

GRAZIANO GALLO

Dottore commercialista Revisore legale
Viale Bianca Maria 24 20129 Milano
graziano.gallo@odcecimilano.it

Consultazione pubblica MEF Linee guida per l'applicazione dell'art. 110, comma 7, T.U.I.R.

1. Definizioni (Art. 2)

Tematica: schema di decreto ministeriale richiamato nel comma 7 dell'articolo 110 TUIR
Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Glossario; Cap I, par. D-1; Cap I, par. D-1, 1.35, 1.36

Osservazioni / Contributi: Definizione di: Imprese associate; Partecipazione nella gestione, nel controllo e nel capitale; Imprese indipendenti; Operazione controllata; Operazione non controllata; Condizioni di un'operazione

Finalità della richiesta: sollecitazione ad un approfondimento/rivisitazione testuale relativamente ai requisiti soggettivi ed oggettivi di applicazione della disciplina

L'art. 2 dello schema di decreto riporta alcune definizioni. Talune di esse non paiono perfettamente allineate alle clausole contenute nel modello di convenzione OCSE contro le doppie imposizioni e nella maggior parte delle convenzioni OCSE contro le doppie imposizioni firmate dall'Italia e tutt'ora vigenti.

1.1 Imprese associate

La definizione di "imprese associate" è strutturata come segue:

Art. 2 Definizioni

1. Ai fini del presente decreto si intende per:

a) 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;

Nel Glossario delle Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento, alla voce "Imprese associate" si stabilisce:

"Due imprese sono considerate imprese associate se una delle imprese soddisfa le condizioni dell'articolo 9, commi 1a) o 1b), del Modello di Convenzione fiscale OCSE rispetto all'altra

impresa”.

D'altra parte, deve essere altresì considerato che il Commentario OCSE all'art. 9 del Modello di convenzione, al par. 1, nel riferirsi alle “associated enterprises” le definisce tra parentesi “*parent and subsidiary companies and companies under common control*”, riferendosi dunque solo al concetto di società.

A sua volta, l'art. 110, comma 7, TUIR recepisce una definizione ancora diversa (e in questo speculare a quella poi assunta nello schema di decreto) in cui la relazione rilevante viene stabilita tra “società residenti”, “imprese non residenti” e “società controllanti entrambe le prime due”.

Sebbene il quadro che emerge da queste brevi note possa apparire piuttosto confuso, si ritiene che la definizione migliore sia quella contenuta nel Glossario, in quanto capace di catturare, coerentemente al principio ispiratore dell'*arm's length*, tutte le situazioni in cui è logico che esso trovi applicazione.

Il concetto di impresa è più ampio di quello di società (che di esso costituisce specificazione sotto il profilo organizzativo e giuridico) e consente di considerare incluse nel novero dei soggetti destinatari della norma anche le stabili organizzazioni.

A tale proposito, pare opportuno rammentare che nel “*Report on the attribution of profits to permanent establishments*” (OCSE 2010), al par. 53, D-1 della parte I, viene espressamente statuito:

“... *the authorised OECD approach is to apply the arm's length principle of Article 9, as articulated in the Guidelines, to the attribution of profit to a PE using the arm's length principle under Article 7(2)*”.

In altre parole, allorquando intercorrano relazioni commerciali o finanziarie tra un'impresa non residente e la sua stabile organizzazione in Italia o, al contrario tra un'impresa residente e la sua stabile organizzazione in un paese terzo, i profitti o le perdite che da esse si generano devono essere calcolati nel rispetto delle medesime regole valide per tutti i rimanenti casi di transazioni commerciali o finanziarie intercorrenti tra imprese associate.

Alla possibilità di interpretare espressamente il concetto di imprese associate nel senso indicato potrebbe ostare la lettera della legge che, come ricordato poco sopra, è ferma alla vecchia formulazione.

Deve tuttavia osservarsi che se tale problema sussiste a proposito della definizione di imprese associate, esso si ripropone anche con riferimento al tipo di relazione che deve esistere tra le imprese associate, di cui al paragrafo che segue.

