

CHIOMENTI

DA Chiomenti
Via Giuseppe Verdi n. 2
20121 - Milano
Avv. Massimo Antonini (massimo.antonini@chiomenti.net)
Avv. Raul-Angelo Papotti (raul.papotti@chiomenti.net)

A Ministero dell'Economia e delle Finanze
consultazionepubblicaTP@mef.gov.it

OGGETTO Osservazioni sullo schema di decreto ministeriale richiamato dal comma 7 dell'art. 110 del TUIR e sullo schema di provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate per l'attuazione della disciplina di cui all'art. 31-*quater* del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 - Consultazione pubblica sul *transfer pricing*

DATA 21 marzo 2018

INTRODUZIONE

Il presente documento è indirizzato al gruppo di lavoro composto dal Dipartimento Finanze, dall'Agenzia delle Entrate e dalla Guardia di Finanza, diretto ad attuare la normativa di cui all'art. 110, comma 7, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, "TUIR") al fine di fornire elementi di chiarezza ai contribuenti.

Il documento si compone di una prima sezione volta a chiedere il chiarimento su alcuni aspetti concernenti lo schema di decreto ministeriale pubblicato il 21 febbraio 2018 e richiamato dal comma 7 dell'art. 110 del TUIR (lo "Schema di Decreto").

La seconda sezione del documento è invece volta ad analizzare la bozza di provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate (la "Bozza di Provvedimento") volto ad implementare la procedura dettata dall'art. 31-*quater* del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 ("D.P.R. 600/1973"), introdotto dall'art. 59 del D.L. 24 aprile 2017, n. 50, convertito dalla legge 21 giugno 2017, n. 96.

La terza sezione del documento, invece, individua taluni ulteriori profili che auspicabilmente potrebbero essere oggetto di chiarimento in via interpretativa da parte dell'Agenzia delle Entrate o che potrebbero essere oggetto di futuri interventi normativi.

1 OSSERVAZIONI CONCERNENTI LO SCHEMA DI DECRETO

Di seguito si formulano talune osservazioni riguardanti lo Schema di Decreto oggetto di consultazione pubblica. Preme allo scrivente sottolineare che le seguenti osservazioni hanno il principale obiettivo di rendere più chiari ed esaustivi alcuni aspetti in tema di *transfer pricing* a beneficio sia dell'amministrazione finanziaria, sia dei contribuenti.

1.1 Definizioni di "imprese associate" e "partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale" (Art. 2)

Lo Schema di Decreto definisce come imprese associate "l'impresa residente nel territorio dello Stato e le società non residenti allorché: 1) una di esse partecipa, direttamente o indirettamente nella gestione, nel controllo o nel capitale dell'altra, o 2) la stessa persona o più persone partecipano direttamente o indirettamente, nella gestione, nel controllo o nel capitale di entrambe le imprese". È evidente che lo Schema di Decreto, ai fini della definizione di imprese



associate, intende assegnare un ruolo preminente al concetto di “*partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale*” e, a tal proposito, la definizione che viene fornita a quest’ultimo è “*a) la partecipazione che una persona o un’impresa detiene, direttamente o indirettamente, per oltre il 50 per cento nel capitale di un’altra impresa; oppure b) l’influenza dominante che una persona o un’impresa ha sulle decisioni commerciali o finanziarie di un’altra impresa*”.

Per quanto concerne il punto a), lo scrivente ritiene che un aspetto di notevole interesse che necessita di essere chiarito riguarda il frequente caso di compartecipazione in egual misura di due società (di cui almeno una residente in Italia) in una *joint-venture* estera. Appare evidente che, in detta fattispecie, i soggetti partecipanti formalmente non detengano un controllo sul veicolo estero – stante il “controllo congiunto” esercitato; tuttavia, non sono infrequenti i casi in cui, in pratica, le condizioni contrattuali e fattuali siano tali da permettere di configurare l’esistenza di una situazione di controllo in capo a uno dei due *venturer*. Tale potrebbe essere il caso, ad esempio, di una *joint venture* commerciale in cui un *venturer* contribuisce il diritto di uso e sfruttamento di marchi o *intangibles* mentre la controparte si limiti ad apportare denaro e/o competenze in ambito commerciale.

