licenzia tali IP anche ad imprese associate.

Si immagini che una di tali imprese associate licenziatarie degli IP sia residente in Italia. In particolare, nell'esempio trattato dalle linee guida, la royalty viene assunta essere conforme al prezzo di libera concorrenza; nel contesto della corrente osservazione si assuma, invece, che la appropriatezza di tale royalty rispetto al principio di libera concorrenza debba essere oggetto di analisi e determinazione.

In merito si chiede di conferma del fatto che la determinazione del valore di libera concorrenza della royalty pagata a S dall'impresa associata italiana debba essere basata su un'analisi che identifichi anche l'entità o le entità del gruppo (nel caso in esame Premiere) che svolgono le funzioni, incluse quelle importanti descritte nel paragrafo 6.56, relative alle attività DEMPE, forniscono le attività (*assets*), incluse le risorse finanziarie, per lo sviluppo, valorizzazione, mantenimento, protezione e sfruttamento degli IP ed assumono i rischi connessi agli IP.

In particolare, quindi, la determinazione del valore normale di libera concorrenza della royalty non dovrebbe essere basato unicamente sulla base della constatazione che S (titolare giuridico) non svolga le funzioni DEMPE rilevanti per l'attribuzione dei "rendimenti" degli intangibles (vedi anche par 6.71 del Capitolo VI).

Si chiede quindi di precisare che sebbene S sia una "cash box" (che "ha diritto soltanto a un corrispettivo per le funzioni che svolge" ossia i "servizi di amministrazione del brevetto"), la giurisdizione ove risiede l'impresa associata che paga la royalty (nell'esempio l'Italia), non può ritenere che la deduzione della royalty (addebitata da S) vada "ridotta" solamente sulla base della riscontrata natura funzionale di S (i.e. una "cash box").

In tal modo (difformemente a quanto indicato nel paragrafo 6.71 delle Linee guida) la giurisdizione dell'impresa associata che paga le royalty (nel caso l'Italia), finirebbe per appropriarsi, in modo non conforme al principio di libera concorrenza ("arm's length principle") di parte della base imponibile derivante dallo sfruttamento dell'IP.

Differente sarebbe l'*appropriate TP outcome* qualora sia dimostrato che l'impresa associata licenziataria svolga funzioni e/o contribuisca *assets* e/o assuma rischi idonei a legittimare l'attribuzione di tutto o parte del profitto da IP secondo quanto previsto nel paragrafo 6.71,

In altri termini l'impresa Italiana licenziataria, nel contesto dell'esempio 2 in cui si assume che Premiere sia l'*economic owner* dell'IP legittimata ad ottenere la remunerazione dell'IP, non dovrebbe ricevere (attraverso la riduzione della royalty pagata) più reddito di quello spettante nei limiti del contributo funzionale (considerando anche *assets* e rischi) fornito dalla medesima e ciò anche nel caso in cui, in ipotesi, la giurisdizione di Premiere (nell'esempio titolare economico del bene intangibile), per qualsiasi ragione, non rettifichi il reddito della propria impresa (per includervi appunto il maggior reddito derivante dagli IP).

Finalità della richiesta: Chiarire che, secondo il principio di libera concorrenza, il risultato appropriato, nel caso in cui un'impresa italiana sostenga costi (ad esempio royalty) nei confronti di un'entità associata che non svolge funzioni, non contribuisce beni (compreso il "*funding*") e non assume rischi a tal fine rilevanti (c.d. "*cash box*"), deve essere sempre individuato tenendo comunque in debita considerazione il contributo funzionale (compresi *assets* e rischi) operato

anche da altre società del gruppo senza, invece, presumere che tale contributo funzionale venga operato in Italia dall'impresa residente.

Tematica 2.6: Transazione secondaria/aggiustamento secondario (*secondary transaction/secondary adjustment*)

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: *Glossario (pag 23 della bozza di traduzione); Capitolo V, sezione C5 - par 4.68-4.78; Commentario al Modello OCSE 2017, art 9, par 8.*

Osservazioni / Contributi:

Secondo il Glossario delle Linee Guida (e come meglio approfondito nei paragrafi 4.68-4.78 delle medesime) la nozione di aggiustamento secondario riguarda quelle rettifiche che conseguono ad "una rettifica primaria" e che riguardano "una transazione considerata occulta [la transazione secondaria, ndr] da alcuni Paesi ai sensi della loro normativa interna, al fine di rendere coerente l'allocazione effettiva degli utili con la rettifica primaria".

In altri termini il "secondary adjustment sarebbe finalizzato a riportare le imprese associate [X e Y, ndr] nella situazione finanziaria in cui si sarebbero trovate qualora le operazioni infragruppo fossero state at arm's length fin dall'origine" in quanto "di fatto i denari che rappresenta i profitti oggetto dell'aggiustamento [primario, ndr] si trovano nelle mani dell'impresa Y invece che nella mani dell'impresa X". In particolare la giurisdizione che effettua la rettifica primaria intende rimuovere anche le ricadute finanziarie scaturenti da operazioni non at arm's length e, di conseguenza, considera che tra le imprese sia intervenuta un'ulteriore operazione (a seconda dei casi, distribuzione di dividendi, pagamento di royalties o erogazione di un finanziamento) con ulteriori conseguenze fiscali.

Il commentario all'articolo 9.2 (e vedi anche le linee guida al paragrafo 4.71) chiarisce che "nothing in paragraph 2 prevents such secondary adjustment from being made" ma rinvia alla legislazione domestica la decisione se prevederli o meno "where they are permitted under the domestic laws of a Contracting State".

Nel caso dell'Italia l'unica presa di posizione ufficiale e pubblicamente disponibile è rinvenibile in un documento delle UE ("*Final Report on Secondary Adjustments*", emanato dal Eu Joint Transfer Pricing Forum in data 18/1/2013¹⁰) in cui si legge:

"Italy does not have internal provisions on secondary adjustments and is of the opinion that it should be primarily up to those Member States with legislation on secondary adjustments to structure these adjustments in such a way so as to minimize the possibility of double taxation as a consequence thereof. In principle, Italy will not grant relief for the withholding tax arising from the secondary adjustment made by the other Member State which led to double taxation".

In altri termini, dal passo sopra riportato, emerge che l'Italia non ritiene di avere base normativa per l'effettuazione di "*secondary adjustments*" e, conseguentemente, nel caso in cui sia un altro Stato Membro ad operare tale rettifica di non riconoscere, in linea di principio, crediti per imposte estere o "*corresponding adjustments*".

Finalità della richiesta: Confermare e/o chiarire se la normativa domestica italiana, originariamente o come anche modificata, implichi la impossibilità di effettuare aggiustamenti secondari e se, nel caso tale aggiustamento sia fatto da altro Stato, sia possibile per l'impresa italiana ottenere un rimedio contro la doppia imposizione sotto forma, ad esempio, di "*corresponding adjustment*" secondo le casistiche contenute nell'articolo 31-quater del DPR 600/73.

Tematica 2.7: Valenza della Circolare n. 32 del 1980

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: par da 1.164 a 1.167;; Circolare n. 32/80

Osservazioni / Contributi: Nel contesto delle più volte rinnovate Linee Guida OCSE ci si chiede quale sia l'attuale valenza della Circolare dell'Agenzia delle Entrate n.32 del 1980 cui, a volte, in sede di controllo viene fatto espresso riferimento ai fini di motivare le contestazioni nei confronti dei contribuenti.

In particolare si riportano alcuni esempi in cui l'attuale "vigenza" della citata Circolare potrebbe indurre, in sede di controllo (e con ricadute anche giurisprudenziali), all'assunzione di posizioni (e conseguenti rettifiche in aumento) non appropriate.

¹⁰Vedi:https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/final_report_secondary_adjustments_en.pdf

L'utilizzo del criterio del mercato del mutuante ai fini della valorizzazione di rapporti finanziari infragruppo.

La Circolare 32 del 1980 espressamente afferma che *“Relativamente ai finanziamenti è, invece, il mercato del mutuante che deve considerarsi come "rilevante”.*

Tale affermazione conduce, a volte, a contestazioni nei confronti di contribuenti italiani coinvolti in operazioni finanziarie con imprese associate estere sulla base di bollettini statistici delle Banche Centrali ove è localizzato, appunto, il mutuante.

Si faccia riferimento a titolo esemplificativo alla sentenza Cassazione Sentenza 25 settembre 2013, n. 22010 secondo cui *“a fronte dell' allegazione, da parte dell' Ufficio, di dati desumibili – in conformità alla disposizione succitata – dai listini ufficiali della BundesBank, non risulta siano stati offerti dalla contribuente elementi di prova di segno contrario, atti a far ritenere che il corrispettivo (interessi passivi) del mutuo erogato dalla società tedesca fosse in linea con quello medio praticato sul mercato della mutuante”*¹¹.

In merito, a parte il riferimento ai listini della Banca Centrale tedesca¹², il riferimento al mercato del mutuante pare implicitamente assumere l'irrilevanza del merito di credito del prestatore dei fondi attribuendo peso solo al costo della raccolta per il mutuante (o al relativo costo opportunità).

Viceversa, come confermato anche dalle Linee Guida (vedi paragrafi da 1.164 a 1.167)¹³, peso preponderante nella valutazione delle condizioni delle operazioni finanziarie infragruppo deve essere assunto dal merito creditizio del finanziato.

Il riferimento ai tassi di royalty previsti dalla Circolare 32/1980.

La Circolare n.32 del 1980 espressamente afferma che *“In relazione alla difficoltà di enucleare criteri analitici di determinazione del valore normale delle transazioni aventi ad oggetto beni immateriali, considerata l'esigenza di certezza per il contribuente e la necessità di un rapido accertamento per l'Amministrazione, si ritiene opportuna la predeterminazione di "valori*

¹¹ Nella medesima sentenza viene descritto l'operato dell'Ufficio che *“ha accertato che il tasso d'interesse medio praticato sul mercato finanziario-credizio tedesco, ovvero dello Stato di residenza del soggetto mutuante, “è inferiore a quello adottato per l'operazione di finanziamento in commento”.*

¹² Tale riferimento, in particolare, dovrebbe essere ritenuto non ammissibile in quanto parificabile ad *“anadjusted industry average return”* (espressamente ritenute inutilizzabili al paragrafo 1.40 delle Linee Guida) nella misura in cui tali listini (*rectius*: Bollettini Statistici) rilevano il tasso medio (tasso base + premio per il rischio di credito) a cui le banche erogano finanziamenti a settori dell'economia.

¹³ Pur in attesa del completamento dei lavori OECD sui profili di *transfer pricing* delle *“financial transactions”*

normali" da ritenere congrui, in linea di massima e fermo restando quanto detto sopra, alle seguenti condizioni:

a) canoni fino al 2% del fatturato potranno essere accettati dall'Amministrazione quando; I) la transazione risulta da un contratto redatto per iscritto ed anteriore al pagamento del canone; II) sia sufficientemente documentata l'utilizzazione e, quindi, l'inerenza del costo sostenuto;

b) canoni oscillanti tra il 2 e il 5% potranno essere ritenuti congrui, oltre che alle condizioni di cui al punto precedente, qualora; I) i dati "tecnici giustifichino il tasso dichiarato (effettuazione di ricerche e sperimentazioni, obsolescenza inferiore all'anno o meno, vita tecnica, originalità', risultati ottenuti, ecc.); II) il tasso dichiarato sia giustificata dai dati "giuridici", emergenti dal contratto (diritto di esclusiva, diritto di concedere sub-licenze, diritto di sfruttamento delle scoperte o sviluppi del bene immateriale, ecc.); III) sia comprovata l'effettiva utilità conseguita dal licenziatario;

c) canoni superiori al 5% del fatturato potranno essere riconosciuti solo in casi eccezionali giustificano dall'alto livello tecnologico del settore economico in questione o da altre circostanze;

d) canoni di qualunque ammontare corrisposti a società residenti in Paesi a bassa fiscalità potranno essere ammessi in detrazione e riconosciuti congrui solo alle condizioni più onerose previste al punto c)."

A volte accade che, in sede di controllo e conseguente accertamento, l'amministrazione finanziaria contesti la deducibilità delle *royalties* eccedenti le percentuali indicate nella Circolare.

Si ritiene che tale approccio non sia in linea con le disposizioni convenzionali conformi all'articolo 9 paragrafo 1 del Modello OCSE, con le linee guida e con l'articolo 110, comma 7 del Tuir (nella formulazione vigente sia prima che dopo la novella).

In particolare l'impostazione di *predeterminazione di "valori normali" da ritenere congrui* non è conforme con l'*arm's length principle* nella misura in cui sostituisce l'analisi funzionale e di comparabilità con un processo di valutazione valido per categorie di fattispecie e non tenendo conto di fatti e circostanze del singolo caso concreto.

Finalità della richiesta: Valutare l'opportunità di ritenere superate le impostazioni contenute nella Circolare n.32 del 1980.

Tematica 2.8: Condizioni di ammissibilità degli aggiustamenti di fine anno (rilevati in aumento o in riduzione del risultato di conto economico e quindi, in ipotesi, del reddito imponibile) operati direttamente in contabilità dal contribuente

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: *Glossario Linee Guida OCSE; EU Joint Transfer Pricing Forum - Report on Compensating Adjustments, January 2014*

Osservazioni / Contributi:

Come noto, a fine esercizio potrebbe nascere l'esigenza, nell'ambito del monitoraggio della correttezza dei prezzi di trasferimento applicati in corso d'anno, di operare delle rettifiche finalizzate ad allineare, anche contabilmente, i valori utilizzati nel corso del periodo d'imposta (es. dati previsionali) per la determinazione dei prezzi di trasferimento applicati ai valori rilevati a consuntivo (tipicamente a chiusura del periodo d'imposta) e ritenuti coerenti e indicativi del rispetto del principio di libera concorrenza (*arm's length principle*).

Tali rettifiche sono definibili come aggiustamenti di fine anno o *year-end adjustment*.

Si nota che nell'ordinamento italiano tale modo di procedere non ha trovato ad oggi una specifica disciplina e, tuttavia, vi sono esempi in cui la Giurisprudenza ha avallato contestazioni elevate dall'Amministrazione Finanziaria in merito (vedi Cassazione 11949/2012).

Per tale ragione si propone di valutare l'opportunità di emanare chiarimenti circa le condizioni di ammissibilità di tali aggiustamenti operati nella contabilità a fine anno e con particolare riguardo a quelli comportanti una riduzione della base imponibile.

In merito alcuni spunti potrebbero essere tratti dal Report elaborato dall'*European Joint Transfer Pricing Forum* o "EU JTPF". Tale documento ha l'obiettivo di delineare una "*Practical solution to compensating adjustments¹⁴ in the EU*".

¹⁴ I "*compensating adjustment*", in linea di principio, differiscono dagli aggiustamenti contabili di fine anno oggetto del presente commento. In particolare, il Glossario delle Linee Guida definisce i "*compensating adjustment*" nel seguente modo: "*An adjustment in which the taxpayer reports a transfer price for tax purposes that is, in the taxpayer's opinion, an arm's length price for a controlled transaction, even though this price differs from the amount actually charged between the associated enterprises. This adjustment would be made before the tax return is filed*". Si veda anche quanto riportato nel paragrafo 4.38 "*Thus, for the purpose of lodging a correct tax return, a taxpayer would be permitted to make a compensating adjustment that would record the difference between the arm's length price and the actual price*

A tal proposito e al fine di fornire alcune osservazioni preliminari, si delinea di seguito un possibile approccio alla tematica:

- riconoscimento espresso dell'ammissibilità degli aggiustamenti di fine anno con effetti contabili e trattamento simmetrico nelle giurisdizioni coinvolte sia nel caso in cui comportino un maggiore reddito imponibile (per effetto dell'incremento del risultato di conto economico) sia nel caso in cui tale aggiustamento comporti un minor reddito imponibile (per effetto della diminuzione del risultato di conto economico) dell'entità residente;
- indicazione delle modalità di effettuazione di tali aggiustamenti (es. mediante emissione di una nota di credito/debito) e relativa modalità di contabilizzazione;
- laddove l'aggiustamento venga effettuato facendo ricorso all'applicazione di un intervallo di libera concorrenza (cd. *range*) e, nello specifico, alla selezione di un punto all'interno del *range*, rimandare a quanto previsto dall'art. 6 del Decreto in commento (tenendo presenti i commenti già forniti dalla Scrivente in relazione al testo di tale articolo, ovvero l'utilizzo di qualunque punto all'interno dell'intervallo, fatto salvo il potere di rettifica dell'Amministrazione Finanziaria in caso di verifica fiscale);
- indicazione della documentazione da predisporre a supporto dell'aggiustamento compensativo effettuato (es. documentazione contrattuale e/o descrizione puntuale all'interno della Documentazione Nazionale ove predisposta dal contribuente e, in assenza, apposita nota esplicativa).

Per altro la correttezza di tali aggiustamenti rispetto al principio di libera concorrenza sarebbe in ogni caso oggetto dell'ordinaria attività di controllo.

Finalità della richiesta:

Ciò premesso e considerato, è auspicabile un intervento chiarificatore volto a delineare i criteri per l'ammissibilità degli aggiustamenti contabili di fine anno.

recorded in its books and records". In altri termini le linee guida OCSE paiono trattare solamente i c.d. "*compensating adjustment*" (ossia variazioni in aumento operate esclusivamente al momento della presentazione della dichiarazione e senza interessare direttamente la contabilità del periodo di riferimento). Non pare, viceversa, dedichino specifica attenzione al tema degli aggiustamenti contabili di fine anno.

Tema 2.9: Frequenza dell'aggiornamento delle analisi di benchmark

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: 5.37, 5.38

Osservazioni / Contributi:

Nel presente contributo si esamina il tema della frequenza di aggiornamento delle analisi di *benchmark* finalizzate ad individuare appropriati *comparable*, nei casi di utilizzo del metodo del margine netto transazionale (TNMM) e della versione c.d. “esterna” di alcuni metodi tradizionali (*Resale Minus*, *Cost Plus*) e nell’ambito della redazione della documentazione periodica a supporto dei prezzi di trasferimento.