1.2 Partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale

A norma dell'art. 110, comma 7, TUIR, la relazione tra le imprese associate deve essere necessariamente di controllo, mentre il decreto è sul punto pedissequo dell'art. 9 del Modello di convenzione OCSE, riferendosi al concetto di “partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale”, anche se poi, il comma 1, lett. b) del medesimo art. 2 dello schema di decreto, nel premurarsi di definire cosa debba intendersi per partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale, assume una definizione autonoma anche rispetto alle principali fonti del diritto interno - perché non collimante con quella dell'art. 2359 c.c. -, stabilendo che per partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale deve intendersi:

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;*

Si tratta, a ben vedere, di una soluzione non immune da problematicità: da un canto essa si discosta sia dal dato letterale dell'art. 110, comma 7, TUIR, sia, manifestamente, dalla precedente prassi (circolare n. 32 del 1980), dall'altro non aderisce alla nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., né ad alcuni riferimenti importanti vigenti a livello di diritto comunitario (quali la direttiva 83/349/CEE). E' d'altra parte evidente lo sforzo di rimanere in qualche misura fedele all'originaria formulazione dell'art. 9 del modello di convenzione OCSE, distinguendo dunque, da un lato, la partecipazione al capitale [lett. a) del comma 1, lett. b)], che comunque viene autonomamente stabilito debba essere superiore al 50%, dall'altro la partecipazione alla gestione o al controllo [lett. b) del comma 1, lett. b)], in cui viene a rilievo il concetto di "influenza dominante", ancor oggi oggetto di irrisolto dibattito in dottrina, riferito peraltro non alla gestione *tout court* dell'impresa, ma alle decisioni commerciali o finanziarie da questa assunte.

Resta comunque chiaro che, con riferimento al tipo di relazione che deve esistere tra le imprese associate, lo schema di decreto ha assunto una definizione che non può dirsi in linea con quella della legge, circostanza che autorizza a ritenere che anche sulla definizione di "imprese associate", il testo del decreto potrebbe in effetti divergere da quello del TUIR o comunque fornirne un'interpretazione più in sintonia con le Linee Guida OCSE.

1.3 Imprese indipendenti

Quanto alla definizione di "imprese indipendenti" di cui alla successiva lett. c) ("*le imprese che non sono qualificabili come imprese associate*"), occorre osservare come il concetto di impresa indipendente sia, al pari di quello di impresa associata, relativo: un'impresa può essere indipendente rispetto ad una, ma associata rispetto ad altra. Se per la definizione di imprese associate si adottasse la definizione contenuta nel Glossario (che giustamente sottolinea la predetta relatività del concetto), allora la definizione di imprese indipendenti contenuta nello schema di decreto sarebbe corretta.

1.4 Operazione controllata

La definizione di "operazione controllata" di cui alla successiva lettera d) ("*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*") risente sicuramente della necessità di allineamento alla definizione di "influenza dominante" in precedenza citata, in cui si fa riferimento alle decisioni commerciali e finanziarie dell'impresa controllata, a sua volta condizionata dal Cap I, par. D-1 delle Linee Guida OCSE ("*Identifying the commercial or financial relations*")

Tale condizionamento, tuttavia, conduce ad una traduzione troppo letterale che, in lingua italiana, non si ritiene consenta di cogliere in modo esaustivo lo spettro intero dei fenomeni possibili. Sarebbe forse preferibile fare riferimento a più solidi e sperimentati concetti di diritto. Ad esempio, mutuando dalla normativa IVA:

d) operazione controllata:

- qualunque atto eseguito tra imprese associate che importi il trasferimento della proprietà ovvero la costituzione o il trasferimento di diritti reali di godimento su

beni di ogni genere, individuato sulla base dell'effettivo comportamento tenuto dalle parti, anche se divergente da pattuizioni contrattuali espresse o in assenza delle stesse; ovvero

- qualunque prestazione di servizi eseguita tra imprese associate, dipendente da obbligazioni di fare, di non fare e di permettere, quale ne sia la fonte, individuata sulla base dell'effettivo comportamento tenuto dalle parti, anche se divergente da pattuizioni contrattuali espresse o in assenza delle stesse; ovvero
- qualunque combinazione degli atti e/o delle prestazioni eseguite nei termini di cui ai precedenti alinea.