Con riferimento al punto b), il concetto di “*influenza dominante*” assume un ruolo centrale nell’identificazione dell’esatto perimetro di controllo rilevante ai fini dei prezzi di trasferimento. In particolare, si ritiene che sia necessario delimitare l’ambito applicativo di tale nozione per non attribuirle un effetto eccessivamente pervasivo e ampio. A tal proposito, potrebbe essere utile enucleare espressamente particolari vincoli contrattuali tra società controllata e controllante la cui sottoscrizione e il reverberarsi degli effetti negoziali rappresentino la condizione di esistenza (e di sopravvivenza) della società assoggettata a influenza dominante, trovandosi questa in uno stato di soggezione tale da condizionarne concretamente la gestione e l’indirizzo strategico, al punto che il venir meno dell’accordo contrattuale produrrebbe l’effetto di pregiudicare, anche in modo irreversibile, l’attività imprenditoriale della società stessa. A puro titolo esemplificativo, un caso di influenza dominante potrebbe sussistere, secondo il parere dello scrivente, nelle fattispecie in cui vi sia una società che fornisca in via esclusiva ad un’altra società dei semilavorati ad alto valore aggiunto essenziali per il processo produttivo di quest’ultima, ancorché non vi sia alcun rapporto partecipativo tra le due imprese. Invero, la società fornitrice dei semilavorati potrebbe esercitare *de facto* un’influenza dominante sulla società acquirente qualora la seconda non abbia alcuna possibilità alternativa di approvvigionamento.

Tuttavia, sarebbe in ogni caso auspicabile che l’Agenzia delle Entrate chiarisse in via interpretativa la portata del concetto di “*influenza dominante*” anche con uno o più esemplificazioni di carattere pratico.

1.2 Chiarimenti concernenti i metodi per la definizione dei prezzi di trasferimento (Art. 4)

Al fine di addivenire a una maggiore semplificazione per i contribuenti e di fornire un quadro informativo più completo, si ritiene auspicabile che lo Schema di Decreto contenga nell’ambito dell’art. 4 un esplicito riferimento ai servizi a basso valore aggiunto (*low value added services*). A tal proposito, sarebbe opportuno escludere tali servizi – opportunamente delimitati sulla base delle definizioni in ambito OCSE – dal novero delle operazioni infragruppo che richiedono una specifica analisi di comparabilità e studio di *transfer pricing* al fine di identificare il rispetto del principio dell’*arm’s length*, contemplando l’applicazione di predefiniti *safe-harbour* tali da garantire comunque la conformità dei prezzi di trasferimento applicati (*i.e.*, l’applicazione di un *mark-up* massimo pari al 5%, come indicato nella sezione D.2.2 delle Linee Guida OCSE 2017). Inoltre, lo scrivente ritiene opportuno che lo Schema di Decreto preveda al suo interno una definizione puntuale di “operazioni residuali” basata su specifici criteri oggettivi/quantitativi con l’obiettivo di escludere operazioni di scarsa rilevanza economica (*e.g.*, operazioni esigue, ancorché ricorrenti) dall’insieme delle operazioni infragruppo che dovrebbero, al contrario, essere corredate di apposito studio di *transfer pricing*.

1.3 Integrazione della disposizione relativa all'aggregazione delle operazioni (Art. 5)

Con riferimento alla facoltà concessa ai contribuenti dall'art. 5 dello Schema di Decreto concernente l'aggregazione di due o più operazioni controllate che risultano tra loro economicamente strettamente collegate o che formano un complesso unitario, si propone di (i) prevedere una definizione più puntuale di tale tipologia di operazioni, anche basandosi sul contenuto dei paragrafi da 3.9 a 3.12 delle Linee Guida OCSE 2017 e (ii) introdurre un'apposita disposizione che vincoli in ogni caso l'amministrazione finanziaria a considerare valido il metodo di aggregazione di due o più operazioni utilizzato dal contribuente, qualora questo sia rispondente ai criteri di cui al punto (i).

1.4 Chiarimenti sulla definizione di "intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza" (Art. 6)

L'art. 6 dello Schema di Decreto chiarisce che "*si considera conforme al principio di libera concorrenza l'intervallo di valori risultante dall'indicatore finanziario selezionato in applicazione del metodo più appropriato*". Tuttavia, lo Schema di Decreto non fornisce alcuna precisazione in merito al concetto di "intervallo di valori".