Sul punto, le indicazioni fornite da parte dell’Amministrazione finanziaria sono contenute unicamente nel par. 7 del Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010 (in seguito, se ulteriormente citato, “Provvedimento”), il quale prevede per le piccole e medie imprese (“PMI”)¹⁵ che l’aggiornamento delle analisi di benchmark possa avvenire con cadenza triennale. Analoghe disposizioni non sono invece previste per le imprese di maggiori dimensioni, dovendosi da ciò desumere che esse siano tenute ad un aggiornamento annuale del *set* di comparabili dell’analisi di *benchmark* e dei correlati dati finanziari.

Sul punto occorre segnalare quanto previsto dalle Linee Guida OCSE nella loro ultima versione di luglio 2017. Queste ultime, nell’indicare l’opportunità di aggiornamento annuale della documentazione di *transfer pricing* (par. 5.37), trattano, nel medesimo paragrafo, l’eventualità che il profilo funzionale delle parti coinvolte nelle transazioni infragruppo nonché la natura stessa dei soggetti comparabili indipendenti, rimangano invariati di anno in anno. In tale contesto, viene previsto (par. 5.38), al fine di non aggravare gli adempimenti il contribuente, che le Amministrazioni finanziarie possano consentire di non aggiornare i criteri di selezione dei comparabili delle *benchmark* (e quindi permettano il mantenimento dello stesso *set* di *comparables*), laddove appunto le condizioni di comparabilità non siano mutate, limitando l’aggiornamento annuale esclusivamente ai dati finanziari (cd. *roll-forward*), allo scopo di garantire il rispetto del principio di libera concorrenza (par. 5.37).

Si ritiene auspicabile che tale approccio (aggiornamento triennale dei criteri di selezione dei comparabili e cd. *roll-forward* annuale) possa essere condiviso e applicato anche da parte dell’Amministrazione Finanziaria italiana con l’obiettivo di non aggravare gli oneri in capo al

¹⁵ Ai sensi del Provvedimento, sono qualificabili come “piccole e medie imprese”, le imprese con un volume d'affari o ricavi non superiore a cinquanta milioni di euro.

contribuente e, nello stesso tempo, uniformarsi non solo alle Linee Guida ma anche alla prassi dei gruppi internazionali operativi in Italia che, invece, devono procedere alla predisposizione di nuove analisi di *benchmark* esclusivamente per le società operative in Italia.

Finalità della richiesta:

Sulla scorta delle osservazioni di cui sopra, prevedere la possibilità di un aggiornamento con cadenza triennale dei criteri di selezione dei comparabili limitando l'aggiornamento annuale esclusivamente ai dati finanziari (cd. *roll-forward*), nel caso in cui non siano mutate le funzioni svolte, i rischi assunti e i beni impiegati nelle transazioni infragruppo rispetto all'anno di elaborazione dell'analisi di *benchmark*.

Tema 2.10: indicazione dei criteri volti a definire il “risk free return” e/o il “risk adjusted return” idoneo a remunerare, a seconda dei casi, il “funder” (i.e l'impresa associata che contribuisce risorse finanziarie assumendo o non assumendo il rischio finanziario)

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: par 1.103, 6.61, 6.62

Osservazioni / Contributi:

Come illustrato dal Report BEPS sulle Actions 8, 9 e 10, poi confluito nelle linee Guida, nell'ambito della appropriata remunerazione di imprese associate che contribuiscono “funding” rilevano le nozioni di rendimento “*risk-free*”¹⁶ e di rendimento “*risk-adjusted*”¹⁷.

¹⁶ Si veda il Report BEPS sulle Action 8, 9 e 10 a pagina 11, ove si legge:

“The revised guidance also addresses the situation where a capital-rich member of the group provides funding but performs few activities. If this associated enterprise does not in fact control the financial risks associated with its funding (for example because it just provides the money when it is asked to do so, without any assessment of whether the party receiving the money is creditworthy), then it will not be allocated the profits associated with the financial risks and will be entitled to no more than a risk-free return, or less if, for example, the transaction is not commercially rational and therefore the guidance on nonrecognition applies”

¹⁷ Si veda Report BEPS sulle Action 8, 9 e 10 a pagina 65:

“An associated enterprise providing funding and assuming the related financial risks, but not performing any functions relating to the intangible, could generally only expect a risk-adjusted return on its funding.”



In attesa che vengano conclusi i lavori OCSE sul c.d. TP finanziario, qualora si ritenga che le linee Guida 2017 siano comunque applicabili in merito, si propone di valutare la possibilità di chiarire quali siano i criteri da adottare per definire tali rendimenti.

Finalità della richiesta:

Chiarire i criteri volti alla determinazione dei rendimenti “*risk-free*” e “*risk adjusted*”.

3. Schema di provvedimento direttoriale previsto dall'articolo 31-quater del D.P.R. n. 600 del 1973: b) contenuti dello schema di Provvedimento

Tematica 3.1: Tipologia di rettifiche estere ammissibili in relazione al requisito della “definitività”

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Capitolo IV, sezione C, par da 4.29. a 4.67; Commentario OCSE al paragrafo 2 dell'articolo 9, par da 5 a 7; Report BEPS azione 14; MLI art 17 e relativo *Explanatory statement*, Commentario all'articolo 25 del Modello OCSE, par 14 e 23.

Osservazioni / Contributi:

Sulla base dello schema di Provvedimento in commento, sembra preclusa la possibilità che l'Italia rimuova in via “unilaterale” la doppia imposizione¹⁸, generata da rettifiche in aumento della base imponibile dell'impresa associata non residente, in assenza di un atto impositivo emesso dall'amministrazione fiscale di uno Stato estero. Nel dettaglio, lo schema di Provvedimento, nel contesto della definitività della rettifica in aumento, richiede la produzione: i) della copia dell'atto impositivo estero e ii) di una certificazione rilasciata da parte dell'autorità fiscale estera dalla quale risulti la definitività della rettifica in aumento effettuata.

In termini generali, la doppia imposizione che origina nel contesto dell'articolo 9.1 del Modello OCSE può essere generata, oltre che con l'intervento attivo dell'autorità fiscale (*primary adjustment*), anche attraverso modalità che non implicano tale intervento attivo.

¹⁸ In base al Commentario OCSE all'articolo 9.2 del Modello il c.d. "corresponding adjustment" (anche "appropriate adjustment") è finalizzato a mitigare o rimuovere la doppia imposizione nel caso in cui un'amministrazione fiscale (si immagini Autorità A) effettui una rettifica di transfer pricing (*primary adjustment*) che incrementa la base imponibile (ed, eventualmente, il conseguente debito fiscale) in capo ad un'impresa associata (si immagini impresa A) localizzata fiscalmente nella propria giurisdizione (si immagini la giurisdizione A) applicando l'*arm's length* principle. In particolare l'impresa associata controparte (si immagini l'impresa B) localizzata fiscalmente in altra giurisdizione (si immagini giurisdizionegiurisdizione B) subisce una doppia imposizione se la propria base imponibile (ed, eventualmente, il conseguente debito fiscale) non viene corrispondentemente ridotta (“*downward adjustment*”). Nel seguito ogni riferimento alla “doppia imposizione”, salvo diversa indicazione, è da intendersi al descritto scenario.

Si pensi al caso in cui l'impresa associata estera effettui, volontariamente ed al solo fine di adeguare il proprio comportamento (*rectius*: la determinazione della base imponibile estera) alla disciplina dei prezzi di trasferimento, una rettifica in aumento della propria base imponibile secondo le seguenti modalità:

- integri la propria contabilità dell'impresa associate entro la chiusura del periodo di riferimento (*year-end o closure of book transfer pricing adjustment*); - **aggiustamento di fine anno**
- senza modificare il risultato contabile del periodo di riferimento, rettifichi esclusivamente la base imponibile in sede di dichiarazione fiscale del periodo di riferimento (es: variazione in aumento), (*Compensating adjustment*); **aggiustamento compensativo**
- senza modificare la propria contabilità, e senza specifica attività di controllo (*enforcement*) o sulla scorta di un'attività di controllo riferita ad altri periodi d'imposta da parte della propria autorità fiscale, rettifica le dichiarazioni fiscali già presentate di precedenti periodi d'imposta; - *amendment of previously filed tax returns*- **ravvedimento operoso**
- emissione/ricezione di note di debito/credito volte a rettificare i prezzi di trasferimento di precedenti periodi d'imposta con impatto contabile (i.e. imputazione a conto economico) in un periodo di imposta successivo a quello in cui l'operazione ha avuto luogo e con rilevanza fiscale (impatto sulla base imponibile) nel medesimo periodo di contabilizzazione (ossia in un periodo di imposta diverso da quello in cui l'operazione è stata realizzata) (**rettifica contabile bilaterale ex-post**).

Nei casi sopra elencati la doppia imposizione, sulla base dello schema di Provvedimento, sembrerebbe eliminabile solo nel primo caso (**aggiustamento di fine anno**), su cui però vedi *supra* Tematica 2.8 ove si evidenzia l'opportunità di valutare l'adozione di un chiarimento di prassi volto a rendere omogeneo il comportamento degli uffici ed evitare il contenzioso esemplificato dalla Cassazione sen. n. 11949/2012. In merito all'ultimo punto, invece (rettifica contabile bilaterale ex-post), vedi la tematica 4.1.

Viceversa, in tutti gli altri casi elencati in quanto caratterizzati dall'assenza di uno specifico atto impositivo da parte dell'autorità fiscale estera (ossia in assenza di un "*primary adjustment*" propriamente detto), sembrerebbe operare una preclusione generale alla rimozione della doppia imposizione.

Nel seguito si illustrano le ragioni per cui si ritiene appropriato e coerente con l'evoluzione del quadro giuridico nazionale ed internazionale di riferimento valutare l'opportunità di ammettere che la rimozione in Italia della doppia imposizione avvenga anche a fronte di una rettifica in aumento operata all'estero ad iniziativa dell'impresa associata ("*taxpayer initiated adjustment*").

In termini generali, le ragioni di fondo della cennata preclusione paiono derivare dalle posizioni storicamente assunte dall'Italia:

- i) nella disciplina interna (vedi articolo 110 comma 7 del Tuir nel testo previgente)
- ii) nelle proprie Convenzioni bilaterali (anche alla luce delle riserve poste nel Commentario all'articolo 9.2 del Modello)
- iii) nel Codice di Condotta (2009/C 322/01).

Il comma 7 dell'articolo 110 comma 7 previgente prevedeva espressamente che la variazione in diminuzione del reddito dell'impresa residente fosse ammissibile *“soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali «procedure amichevoli» previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi.”*

Dal pari, a livello Convenzionale, la posizione dell'Italia è stata quella di riconoscere il *corresponding adjustment*, di cui all'articolo 9.2 del Modello, solo nell'ambito delle MAP (si veda in merito la riserva di cui pragrafo 17.1 del Commentario al Modello OCSE – e nel seguito la **“riserva”**).

Inoltre, nel contesto delle MAP (anche arbitrali), la riserva posta dall'Italia al punto 4 del Codice di Condotta (2009/C 322/01), ha generato l'interpretazione restrittiva contenuta nella Circolare 21/E del 2012 secondo cui è sempre necessaria l'emissione all'estero di un atto di accertamento¹⁹.

Tale substrato storico pare ancora riflettersi sullo Schema di Provvedimento, pur nel contesto di uno scenario internazionale in corso di profondo mutamento ad opera delle *“best practices”* e del *“minimum standard”* contenuti nel Report Action 14 BEPS.

La *best practice* 1 del Report Action 14, evidenzia come sarebbe più efficiente se le giurisdizioni fiscali riconoscessero unilateralmente un *“corresponding adjustment”* nei casi in cui le obiezioni dei contribuenti siano giustificate (*“more efficient if countries would also have the possibility to provide for corresponding adjustments unilaterally in cases in which they find the objection of the taxpayer to be justified”*).

Su tale scia il documento *“Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Italy (Stage 1) - INCLUSIVE FRAMEWORK ON BEPS: ACTION 14”*, con particolare riguardo alla *“riserva”* posta dall'Italia al punto 17.1 del Commentario all'articolo 9 del Modello, dà atto dei

¹⁹ Vedi a riguardo la Circolare 21/E del 2012 in cui si afferma che *“coerentemente con la posizione espressa dall'Italia in adesione al Codice di condotta per l'effettiva attuazione della Convenzione arbitrale, il termine iniziale del periodo entro cui il contribuente può presentare l'istanza coincide - anche ai fini della MAP bilaterale - con la data di notifica dell'avviso di accertamento che ha generato l'imposizione non conforme alla Convenzione”*.

recenti sviluppi compiuti dell'Italia nell'ordinamento interno (si veda la modifica all'articolo 110, comma 7, del Tuir) al fine di rendere pienamente operativo il citato articolo 9.2 del Modello.

Le modifiche normative apportate dal DL 50/2017, in linea con quanto affermato nella citata Peer review, potrebbero condurre ad un ripensamento della descritta “riserva” e ad una rinnovata disciplina dei “presupposti” e delle “procedure” connesse alle rettifiche in diminuzione del reddito di cui all'emendato articolo 110, comma 7, (tra cui quella della lettera c) dell'articolo 31-quater del d.P.R. 600/73) che diano piena applicazione all'articolo 9.2 del Modello (e del relativo Commentario), consentendo in tale modo sia l'allineamento dell'ordinamento nazionale alle migliori pratiche internazionali sia il miglioramento dell'attrattività del sistema fiscale nazionale.

Peraltro, secondo le posizioni assunte dall'Italia²⁰ al momento della firma del MLI, l'articolo 17 del MLI dovrebbe comportare la piena implementazione dell'articolo 9.2 del Modello in tutti i Covered Tax Agreement che già non includano tale paragrafo.

Ciò confermerebbe l'impossibilità di mantenere in futuro la descritta “riserva” in quanto “incompatibile” con l'articolo 17 del MLI.²¹

²⁰ L'articolo 17 del MLI prevede l'implementazione del par. 9.2 in tutti i Covered Tax Agreement che non includono tale paragrafo, senza possibilità di formulare riserve che, alla stregua della posizione finora assunta dall'Italia (vedi paragrafo 17.1 del Commentario), fanno degradare l'obbligo (shall) di effettuare unilateralmente il corresponding adjustment ad una mera possibilità da esplorare nell'ambito delle MAP. L'Italia, di conseguenza, in tutti i trattati coperti dal MLI sarà vincolata ad effettuare un corresponding adjustment (alle condizioni che si diranno in seguito), anche unilateralmente.

²¹ Si veda in merito l' Explanatory Statement al paragrafo 17 ove si legge: “An existing provision of a Covered Tax Agreement is considered “incompatible” with a provision of the Convention if there is a conflict between the two provisions. For example, Article 17(2) of the Convention provides that Article 17(1) will apply in place of or in the absence of existing provisions that “require a Contracting Jurisdiction to make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on the profits of an enterprise of that Contracting Jurisdiction where the other Contracting Jurisdiction includes those profits in the profits of an enterprise of that other Contracting Jurisdiction and taxes those profits accordingly, and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of that other Contracting Jurisdiction if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises.

Certain existing provisions, however, provide only that a Contracting Jurisdiction **may** make a corresponding adjustment or **may** consult for that purpose, but do not require corresponding adjustments to be made in any particular circumstances. Those existing provisions would be outside the scope of paragraph Article 17(2), meaning that they would therefore continue to apply unless they are incompatible. **To the extent that such provisions would permit a Contracting Jurisdiction to choose not to make an appropriate adjustment even in the situation in which the adjustment made by the other Contracting Jurisdiction was justified, however, such provisions would be incompatible with 17(1). As a result, Article 17(1) would supersede such provisions, meaning that its application**

In conclusione la “riserva” continuerebbe ad operare per i periodi d’imposta precedenti all’efficacia del MLI e, in ogni caso, per le Convenzioni non modificate sul punto dal MLI.

Ciò premesso vi è da chiedersi se l’implementazione della descritta “*best practice*”, relativa all’articolo 9.2, comporterà l’obbligo di rimuovere la doppia imposizione anche nei casi in cui non vi sia l’emissione di un atto impositivo (ergo: di un avviso di accertamento) da parte dell’autorità fiscale estera. Se così fosse, qualora lo Schema di Provvedimento adottasse un’impostazione più restrittiva, sarebbe comunque necessario nel breve periodo adottare ulteriori misure domestiche volte ad adeguare l’ordinamento interno ai casi in cui siano coinvolte imprese associate residenti in Stati con cui l’Italia ha “*Covered Tax agreement*”.

Tutto ciò considerato si propone di valutare l’opportunità di procedere alla rivisitazione dell’impostazione che restringe l’operare unilaterale di “*corresponding adjustment*” ai soli casi in cui vi sia un atto impositivo emesso dall’autorità fiscale estera.

L’articolo 9.2 del Modello di Convenzione OCSE (e del relativo Commentario) che, come noto, prevede, al ricorrere di certi presupposti (vedi infra), un obbligo di riconoscimento unilaterale del “*corresponding*” o “*appropriate adjustment*” al fine di rimuovere la doppia imposizione, riguarda anche casi di rettifica volontaria effettuata dall’impresa associata non residente (“*tax payer initiated adjustment*”).

Le rettifiche in aumento della base imponibile di imprese associate non residenti possono essere classificate, in linea con il Glossario al le Linee Guida, come segue:

- Rettifica primaria o “*primary adjustment*”: la “*rettifica dell’utile imponibile di una società effettuata dall’amministrazione fiscale in uno stato contraente in seguito all’applicazione del principio di libera concorrenza a transazioni che coinvolgono un’impresa associata in un altro stato contraente.*”²²²³.

would replace the application of such provisions to the extent necessary to avoid the conflict between the provisions”.