1.5 Operazione non controllata

Sul punto, all'art. 2, comma 1, lett. e), il testo dello schema di decreto propone la seguente definizione: *“qualsiasi operazione di natura commerciale o finanziaria tra imprese indipendenti”*.

In caso di recepimento della definizione di “operazione controllata” suggerita sub 1.4, sarebbe forse preferibile *“qualsiasi operazione di contenuto identico a quello identificato alla lettera d), eseguita tra imprese indipendenti”*.

1.6 Condizioni di un'operazione

Alla lettera f) dell'art. 2, comma 1 dello schema di decreto, le condizioni di un'operazione sono definite come *“quelle condizioni che comprendono, ma non sono limitate a, ogni elemento economicamente rilevante, ivi inclusi i relativi indicatori finanziari utilizzati in applicazione di uno dei metodi di cui al successivo articolo 4”*;

Anche in questo caso la definizione utilizzata pare rispondere primariamente alla necessità di rimanere letteralmente fedele alla dizione delle Linee Guida OCSE (Cap I, par. D-1) in cui si fa espresso riferimento a *“the conditions of the transaction and the economically relevant circumstances in which the transaction takes place”* le quali, però costituiscono, nel loro insieme le *“economically relevant characteristics”* (par. 1.35) e queste a loro volta sono poi identificate nei fattori della comparabilità (par. 1.36).

La definizione usata nello schema di decreto non appare dunque ottimale. Ignorando la sua fonte primaria di ispirazione e dunque anche la sua genesi, risulterebbe all'interprete non chiaro quale ulteriore elemento, oltre a quelli “economicamente rilevanti” dovrebbe essere preso in considerazione. In realtà solo gli aspetti in grado di influire sulla valorizzazione economica dell'operazione devono essere scrutinati. Sul punto, è bene chiarire che “economicamente rilevante” è qualificazione diversa e ovviamente più ampia di “economico”. Ragione per cui nel riferirsi espressamente a condizioni economicamente rilevanti, il regolatore implicitamente si riferisce a condizioni che non sono economiche di per se' (ma, ad esempio, giuridiche), le quali tuttavia hanno rilevanza economica, manifestando attitudine ad incidere sulla valutazione economica dei fatti e degli atti cui si riferiscono.

Inoltre, come reso chiaro dalla norma di cui al successivo art. 3, le “condizioni di un'operazione” si identificano di fatto nei fattori della comparabilità. Infatti all'art. 2 lett. f) le condizioni dell'operazione vengono definite come gli elementi rilevanti della stessa e all'art. 3, comma 2, dello schema di decreto, questi ultimi vengono identificati nei fattori della comparabilità. Pare dunque logico riferirsi direttamente alla nozione di fattore della comparabilità e sostituire conseguentemente l'intera lettera f) come segue:

“Fattori di comparabilità: tutte le circostanze fattuali e di diritto caratterizzanti l’esecuzione in concreto dell’operazione che parti indipendenti prenderebbero in considerazione al fine di determinarne il valore economico e dunque anche gli indicatori finanziari che misurano detto valore”.

Una tale definizione consentirebbe di disporre di un testo più chiaro ed essenziale e comunque perfettamente allineato alle Linee Guida OCSE che, come ricordato, dispongono una perfetta identificazione dei fattori della comparabilità con le caratteristiche economicamente rilevanti dell’operazione

Da ultimo, la disposizione pare confondere due aspetti che andrebbero tenuti concettualmente distinti: le condizioni dell’operazione suscettibili di apprezzamento economico (e che dunque incidono sulla sua valorizzazione da parte dei soggetti tra cui intercorre l’operazione), e ciò che misura la valutazione economica della transazione (ossia gli indicatori finanziari).