Data l'importanza di tale nozione, è auspicabile che lo Schema di Decreto preveda al proprio interno una precisa definizione di "intervallo di valori". A tal riguardo, per "intervallo di valori" potrebbe ragionevolmente intendersi il *range* di valori compresi tra il quartile inferiore (o primo quartile) e il quartile superiore (o terzo quartile) del campione delle osservazioni. In tal caso, un qualunque valore compreso tra il quartile inferiore e il quartile superiore risulterebbe conforme al principio di libera concorrenza.

Il comma 3 dell'art. 6 dello Schema di Decreto prevede che "*se l'indicatore finanziario di un'operazione controllata, o di un insieme di operazioni aggregate in base all'articolo 5, non rientra nell'intervallo di libera concorrenza, l'amministrazione finanziaria effettua una rettifica al fine di riportare il predetto indicatore all'interno dell'intervallo di cui al comma 1*".

Ciò posto, non è presente alcuna indicazione sulle modalità di effettuazione della rettifica da parte dell'amministrazione finanziaria in sede di accertamento. Più in dettaglio, non è chiaro se l'amministrazione finanziaria abbia la facoltà di utilizzare indifferentemente un qualsiasi valore compreso nell'intervallo di libera concorrenza o debba procedere alla rettifica giungendo al risultato più favorevole al contribuente (o all'erario), fermo restando l'intervallo di libera concorrenza, o se invece la rettifica debba attestarsi sulla mediana. A tal riguardo, lo scrivente reputa di assoluto rilievo l'importanza di fornire dei chiarimenti precisi e incontrovertibili sulle modalità da osservare da parte dell'amministrazione finanziaria al fine di operare la predetta rettifica.

1.5 Superamento delle indicazioni contenute nella Circolare del 22 settembre 1980 n. 32 del Ministero delle Finanze

Lo scrivente ritiene che sarebbe opportuno che venisse stabilito espressamente nello Schema di Decreto il definitivo superamento delle indicazioni contenute nella Circolare del 22 settembre 1980 n. 32 del Ministero delle Finanze per rendere la prassi amministrativa maggiormente coerente con il mutato contesto internazionale nell'ambito di applicazione dei prezzi di trasferimento.

2 OSSERVAZIONI CONCERNENTI LA BOZZA DI PROVVEDIMENTO

Nel presente paragrafo si formulano talune osservazioni e commenti relativi alla Bozza di Provvedimento oggetto di consultazione pubblica. Preme sottolineare che anche le seguenti osservazioni hanno il principale obiettivo di rendere più chiari ed esaustivi alcuni profili procedurali legati alla disciplina introdotta all'art. 31-*quater*, comma 1, lett. c), D.P.R. 600/1973 a beneficio sia dell'amministrazione finanziaria, sia dei contribuenti interessati.

2.1 Definizioni di “*rettifica in aumento definitiva*”

La procedura di cui all’art. 31-*quater*, comma 1, lett. c), D.P.R. 600/1973 è subordinata alla presenza di un atto impositivo estero recante una rettifica in aumento per la controparte non residente che abbia natura “definitiva”.

Sul punto, la Bozza di Provvedimento richiede, a pena di inammissibilità dell’istanza avviata dal contribuente, la produzione di una “*certificazione rilasciata da parte dell’autorità fiscale estera dalla quale risulti la definitività della rettifica in aumento effettuata*”.

Data la potenziale assenza di una specifica attestazione rilasciata dall’Autorità fiscale estera, si ritiene opportuno prevedere la possibilità per il contribuente di produrre, sotto la propria responsabilità, eventualmente anche penale, qualsiasi tipologia di documentazione che possa attestare la definitività della contestazione estera; la circostanza che tale procedura sia ammessa solo nel caso di rettifiche operate in giurisdizioni con le quali è in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni sui redditi che consenta un adeguato scambio di informazioni conferisce comunque all’amministrazione finanziaria la possibilità di effettuare tutte le opportune verifiche circa la definitività della ripresa a tassazione estera oggetto della procedura di cui trattasi.

In aggiunta, sarebbe altresì opportuno chiarire che la procedura in questione possa essere attivata anche nel caso di rettifiche volontarie operate dai contribuenti esteri (ad esempio, in relazione alle annualità successive a quelle oggetto di specifica attività di accertamento da parte dell’Autorità fiscale straniera) a correzione delle dichiarazioni dei redditi in precedenza presentate; ciò a condizione, ovviamente, che tali rettifiche non siano oggetto di successive modifiche ad opera del soggetto non residente. Tale interpretazione consentirebbe tra l’altro di risolvere svariati casi di doppia imposizione, ad esempio con la Germania, cagionati da adeguamenti volontari (ma penalmente sanzionati) del contribuente, cagionati da previ accertamenti da parte dell’amministrazione finanziaria tedesca e che l’Italia non consente di risolvere con MAP.