²² An adjustment that a tax administration in a first jurisdiction makes to a company’s taxable profits as a result of applying the arm’s length principle to transactions involving an associated enterprise in a second tax jurisdiction.

²³ Quello riportato supra è il testo che si propone di sostituire all’attuale traduzione che si riporta:

“*rettifica dell’utile imponibile di una società effettuata in uno stato contraente in seguito all’applicazione del principio di libera concorrenza a transazioni che coinvolgono un’impresa associata in un altro stato contraente.*”

- Aggiustamento compensativo o “*compensating adjustment*”²⁴:” aggiustamento nell’ambito del quale il contribuente dichiara ai fini fiscali un prezzo di trasferimento che, a suo parere, è un prezzo di libera concorrenza per una transazione tra parti associate, anche se tale prezzo è diverso dall’ammontare effettivamente pattuito tra le imprese associate. L’aggiustamento è effettuato prima della presentazione della dichiarazione dei redditi.
- Ravvedimento operoso o “*amendment of previously filed tax return*”²⁵: il paragrafo 6.1 del Commentario all'articolo 9 precisa che anche la doppia imposizione che origina da rettifiche operate dall’impresa associate relativamente a dichiarazioni già presentate deve essere risulta nel contesto del paragrafo 9.2²⁶. In particolare in tale paragrafo il Commentario è chiarissimo nell’affermare che “***The elimination of such double taxation is within the scope of paragraph 2. Indeed, to the extent that taxes have been levied on the increased profits in the first-mentioned State, that State may be considered to have included in the profits of an enterprise of that State, and to have taxed, profits on which an enterprise of the other State has been charged to tax.***”

Rientrano quindi nella nozione di rettifiche in aumento idonee a costituire uno dei presupposti (per gli altri presupposti o caratteristiche vedi subito *infra*) di un “*corresponding adjustment*”, sia quelli che “reagiscono” ad un “*primary adjustment*” effettuato direttamente dall'autorità fiscale dell'altro stato, sia i “*compensating adjustment*” effettuati d’iniziativa del contribuente sia prima

²⁴ Il paragrafo 4.38 del Capitolo IV delle linee guida, inoltre, illustra i “*compensating adjustment*, quale “*procedure that may reduce the need for primary adjustments by allowing the taxpayer to report a transfer price for tax purposes that is, in the taxpayer’s opinion, an arm’s length price for a controlled transaction, even though this price differs from the amount actually charged between the associated enterprises. This adjustment, sometimes known as a “compensating adjustment”, would be made before the tax return is filed.*”

²⁵ Il paragrafo 4.39 delle medesime Linee Guida precise poi “*However, compensating adjustments are not recognised by most OECD member countries, on the grounds that the tax return should reflect the actual transactions. If compensating adjustments are permitted (or required) in the country of one associated enterprise but not permitted in the country of the other associated enterprise, double taxation may result because corresponding adjustment relief may not be available if no primary adjustment is made.*”

²⁶ “*6.1 Under the domestic laws of some countries, a taxpayer may be permitted under appropriate circumstances to amend a previously-filed tax return to adjust the price for a transaction between associated enterprises in order to report a price that is, in the taxpayer’s opinion, an arm’s length price. Where they are made in good faith, such adjustments may facilitate the reporting of taxable income by taxpayers in accordance with the arm’s length principle. However, economic double taxation may occur, for example, if such a taxpayer-initiated adjustment increases the profits of an enterprise of one Contracting State but there is no appropriate corresponding adjustment to the profits of the associated enterprise in the other Contracting State.*”

che sia presentata la dichiarazione, sia quelli effettuati per modificare ("amend") una dichiarazione già presentata.

L'obbligo di riconoscere un corresponding adjustment ex articolo 9.2 del Modello non è incondizionato in quanto richiede che siano rispettate alcune condizioni²⁷.

Sulla scorta del Commentario all'articolo 9.2 del Modello è possibile individuare le caratteristiche del "primary adjustment" (ossia delle rettifiche che incrementano la base imponibile in uno Stato) e, di riflesso, quelle del "corresponding adjustment" (ossia delle rettifiche in diminuzione che l'altro Stato deve riconoscere per rimuovere la doppia imposizione)

In particolare, il "primary adjustment" (e di riflesso il "corresponding adjustment") deve essere:

- *fondato*: ossia essere tecnicamente corretto sia in linea di principio (*an*), sia in termini di ammontare (*quantum*). – cd. **grounded adjustment**
- *comportante l'inclusione nei profitti dell'impresa associata*: per il Linee Guida (vedi par 4.32) il *corresponding adjustment* non deve produrre per il Gruppo (i.e. per le entità del gruppo coinvolte nell'operazione complessivamente considerate) un risultato migliore rispetto a quello che tali entità avrebbero ottenuto se avessero applicato corrispettivi *at arm's length* nelle reciproche operazioni fin dall'inizio; ne discende che non dovrebbe essere appropriato un *downward adjustment* che non "reagisca" ad un previo *primary adjustment* che sia effettivo (si anticipa che in tale contesto potrebbe essere interpretata la nozione di "definitività"). In altri termini la riduzione del debito fiscale in una giurisdizione (tramite "corresponding adjustment") deve essere concettualmente "finanziata"²⁸ da un aumento del debito fiscale nell'altra giurisdizione (tramite, appunto,, un "upward adjustment") – cd. **funded adjustment**

La caratteristica del *grounded adjustment* è chiaramente rinvenibile nel paragrafo 6 del Commentario dell'articolo 9 del Modello OCSE in cui si afferma che "*the adjustment is due only if State B considers that the figures of adjusted profits correctly reflects what the profits would have been if the transaction had been at arm's length. State B is therefore committed to make an adjustment to the profits of the affiliated company only if it considers that the adjustment made in State A is justified both in principle and as regards the amount*".

²⁷ Sul ricorrere di tali condizioni nella disposizione recata dall'articolo 31-quater del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 vedi *infra*.

²⁸ Il termine "finanziata" è utilizzato in modo improprio in quanto non vi sono trasferimenti diretti di fondi tra le amministrazioni delle due giurisdizioni coinvolte ne rileva il fatto che in tali giurisdizioni vi siano le medesime aliquote d'imposta (e conseguentemente l'importo dell'incremento d'imposta in una giurisdizione debba coincidere con il decremento d'imposta nell'altra).

Un dubbio da chiarire riguarda la necessità che il "commitment" (*shall* e non *may*²⁹), una volta che il *primary adjustment* sia fondato nell'an, si attivi solo nel caso in cui il "primary adjustment" sia corretto per il suo intero ammontare (visione assoluta) oppure se il medesimo "commitment" si attivi anche nel caso in cui un "primary adjustment", ad esempio corretto in linea di principio (nell'an), risultasse (rectius: venisse considerato da State B) solo parzialmente fondato nel quantum (visione relativa).

La caratteristica de "l'inclusione nei profitti dell'impresa associata dell'altro Stato", pare emergere sia dal testo dell'articolo 9.2 del Modello (- *taxed accordingly* -) che dalle Linee Guida (vedi par 4.32, penultimo periodo)³⁰.

Sulla base di quanto detto si profila il tema di interpretare la previsione dell'articolo 31-*quater* comma 1 lettera c) che disciplina il "corresponding unilateral adjustment" da parte dell'Italia "a fronte di una rettifica in aumento definitiva e conforme al principio di libera concorrenza

²⁹ ***Vedi anche best practice 1 e ES del MLI

³⁰ In senso conforme conduce anche l'interpretazione data Commissione UE nel contesto degli aiuti di Stato. Vedi a riguardo, "Commission Decision of 11.1.2016 on the Excess profit exemption", State aid scheme SA.37667 (2015/C) (ex 2015/NN) - C(2015) 9837 final, e, in particolare, estratti dai paragrafi 68, 143, 165 174, 175 che si riportano nel seguito.

"(68) unilateral and pro-active reduction of the Belgian tax base without a primary upward transfer pricing adjustment made in another tax jurisdiction or any other indication of the reduced amounts being included in a foreign tax base. For the application of the Excess Profit exemption, the exempted profit does not need to have been taxed or even included in the tax base of another foreign group company.

(143) as it is Belgium that unilaterally reduces the tax base of the Belgian group entity benefitting from the contested scheme irrespective of any actual or claimed taxation of the same profit by another Member State.

(165) unilateral adjustment by Belgium to the group entity's profit actually recorded inevitably means that the excess profit exempted under that scheme cannot and will not be taxed by another jurisdiction for the simple reason that those other jurisdictions do not recognise the right to tax any profit emerging specifically from synergies or economies of scale because those profits pertain only to Belgium, the tax jurisdiction in which they are actually recorded. (174) unilateral exemption granted in advance that does not require the exempted profit to have been or to be included in the tax base of an associated foreign group entity in another tax jurisdiction, nor that that profit is effectively taxed by that jurisdiction.

(174) The contested scheme clearly goes beyond what is necessary and proportionate to achieve the objective of preventing double taxation and therefore cannot be justified by the nature or general scheme of that system."

(175) ... the Excess Profit exemption also. cannot be said to address situations of double taxation in a necessary and proportionate manner.

effettuata da uno Stato con il quale e' in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni sui redditi che consenta un adeguato scambio di informazioni."

In particolare, sulla base di quanto sopra esposto, il requisito che la rettifica in aumento estera sia "conforme al principio di libera concorrenza" è pienamente in linea con la "best practice" internazionale secondo cui il *downwarding adjustment* deve essere operato solo, e nella misura in cui, l'autorità cui viene richiesto ritenga tale aggiustamento fondato in termini sia di principio (*an*) che di ammontare (*quantum*).

La caratteristica della definitività della rettifica, se intesa come necessità che vi sia un atto di accertamento estero non più impugnabile dall'impresa associata estera, viceversa, non pare direttamente riconducibile immediatamente a nessuna "best practice" internazionale salvo che non si riferisca tale definitività al requisito di fondo secondo cui il "*corresponding adjustment*" debba aver comportato in capo all'impresa associata estera un incremento della base imponibile estera (e, generalmente, di debito d'imposta³¹), ossia deve seguire ad una rettifica in aumento effettuata nell'altra giurisdizione e non debba porre il Gruppo in una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovato qualora avesse applicato ab origine l'*arm's length principle* in modo corretto.

Se così è, in linea con le "best-practice" sopra descritte, vi sarebbe lo spazio interpretativo per ritenere che anche "*compensating adjustment*" e/o modifiche ad una "*previously-filed tax return*" ricadano nell'ambito di applicazione dell'*unilateral adjustment* disciplinato dall'articolo 31 -*quater* in commento.

Peraltro, come accennato sopra, tale interpretazione permetterebbe all'Italia sin da subito di rispettare la "best practice" prevista dal Report Action 14 BEPS.

La formulazione letterale dell'articolo 31-quater, peraltro, non pare rendere necessaria l'emanazione di una nuova norma per allineare la procedura prevista dalla lettera c) agli standard internazionali sopra menzionati.

Riguardo la nozione di "definitività" della rettifica estera, infatti, soccorrerebbe la soluzione interpretativa fornita con riferimento ai crediti per imposte pagate all'estero, con i distinguo dovuti alla circostanza che l'articolo 31-quater fa riferimento alla "rettifica" e non alle conseguenti "imposte".

Nel dettaglio, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 9/2015 chiarisce che la "definitività" coincide con la "irripetibilità", ossia con la circostanza che essa non è più suscettibile di

³¹ Si pensi la caso in cui nella giurisdizione estera la rettifica in aumento comporti una riduzione di perdite fiscali.

modificazione a favore del contribuente", con il corollario che tali imposte dovrebbero considerarsi definitive anche quando suscettibili di verifica da parte della giurisdizione estera e che, viceversa, non dovrebbero ritenersi accreditabili quelle pagate in acconto e quelle corrisposte in via provvisoria in presenza di un procedimento contenzioso estero.

Circa la necessità che la rettifica sia *"effettuata dallo Stato estero"*, inoltre, la formulazione dell'articolo 31-quater, non sembra essere tale da escludere la possibilità che, tale Stato estero, effettui la rettifica senza necessità di *"emettere"* direttamente un atto impositivo (ad esempio un avviso di accertamento), essendo sufficiente che tale rettifica sia effettuata per effetto e nel rispetto della legislazione di tale Stato. Nell'ambito di un sistema estero basato sull'autoliquidazione dei tributi, infatti, sarebbe ragionevole ritenere assolta la prescrizione normativa, nei casi in cui la rettifica sia effettuata in applicazione della legge di tale Stato estero, tramite autodichiarazione, ossia tramite un'azione propria del contribuente, anche se relativa a dichiarazioni già presentate (sulla falsa riga delle dichiarazioni integrative conosciute dall'ordinamento italiano).

Tali ultime considerazioni, inoltre, sembrano essere coerenti con i presupposti di accesso alle MAP la cui considerazione è resa necessaria anche in virtù della facoltà di accedere a tali procedure in caso di rigetto dell'istanza di cui allo Schema di Provvedimento in commento (circa il tema se il rigetto possa essere solo parziale vedi *infra*).

Per quanto riguarda l'accesso alle MAP si sintetizza nel seguito l'attuale posizione dell'Italia come emergente dalla Circolare 21 del 2012. In particolare la situazione è la seguente:

- 1) se l'**imposta accertata** in Italia diventa **definitiva** non è modificabile dall'accordo tra Autorità Competenti;
- 2) quindi per adire la MAP, il contribuente **deve** avviare il procedimento giurisdizionale, per scongiurare la definitività dell'imposta accertata
- 3) se sopravviene un giudicato durante la pendenza della MAP, l'Autorità competente italiana non può discostarsi dal relativo esito.

Immaginando che il vincolo alla previa instaurazione del giudizio interno, dunque alla non definitività dell'imposta accertata, operi anche per l'ordinamento dell'altro Stato contraente, appare necessario ricondurre a sistema il quadro domestico e quello convenzionale, al fine di assicurare l'accesso alle MAP, in caso di rigetto del rimedio unilaterale da 31-quater.

In altri termini se la nozione di definitività andasse intesa come necessaria presenza di un accertamento estero non più impugnabile, la successiva MAP avrebbe ad oggetto una pretesa impositiva estera già consolidata e quindi, in ipotesi, non più modificabile dallo Stato Estero.

Ne consegue che un concetto eccessivamente restrittivo in merito alla nozione di "definitività" della rettifica, in quanto si ritenesse sempre necessario un atto impositivo formalmente emesso dall'autorità fiscale dello stato estero e non impugnabile, potrebbe comportare, sistematicamente e

nella sostanza, anche l'impossibilità pratica di accedere alle MAP nel caso in cui, la procedura in commento, si concludesse con un rigetto.

In tale ottica di coerenza sistematica, si propone di valutare la possibilità di ritenere che la "**definitività**" della **rettifica** in aumento quale condizione di accesso al 31-quater lettera c) non corrisponda alla **definitività** dell'**imposta accertata** nell'altra giurisdizione - di per sé tra l'altro sostanzialmente preclusiva dell'accesso alla MAP.

Muovendosi in questo quadro sistematico, si propone la seguente interpretazione, secondo cui per **rettifica definitiva** ai sensi dell'art. 31-quater, si deve intendere (alternativamente):

- una variazione in aumento della base imponibile dell'impresa associata che l'amministrazione finanziaria dell'altro Stato abbia consolidato in un **provvedimento** autoritativo formalmente **notificato** all'impresa associata. In altre parole, la definitività sarebbe ricondotta alla natura recettizia dell'atto pervenuto nelle mani dell'impresa associata, assicurandosi in tal modo:
 - dal lato dell'autorità fiscale estera, in modo compiuto e cristallizzato l'esercizio del potere impositivo
 - dal lato del contribuente, la conoscenza della pretesa impositiva.
- analogamente, per le variazioni in aumento **autoliquidate** dalla stessa impresa associata, mediante ad esempio una dichiarazione integrativa, tali variazioni saranno considerate definitive in quanto precipitate in un **atto recettizio** per la controparte pubblica, quale una dichiarazione regolarmente trasmessa all'autorità fiscale, secondo la disciplina locale. Anche in tal caso, si garantirebbe sia la compiuta conoscenza della variazione in aumento (lato ricevente, ovvero in questo caso l'autorità fiscale), sia la compiutezza della rettifica (lato contribuente).

In chiusura, è da ritenere che la soluzione proposta, sia altresì coerente con le prescrizioni della Direttiva (UE) 2017/1852 da implementare entro il 30 giugno 2019 (e, in linea generale, efficaci a decorrere dai periodi d'imposta che iniziano dopo l'1/1/2018 – vedi art 23 comma 2).

Ciò posto, si chiede di valutare la possibilità di modificare le parti 2.5.d) i) e ii) del Provvedimento, utilizzando una formulazione ispirata a quella contenuta nell'articolo 3, comma 3, lettera 5) iv della Direttiva (UE) 2017/1852.