2. Nozione di comparabilità (Art. 3)

Tematica: schema di decreto ministeriale richiamato nel comma 7 dell’articolo 110 TUIR

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Cap I, par. D-1, 1.35; 1.36

Osservazioni / Contributi: Nozione di comparabilità

Finalità della richiesta: rivisitazione della nozione di comparabilità

Al comma 2, viene stabilito:

“Per determinare se due o più operazioni siano comparabili tra loro, è necessario considerare gli elementi economicamente rilevanti delle stesse, o fattori di comparabilità, ivi inclusi:

- a) le condizioni contrattuali delle operazioni;*
- b) le funzioni svolte da ogni impresa in relazione alle operazioni, tenendo conto dei beni utilizzati e dei rischi assunti;*
- c) le caratteristiche dei beni ceduti e dei servizi prestati;*
- d) le circostanze economiche delle parti e le condizioni di mercato in cui esse operano;*
- e) le strategie aziendali perseguite dalle parti”.*

Alla luce delle proposte di modifica al par. 1.6, pare preferibile la seguente scrittura:

“Per determinare se due o più operazioni siano comparabili tra loro, è necessario considerare tutti i fattori di comparabilità, con particolare riguardo ai seguenti: ... (segue invariato)”

3. Metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento (Art. 4)

Tematica: schema di decreto ministeriale richiamato nel comma 7 dell’articolo 110 TUIR

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: Cap. II, parte I, Sez. A, par. 2.9; Cap. IV, sez. B1, par. 4.0

Osservazioni / Contributi: Condizioni di applicabilità di un metodo alternativo a quelli approvati dall’OCSE da parte del contribuente; Condizioni di applicabilità, da parte dell’Amministrazione finanziaria, di un metodo diverso da quello selezionato dal contribuente

Finalità della richiesta: puntualizzazione del testo

3.1 Condizioni di applicabilità di un metodo alternativo

Il comma 5 dell'art. 4 dello schema di decreto, stabilisce:

“Il contribuente può applicare un metodo diverso dai metodi descritti al comma 2, qualora dimostri che nessuno di tali metodi può essere ragionevolmente applicato per valorizzare un'operazione controllata in base al principio di libera concorrenza, e che tale diverso metodo produce un risultato coerente con quello che otterrebbero imprese indipendenti nel realizzare operazioni non controllate comparabili”.

Esso non risulta perfettamente aderente a quanto stabilito dal par. 2.9, Cap. II, parte I, Sez. A delle linee guida OCSE, ove si legge:

“... MNE groups retain the freedom to apply methods not described in these Guidelines (hereafter “other methods”) to establish prices provided those prices satisfy the arm's length principle in accordance with these Guidelines. Such other methods should however not be used in substitution for OECD-recognised methods where the latter are more appropriate to the facts and circumstances of the case. In cases where other methods are used, their selection should be supported by an explanation of why OECD-recognised methods were regarded as less appropriate or non-workable in the circumstances of the case and of the reason why the selected other method was regarded as providing a better solution. A taxpayer should maintain and be prepared to provide documentation regarding how its transfer prices were established”.

Sarebbe dunque preferibile la seguente scrittura:

“Il contribuente può applicare un metodo diverso dai metodi descritti al comma 2, qualora dimostri che nessuno di tali metodi può essere applicato o risulta più appropriato al fine di valorizzare un'operazione controllata in base al principio di libera concorrenza, e che tale diverso metodo produce un risultato coerente con quello che otterrebbero imprese indipendenti nel realizzare operazioni non controllate comparabili”.