Sul punto si ritiene inoltre opportuno non collegare il concetto di “definitività” della maggiore imposta oggetto di accertamento all’estero con il concetto di “irripetibilità” della stessa così come richiesto dalla prassi dell’Agenzia delle Entrate in materia di riconoscimento del credito per le imposte assolute all’estero. Tale cautela, se da un lato appare comprensibile al fine di garantire una massima tutela per le ragioni erariali, nel caso di specie potrebbe comunque non essere strettamente necessaria considerati i poteri di scambio di informazioni con le competenti articolazioni fiscali estere che garantirebbero comunque il riscontro circa la definitività della pretesa impositiva. Tale profilo potrebbe essere oggetto di uno specifico chiarimento ad opera dell’amministrazione finanziaria a corredo del Provvedimento definitivo o, in alternativa, essere oggetto di specificazione all’interno del medesimo Provvedimento.

2.2 Chiarimenti concernenti il concetto di “*rettifica conforme al principio di libera concorrenza*”

L’operatività della procedura dettata dall’art. 31-*quater*, comma 1, lett. c), D.P.R. 600/1973 è limitata esclusivamente al caso di rettifiche conformi al principio di libera concorrenza effettuate nei confronti dell’impresa associata non residente.

Sul punto si ritiene utile inserire una più puntuale specificazione secondo cui il potere di sindacato attribuito all’amministrazione finanziaria italiana in merito alla rispondenza della contestazione estera al principio di libera concorrenza possa esplicarsi tendenzialmente in relazione ai soli casi in cui l’accertamento estero sia palesemente in violazione del principio di libera concorrenza; una eccessiva discrezionalità da parte dell’amministrazione finanziaria con riferimento al merito della contestazione estera potrebbe infatti limitare l’operatività e l’effettiva utilità della procedura in commento.

2.3 Chiarimenti e integrazioni relativi all'erogazione del rimborso ad opera dell'amministrazione finanziaria; soggetti in perdita fiscale

Ad esito della procedura prevista dall'art. 31-*quater*, comma 1, lett. c) D.P.R. 600/1973, la Bozza 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”*.

Non appare chiaro quale possa essere l'esito della procedura ove, a fronte del riconoscimento della variazione in diminuzione, il contribuente (i) registri una perdita fiscale a fronte di un reddito originariamente dichiarato o (ii) incrementi ulteriormente la perdita fiscale in precedenza dichiarata.

A tal proposito potrebbe prevedersi comunque il riconoscimento di una somma a titolo di rimborso a favore del contribuente, il quale provvederebbe quindi a “monetizzare” immediatamente la mancata rilevazione o il mancato incremento della perdita fiscale. Tale soluzione sarebbe particolarmente semplice dal punto di vista operativo, oltre che idonea ad esplicitare effetti immediati, nel rispetto della *ratio* della norma primaria.

In alternativa, potrebbe ipotizzarsi che - a fronte della rettifica accordata al contribuente - lo stesso provveda a rettificare la dichiarazione dei redditi relativa all'annualità in cui la variazione in diminuzione è stata riconosciuta, rettificando così tutte le dichiarazioni dei redditi successivamente presentate. Ove il contribuente continui a versare in una situazione di perdita fiscale, si assisterebbe all'incremento della medesima che sarà poi ordinariamente compensata con i redditi di futura produzione ai sensi e per gli effetti dell'art. 84, TUIR. Nel caso, invece, in cui una delle dichiarazioni successive abbia riportato l'indicazione di un reddito imponibile con versamento di imposta, la maggiore perdita sarebbe scomputata sulla base delle ordinarie disposizioni di legge, con conseguente diritto all'erogazione di un importo a rimborso.