Nel dettaglio si suggerisce di modificare la citata lettera d) come segue:

“ d) recare in allegato la seguente documentazione, atta a comprovare il possesso dei requisiti previsti dalla lettera c), comma 1 dell'art. 31 quater del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600:

*i) copia **della decisione finale dell'amministrazione fiscale nella forma di un avviso di accertamento o di altro documento equivalente da cui risulti la***

rettifica in aumento, e di una copia di ogni altro documento rilasciato dalle autorità fiscali estere in merito a tale rettifica in aumento, ove pertinente degli atti impositivi dai quali scaturisce la rettifica in aumento, emessi dall'autorità fiscale estera, con annessa traduzione di cortesia in lingua italiana o, in alternativa, in lingua inglese. E' fatta salva la facoltà da parte dell'Ufficio di richiedere una traduzione giurata in italiano dei suddetti atti, ove sia ritenuto opportuno;

ii) tutti gli elementi di diritto e di fatto che consentano di valutare che la rettifica in aumento, effettuata nel Paese estero, sia conforme al principio di libera concorrenza;

iii) ~~certificazione rilasciata da parte dell'autorità fiscale estera dalla quale risulti la definitività della rettifica in aumento~~ effettuata per **“documento equivalente da cui risulti la rettifica in aumento” di cui al precedente punto i), deve intendersi anche la dichiarazione fiscale dei redditi, eventuali quietanze di versamento, e ogni altro documento idoneo a dimostrare la doppia imposizione;”**

Inoltre si propone di inserire un nuovo punto nell'articolo 1 dello Schema di provvedimento come segue:

“1.3 La rettifica in aumento si considera definitiva quando consegue ad un atto impositivo emesso dall'autorità estera, ancorché oggetto di contenzioso estero, ovvero quando consegue ad una rettifica in aumento dell'imponibile effettuato dall'impresa associata, sia in occasione della presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta di riferimento, sia successivamente, se e nella misura in cui le imprese associate, considerate complessivamente, non traggano un beneficio superiore a quello che le medesime avrebbero ottenuto qualora avessero correttamente applicato il principio di libera concorrenza al momento del compimento delle operazioni controllate.”

Finalità della richiesta: ammettere la rettifica a favore anche nel caso in cui, nello Stato estero, vi sia stata una volontaria rettifica della base imponibile, in conformità al principio di libera concorrenza, che abbia comportato l'assoggettamento ad imposte, in grado di generare doppia imposizione.

Tematica 3.2: Rapporti con le MAP della procedura di cui al Provvedimento; possibile configurazione della stessa come “prima” fase della MAP

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: MLI art 17 e relativo Explanatory Statement., Articolo 25, par 2, Modello di Convenzione OCSE, Commentario Art. 25 del Modello, par da 30 a 33, - Council Directive (EU) 2017/1852

Osservazioni / Contributi:

Come noto, nell'ambito del progetto BEPS l'azione 14 delinea un “*minimum standard*” relativamente alle procedure amichevoli.

Nel dettaglio, la nuova versione dell'articolo 25 del Modello di convenzione OCSE che accoglie tali modifiche, sarà efficace nelle rilevanti convenzioni bilaterali stipulate dall'Italia, attraverso lo Strumento Multilaterale⁴⁷.

I paragrafi del Commentario all'articolo 25 in merito alla prima fase della MAP (in particolare par da 30 a 33) precisano che il contribuente possa presentare le proprie obiezioni (“*objections*”) in merito ad una possibile doppia imposizione, indipendentemente dall'esaurimento di tutti i rimedi previsti dalla disciplina domestica, all'autorità competente (che può essere una qualsiasi tra quelle coinvolte). L'autorità competente che riceve l'istanza, nel caso in cui riconosca che “*the complaint is justified and considers that the taxation complained of is due wholly or in part to a measure taken in that State*” ... “*must give the complainant satisfaction as speedily as possible by making such adjustments or allowing such reliefs as appear to be justified. In this situation, the issue can be resolved without moving beyond the first (unilateral) stage of the mutual agreement procedure.*”

Nel contesto del citato articolo 25, pertanto, limitatamente ai casi rientranti nel campo di applicazione dell'articolo 9, paragrafo 2, del Modello di Convenzione OCSE (ossia ai casi in cui sia appropriato- quindi “*grounded*” e “*funded*” (vedi *supra* Tematica 3.1)- un “*corresponding*

⁴⁷ La compatibility clause è le seguente: “*The first sentence of paragraph 2 shall apply in the absence of provisions of a Covered Tax Agreement that provide that the competent authority that is presented with the case by the person referred to in paragraph 1 shall endeavour, if the objection appears to it to be justified and if it is not itself able to arrive at a satisfactory solution, to resolve the case by mutual agreement with the competent authority of the other Contracting Jurisdiction, with a view to the avoidance of taxation which is not in accordance with the Covered Tax Agreement*”.

adjustment”), la procedura del Provvedimento in commento, sembrerebbe sovrapporsi alla prima fase c.d. unilaterale della MAP (vedi par 32 cit).

In tale contesto la “*best practice 1*” del Report Action 14 ed lo strumento multilaterale (MLI) paiono concorrere nel prevedere che lo Stato rimuova la parte di doppia imposizione a lui attribuibile (tramite il “*corresponding adjustment*”) nella misura in cui il “*primary*” o “*compensating adjustment*” sia ritenuto “*grounded*” e “*funded*”, rinviando alla seconda fase della MAP la risoluzione e la rimozione della residua doppia imposizione.

La procedura di cui al Provvedimento in commento pare sovrapporsi anche nel contesto della prevista implementazione della Direttiva (EU) 2017/1852.

A riguardo, l’articolo 3, comma 5, della citata Direttiva prevede che “*entro sei mesi dal ricevimento di un reclamo o, se posteriore, entro sei mesi dal ricevimento delle informazioni di cui al paragrafo 3, lettera f), un’autorità competente può decidere di risolvere la questione controversa su base unilaterale senza coinvolgere le autorità competenti degli Stati membri interessati. In tal caso l’autorità competente in questione ne dà immediata notifica ai soggetti interessati e alle altre autorità competenti degli Stati membri interessati ponendo così termine alle procedure di cui alla presente direttiva*”.

Sulla base di quanto rappresentato si propone di valutare l’opportunità di prevedere, anche dal punto di vista procedurale, la possibilità che, nel caso in cui allo Stato Italiano sia richiesto di reagire con un “*corresponding adjustment*” (a seguito di *primary* o di *compensating adjustment*), la procedura di cui al Provvedimento in commento possa coincidere con la prima fase della MAP o con la prima fase della procedure richiesta dalla Direttiva (EU) 2017/1852.

In effetti l’autorità competente che riceve le obiezioni del contribuente nel contesto MAP è la medesima Agenzia delle Entrate che riceve l’istanza di cui all’articolo 31-quater, lettera c).

La norma primaria, inoltre, si limita ad individuare le situazioni alternative alla procedura in commento in cui è possibile riconoscere un “*corresponding adjustment*”, senza sancire espressamente alcuna alternatività tra le varie procedure, ossia (i) in esecuzione di accordi conclusi con le autorità competenti estere a seguito di procedure amichevoli previste dalle convenzioni contro le doppie imposizioni o dalla Convenzione Arbitrale 90/436/CEE, ovvero (ii) per effetto di “*controlli effettuati nell’ambito di attività di cooperazione internazionale i cui esiti sono stati condivisi dagli Stati partecipanti*” (cfr. lett. b), dell’art. 31-quater, comma 1, del DPR n. 600/1973).

Con riferimento all’iter richiesto per iniziare una procedura che si concluda con una MAP da Convenzione bilaterale, la norma interna non declina regole specifiche. Pertanto non pare si configurino ostacoli in merito.

Ugualmente non si ravvedono particolari problematiche nel ritenere l'istanza di cui al presente provvedimento alla stregua del "reclamo", previsto dall'articolo 3 della Direttiva (UE) 2017/1852, da cui origina la conseguente procedura che, ai sensi dell'articolo 3, comma 5, prevede che *"entro sei mesi dal ricevimento di un reclamo o, se posteriore, entro sei mesi dal ricevimento delle informazioni di cui al paragrafo 3, lettera f), un'autorità competente può decidere di risolvere la questione controversa su base unilaterale senza coinvolgere le altre autorità competenti degli Stati membri interessati"*.

Ciò posto, si ritiene che la procedura di cui all'art. 31-quater, comma 1, lett. c), del DPR n. 600/1973 possa essere integrata nella procedura di cui alla lettera a), venendo a configurarsi anche quale prima fase (unilaterale) della MAP.

Ne conseguirebbe che, nel caso in cui la rettifica a favore non sia ritenuta fondata in tale prima fase dall'Italia, potrebbe applicarsi quanto suggerito dal paragrafo 33 del Commentario procedendosi direttamente alla seconda fase della MAP. In altri termini l'autorità competente, ovvero la stessa Agenzia delle Entrate (competente a ricevere le istanze, e valutarne l'ammissibilità, di cui all'art. 31-quater, comma 1, lett. c), del DPR n. 600/1973), si occuperà di attivare, senza ritardo, in maniera automatica e senza necessità di un impulso da parte del soggetto interessato, la seconda fase (bilaterale) della MAP, al fine di porre rimedio alla doppia imposizione, in accordo anche con quanto suggerito al paragrafo 33 del Commentario all' art. 25 del Modello OCSE.

Finalità della richiesta: si propone di valutare l'opportunità di prevedere, anche dal punto di vista procedurale, la possibilità che, nel caso in cui allo Stato Italiano sia richiesto di reagire con un *"corresponding adjustment"* (a seguito di *primary* o di *compensating adjustment*), la procedura di cui al Provvedimento in commento possa coincidere con la prima fase della MAP o con la prima fase della procedure richiesta dalla Direttiva (EU) 2017/1852.

Tematica 3.3: Chiarimenti concernenti il paragrafo 6.1 dello Schema di Provvedimento con specifico riferimento alla natura del rigetto (parziale o totale) ed alla possibilità di impugnare l'atto motivato emesso dall'Ufficio.

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: (i) D.L. 24 aprile 2017, n. 50, convertito dalla legge 21 giugno 2017, n. 96; (ii) art. 31-quater, comma 1, del D.P.R. n. 600/1973; art. 19, comma 1, del D. Lgs. n. 546/1992

Osservazioni / Contributi

Rigetto totale o parziale

Ci si interroga sulla corretta interpretazione dello Schema di Provvedimento in oggetto, nella parte in cui si riferisce all'attivazione delle MAP⁴⁸ a seguito del rigetto dell'istanza (ossia del mancato accoglimento) ex art. 31-quater del D.P.R. n. 600/1973. In particolare si nota che lo Schema di decreto (vedi par 6.1) non specifica se si tratti di rigetto parziale e/o totale.

Nello specifico, infatti, in caso di rigetto totale dell'istanza di cui alla lett. c) della disposizione in esame, il contribuente potrebbe attivare le procedure amichevoli (sul tema dell'impugnabilità del rigetto vedi *infra*) della disposizione in parola.

Diversamente, qualora il rigetto ipotizzato dal provvedimento potesse essere inteso anche come parziale (configurandosi quindi la possibilità di un accoglimento parziale⁴⁹), si prospetterebbe l'attivazione delle procedure amichevoli, ex lett. a) per la sola parte oggetto di rigetto parziale (sul tema dell'impugnabilità del rigetto vedi *infra*) in quanto per la parte oggetto di accoglimento, ad esito della procedura ex lett. c), la doppia imposizione sarebbe già stata rimossa.

In merito si nota che la possibilità di prevedere ipotesi di accoglimento parziale sarebbe in linea con la necessità prevista, nell'ambito della prima fase della MAP⁵⁰ (ossia la fase c.d. "unilaterale") che l'autorità competente dia riscontro positivo ("*wholly or in part*") alla richiesta del contribuente (si veda il paragrafo 32 del Commentario all'articolo 25 del Modello OCSE).

- Impugnabilità del rigetto

Inoltre occorre interrogarsi sull'impugnabilità dell'atto motivato di rigetto (totale o parziale – su cui vedi *supra*) emesso dall'Ufficio con particolare riguardo alla sua riconducibilità alla serie di atti impugnabili, disciplinata dall'art. 19 del D. Lgs. n. 546/1992.

In merito si ritiene che il rigetto in esame, in termini generali, possa essere ricondotto alla fattispecie di cui alla lettera g) del citato articolo 19 che ricomprende tra gli atti impugnabili "*il rifiuto espresso o tacito della restituzione di tributi.....*"

Alla luce di quanto esposto, si propone di valutare l'opportunità di chiarire: 1) se il rigetto ponderato dal provvedimento in esame possa essere anche parziale; 2) se l'atto motivato emesso dall'Ufficio rientri tra gli atti impugnabili, ex art. 19 del D. Lgs. n. 546/1992.

⁴⁸ Previste dalle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi o dalla Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate

⁴⁹ L'accoglimento parziale, ad esempio, potrebbe derivare da una valutazione da parte dell'Autorità Italiana circa la fondatezza in termini di principio della richiesta ritenuta, tuttavia, solo parzialmente corretta in termini di ammontare.

⁵⁰ Sull'integrazione tra il procedimento in oggetto e la MAP vedi Tematica 3.2 *supra*

Finalità della richiesta

Con la presente osservazione si chiede di valutare l'opportunità di chiarire: i) la tipologia di rigetto se il rigetto ponderato dal provvedimento in esame possa essere anche parziale; ii) alla possibilità di impugnare il rigetto (motivato) del rimborso richiesto, attraverso l'inserimento di uno specifico riferimento nel paragrafo 6.1 del Provvedimento in oggetto.

Tematica 3.4: Possibile utilizzo di dichiarazioni integrative a favore in alternativa alle procedure di cui all'articolo 31/quarter del DPR 600/73.

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: nessuno

Osservazioni / Contributi:

Ci si interroga sulla possibilità (e nel caso sulla modalità) di utilizzare la c.d. “*dichiarazione integrativa a favore*”, ad esempio, nelle seguenti circostanze.

Si immagini che l'impresa associata estera emetta una “*nota di debito*”⁵¹ nei confronti di un'impresa associata residente relativamente ad operazioni controllate compiute in precedenti periodi d'imposta. In particolare tale nota di debito, comportante un incremento della base imponibile estera, sarebbe finalizzata a rettificare secondo il principio di libera concorrenza delle operazioni compiute con l'impresa associata estera in precedenti periodi d'imposta (in tale esempio non si specifica se, a fini fiscali esteri, tale rettifica in aumento operata dall'impresa associata estera sia fatta retroagire al periodo di riferimento – con rispetto del principio di competenza – o abbia solamente effetto nel periodo di emissione delle medesima).

In merito si potrebbe ritenere che la rilevazione in contabilità da parte dell'impresa residente della nota di debito (componente negativo di reddito) vada considerata dall'impresa associata italiana, alternativamente:

- i) una “*sopravvenienza passiva*” deducibile nel periodo di ricevimento delle medesima (e passibile di ordinario controllo con riferimento, tuttavia, al rispetto del principio di libera concorrenza con riferimento al periodo di imposta in cui sono state compiute le operazioni controllate cui la medesima nota si riferisce);

⁵¹ Le stesse considerazioni, mutatis mutandis, potrebbero rilevare nel caso in cui sia l'impresa residente ad emettere una “*nota di credito*” (da cui origina un componente negativo di reddito per la medesima) a favore di un'impresa associata estera che sia finalizzata a ricondurre al principio di libera concorrenza operazioni controllate compiute in precedenti periodi d'imposta.

- ii) quale evidenza, a seconda dei casi, di un “*errore di competenza*” o di un “*errore contabile*” (da trattare di conseguenza, sussistendone i presupposti, anche con dichiarazione integrativa a favore, passibile di ordinario controllo con riferimento al rispetto del principio di libera concorrenza con riferimento al periodo di imposta in cui l’effetto fiscale è fatto retroagire e con riferimento alle operazioni controllate cui la medesima nota si riferisce);
- iii) fattispecie idonea ad attivare la procedura di cui alla lettera c) dell’articolo 31-quater del DPR 600/73
- iv) radicalmente ineducibile in quanto non rientrante in nessuna delle fattispecie idonee ad evidenziare in fenomeno di doppia imposizione

Tematica 3.5: Criteri da utilizzare per definire l’idoneità della documentazione integrativa prodotta ai sensi dell’art. 3, punto 3.2, dello Schema di provvedimento.

Riferimenti normativi e/o di prassi: Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate, Prot. n. 2016/42295 recante “*Disposizioni per l’attuazione della disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*”, punto 3.3, pag. 5; Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate Prot. n. 2010/137654 recante istruzioni sulla documentazione idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento.

Osservazioni / Contributi:

Tra i vari casi di inammissibilità dell’istanza del contribuente, il punto 3.2 del Provvedimento comprende il caso in cui la documentazione integrativa, prodotta entro il termine di 30 giorni, decorrenti dai 30 giorni iniziali a partire dalla presentazione dell’istanza, sia ritenuta “*non idonea ad integrare gli elementi di cui al punto 2.3*”.

Si chiede che vengano precisati il significato e la portata del termine “*non idonea*” ovvero che vengano indicati, anche a titolo esemplificativo, i casi in cui la documentazione integrativa possa essere ritenuta “*idonea*” e/o “*non idonea*” ai fini dell’ammissibilità dell’istanza per ottenere il riconoscimento di una variazione in diminuzione a fronte di una rettifica in aumento effettuata all’estero. In particolare, si chiede se il requisito dell’idoneità della documentazione attenga ad un profilo strettamente formale ovvero se esso debba essere riscontrato anche da un punto di vista sostanziale.

Ad ogni modo, si suggerisce che l’atto con cui è dichiarata inammissibile l’istanza per inidoneità della documentazione integrativa, ai sensi del punto 3.3 del Provvedimento, rechi le motivazioni

puntuali per cui la documentazione integrativa non è ritenuta idonea ai suoi scopi. D'altronde, l'emissione di un atto motivato sarebbe in linea con quanto richiesto all'Ufficio al termine dell'istruttoria e a conclusione della procedura. Invero, il punto 4.3 del Provvedimento prevede che al termine della procedura l'Ufficio motivi il proprio atto di eventuale accoglimento o di rigetto.

Finalità della richiesta: Si propone di valutare l'opportunità di definire con maggiore chiarezza il senso e la portata del termine "idonea" in riferimento alla documentazione integrativa che il contribuente possa essere chiamato a produrre all'Ufficio, al fine di far fronte all'eventuale dichiarazione di inammissibilità dell'istanza per ottenere una variazione in diminuzione.

Tematica 3.7: Doppia imposizione scaturente da una rettifica secondaria (c.d. "*secondary adjustment*") attuata in un altro Stato – Interazione con la facoltà di presentare un'istanza volta a chiedere le rettifiche corrispondenti ("*corresponding adjustment*") con possibilità di includere tra le seconde anche le prime.