3.2 Condizioni di applicabilità di un metodo diverso da quello adottato dal contribuente

Il comma 6 dell'art. 4 dello schema di decreto recepisce in forma più precisa e stringente quanto indicato al par. 4.0 del Cap. IV, sez. B1, stabilendo :

“Qualora un'impresa abbia utilizzato un metodo che rispetta le disposizioni dei commi da 1 a 5 per valorizzare un'operazione controllata in base al principio di libera concorrenza, la verifica, se le condizioni delle operazioni controllate sono coerenti con il principio di libera concorrenza, si deve basare, da parte dell'amministrazione finanziaria, sul metodo applicato dall'impresa”.

La scrittura del 6° comma si presta a interpretazioni verosimilmente non corrette.

Potrebbe essere meglio ridefinita come segue:

“6. Qualora un'impresa abbia utilizzato un metodo che rispetta le disposizioni dei commi da 1 a 5, la verifica, da parte dell'amministrazione finanziaria, della corretta valorizzazione di un'operazione controllata in base al principio di libera concorrenza deve preliminarmente prendere in esame il metodo applicato dall'impresa. Solo una volta appurato che questa non ha osservato le disposizioni indicate ai commi da 1 a 5, è consentito all'amministrazione finanziaria valorizzare l'operazione in applicazione di altro metodo”.

4. Intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza (Art. 6)

Tematica: schema di decreto ministeriale richiamato nel comma 7 dell'articolo 110 TUIR

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: nessuno

Osservazioni / Contributi: Definizione di conformità al principio di libera concorrenza

Finalità della richiesta: puntualizzazione del testo

Il comma 1 dell'art. 6 dello schema di decreto, stabilisce:

“Si considera conforme al principio di libera concorrenza l'intervallo di valori risultante dall'indicatore finanziario selezionato in applicazione del metodo più appropriato ai sensi dell'articolo 4, qualora gli stessi siano riferibili a un numero di operazioni non controllate, ognuna delle quali risulti parimenti comparabile all'operazione controllata, in esito all'analisi di cui all'articolo 3”.

La scrittura del 6° comma si presta a interpretazioni verosimilmente non corrette.

Potrebbe essere meglio ridefinita come segue:

“Ognuno dei valori dell'indicatore finanziario selezionato, compreso all'interno dell'intervallo risultante a seguito della ricerca delle operazioni comparabili eseguita in applicazione del metodo più appropriato ai sensi dell'articolo 4, si considera conforme al principio di libera concorrenza qualora tutti i valori inclusi nell'intervallo siano riferibili a operazioni non controllate, ognuna delle quali comparabile all'operazione controllata ai sensi dell'articolo 3”.

5. Ulteriori disposizioni applicative (Art. 7)

Tematica: schema di decreto ministeriale richiamato nel comma 7 dell'articolo 110 TUIR

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: tutti

Osservazioni / Contributi: Scrittura/implementazione delle ulteriori disposizioni applicative

Finalità della richiesta: definizione del processo

Molto opportunamente l'ultima disposizione del decreto rinvia ad un provvedimento direttoriale finalizzato a dettare ulteriori disposizioni applicative che tengano in particolare conto delle Linee Guida OCSE: troppi e troppo importanti sono infatti i temi che nel corpo del presente decreto non hanno potuto trovare spazio e che nondimeno meritano parole chiare per orientare al meglio il comportamento dei contribuenti.

Si è in proposito dell'avviso che il provvedimento dovrebbe di fatto fare rinvio alla versione in italiano delle predette Linee Guida, già peraltro meritoriamente posta a disposizione degli operatori di settore nell'ambito della consultazione pubblica. Detta versione, tuttavia, dovrebbe essere oggetto di preliminari emendamenti finalizzati ad armonizzarne i contenuti con il quadro normativo domestico, i quali andrebbero evidenziati nel corpo del testo in modo da rendere palesi i passi stralciati e quelli per i quali si rendesse necessaria una formulazione diversa dall'originale in lingua inglese.

Sarebbe infine auspicabile che detto testo fosse il frutto di un gruppo di lavoro misto, composto da rappresentanti dell'amministrazione finanziaria, dell'impresa e della professione. Ove ciò non fosse ritenuto possibile od opportuno, la metodica della consultazione pubblica rappresenterebbe comunque un *second best*.