Si rileva come la possibilità di rettificare la dichiarazione dei redditi nel caso di perdite scaturenti dalle rettifiche in diminuzione dovrebbe essere riconosciuta in deroga agli ordinari termini dettati dall'art. 2, comma 8, D.P.R. 22 luglio 1998, n. 322, sì da consentire la rettifica della dichiarazione anche in relazione a periodi di imposta non più oggetto di accertamento. La definitività della pretesa fiscale estera potrebbe infatti cristallizzarsi in un momento successivo al decorso dei termini dettati dall'art. 43 del D.P.R. 600/1973 (ad esempio nel caso di contenziosi incardinati avverso la pretesa estera o nel caso in cui l'ordinamento estero preveda termini di accertamento più ampi rispetto a quelli dettati dall'ordinamento italiano).

2.4 Chiarimenti in merito agli adempimenti necessari per l'ottenimento del rimborso da parte dell'amministrazione finanziaria

La Bozza di Provvedimento si limita a prevedere 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”*.

Si ritiene opportuno chiarire la necessità o meno per il contribuente che ottenga il riconoscimento della variazione in diminuzione (e l'eventuale collegato rimborso di imposta) di presentare idonea fideiussione o garanzia nel caso in cui lo stesso presenti dei carichi pendenti (da intendersi, eventualmente, nell'accezione di cui alla Circolare 11 agosto 1993, n. 19/E) con l'amministrazione finanziaria.

In aggiunta, si ritiene altresì opportuno chiarire la procedura da seguire nel caso di istanza avviata da soggetti aderenti al consolidato nazionale ex artt. 117 e ss. TUIR, specificando che

l'istanza debba essere presentata dalla società consolidata direttamente coinvolta con l'operazione oggetto di rettifica da parte dell'amministrazione finanziaria straniera o se, invece, l'istanza debba sempre essere veicolata tramite l'entità consolidante.

2.5 Chiarimenti in merito all'operatività della procedura dettata dall'art. 31-*quater*, comma 1, lett. c), D.P.R. 600/1973 ai periodi di imposta anteriori al 2017

Le previsioni dettate dall'art. 31-*quater*, comma 1, lett. c) D.P.R. 600/1973 non contengono alcuna precisazione in merito alla decorrenza dei propri effetti. Trattandosi tuttavia di disposizioni a (chiaro) contenuto procedurale, sarebbe opportuna un chiarimento che confermi come tale procedura possa trovare applicazione anche in relazione ai periodi di imposta precedenti al periodo di imposta 2017.

2.6 Chiarimenti e integrazioni in merito all'operatività della procedura dettata dall'art. 31-*quater*, comma 1, lett. c), D.P.R. 600/1973 in presenza di procedure "MAP" avviate dal contribuente e profili di criticità legati ai termini di decadenza di presentazione dell'istanza da parte del contribuente

La Bozza di Provvedimento prevede espressamente il diritto per il contribuente che abbia avviato la procedura all'art. 31-*quater*, comma 1, lett. c), D.P.R. 600/1973 di richiedere, in caso di rigetto della procura domestica, "*l'attivazione delle procedure amichevoli 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, con atto finale e dichiarazioni, fatta a Bruxelles il 23 luglio 1990, resa esecutiva con legge 22 marzo 1993, n. 99*". Sul punto, non viene specificata tuttavia la possibilità per il contribuente che abbia avviato una procedura amichevole di poter rinunciare alla stessa, con conseguente possibile attivazione della procedura in esame.

Da ultimo, né l'art. 31-*quater*, comma 1, lett. c), D.P.R. 600/1973, né la Bozza di Provvedimento, prevedono un termine di decadenza per l'avvio della procedura di rettifica oggetto di analisi. Sul punto si ritiene opportuno specificare come la procedura in questione, alternativamente, (i) non sia soggetta ad alcun termine di decadenza per il contribuente o (ii) possa essere soggetta ad un termine di decadenza (da fissarsi *ex lege*) decorrente dalla accertata definitività della pretesa impositiva estera.

3 ULTERIORI TEMATICHE OGGETTO DI POSSIBILI CHIARIMENTI O INTERVENTI NORMATIVI

La presente sezione concerne altri aspetti che, auspicabilmente, potrebbero essere oggetto di chiarimento in via interpretativa da parte dell'Agenzia delle Entrate o che potrebbero essere oggetto di un intervento normativo ad opera del legislatore.

3.1 Finanziamenti infragruppo

In materia di prezzi di trasferimento nell'ambito dei finanziamenti infragruppo, sarebbe opportuno un nuovo intervento da parte dell'Agenzia delle Entrate volto al definitivo superamento degli indirizzi di prassi forniti dalla Circolare del 22 settembre 1980 n. 32, talvolta non al passo con le attuali dinamiche del mercato finanziario.