Basi giuridiche e/o di prassi:

(i) JTPF/017/FINAL/2012/EN, EU Joint Transfer Pricing Forum, Final Report on Secondary Adjustments, Meeting of 25 October 2012 ("JTPF Final Report"); (ii) Linee Guida OCSE, Capitolo IV, Sezione C.5, paragrafi 4.68-4.78; (iii) Assonime, Nota e Studi 9/2014, Gruppo di lavoro sulla fiscalità transnazionale in materia di Prezzi di trasferimento ("Nota Assonime").

Osservazioni / Contributi

Ci si chiede se un contribuente possa presentare un'istanza ai sensi dell'articolo 31-quater, lett. c), del D.P.R. n. 600/1973 anche a fronte di una rettifica in aumento che scaturisca da una rettifica secondaria, o "*secondary adjustment*" attuata in una giurisdizione di un altro Stato. Tale tematica è connessa alla Tematica 2.6 su cui vedi *supra*).

È noto, infatti, che alcuni ordinamenti giuridici, a seguito di una rettifica primaria ("*primary adjustment*") in materia di prezzi di trasferimento, abbiano la facoltà di, o siano obbligati a, dare attuazione ad una rettifica secondaria ("*secondary adjustment*") avente ad oggetto quella transazione che, in base alla loro normativa interna, è considerata come occulta, la quale, a seconda dei casi, può assumere la forma di dividendi occulti ("*constructive dividends*"), conferimenti

occulti di capitale (“*constructive equity contributions*”) o finanziamenti occulti (“*constructive loans*”).

L’Amministrazione finanziaria, sulla base di quanto rilevato dal JTPF Final Report, non procede ad effettuare tali rettifiche secondarie ed ha apposto una riserva nella quale ha sottolineato che l’Italia non ha disposizioni interne sulle rettifiche secondarie e che, in punto di principio, non concede rimedi contro la doppia imposizione per tali rettifiche secondarie fatta da un altro Stato Membro.

Sul punto, si ritiene che, qualora dovessero ritenere operabili anche nell’ordinamento italiano tali rettifiche secondarie, al contribuente dovrebbe essere concessa la facoltà di presentare un’istanza ai sensi dell’art. 31-quater, lett. c), del D.P.R. n. 600/1973 e chiedere quindi una rettifica in diminuzione del reddito ai sensi dell’art. 110, comma 7, del Tuir, al fine di eliminare gli effetti della doppia imposizione a fronte di una “rettifica in aumento e conforme al principio di libera concorrenza” che sia scaturita da una rettifica secondaria (o secondary adjustment).

Finalità della richiesta:

Con la presente osservazione si chiede che venga presa in considerazione l’opportunità, qualora tali rettifiche siano ritenute operabili anche su iniziativa dell’Italia (vedi Tematica 2.6 *supra*) di inserire all’interno dell’articolo “6. Rapporti con le procedure amichevoli e disposizioni finali” un riferimento a tali rettifiche secondarie (c.d. “secondary adjustment”) attivate all’estero in ordinamenti di altri Stati, al fine di eliminare la doppia imposizione derivante dalle rettifiche secondarie.

Tematica 3.8: Integrazione del paragrafo 4.1 dello Schema di Provvedimento con introduzione della possibilità di attivazione del contraddittorio su impulso del contribuente/istante.

Basi giuridiche e/o di prassi: (i) D.L. 24 aprile 2017, n. 50, convertito dalla legge 21 giugno 2017, n. 96; (ii) art. 31-quater, comma 1, del D.P.R. n. 600/1973.

Osservazioni/Contributi:

Il paragrafo 4.1 del Provvedimento in oggetto prevede che l’Ufficio, ultimata l’attività istruttoria concernente l’analisi della documentazione prodotta dal contribuente/istante e la valutazione in merito all’ammissibilità dell’istanza, proceda all’esame della stessa e della relativa documentazione. Nello specifico, il Provvedimento stabilisce che “l’Ufficio, ultimata l’attività istruttoria di cui al

punto 3, procede all'esame dell'istanza e della relativa documentazione e, al fine di verificare la completezza delle informazioni fornite e di formulare eventuale richiesta di ulteriore documentazione, può invitare l'impresa a comparire per mezzo del legale rappresentante ovvero di un procuratore. Di tale attività, svolta in contraddittorio, è redatto processo verbale, copia del quale è rilasciata al soggetto istante. Il procedimento si conclude entro 180 giorni dal ricevimento dell'istanza".

Dunque, l'Ufficio ha la facoltà di instaurare un contraddittorio con l'istante (rectius: impresa italiana che richiede la rettifica in diminuzione). Più precisamente, tale facoltà sembra essere "vincolata" al fine di verificare la completezza delle informazioni fornite e di formulare eventuale richiesta di ulteriore documentazione.

A tal proposito, dunque, nonché in virtù dell'obiettivo primario sotteso all'introduzione nell'ordinamento legislativo della novella di cui all'art. 31-quater, comma 1, lett. c) del D.P.R. n. 600/1973, si propone di valutare l'opportunità di prevedere la facoltà anche per il contribuente/istante di attivare una fase di contraddittorio.

Invero, attraverso il contraddittorio con l'Ufficio, il contribuente/istante potrà: i) produrre nuova documentazione; ii) integrare la documentazione già prodotta; iii) fornire eventuali chiarimenti in merito alla documentazione allegata a corredo dell'istanza di "*corresponding adjustment*".

Finalità della richiesta: Con la presente osservazione si chiede che venga presa in considerazione l'opportunità di prevedere espressamente nell'ambito del procedimento relativo alla presentazione dell'istanza ex art. 31-quater, comma 1, lett. c) del D.P.R. n. 600/1973 la facoltà anche per il contribuente/istante di attivare il contraddittorio con l'Ufficio.

Tematica 3.10: Atto di rimborso previsto dall'articolo 4.4. dello Schema di Provvedimento

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Articolo 4.4 dello Schema di Provvedimento.

Osservazioni / Contributi:

L'articolo 4.4. dello Schema di Provvedimento prevede che "*In caso di accoglimento l'Ufficio comunica all'Autorità fiscale dello Stato estero la rettifica in diminuzione riconosciuta. La procedura si perfeziona con un Provvedimento del Direttore dell'Agenzia che dispone il rimborso dell'imposta calcolata sull'imponibile corrispondente alla rettifica effettuata a titolo definitivo nell'altro Stato e ne dà comunicazione al competente ufficio dell'Agenzia delle Entrate che espleta tutte le formalità necessarie ad erogare il rimborso.*"

In questa sede si vuole evidenziare come la riportata formulazione (“*rimborso dell’imposta calcolata sull’imponibile corrispondente alla rettifica*”) potrebbe creare alcune criticità in quanto non pare idonea a permettere di tenere conto in modo chiaro delle possibili concrete posizioni fiscali dell’impresa residente sia con riguardo, tipicamente, all’IRES che all’IRAP.

Si pensi al caso in cui l’impresa abbia evidenziato, nell’anno di riferimento della rettifica in diminuzione, una perdita fiscale IRES riportabile.

La rettifica in diminuzione, in tale contesto, sarebbe destinata ad incrementare la perdita fiscale riportabile. Inoltre tale perdita fiscale incrementata (a seguito della rettifica in diminuzione), potrebbe:

- v) trovare potenziale utilizzo nelle dichiarazioni già presentate relative ai periodi di imposta successivi a quello di riferimento.⁵²
- vi) non trovare potenziale utilizzo nelle dichiarazioni già presentate relative ai periodi di imposta successivi a quello di riferimento ed essere quindi in linea di principio destinata ad utilizzo in futuri periodi di imposta.

Si considerino anche altre evenienze quali, a titolo meramente indicativo, le seguenti: i) la rettifica in diminuzione avente ad oggetto un bene oggetto di super o iper ammortamento; ii) la rettifica in diminuzione di una royalty rientrante nel campo di applicazione della disciplina del patent box⁵³; iii) la rettifica in diminuzione di interessi passivi la cui deducibilità è stata ridotta in applicazione dell’articolo 96 del tuir.

In tutti tali casi (perdite, super e iper ammortamenti, patent box, disciplina del ROL) si profila l’opportunità di valutare la possibilità di non prevedere l’automatica trasformazione della “*rettifica in diminuzione*” in “*imposta*” da rimborsare (ad esempio applicando l’aliquota dell’anno di riferimento), presentandosi più appropriata l’implementazione della rettifica in “*diminuzione*” tramite una riliquidazione delle dichiarazioni già presentate a partire da quella relativa a cui la rettifica in diminuzione si riferisce.

A tal fine si propone la seguente formulazione:

“In caso di accoglimento l’Ufficio comunica all’Autorità fiscale dello Stato estero la rettifica in diminuzione riconosciuta. La procedura si perfeziona con un Provvedimento del Direttore

⁵² Pur nel rispetto dei limiti di cui all’articolo 84 tuir

⁵³ E ciò presupponendo che una “*primary adjustment*” estero sul valore del bene accompagnato da un “*corresponding adjustment*” in Italia riverberi anche su tale regime.

dell’Agenzia che dispone la spettanza della variazione in diminuzione del reddito imponibile e che viene trasmesso all’Ufficio Competente il quale provvede alla riliquidazione delle dichiarazioni cui si riferisce la rettifica in diminuzione e, se necessario, delle dichiarazioni dei periodi d’imposta seguenti provvedendo, se del caso, ad espletare tutte le formalità necessarie ad erogare il rimborso.”

Tematica 3.11: Periodi d’imposta per i quali è possibile richiedere la rettifica ex articolo 31-quater lettera c)

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Par. 10 del Commentario all’Articolo 9 del Modello di convenzione

Osservazioni / Contributi:

Lo schema di decreto non chiarisce con riferimento a quali periodi d’imposta sia possibile attivare la procedura prevista dall’articolo 31-quater, lettera c) cit., al fine di richiedere la rettifica a favore.

In particolare, andrebbe chiarito se siano possibili rettifiche a favore anche relativamente a periodi d’imposta precedenti rispetto all’entrata in vigore delle modifiche operate al comma 7 dell’articolo 110 del Tuir e dell’introduzione dell’articolo 31-quater del d.P.R. 600/73..

Più in generale, inoltre, si pone il tema connesso all’individuazione delle annualità per le quali, al momento di presentazione dell’istanza, sia possibile richiedere la rettifica in diminuzione della base imponibile.

Con riguardo alla decorrenza delle nuove disposizioni, è opportuno evidenziare che le modifiche intervenute sull’articolo 110, comma 7, ad opera del DL n. 50/2017, hanno ampliato la casistica che può dar luogo a rettifiche che diminuiscono la base imponibile in applicazione del principio di libera concorrenza. Da questo punto di vista, ci si chiede se la modifica all’articolo 110, comma 7, per la parte in cui incrementa i casi in cui è possibile la rettifica a favore, abbia natura di norma procedimentale e, di conseguenza, possibile valenza retroattiva.

A far propendere per la valenza procedimentale e quindi retroattiva della modifica, vi è la relazione tecnica al DL n.50/2017 che, ponendo l’accento sul fatto che l’introduzione delle nuove casistiche potenzialmente generatrici di rettifiche a favore potrebbe condurre ad un’immediata riduzione

delle MAP⁵⁴, lascia presupporre l'applicazione della procedura oggetto dello Schema di Provvedimento anche per periodi d'imposta precedenti l'entrata in vigore del DL n.50/2017.

Come accennato, tuttavia, anche prescindendo dalla natura procedimentale o meno della modifica normativa, sarebbe utile conoscere, a regime, quali siano i periodi d'imposta che, al momento di presentazione dell'istanza prevista dallo Schema di Provvedimento, possano diventare oggetto della procedura.

A riguardo, si suggerisce di valutare la possibilità di risolvere la questione in maniera conforme alle diverse alternative contenute nel paragrafo 10 del Commentario all'articolo 9.2 del Modello di Convenzione che si riporta di seguito:

“10. The paragraph also leaves open the question whether there should be a period of time after the expiration of which State B would not be obliged to make an appropriate adjustment to the profits of enterprise Y following an upward revision of the profits of enterprise X in State A. Some States consider that State B’s commitment should be open-ended – in other words, that however many years State A goes back to revise assessments, enterprise Y should in equity be assured of an appropriate adjustment in State B. Other States consider that an open-ended commitment of this sort is unreasonable as a matter of practical administration. In the circumstances, therefore, this problem has not been dealt with in the text of the Article; but Contracting States are left free in bilateral conventions to include, if they wish, provisions dealing with the length of time during which State B is to be under obligation to make an appropriate adjustment (see on this point paragraphs 39, 40 and 41 of the Commentary on Article 25). Contracting States may also wish to address this issue through a provision limiting the length of time during which a primary adjustment may be made pursuant to paragraph 1; such a solution avoids the economic double taxation that may otherwise result where there is no corresponding adjustment following the primary adjustment. Contracting States that wish to achieve that result may agree bilaterally to add the following paragraph after paragraph 2: 3. A Contracting State shall not include in the profits of an enterprise, and tax accordingly, profits that would have accrued to the enterprise but by reason of the conditions referred to in paragraph 1 have not so accrued, after [bilaterally agreed period] from the end of the taxable year in which the profits would have accrued to the

⁵⁴ “La previsione di tali procedure comporterà, sin dai primi anni successivi all'entrata in vigore della disposizione, la riduzione dei tempi di istruttoria e del numero complessivo delle procedure amichevoli con conseguente miglioramento dell'efficienza dell'attività amministrativa. L'impatto costituito dall'eventuale anticipazione finanziaria derivante dalla finalizzazione delle richieste dei contribuenti in tempi più brevi è bilanciato dal beneficio derivante dal risparmio dei maggiori interessi che dovrebbero essere corrisposti sulle stesse somme in ragione dei più lunghi tempi di conclusione delle procedure amichevoli ed da un efficientamento generalizzato della procedure amichevoli con altri Stati.”

enterprise. The provisions of this paragraph shall not apply in the case of fraud, gross negligence or wilful default.”

Eventuali alternative che si fondino esclusivamente sul termine entro il quale produrre l’istanza di accesso alla procedura (in maniera analoga alla disciplina dei rimborsi ex art. 38 del d.Lgs. n. 602/300 articolo 21 del n.546/92), potrebbero parimenti essere esplorate. Tuttavia, tali soluzioni potrebbero generare difficoltà operative derivanti dalla presenza di perdite fiscali, dall’adesione ai regimi del consolidato e della trasparenza ecc.

Finalità della richiesta: Prevedere e chiarire quali siano i periodi d’imposta che possono formare oggetto della procedura.

Tematica 3.12: Termine per presentare istanza ex art 31- quater lettera c)

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Articolo 25 Modello OCSE e relativo commentario; Direttiva (EU) 2017/1852

Osservazioni / Contributi:

Lo schema di decreto non precisa espressamente il termine ultimo entro il quale è possibile inviare l’istanza per l’accesso alla procedura in oggetto.

A riguardo, si chiede di valutare la possibilità di prevedere un termine in linea con quanto indicato nell’articolo 25 del Modello di Convenzione e previsto dalla Direttiva (EU) 2017/1852, ossia tre anni dal momento in cui si verifica la doppia imposizione.

Si chiede inoltre di valutare l’opportunità di prevedere, all’interno dello Schema di Provvedimento, o con un documento di prassi, la possibilità che, l’interpretazione del termine, segua in ogni caso un approccio favorevole al contribuente, in linea con quanto previsto dal paragrafo 21, 22 e 23 al Commentario all’articolo 25 del Modello.

Su tali basi, si potrebbe stabilire che il contribuente abbia accesso alla procedura:

- entro tre anni dal momento in cui si effettua il versamento o la liquidazione della posizione fiscale nell’altra giurisdizione per effetto, ad esempio, di una rettifica di una dichiarazione già presentata (*amendment of previously filed tax return* avviata dal contribuente);⁵⁶
- ovvero, entro tre anni notifica di un avviso di accertamento estero;

⁵⁶ A riguardo è opportuno evidenziare che, il caso dell’autoliquidazione delle imposte è previsto dal Commentario all’articolo 25 del Modello. Proprio con riferimento a tale circostanza, il termine dovrebbe farsi decorrere, secondo la formulazione del paragrafo 23 al Commentario all’articolo 25 “*the time when the additional tax was paid*”

Eventuali ulteriori alternative che vogliono applicare, in analogia, la disciplina prevista per i rimborsi (art. 38 del d.Lgs. 602/3 o articolo 21 del 546/92), potrebbero parimenti essere esplorate. Tuttavia, tali soluzioni potrebbero non risultare efficaci dal momento che collegherebbero la decorrenza del termine al versamento delle imposte. Tuttavia, potrebbe accadere che la doppia imposizione si verifichi anche in assenza di versamenti immediati (e.g. per effetto di perdite).

Finalità della richiesta: [Prevedere un termine che decorra dal momento in cui si verifica la doppia imposizione e stabilisca il momento entro il quale i contribuenti possono produrre l'istanza per accedere alla procedura prevista dall'articolo 31-quater del d.P.R. 600/73.]

4. Ulteriori temi

Tematica 4.1: Decorrenza dell'implementazione delle “nuove” Linee Guida post BEPS.

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: tutti quelli coinvolti dalle modifiche apportate a seguito del progetto BEPS; Comunicato stampa OCSE del 13/6/2016 (vedi link: <http://www.oecd.org/tax/oecd-council-approves-incorporation-of-beps-amendments-into-the-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations.htm>); articolo 110, comma 7 del Tuir; 'articolo 2, comma 8, Dpr 322/1998; articolo 1 del d.Lgs. n. 471/97; articolo 13 del d.Lgs. n. 471/97; articolo 13 del d.Lgs. n. 472/97.