6. Tematiche non trattate

6.1 Possibile eccezione di ingiusta tassazione in caso di contestuali rettifiche in aumento ed in diminuzione

La nuova disciplina pare avere trascurato il caso in cui a seguito di una verifica in materia di prezzi di trasferimento siano riscontrati comportamenti difformi tali da ingenerare sia rettifiche in aumento sia rettifiche in diminuzione.

Tale fattispecie è nella prassi ricorrente con discreta varietà di casistica.

Nel novero delle ipotesi del genere rientra, ad esempio, quella in virtù della quale, con riferimento ad una medesima tipologia di cessione di beni il prezzo praticato dal contribuente residente nei confronti di talune imprese associate residenti in uno o più paesi risulti inferiore a quello di libera concorrenza, quello praticato nei confronti di altre imprese associate residenti in altri paesi, superiore.

In un caso del genere, si determina una rettifica in aumento, non bilanciata però da una corrispondente rettifica in diminuzione, pur essendo questa legittima tanto quanto lo è la prima (perché fondata sull'applicazione di uno stesso metodo).

Il contribuente si trova paradossalmente prigioniero di una situazione di eccessiva imposizione di fatto senza disporre di alcun concreto mezzo giuridico per uscirne.

In virtù di quanto stabilito all'art. 31-*quater* del d.P.R. n. 600/1973, infatti, la rettifica in diminuzione è possibile, di fatto, solo a condizione che lo stato di residenza dell'impresa associata:

- a) abbia a sua volta operato una rettifica in aumento e
- b) abbia firmato con l'Italia una convenzione contro le doppie imposizioni in vigore contenente una clausola arbitrare o sia membro dell'Unione Europea.

La circostanza appare ingiustamente penalizzante e meriterebbe un intervento normativo onde scongiurare il prodursi di un effetto iniquo e certamente paradossale, ossia quello per cui, a seguito di un intervento ispettivo e dell'applicazione di un metodo condiviso di determinazione dei prezzi di trasferimento, il contribuente si veda costretto a subire in Italia un prelievo d'imposta esorbitante rispetto al dovuto, tale per espressa ammissione dello stesso ente impositore (!)

6.2 Divieto di accesso alle procedure amichevoli in caso di atto di adesione. Opinabilità dell'interpretazione contenuta nella circolare 21/E del 5 giugno 2012

La circolare 21/E del 5 giugno 2012, ai paragrafi 7.1 e 7.2, stabilisce che in caso di accertamento con adesione sottoscritto dal contribuente, è precluso l'accesso alle procedure amichevoli previste dalle convenzioni contro le doppie imposizioni e dalla procedura arbitrare sottoscritta dagli stati membri UE nel 1990.

Le ragioni di tale interpretazione, esternate nel corpo della stessa circolare sono oggettivamente non condivisibili, nella misura in cui, di fatto assimilano l'atto di adesione ad una sentenza passata in giudicato.

L'esperienza dimostra che non di rado gli accertamenti in materia di transfer pricing meritano una rivisitazione critica e, sovente, grazie anche alla tempistica che la connota, la procedura di accertamento con adesione si rivela il contesto giusto in cui operarne un *fine tuning*.

Ammettere la possibilità di avere accesso ad una MAP dopo un accertamento con adesione non solo sottrarrebbe il contribuente all'ingiusta necessità di scegliere il minore tra due mali (rimanere all'interno di una sia pure limitata doppia imposizione o affrontare un contenzioso

ed una procedura amichevole sulla base di contestazione spesso sovradimensionate), ma gioverebbe anche all'Amministrazione finanziaria, che, avvalendosi di una più precisa e tecnicamente corretta definizione della pretesa impositiva, godrebbe di una posizione di maggiore forza sul tavolo della procedura amichevole.

Milano 21 marzo 2018

F.to
Graziano Gallo