Quest'ultima, per esempio, individua il mercato del "mutuante" come quello rilevante ai fini dell'analisi di comparabilità; tale approccio non risulta spesso economicamente ragionevole, stante che il soggetto mutuante, in sede di determinazione del tasso di interesse, considera tendenzialmente il mercato del debitore come quello di riferimento e non il proprio, essendo il primo maggiormente espressivo dei rischi che il soggetto mutuante sosterrà in relazione all'operazione di mutuo (*e.g.*, rischio paese).

Un ulteriore profilo di criticità sul quale è richiesto un intervento da parte dell'amministrazione finanziaria è connesso al trattamento da riservare ai finanziamenti infruttiferi ai fini del *transfer*

pricing. In particolare, la Corte di Cassazione, in più occasioni (si vedano le sentenze n. 27087 del 19 dicembre 2014 e n. 15005 del 17 luglio 2015), ha ritenuto non applicabile la disciplina del *transfer pricing* a tali operazioni, stante l'assenza di un corrispettivo quale controprestazione al finanziamento. Ciò posto, sarebbe opportuno che vi sia un chiarimento ufficiale da parte dell'Agenzia delle Entrate al fine di chiarire l'applicabilità o meno della disciplina del *transfer pricing* ai finanziamenti infruttiferi prevedendo, eventualmente, delle esimenti dettate da peculiari condizioni economiche.

Da ultimo, si segnala che la Circolare del 30 marzo 2016 n. 6/E dell'Agenzia delle Entrate, ha dedicato un apposito paragrafo alla possibilità di operare in sede d'accertamento una riqualificazione dei finanziamenti infragruppo transnazionali in apporto di capitale. In merito alla prevalenza della sostanza economica dell'operazione rispetto alla mera forma giuridica del contratto di finanziamento, la suindicata Circolare ha evidenziato che l'amministrazione finanziaria possa riqualificare l'operazione in virtù del principio della c.d. *substance over form* previsto dalle Linee Guida OCSE 2010, non prendendo in considerazione l'aggiornata posizione dell'OCSE del Progetto BEPS della c.d. "*commercial rationality*", trasfusa successivamente nelle Linee Guida OCSE 2017, le quali, in ogni caso, non hanno riproposto il principio della *substance over form*. Si rileva inoltre che, coerentemente con il nuovo approccio adottato, le Linee Guida OCSE 2017 non prevedono la possibilità per l'amministrazione finanziaria di operare la summenzionata riqualificazione dei finanziamenti infragruppo in apporto di capitale, come era invece contemplato dalle Linee Guida OCSE 2010 (cfr. par. 1.65).

Alla luce di quanto precede, si richiede un intervento di prassi amministrativa volto all'eventuale superamento della posizione assunta con la Circolare del 30 marzo 2016 n. 6/E in merito alla riqualificazione dei finanziamenti infragruppo risultando in contrasto con le Linee Guida OCSE 2017.

3.2 Remunerabilità delle prestazioni di garanzie infragruppo

In questa sede, non si può non rilevare il contesto di estrema incertezza che contraddistingue il trattamento delle remunerazioni connesse alla concessione di garanzie infragruppo. Conseguentemente, sarebbe auspicabile un chiarimento ufficiale da parte dell'amministrazione finanziaria circa la remunerabilità delle garanzie infragruppo e/o la previsione di specifiche esimenti in cui nessuna remunerazione sarebbe dovuta in ogni caso date particolari circostanze economiche in cui la concessione di garanzie potrebbe ben avvenire tra società appartenenti allo stesso gruppo (*e.g.*, fase di *start-up* di società neocostituita, beneficio indiretto anche per la società garante a seguito della sottoscrizione di contratto di mutuo della società garantita).

In ogni caso, sarebbe opportuno che l'amministrazione finanziaria, mediante la pubblicazione di un documento interpretativo, chiarisse le metodologie di calcolo utilizzate per la determinazione del valore normale delle commissioni relative alla prestazione di garanzie infragruppo, qualora si reputi sussistente l'astratta remunerabilità di queste ultime. Ciò anche in considerazione del fatto che in sede OCSE si sta discutendo attualmente sulla possibilità di escludere la remunerabilità *ex se* delle garanzie infragruppo ai fini della disciplina del *transfer pricing*.