Osservazioni / Contributi:

Come illustrato nella Tematica 1.1, si propone di chiarire che le “nuove” Linee Guida OCSE approvate nel 2017 e frutto dei lavori BEPS non sia utilizzabili con riferimento ai periodi d'imposta passati (ad esempio 2017 e precedenti).

Qualora non si condivida tale proposta si consideri quanto segue.

L'OCSE ha affermato che le modifiche apportate alle Linee Guida a seguito del progetto BEPS abbiano semplicemente chiarito e/o rafforzato la precedente versione delle medesime linee guida⁵⁸.

E' comprensibile, tuttavia, come tale posizione potrebbe generare conseguenze non previste al momento della presentazione delle relative dichiarazioni relativamente ad operazioni poste in essere dai Gruppi in un contesto di minor "chiarezza" o “forza”⁵⁹ delle Linee Guida. In generale, l'applicazione del principio di libera concorrenza operazioni poste in essere in anni passati, sebbene *prima facie* coerente con la prassi nazionale e internazionale dell'epoca, potrebbe risultare disallineata (con valutazione *ex post*) rispetto ai “chiarimenti” risultanti ad esito del progetto BEPS.

⁵⁸ Si veda al riguardo quanto riportato nel comunicato stampa secondo cui "*it is stipulated that the provisions of the Transfer Pricing Guidelines should be interpreted to be consistent with those provisions of the Transfer Pricing Guidelines which have been amended by the 2015 BEPS Report on Actions 8-10 and 2015 BEPS Report on Action 13 and, in case of perceived inconsistencies, the modified provisions prevail*"

⁵⁹ In generale si pensi ai profili legati alla rilevanza dei contratti in relazione alla “*actual conduct of the parties*”, all'analisi dei rischi, alla rilevanza delle proprietà giuridica degli intangibles in relazione allo svolgimento di funzioni DEMPE, alla rilevanza della analisi della “*value chain*” anche nell'uso di metodi unilaterali.

Ciò a maggior ragione in Italia ove la precedente versione dell'articolo 110 comma 7 era intesa (dalla giurisprudenza) come focalizzata sul “confronto di prezzo” (CUP) e la prassi amministrativa era ferma alle Circolari degli anni '80, fatta eccezione per i riferimenti agli approcci OCSE nell'ambito del cosiddetto “ruling” di standard internazionale e nel regime degli oneri documentali.

Nel rinnovato contesto, alcuni gruppi (*rectius* le entità che li compongono) potrebbero ritenere necessario rivedere le proprie politiche in materia di prezzi di trasferimento, allineandole alle nuove TP Guidelines. Tale scelta, tuttavia, potrebbe essere condizionata dall'eredità del passato (*pre BEPS legacy*) e dalle difficoltà operative connesse all'eventuale rettifica delle operazioni poste in essere in precedenti periodi d'imposta.

La prima questione da chiarire, quindi, potrebbe riguardare il tema se, con riferimento all'ordinamento italiano e alla formulazione del previgente articolo 110, comma 7 del Tuir, le modifiche alle linee Guida OCSE siano applicabili o meno ad annualità pregresse. A riguardo si rinvia al punto 1.1 del presente documento.

Qualora venisse confermata la portata meramente chiarificatrice delle modifiche, andrebbe chiarito quali siano gli effetti derivanti dall'adeguamento alle Linee Guida 2017 dei prezzi di trasferimento di operazioni poste in essere in precedenti periodi d'imposta. A seconda dei casi si potrebbero verificare:

- I. Rettifiche che incrementano la base imponibile italiana;
- II. Rettifiche che diminuiscono la base imponibile italiana.

Nel primo caso, si chiede di valutare la possibilità di prevedere che la rettifica possa avvenire, alle condizioni da definire, in assenza di sanzioni e interessi; nel secondo caso, si chiede di valutare la possibilità di prevedere che la rettifica delle dichiarazioni già presentate possa avvenire, alle condizioni da definire, anche in assenza delle speciali procedure previste dall'articolo 31-quater del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

I. Rettifiche che incrementano la base imponibile italiana

Riguardo le rettifiche che incrementano la base imponibile italiana, si chiede di valutare la possibilità di prevedere, alternativamente, di permettere di:

I. a) rettificare le dichiarazioni già presentate relativamente a precedenti periodi d'imposta (attraverso variazioni in aumento indicate in dichiarazioni integrative) ovvero;

I. b) seguire, anche fiscalmente, il trattamento contabile (*rectius* l'imputazione a conto economico). In particolare il caso in esame è quello per cui, assumendo il rispetto dei principi contabili, a fronte di modifiche delle politiche in materia di prezzi di trasferimento, il contribuente emetta note di debito (riceva note di credito) nei confronti di (o da) imprese associate non residenti e, per l'effetto

contabilizzi componenti positivi nell'esercizio di emissione dei documenti ovvero di ricognizione del credito (ad esempio, esercizio 2018 relativamente ad operazioni dal 2013 al 2017);

Relativamente al caso I.a) emerge la tematica delle sanzioni e degli interessi eventualmente dovuti dal contribuente. A riguardo si sottopone la valutazione di tre possibili soluzioni alternative.

1. Articolo 10 della l. n.212/2000.

Nel rispetto del principio dell'affidamento e della buona fede sanciti dallo Statuto dei diritti del contribuente, sarebbe opportuno che gli eventuali riallineamenti alle Linee Guida OCSE 2017 non comportino l'applicazione di sanzioni e interessi. In tale caso, il contribuente potrebbe integrare gli imponibili di dichiarazioni precedenti, versando le imposte senza necessità di corrispondere interessi e di ravvedere le sanzioni.

2. Idoneità della documentazione predisposta nei precedenti periodi d'imposta.

Qualora non sia ritenga applicabile l'articolo 10 dello Statuto dei diritti del contribuente, ci si chiede quale sia la situazione dei contribuenti che, nelle dichiarazioni originariamente presentate, hanno aderito al regime degli oneri documentali. In particolare, ci si chiede a quali conseguenze siano esposti i contribuenti che posseggano una documentazione in grado di superare positivamente un giudizio di idoneità che consideri esclusivamente le Linee Guida nella formulazione pro-tempore vigente, e non viceversa la versione 2017. In particolare, si chiede di valutare l'opportunità di preservare la buona fede di tali contribuenti, estendendo loro la *cd. penalty protection* anche in relazione alle eventuali violazioni derivanti dall'applicazione (ora per allora) delle nuove Linee Guida. Tale soluzione, ove condivisa, dovrebbe essere garantita sia in caso di attività di controllo effettuata dagli uffici, sia nel caso in cui il contribuente presenti la dichiarazione integrativa e conseguentemente versi le relative maggiori imposte.

A riguardo sarebbe opportuno un chiarimento (anche di portata più ampia rispetto alla casistica in commento) circa il fatto che non sia necessario ravvedere alcuna sanzione ai sensi dell'articolo 13 del d.Lgs. n.472/97 nel caso in cui la dichiarazione integrativa, sani l'infedeltà per violazioni in materia di prezzi di trasferimento che non hanno impatto sulla "idoneità" della documentazione TP (si pensi ad un errore di calcolo), a condizione, ovviamente, che (i) nella dichiarazione originariamente presentata siano rispettate le formalità previste dal cosiddetto regime degli "oneri documentali", (ii) il contribuente posseda la documentazione e la presenti, se richiesta, all'Ufficio in caso di controllo o di altra attività istruttoria (iii) la documentazione sia ritenuta idonea in sede di controllo o di altra attività istruttoria.⁶⁰

⁶⁰ Circa l'infedeltà dichiarativa, infatti, sarebbe operante la non applicabilità delle sanzioni, di cui all'articolo 1, comma 6 del d.Lgs. n. 471/97. A nulla dovrebbe rilevare il fatto che la disapplicazione delle sanzioni sia subordinata alla materiale

3. Integrazione della documentazione predisposta in precedenti periodi d'imposta

In alternativa, alla precedenti soluzioni, qualora si ritenga che la disapplicazione delle sanzioni possa essere concessa solo in presenza di documentazione da ritenersi idonea anche rispetto alla versione 2017 delle Linee Guida, si chiede di valutare la possibilità di consentire una integrazione della documentazione a suo tempo predisposta. Tale documentazione integrativa, della cui esistenza potrebbe essere richiesta apposita comunicazione all'Agenzia delle Entrate, potrebbe essere conservata unitamente alla dichiarazione integrativa. Qualora ritenuta idonea in sede di controllo o altra attività istruttoria, tale documentazione integrativa potrebbe consentire la disapplicazione delle sanzioni da infedele dichiarazione. Anche in questo caso, si chiede di valutare l'opportunità di precisare che il contribuente possa non ravvedere alcuna sanzione, rimanendo ferma la possibilità degli uffici di comminare la sanzione qualora non confermino l'idoneità della documentazione stessa⁶¹.

Relativamente al caso I.b), invece, ci si chiede se sia possibile e corretto seguire il trattamento contabile. Nel caso in cui tale soluzione sia ritenuta percorribile, si chiede di valutare l'opportunità di un chiarimento teso a precisare che la documentazione dei prezzi di trasferimento predisposta dal contribuente per il periodo d'imposta in cui avviene l'imputazione a conto economico (e la connessa inclusione nella base imponibile) debba compendiare la/le transazione/i oggetto di rettifica, onde essere in grado di garantire la disapplicazione delle sanzioni prevista dall'articolo 1, comma 6, del d.Lgs. n. 471/97.

Nel caso in cui tale soluzione non sia ritenuta percorribile, e di conseguenza si ritenga necessario presentare le dichiarazioni integrative per gli anni pregressi, si chiede di valutare un chiarimento circa la irrilevanza fiscale del componente positivo contabilizzato in bilancio, da sterilizzare con

presentazione della "documentazione" nel corso di nel corso dell'accesso, ispezione o verifica o di altra attività istruttoria. Anche la dichiarazione integrativa, infatti, potrà/sarà oggetto di controllo da parte dell'Amministrazione finanziaria che, in tale circostanza, sarà posta nella condizione di valutare l'idoneità della documentazione predisposta e presentata dal contribuente. Né sarebbe applicabile la sanzione per omesso versamento (art. 13 del d.Lgs. n.471/97). Come chiarito da ultimo nella circolare 42/ del 2016, infatti, l'infedeltà dichiarativa e "la corrispondente sanzione proporzionale - assorbente delle altre violazioni relative all'infedeltà dichiarativa disvelata, ovvero quella prevista per l'omesso versamento". Qualora la sanzione connessa alla prima violazione non sia applicabile per effetto della idoneità della documentazione e dell'adempimento delle relative formalità nella dichiarazione presentata originariamente, sarebbe difficile immaginare la riviviscenza di una violazione (quella per omesso versamento) in maniera separata e autonoma da quella in cui è assorbita (l'infedeltà dichiarativa). Anche nel contesto dei controlli ex articolo 36-bis del d.P.R. n. 600/73, inoltre, potrebbe essere rispettata la prescrizione circa la produzione della documentazione TP, rientrando anche tale controllo tra le altre "attività istruttorie" previste dall'articolo 1, comma 6, del d.Lgs. n. 471/97. Peraltro, nel caso in esame, non sarebbe immaginabile la situazione di un contribuente assoggettato a controllo che si ritrovi in una situazione migliore di chi spontaneamente effettui l'adempimento.

⁶¹ Vedi nota precedente

una variazione in diminuzione, in quanto già assoggettato a imposizione in precedenti periodi d'imposta.

II. Rettifiche che diminuiscono la base imponibile italiana

Con riguardo alle rettifiche che diminuiscono la base imponibile italiana si pone il tema concernente situazioni diametralmente opposte a quelle discussa finora. Ossia se, a fronte di maggiori imponibili da attribuire a giurisdizioni fiscali diverse dall'Italia, si possa rettificare in diminuzione la base imponibile italiana.

A riguardo, si chiede di valutare l'opportunità di chiarire il trattamento fiscale dell'eventuale voce di costo contabilizzata a fronte di eventuali note di debito ricevute (ovvero note di credito emesse) per rettificare i prezzi di trasferimento di operazioni poste in essere in precedenti esercizi, al fine di allinearli al principio di libera concorrenza. In particolare il chiarimento attiene alla deducibilità del componente negativo in questione nell'esercizio in cui il medesimo viene contabilizzato (assumendo il rispetto dei principi contabili) o se siano possibili soluzioni alternative (che comportino o meno l'attivazione delle procedure previste dall'articolo 31-quater del d.P.R. n.600 del 29 settembre 1973). A riguardo non si intravedono particolari eccezioni alla deduzione nel periodo d'imposta in cui tale voce di costo è contabilizzata nella misura in cui la rettifica non generi per il Gruppo nel suo complesso una posizione migliore di quella che si sarebbe verificata qualora la ripartizione delle basi imponibili fosse stata allineata al principio di libera concorrenza fin dall'inizio (cfr. Par. 4.32 Linee Guida OCSE). A riguardo, ove ritenuto opportuno, sarebbe utile chiarire che lo scrutinio in merito alla deducibilità di tale voce di costo debba svolgersi nell'alveo dell'articolo 110, comma 7. Sarebbe di conseguenza possibile assistere la voce di costo in questione con la documentazione sui prezzi di trasferimento e, per l'effetto, riconoscere la disapplicazione delle sanzioni in caso di "idoneità".

Finalità della richiesta: Prevedere che a fini di riallineamento tra situazione pre BEPS e situazione post BEPS, ed in ogni caso a regime per aggiustamenti postumi in aumento di transfer pricing, sia possibile in sede di dichiarazione integrativa non liquidare le sanzioni (anche ridotte) sulla base della predisposizione (e relativa comunicazione in dichiarazione) di TP documentation "idonea". L'idoneità di tale documentazione TP sarà in ogni caso passibile di possibile controllo secondo le ordinarie regole.

Tematica 4.2: criteri generali per il riconoscimento di stabili organizzazioni da agente dipendente con profitti irrilevanti o nulli (“zero profit PE”)

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Preface, par 11; Report on attribution of profit to PE (2010) – anche Report AOA 2010, Capitolo 1, paragrafi vari.

Osservazioni / Contributi:

Spesso l’operare in Italia dei gruppi implica l’applicazione congiunta sia del *transfer pricing* (e nel seguito anche questione dell’articolo 9 del Modello OCSE – tema articolo 9) che dei criteri di attribuzione di utili e perdite alle stabili organizzazioni (e nel seguito anche “*profit attribution*” o questione dell’articolo 7 del modello OCSE – tema articolo 7).

Come noto, inoltre, nell’ambito della “*profit attribution*” l’approccio da articolo 9 del Modello OCSE deve essere applicato per analogia per la valutazione dei c.d. “*internal dealings*” tra stabile organizzazione ed altri parti dell’impresa cui la stessa appartiene.

Ciò può accedere sia in fase di autoliquidazione che in fase di controllo e successivo (eventuale) accertamento.

Inoltre, con particolare riguardo ad alcune tipologie di stabili organizzazioni, si profila la tematica (sia in fase di autoliquidazione che di controllo e successivo - eventuale - accertamento) della possibile sovrapposizione con tematiche IVA.

Il tema che si vuole portare all’attenzione è quello esemplificabile con riferimento al caso delle c.d. stabili organizzazioni personali (vedi articolo 5, par 5 del modello OCSE e articolo 162, comma 6 del tur) in cui l’operare in territorio italiano di un “agente dipendente” (impresa associata ex articolo 9 del modello OCSE - *dependent agent enterprise* - DAE) genera una c.d. stabile organizzazione personale (*dependent agent permanent establishment* - DAPE) in capo all’impresa non residente.

In merito si assume (anche sulla base delle modifiche operate dal decreto internazionalizzazione all’articolo 152, in merito si veda anche la relativa relazione di accompagnamento) che l’Italia accolga il c.d. *dual taxpayer approach* (e non invece il “*single taxpayer*” approach, vedi par. 235 del Report AOA 2010).

In tale contesto, in particolare, è noto che l’esistenza di una DAPE generata dall’operare di una DAE non implica di per sè che la DAPE:

1. comportamenti aggiuntivo reddito imponibile (a fini IRES ed IRAP) in capo all’impresa estera rispetto a quello già attribuito all’impresa associata agente dipendente– configurabilità di una stabile organizzazione con profitto irrilevante o nullo (c.d. “zero profit PE”)
2. costituisca un “nexus” rilevante ai fini dell’IVA

1) *Zero profit PE*

a. Descrizione dei criteri

Il “*dual taxpayer approach*” accolto dal Report OCSE 2010 con particolare riferimento alla DAPE può condurre, sulla base dall’analisi funzionale e fattuale, alla conclusione che “*the amount to be attributed to the dependent agent PE is a negligible profit, nil or a loss*” (vedi par 228).

Cio (“*negligible profit*” o “*nil*” profit) potrebbe configurarsi quando l’agente dipendente non svolga “*the significant people functions relevant to the assumption and/or management of risk or the significant people functions relevant to the determination of economic ownership of assets and if it does not then the attribution of the assets, risks and profits to the dependent agent PE is correspondingly reduced or eliminated.*”⁶³ (vedi par 233)

Il report, inoltre, esemplifica tali principi nei paragrafi 240 e seguenti con riferimento ai crediti (ed al rischio di credito) ed alle scorte (ed al rischio inventario).

In altri termini, nella misura in cui la DAE si remunerata in modo appropriato in base all’articolo 110 comma 7 (ossia in base all’articolo 9.1 del Modello OCSE) per l’attività svolta in conto proprio, o comunque sia un terzo indipendente, e non svolga per conto dell’impresa non residente “*significant people function*” rilevanti per l’attribuzione di assets e/o rischi, si dovrebbe riconoscere che il reddito attribuibile alla DAPE sia “*negligible or nil*”.

b. possibili semplificazioni amministrative – vedi Tematica 4.3

⁶³ Per altro il paragrafo 234 precisa quanto segue: “*In calculating the profits attributable to the dependent agent PE it would be necessary to determine and deduct an arm’s length reward to the dependent agent enterprise for the services it provides to the non-resident enterprise (taking into account its assets and its risks if any). Issues arise as to whether there would remain any profits to be attributed to the dependent agent PE after an arm’s length reward has been given to the dependent agent enterprise. In accordance with the principles outlined above (and illustrated in the example below) the answer is that it depends on the precise facts and circumstances as revealed by the functional and factual analysis of the dependent agent and the non-resident enterprise. However, the authorised OECD approach recognises that it is possible in appropriate circumstances for such profits to be attributed to the dependent agent PE.*”

Differenze tra stabile organizzazione personale ai fini delle imposte dirette e “fixed establishment” IVA

Il tema della DAPE dell’impresa non residente potrebbe anche sollevare il tema se tale nozione, valevole ai fini delle imposte dirette (con particolare riguardo all’imposta sulle società), possa riverberare effetti ai fini dell’imposta sul valore aggiunto.

In merito si propone che chiarire che, in termini generali, la configurazione di una DAPE ai fini delle imposte dirette è di per sé irrilevante ai fini dell’individuazione di un “*fixed establishment*” a fini IVA (il cui ricorrere deve essere valutato sulla base dei differenti requisiti richiesti dalla legislazione IVA e non sulla base di automatismi)⁶⁴.

Finalità della richiesta: Anche in occasione dell’estensione dalla nozione di stabile organizzazione da agente indipendente si propone di chiarire, precisandone le condizioni, che a tale tipo di stabile organizzazione potrebbero anche essere attribuiti profitti nulli (zero profit PE). Inoltre si propone di chiarire che, in linea di principio, tale tipo di stabile organizzazione è irrilevante a fini IVA.

Ciò contribuirebbe ad allineare l’ordinamento domestico alle migliori prassi internazionali rendendo anche più attrattivo (o meno ostile) l’ambiente fiscale nazionale nei confronti degli operatori esteri.

Tematica 4.3: Possibili semplificazioni degli oneri di adempimento in caso di stabili organizzazioni da agente dipendente

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Report on attribution of profit to PE (2010) – anche Report AOA 2010; vedi Cassazione (Sentenza n. 16106 del 2011)

Osservazioni / Contributi

A volte accade che in caso di c.d. stabile organizzazione occulta in Italia di impresa non residente la contestazione venga elevata nei confronti di altra impresa residente che, in qualità di agente dipendente, avrebbe dovuto includere nella propria dichiarazione il reddito della stabile

⁶⁴ Ciò è ora anche chiarito in termini generali anche nel Commentario 2017 (vedi par 5 del Commentario all’articolo 5).

organizzazione quale “*massa separata*”. A titolo esemplificativo si veda quanto deciso dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 16106 del 2011.

Sebbene tale impostazione abbia dei pregi dal punto di vista dei contribuenti interessati (con particolare riguardo agli eventuali profili penali⁶⁵) è opinione condivisa tra gran parte degli operatori che tale impostazione (ossia quella della “*massa separata*”) non abbia base giuridica nell’ordinamento interno.

Tuttavia è opportuno in merito considerare quanto indicato nei Report OCSE sull’attribuzione di utili e perdite alle stabili organizzazioni con specifico riguardo alle stabili organizzazioni da agente dipendente (ci si riferisce sia al Report 2008 che al Report 2010⁶⁶) con riguardo ad alcune possibili semplificazioni amministrative. Tali indicazioni sono state da ultimo confermate nel corso del 2017 dal documento OCSE intitolato “*Additional Guidance on Attribution of Profits to Permanent Establishments*”.

Il particolare il paragrafo 246 del Report 2010, pur nel rispetto del c.d. “*dual tax payer approach*”, chiarisce che “*nothing in the authorised OECD approach would prevent countries from using administratively convenient ways of recognising the existence of a dependent agent PE and collecting the appropriate amount of tax resulting from the activity of a dependent agent. For example, where a dependent agent PE is found to exist under Article 5(5), a number of countries actually collect tax only from the dependent agent enterprise even though the amount of tax is calculated by reference to the activities of both the dependent agent enterprise and the dependent agent PE.*”

Anche dal punto di vista della documentazione amministrativa (ad esempio la contabilità) il report OCSE pare evidenziare che ciò che conta è che l’impresa estera “*document how it has attributed profit to its dependent agent PE*”.

Finalità della richiesta: Valutare la possibilità di prevedere semplificazioni amministrative, anche opzionali, relativamente alle modalità di adempimento degli obblighi fiscali italiani (dichiarazioni e documentazione di supporto, anche contabile) da parte di imprese estere in capo alle quali si configurano stabili organizzazioni da agente dipendente (e con particolare riguardo al caso della stabile organizzazione “*zero profit*” – vedi Tematica 4.3).

⁶⁵ Nel caso di infedele dichiarazione del contribuente residente che non dichiara la “*massa separata*” potrebbe, in ipotesi, configurarsi la condotta dell’articolo 4 (dichiarazione infedele) del d.lgs 74/2000 mentre in caso di mancata presentazione della dichiarazione da parte dell’impresa non residente potrebbe configurarsi, in ipotesi, la condotta di cui all’articolo 5 (omessa dichiarazione) del d.lgs 74/2000.

⁶⁶ Si veda in merito il paragrafo 246 del Report 2010.

Tematica 4.4: Nuova lettera f)bis del comma 2 dell'articolo 162 del Tuir

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: nessuno; dossier Camera e Senato Dicembre 2017 (alla legge di bilancio 2018 (legge 205/2017, vedi link <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/TRO497.Pdf>) e relazione Emendamento Web Tax del 13/11/2017 (vedi link: https://www.ansa.it/documents/1510681048402_WebTaxEmendamenti.pdf).

Osservazioni / Contributi: **Il nuovo esempio di Stabile Organizzazione Digitale**

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati	Nessuno
Osservazioni / Contributi	Il nuovo esempio della <i>Stabile Organizzazione da mera presenza economica</i> , ai sensi della nuova lettera f-bis) del comma 2 dell'articolo 162 del TUIR

o. Premessa

La legge di bilancio 2018⁶⁷ ha introdotto numerose e significative modifiche all'articolo 162 del TUIR. Tra queste si evidenzia l'inserimento nel comma 2 del citato articolo 162 della lettera f-bis), che ha introdotto nella c.d. "positive list" un nuovo caso di stabile organizzazione ai fini delle imposte sui redditi e dell'IRAP⁶⁸.

In particolare, tale nuovo caso riguarda le imprese non residenti caratterizzate da "una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio dello stesso".

Nel seguito, ci si riferirà a tale nuovo caso tramite la formula *stabile organizzazione da mera presenza economica* o "significant economic presence PE".

1. Rapporto con la rete delle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia

⁶⁷ Legge 27 dicembre 2017, n. 205.

⁶⁸ Art. 1, co. 1010, lett. a), della legge di bilancio 2018.

Si vuole, in questa sede, affrontare il tema della compatibilità del nuovo caso inserito nella lista positiva domestica, con le Convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dall'Italia.

Per le considerazioni che seguono, si propone di chiarire che la nuova previsione, essendo incompatibile con la rete dei trattati in vigore, si rende applicabile soltanto nei confronti di imprese non residenti non coperte da un trattato con l'Italia, che contenga la nozione di stabile organizzazione secondo il paradigma contenuto nel Modello OCSE.

1.1 Discontinuità della novella rispetto al Modello OCSE

Il Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE (di seguito: Modello OCSE) qualifica il par. 2 dell'art. 5 - corrispondente al secondo comma dell'art. 162 del TUIR - come esemplificativa di “*places of business*” che si qualificano per integrare il presupposto della stabile organizzazione materiale, al ricorrere dei requisiti previsti dal par. 1 del medesimo articolo 5.

Il Commentario al Modello OCSE precisa ed evidenzia come le singole ipotesi declinate nel par. 2 debbano in ogni caso soddisfare i requisiti del par. 1, ovvero il ricorrere di un “*fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*”⁶⁹.

La nuova ipotesi introdotta nella lista esemplificativa domestica, per contro, assume in principio, perché si configuri il caso della *stabile organizzazione da mera presenza economica*, che non ricorra per contro “*una sua consistenza fisica*” in Italia, ovvero che non sia integrato un “*fixed place of business*”, secondo il paradigma della stabile organizzazione materiale contenuto nel Modello OCSE.

L'ipotesi considerata dal legislatore italiano introduce una fattispecie di stabile organizzazione che ricorrerebbe pur in assenza dei requisiti del par. 1 dell'art. 5 del Modello OCSE, per cui risulta pertanto porsi in discontinuità con la nozione di stabile organizzazione confluita nella rete dei trattati modellati secondo i canoni OCSE.

Al riguardo, proprio in assenza delle condizioni fattuali prescritte dalla norma convenzionale per il ricorrere della stabile organizzazione, non può trovare spazio il potere impositivo italiano, come precisato nei seguenti passaggi del Commentario al Modello OCSE:

- Paragrafo 1 del Commentario dell'articolo 7 del Modello OCSE, per il quale è un principio basilare (“*basic principle*”) quello secondo cui “*unless an enterprise of a Contracting State has a permanent establishment situated in the other State, the business profits of that enterprise may not be taxed by that other State unless these profits fall into special categories of income for which other Articles of the Convention give taxing rights to that other State*”.

⁶⁹ Commentario all'art. 5, par. 45 (edizione Novembre 2017).

- Paragrafo 2 del Commentario al medesimo articolo, secondo il quale l’assetto definitorio contenuto nell’articolo 5 del Modello “*is therefore relevant to the determination of whether the business profits of an enterprise of a Contracting State may be taxed in the other State*”.
- Paragrafo 132 del Commentario all’articolo 5, secondo cui “*until an enterprise of one State sets up a permanent establishment in another State, it should not be regarded as participating in the economic life of that State to such an extent that it comes within the taxing jurisdiction of that other State*”.
- Paragrafo 134 del Commentario al medesimo articolo, per il quale “*the source taxation of profits from services performed in the territory of a Contracting State by an enterprise of the other Contracting State that does not have a fixed place of business in the first-mentioned State would create difficulties concerning the determination of the profits to be taxed and the collection of the relevant tax*”.

Da quanto sopra, si rileva come il caso della *stabile organizzazione da mera presenza economica*, che ricorre in assenza di presenza fisica⁷⁰, non sia compatibile con la nozione di stabile organizzazione materiale, contenuta nell’art. 5 del Modello OCSE e riflessa conseguentemente nella rete di Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall’Italia, attualmente in vigore, ed ispirate al Modello stesso.

1.2 Framework condiviso nei lavori internazionali in corso sulla *digital economy*

La novella si iscrive nel contesto delle istanze di revisione della nozione convenzionale di stabile organizzazione, in particolare da parte dei paesi che rappresentano tradizionalmente un mercato di sbocco, le quali reclamano potestà impositiva sulle attività delle imprese non residenti che operano in modo “digitale” nel proprio territorio.

La materia costituisce oggetto di acceso dibattito, sempre più alla ribalta anche dell’informazione pubblica. Proprio recentemente, nel consesso internazionale il confronto è testimoniato da alcuni documenti rilasciati da primarie organizzazioni ed istituzioni internazionali:

- Il consesso del *Inclusive Framework*, che riunisce ad oggi 113 Stati nell’impegno per l’implementazione delle misure partorite in esito ai lavori del progetto BEPS, ha presentato un *interim report* sui “*Tax challenges arising from digitalisation*”⁷¹.
- La Commissione Europea ha presentato, al Parlamento e al Consiglio, le conclusioni sul tema di come costruire “*A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*”⁷².

⁷⁰ Cfr. Dossier n. 560/2, citato.

⁷¹ Il *report* è stato pubblicato il 16 marzo 2018, per essere presentato al G20 di Buenos Aires.

- Il Tesoro inglese ha pubblicato uno studio su *Corporate Tax and the Digital Economy*, avviando una consultazione pubblica sul tema⁷³.

Tratto comune dei lavori in corso a livello internazionale è la consapevolezza della necessità che le soluzioni che i singoli Stati intendano adottare siano compatibili con gli obblighi convenzionali.

Il *Report* sull'*Action 1* di BEPS individua nella definizione di stabile organizzazione e nelle regole di attribuzione alla stessa dei profitti o delle perdite uno delle “*broader direct tax challenges*”, generate dalla digitalizzazione dell’economia, piuttosto che dall’economia digitale⁷⁴. Nel vagliare le possibili soluzioni allo studio, il *Report* affronta anche la previsione di un nuovo *nexus* basato sul concetto di *presenza economica significativa*⁷⁵: poiché tuttavia l’adozione di questa soluzione comporterebbe cambiamenti significativi ai pilastri della fiscalità internazionalmente condivisi, in assenza del necessario consenso, il *Report* non raccomanda di procedere in tal senso, così che nella *Convenzione Multilaterale* per l’implementazione delle misure pattizie anti-BEPS⁷⁶, siglata anche dall’Italia il 7 giugno 2017 e volta a modificare la rete dei trattati in vigore, non è prevista l’adozione della nozione di “*significant economic presence PE*” a modifica del *nexus* come declinato nel Modello OCSE.

Sulla possibilità di adottare misure domestiche, anche antiabuso, lo stesso *Report* invita gli Stati a rispettare i propri obblighi convenzionali⁷⁷.

Il recente *interim report* adottato dall’*Inclusive Framework*, confermando che esiste una chiara divergenza di vedute degli Stati membri sulla necessità di intervenire sui principi del diritto tributario internazionale, registra il supporto di un ampio numero di Paesi a proseguire nei lavori - da chiudersi nel 2020 - volti a ricercare il consenso su possibili cambiamenti da adottare sul *nexus* e sull’attribuzione dei profitti, per adeguarli alle istanze conseguenti alla digitalizzazione dell’economia, con l’obiettivo di assicurare un approccio multilaterale⁷⁸.

Ancora una volta, nel consesso dell’*Inclusive Framework*, si ribadisce la necessità che le misure unilaterali, che eventualmente gli Stati abbiano in animo di adottare, siano rispettose degli impegni internazionali assunti con la sottoscrizione dei trattati contro le doppie imposizioni, primo tra i quali il principio distributivo fissato nell’art. 5 del Modello, in merito alla definizione della nozione

⁷² Comunicazione (2017)547, del 21 settembre 2017.

⁷³ Il *position paper* già pubblicato a novembre 2017 è stato aggiornato da una successiva versione del marzo 2018.

⁷⁴ Cfr. *Report Action 1*, cap. 7.3, par. 256: “*As nowadays it is possible to be heavily involved in the economic life of another country without having a fixed place of business or a dependent agent therein, concerns are raised regarding whether the existing definition of PE remains consistent with the underlying principles on which it was based*”.

⁷⁵ *Report Action 1*, cap. 7.6.1, par. 277.

⁷⁶ *Multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*.

⁷⁷ *Report*, cap. 9.5, par. 357.

⁷⁸ *Interim Report*, cap. 5.4.3, par. 395.

di stabile organizzazione⁷⁹. Dalla ricognizione delle misure adottate nel segno della *significant economic presence PE*, il rapporto del 16 marzo 2018 riscontra come gli Stati che le hanno abbracciate ne hanno circoscritto l'applicazione alle imprese non residenti non coperte da una vigente Convenzione contro le doppie imposizioni⁸⁰.

Sulla stessa linea, si pone la stessa Commissione UE, nel delineare una Direttiva volta a definire la nozione di *digital permanent establishment* - nonché le regola di attribuzione del reddito - collegata alla presenza di attività digitali nello spazio unionale, in mancanza di una presenza fisica: l'ipotesi formulata dai tecnici europei, in considerazione della possibilità di *treaty override* solo tra Stati Membri, è espressamente circoscritta alle imprese residenti in Stati Membri e in Stati terzi non coperti da trattati contro la doppia imposizione⁸¹.

Coerentemente con le anticipazioni diffuse nei giorni scorsi sui progetti in corso dell'Unione Europea, la dichiarazione resa dai Ministri delle Finanze dei principali Paesi Membri - tra cui l'Italia - a supporto del progetto ed in vista del prossimo G20 di Buenos Aires, ricorda come le specificità dell'economia digitale richiedano un insieme di *nuove regole globali* a governo del *nexus* e dell'allocatione degli utili, essendo quindi necessario il coagularsi del consenso internazionale sulla modifica delle norme convenzionali che fissano i requisiti per il riconoscimento della stabile organizzazione, al fine di dare rilevanza alla presenza digitale, nei casi - tipici dell'economia digitale- di scarsa o del tutto nulla presenza fisica⁸².

Da quanto accennato, si conclude che la ritenuta incompatibilità della nuova ipotesi di *significant economic presence PE*, introdotta dal legislatore italiano, sia coerente con il quadro dei lavori in corso a livello internazionale sulle proposte di modifiche al *nexus*, volte appunto a modificare il quadro delle disposizioni convenzionali correntemente in vigore per l'Italia ed ispirate al Modello OCSE.

⁷⁹ *Interim Report*, cap. 6.3.1, par. 413 e segg.

⁸⁰ *Interim Report*, cap. 4.3.1, par. 351. In particolare, Israele ed India hanno previsto misure che si iscrivono nel canone della *significant economic presence PE* ed entrambe ne hanno circoscritto l'operatività i non residenti privi dell'ombrello convenzionale.

⁸¹ Il riferimento è al *leaked draft*, del 26 febbraio 2018, circolato a riguardo della prossima proposta della Commissione UE, attesa per il 21 marzo prossimo. In particolare, oltre ad ammettere il superamento delle regole convenzionali tra Stati Membri ("*thereby overriding double tax treaty between Member State*") e l'applicazione del nuovo *nexus* in assenza di Convenzioni contro le doppie imposizioni ("*so no issue of incompatibility with double tax treaties*"), la bozza ne esclude l'estensione alle imprese residenti in Stati terzi che hanno in vigore un trattato con Stati Membri, al fine di evitare "*situation that would force Member States to immediately and unilaterally breach all of their double tax treaties with third countries*".