3.3 Oneri documentali per stabili organizzazioni italiane di società non residenti

Il paragrafo 6.3 della Circolare del 15 dicembre 2010 n. 58 dell'Agenzia delle Entrate e i paragrafi 4 e 6 del Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010, evidenziano che le stabili organizzazioni italiane di soggetti non residenti, debbano presentare la medesima documentazione che avrebbe dovuto essere posta a carico della propria "casa madre" se quest'ultima fosse stata residente in Italia. In particolare, "*se la società non residente di cui la stabile organizzazione è parte si qualifica come una holding o una sub-holding, la stabile organizzazione in Italia, al fine di adempiere al proprio onere documentale, dovrà presentare sia il Masterfile sia la Documentazione Nazionale con la precisazione che, in presenza*

di sub-holding non residente, la stabile organizzazione potrà presentare, in luogo del Masterfile relativo al sottogruppo al cui vertice è posta la sub-holding non residente, il Masterfile predisposto da altro soggetto secondo i termini e le condizioni di cui al punto 4 del Provvedimento. Infine, se la società non residente di cui la stabile organizzazione è parte si qualifica come società controllata, la stabile organizzazione dovrà presentare solo la Documentazione Nazionale.

Alla luce di quanto sopra, sembrerebbe che, se il soggetto non residente fosse qualificabile quale *holding* o *sub-holding*, la stabile organizzazione italiana dovrebbe essere tenuta alla redazione sia del “Masterfile” che della “Documentazione Nazionale”; al contrario, qualora il soggetto non residente fosse qualificabile come impresa controllata, la stabile organizzazione italiana sarebbe obbligata alla sola redazione della “Documentazione Nazionale”. Ciò posto, pare opportuno che sia chiarito in via interpretativa se, in caso di stabile organizzazione italiana di *holding* non residente, la stabile organizzazione italiana abbia la facoltà di presentare il “Masterfile” predisposto dalla “casa madre”, al pari di quanto previsto nel caso di stabile organizzazione di *sub-holding* non residente.

In ogni caso, si rileva che, ai fini di una semplificazione operativa, sarebbe auspicabile prevedere un'esenzione dalla presentazione del “Masterfile” per le stabili organizzazioni italiane di un soggetto non residente, a prescindere dalla natura di “casa madre”, qualora non vi siano partecipazioni attribuibili alla stabile organizzazione italiana.

3.4 Coordinamento dell'art. 31-*quater* comma 1, lett. c), D.P.R. 600/1973 con le previsioni contenute nelle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni ad oggi stipulate dall'Italia

Lo scrivente rileva come l'Italia, con particolare riferimento all'art. 9, paragrafo 2, del Modello di Convenzione OCSE, si sia riservata il diritto di introdurre nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni la specifica previsione secondo cui eventuali aggiustamenti in materia di prezzi di trasferimento dovranno essere riconosciuti esclusivamente in seguito all'attivazione delle apposite procedure amichevoli (riserva che ha trovato attuazione in talune Convenzioni stipulate dall'Italia, quali quelle con il Regno Unito, i Paesi Bassi, la Russia, la Germania, gli Emirati Arabi e il Sud Africa).

A tal proposito, tuttavia, si ritiene che l'operatività della disciplina dettata dall'art. 31-*quater*, comma 1, lett. c), D.P.R. 600/1973 non sia comunque pregiudicata dalla riserva espressa dall'Italia in relazione all'art. 9, paragrafo 2, del Modello di Convenzione OCSE, giusto il disposto dell'art. 169 del TUIR, secondo cui le disposizioni dettate dal TUIR, se più favorevoli al contribuente, si applicano anche in deroga agli accordi internazionali. Considerato, infatti, che la disciplina in esame attua i principi dettati dall'art. 110, comma 7, TUIR, la procedura dettata dall'art. 31-*quater*, comma 1, lett. c), D.P.R. 600/1973 non può ritenersi limitata dalle disposizioni contenute in una Convenzione contro le doppie imposizioni, se più sfavorevoli.

Ciò posto, si ritiene comunque opportuno formalizzare un ripensamento alla posizione presa dall'Italia in sede OCSE al fine di modificare la riserva espressa in relazione all'art. 9, paragrafo 2, sopra sintetizzata.

* * * *