Coerentemente, la bozza prevede anche una *Raccomandazione* con l'obiettivo di pervenire al necessario aggiornamento del tessuto convenzionale degli Stati Membri, in punto definizione della nozione di stabile organizzazione, al fine di integrare quest'ultima con la *Digital PE*, oltre che del Modello OCSE stesso.

⁸² Dichiarazione del 1° marzo 2018, resa dai Ministri francese, tedesco, italiano, spagnolo e inglese: "*the specificities of the digital economy require new global rules governing territorial nexus and allocation of profits*".

1.3 Natura antiabuso della previsione e preteso *treaty override*

La qualificazione in termini antiabuso della disposizione introdotta nella lista positiva domestica non incrina il quadro sopra ricostruito, nel cui contesto il nuovo caso della *significant economic presence PE* non può operare nei confronti di un'impresa estera residente in uno Stato con cui l'Italia abbia stipulato una Convenzione contro le doppie imposizioni, in vigore, la cui definizione di stabile organizzazione rispecchi la nozione di derivazione del Modello OCSE.

Nei lavori preparatori che hanno condotto alla modifica in commento, si dà atto della funzione antielusiva della novella.

In particolare, nella relazione che ha accompagnato la proposta normativa⁸³, si legge quanto segue:

“Si vuole poi fornire una clausola antielusiva mirata, qualora si verificano situazioni che fanno presagire l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia dell'operatore non residente abilmente dissimulata. Lo stesso documento OCSE del 5 ottobre 2015 lascia intendere quanto frequenti e pericolose possano essere le manipolazioni effettuate da imprese digitali per evitare che le loro modalità operative possano essere qualificate come requisiti oggi idonei a dare luogo a stabili organizzazioni nel senso tradizionale. La formulazione della lettera g)⁸⁴, aggiunta al comma 2 dell'articolo 162, ha proprio lo scopo di individuare nella stabilità, nella ricorrenza e nella dimensione economica dell'attività dell'operatore digitale non residente gli elementi in presenza dei quali sussiste una stabile organizzazione del medesimo, nonostante le accortezze che questi possa avere adottato. Si tratta, quindi, di una disposizione di carattere antielusivo che, come tale, non contrasta con la disciplina convenzionale mirando, anzi, al suo pieno rispetto. Sarà, del resto, compito dell'amministrazione finanziaria motivare - come richiesto dalla giurisprudenza europea - la strumentalità della costruzione atta a non far emergere la consistenza fisica dell'attività dell'operatore non residente”.

Di più, nel Dossier elaborato dai servizi di Camera e Senato, ad accompagnamento della legge di Bilancio 2018⁸⁵, viene precisato quanto segue:

“In proposito alla compatibilità di questa norma con i trattati europei ed agli accordi bilaterali per evitare la doppia imposizione, la relazione illustrativa dell'emendamento che ha introdotto la norma al Senato richiama la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione

⁸³ Nell'iter parlamentare della legge di bilancio 2018, la disposizione in commento è stata introdotta nel corso della prima lettura in Senato (AS 2960), con l'emendamento a prima firma del Senatore Mucchetti (n. 88.o.1). Il testo della relazione all'emendamento è disponibile al seguente indirizzo: https://www.ansa.it/documents/1510681048402_WebTaxEmendamenti.pdf.

⁸⁴ Nel successivo passaggio parlamentare, divenuta lettera f-bis).

⁸⁵ Dossier n. 560/2, disponibile all'indirizzo: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01058283.pdf>.

europa C-6/16 del 7 settembre 2017. Si ritiene rilevante che in quella sede la Corte abbia ‘ritenuto, nella sostanza, compatibile con i Trattati una disposizione che, pur differenziandosi dalle loro prescrizioni, sia volta a contrastare fenomeni di frode o di abuso di diritto’.

Al di là dell’evidente allontanamento dai principi di riferimento che presiedono la legislazione antiabuso nell’ordinamento giuridico domestico⁸⁶, quanto riportato nei lavori preparatori non pare sufficiente a consentire l’applicazione della nuova ipotesi di stabile organizzazione in presenza di Convenzioni redatte secondo il Modello OCSE.

In particolare, assumendo che l’Italia aderisca a quanto affermato dal Commentario OCSE 2017, in merito all’uso improprio delle Convenzioni⁸⁷, si ritiene che, in merito all’applicabilità della nuova ipotesi di stabile organizzazione, nel contesto convenzionale, debba tenersi a mente quanto considerato nel paragrafo 70 del citato Commentario all’art. 1 del Modello OCSE, secondo cui in caso di “*conflicting result*” tra disciplina interna e disposizioni convenzionali, queste ultime debbano prevalere e ciò “*as a logical consequence of the principle ‘pacta sunt servanda’ which is incorporated in article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*”. In particolare, secondo il Commentario “*if the application of specific anti-abuse rules found in domestic law were to result in a tax treatment that is not in accordance with the provisions of a tax treaty, this would conflict with the provisions of that treaty and the provisions of the treaty should prevail under public international law*”.

Con riguardo alla nuova ipotesi di stabile organizzazione introdotta nella norma domestica, in cui un’impresa non residente non soddisfa i presupposti previsti dal paragrafo 1 dell’articolo 5⁸⁸, non si

⁸⁶ La contraddizione emerge sotto un duplice profilo di analisi: (i) il primo attiene alla collocazione di una norma antiabuso nel contesto della definizione dei presupposti di esistenza della stabile organizzazione, posto che il comma 2 dell’art. 162 - similmente al secondo paragrafo dell’art. 5 del Modello OCSE - è destinato a ospitare la lista di esempi di ciò che, al ricorrere dei requisiti di cui al comma 1, configura una sede fissa d’affari, non anche a disciplinare ipotesi di “*abuso per manipolazione*” degli elementi costitutivi della presenza fisica in Italia dell’impresa non residente; (ii) il secondo deriva dall’intenzione del legislatore di costruire una disposizione antielusiva azionabile solo dalla parte pubblica del rapporto tributario, posto che la nuova ipotesi di stabile organizzazione, dissimulata nella sua fisicità eppure significativamente presente nella sua economicità, sembrerebbe ontologicamente incompatibile con una applicazione da parte del contribuente, in sede di dichiarazione dei redditi (che si troverebbe, altrimenti in modo schizofrenico, a dissimulare il radicamento fisico con il territorio italiano, per pervenire in autodiagnosi a dichiarare una significativa presenza economica).

Un ulteriore punto di rottura, rispetto ai canoni tradizionalmente in uso nella formulazione della disciplina antiabuso interna, è dato dalla commistione tra la finalità antielusiva e la natura dissimulata delle costruzioni che la stessa previsione andrebbe a perseguire, laddove invece, per espressa previsione normativa, l’abuso dovrebbe intercettare fenomeni diversi dalla simulazione (basti ricordare la formulazione dell’art. 1, lett. g-*bis*) del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74).

⁸⁷ *Improper use of the Convention*, vedi paragrafi da 54 a 81.

⁸⁸ Si tratta della previsione che subordina la configurazione della stabile organizzazione al ricorrere di un “*fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*”.

ravvede la possibilità, per l'Italia, di ritenere integrata, sulla base di *specific anti-abuse rule* - quale appunto si assume sia la citata lettera *f-bis*) - una stabile organizzazione c.d. materiale, in quanto si profila un insanabile “conflitto” tra le regole di ripartizione della potestà impositiva contenute nel trattato (ossia l'esistenza di una stabile organizzazione “tradizionale”) e le “innovative” regole previste dal diritto interno⁸⁹.

Né tale conflitto potrebbe essere ritenuto superabile sulla base delle argomentazioni illustrate nei successivi paragrafi del Commentario, che disciplinano i casi in cui il citato conflitto può essere evitato⁹⁰:

- per quanto previsto nel paragrafo 72, si rileva, in particolare, che nessun trattato concluso dall'Italia, ad oggi, pare permettere espressamente l'applicazione della nozione di *significant economic presence PE*;
- per quanto richiamato nel paragrafo 73, si osserva che la presenza nel trattato di una specifica definizione della nozione di stabile organizzazione (contenuta, ove è seguito il reticolato del Modello OCSE, nell'articolo 5), renderebbe sul punto non operante il rinvio alla nozione domestica, da invocare *ex* articolo 3, paragrafo 2, del Modello OCSE;
- per quanto stabilito dal paragrafo 74, il conflitto viene risolto in senso positivo all'applicazione della disciplina interna solo nel caso in cui l'abuso del trattato sia contrastabile secondo criteri in linea con il c.d. “*guiding principle*”, definito nel paragrafo 61 del Commentario all'art. 1 del Modello OCSE, secondo cui *the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions*.

Al riguardo, non pare potersi sostenere che la disciplina domestica in esame - volta ad introdurre, con finalità antiabuso, la nozione di *stabile organizzazione da mera presenza economica* - sia rispettosa del “*guiding principle*” delineato nel paragrafo 61 per quanto riguarda, in particolare, “*object and purpose*” dell'articolo 5 del Modello OCSE: richiamando quanto precisato sopra al punto 1. del presente documento, in sintesi si ritiene che la rispondenza ai principi convenzionali deve essere esclusa in quanto la citata lettera *f-bis*) interviene, per costruzione, a disciplinare casi nei quali l'impresa estera non supera la soglia (“*threshold*”) affinché sia configurabile una stabile organizzazione nel senso pattizio; a tal fine tale lettera introduce una nuova tipologia di stabile organizzazione (la “*stabile organizzazione da mera presenza economica*”) in tal modo sovvertendo alcuni principi fino ad oggi condivisi dalla comunità internazionale.

⁸⁹ Cfr. *supra*, punto 1) del presente commento.

⁹⁰ Secondo la formulazione del Commentario: “*avoided*” (par 71 del Commentario all'art. 1).

Per quanto sopra detto, non pare che anche la natura antiabuso della previsione introdotta dalla novella in commento, possa consentirne l'applicazione in deroga al tessuto delle convenzioni contro le doppie imposizioni in vigore per l'Italia, conformi ai canoni del Modello OCSE.

2. Decorrenza della novella

Si ritiene opportuna una espressa precisazione circa la decorrenza della novella dal 1° gennaio 2018, in considerazione della natura innovativa del criterio di definizione della stabile organizzazione in caso di significativa presenza economica, rispetto al quadro normativo domestico precedente l'entrata in vigore della legge di bilancio 2018.

3. Necessità di specificazioni della nozione di stabile organizzazione per mera presenza economica e di regolamentazione delle regole di attribuzione di utili/perdite

Da ultimo, si propone di valutare l'opportunità di chiarire i criteri alla base della definizione del *nexus* per il caso della *significant economic presence*⁹¹.

In particolare, a nostro avviso, occorrono specifiche indicazioni in merito a quanto segue:

- presupposti per integrare la *presenza economica* nel territorio dello stato;
- criteri per qualificare la natura *significativa* e *continuativa* di tale presenza;
- come determinare il reddito (o la perdita) da attribuire alla stabile organizzazione di cui alla lettera *f-bis*) in esame.

Finalità della richiesta

- 1) Chiarire che la stabile organizzazione da mera presenza economica, potrà trovare applicazione solo nei confronti di imprese estere che siano residenti in Stati con cui l'Italia non abbia in vigore una Convenzione contro le doppie imposizioni che definisce la stabile organizzazione in modo conforme al Modello OCSE.
- 2) Precisare la decorrenza della nuova ipotesi di stabile organizzazione, dal 1° gennaio 2018.
- 3) Chiarire i criteri volti ad individuare la “presenza economica”, la natura “significativa” e “continuativa” della stessa, nonché le regole ai fini dell'attribuzione del reddito o della perdita alla stabile organizzazione da mera presenza economica.

⁹¹ Ciò in modo da permettere agli operatori, se del caso, di operare in autoliquidazione delle imposte.

Tematica 4.5: Porre le condizioni per la rimozione dell’osservazione (vedi par 118 - 181 del Commentario OCSE al paragrafo 7 dell’articolo 5) espressa dall’Italia)

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Commentario OCSE 2017, paragrafi 118 e 181

Osservazioni / Contributi: Il paragrafo 118 del Commentario all’articolo 5 del modello OCSE è oggetto di una specifica osservazione da parte dell’Italia (vedi paragrafo 181 del Commentario cit.).

Tale paragrafo del Commentario, in particolare prevede che

“118. Whilst premises belonging to a company that is a member of a multinational group can be put at the disposal of another company of the group and may, subject to the other conditions of Article 5, constitute a permanent establishment of that other company if the business of that other company is carried on through that place, it is important to distinguish that case from the frequent situation where a company that is a member of a multinational group provides services (e.g. management services) to another company of the group as part of its own business carried on in premises that are not those of that other company and using its own personnel. In that case, the place where those services are provided is not at the disposal of the latter company and it is not the business of that company that is carried on through that place. That place cannot, therefore, be considered to be a permanent establishment of the company to which the services are provided. Indeed, the fact that a company’s own activities at a given location may provide an economic benefit to the business of another company does not mean that the latter company carries on its business through that location: clearly, a company that merely purchases parts produced or services supplied by another company in a different country would not have a permanent establishment because of that, even though it may benefit from the manufacturing of these parts or the supplying of these services.”

In base alla cennata osservazione parrebbe che l’autorità fiscale italiana si riservi la possibilità di contestare in capo a imprese associate italiane l’esistenza di stabili organizzazioni occulte di imprese associate non residenti, anche in assenza dei presupposti rientranti nel paragrafo 1 dell’articolo 5 del Modello OCSE, e ciò sulla base della presenza di attività svolte dalle prime (società controllate italiane) a “beneficio” delle seconde (imprese associate estere).

Nel contesto della rinnovata definizione di stabile organizzazione come emersa dai lavori BEPS la posizione dell’Italia sul punto pare rimanere un’anomalia idonea ad incidere sia sulla nozione di “*at the disposal*” che di “*its own business activities*”, creando un “rischio stabile organizzazione” maggiore rispetto a quello degli standard internazionali.

Al fine di riallineare l'ordinamento domestico agli standard internazionali, ponendo quindi le basi per la rimozione della cennata osservazione, si propone di valutare l'opportunità di inserire nell'articolo 162 del Tuir la seguente disposizione interpretativa (mera ipotesi):

“Salva l'applicazione dell'articolo 110 comma 7, ai fini del comma 9 dell'articolo 162 la sede fissa d'affari a disposizione di un'impresa che vi svolge la propria attività, utilizzando il proprio personale, non si considera, ai fini del comma 1, a disposizione di altra impresa non residente per il solo fatto che l'attività della prima reca un beneficio alla seconda.”

Finalità della richiesta:

Riallineare l'ordinamento domestico agli standard internazionali.

Tematica 4.6: Rilevanza penale del Transfer pricing

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: nessuno; vedi comunque articolo 4 del d.lgs 74/2000

Osservazioni / Contributi:

Le contestazioni di *transfer pricing*, in linea generale, possono incidere quali “*primary adjustment*” ex articolo 110 comma 7 (vedi articolo 9.1 del Modello OCSE) in termini di maggiori componenti positivi di reddito o minori componenti negativi di reddito rispetto a quelli dichiarati dal contribuente residente (medesime considerazioni possono valere per le stabili organizzazioni in Italia di soggetti residenti).

La tematica del *transfer pricing* è generalmente ricondotta al fenomeno delle “valutazioni”

Come noto il comma 1 dell'articolo 4 del d.lgs n.74/2000 punisce le condotte di “*chiunque, al fine di evadere le imposte....., indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi inesistenti*”.

Secondo alcuni autori il tenore letterale della disposizione condurrebbe a sostenere che in caso di rettifica avente ad oggetto componenti positivi (es: maggiori ricavi infragruppo) si potrebbe ritenere, in linea generale ed in parte qua, integrata la fattispecie di indicazione in dichiarazione di “*elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo*”. Rimarrebbe comunque operante il comma 1 bis in base al quale “*ai fini del comma 1 non si tiene conto della valutazione di elementi attivi .. oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante a fini fiscali*”

Viceversa nel caso di rettifica avente ad oggetto componenti negativi (es: minori costi infragruppo) non si potrebbe ritenere integrata la fattispecie in quanto tali costi rettificati sarebbero comunque riscontrabili in “*rerum natura*” e, pur potendosi configurare quali “elementi passivi”, non potrebbero configurarsi, solo in conseguenza della violazione delle regole di valutazione dei prezzi di trasferimenti, come “*inesistenti*”.

Non si entra in questa sede nel merito di tale impostazione dal punto di vista della ragionevolezza del differente trattamento delle valutazioni aventi ad oggetto i componenti positivi rispetto alle valutazioni aventi ad oggetto quelli negativi con riguardo al comune ed analogo concorso alla determinazione della base imponibile.

Il tema di specifico interesse, invece, attiene al coordinamento tra il comma 1 (“*elementi passivi inesistenti*”) ed il comma 1-bis (“*valutazioni di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti*”).

In particolare ci si chiede quale sia la portata pratica del riferimento operato nel comma 1-bis al comma 1, che come detto riguarda gli “*elementi passivi inesistenti*”, con riguardo alle “*valutazioni di elementi ... passivi oggettivamente esistenti*”. Delle due l’una. O gli elementi passivi oggetto di non corretta valutazione sono esistenti (e quindi sono “*non inesistenti*”), e quindi il comma 1 non può trovare mai applicazione e il comma 1bis è “*unitiliter datum*” con riguardo alle valutazioni di elementi passivi oggettivamente esistenti oppure è necessario ritenere che gli elementi passivi oggettivamente esistenti ma non correttamente valutati siano da considerare “*inesistenti*”.

Finalità della richiesta:

Al fine di promuovere la certezza del diritto, valutare l’opportunità di promuovere un chiarimento relativamente alla rilevanza penale ex articolo 4 del d.lgs n.74/2004 con particolare riguardo agli “elementi passivi”.