Spettabile
AGENZIA DELLE ENTRATE
E-mail: dc.gci.settorecontrollo@agenziaentrate.it

Milano, 12 ottobre 2021

Tematica: Consultazione pubblica sulla bozza di Circolare in merito alla documentazione idonea a consentire il riscontro della conformità al principio di libera concorrenza dei prezzi di trasferimento.

Nel ringraziare per l'opportunità concessa mediante la procedura di consultazione pubblica della bozza di Circolare dell'Agenzia delle entrate (di seguito, la "Bozza di Circolare") recante "*Chiarimenti in tema di documentazione idonea a consentire il riscontro della conformità al principio di libera concorrenza dei prezzi di trasferimento praticati – (articolo 1, comma 6, e articolo 2, comma 4-ter, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471)*", si formulano qui di seguito talune osservazioni.

Per comodità di esposizione, le osservazioni saranno elencate in corrispondenza di ciascun paragrafo interessato, seguendo la numerazione della Bozza di Circolare.

Paragrafo n. 1: premessa

Applicazione dell'esimente sanzionatoria nel caso di contestazioni dell'indeducibilità di costi per servizi intercompany.

Relativamente ai *servizi intercompany* prestati a società residenti in Italia da proprie consociate estere, si è riscontrato in diverse occasioni come gli organi accertatori, una volta presa visione della Documentazione Nazionale, abbiano contestato l'integrale indeducibilità dei costi in parola ai sensi dell'art. 109, comma 5, TUIR, non ritenendo dimostrata, ad esempio, l'utilità del servizio in capo alla società ricevente. In tali ipotesi sono state spesso

Sede di Milano
Foro Buonaparte 70, 20121 Milano
tel. +39 02 890.132.28, fax +39 02 890.131.09
studio@frmtax.it
Sede di Roma
Via Bocca di Leone 78, 00187 Roma
tel. +39 06 454.380.53, fax +39 06 454.380.31
studioroma@frmtax.it

irrogate le sanzioni amministrative, in quanto l'esimente sanzionatoria derivante dal possesso della documentazione idonea ai fini della determinazione dei prezzi di trasferimento è limitata alle sole contestazioni basate sulla violazione dell'art. 110, comma 7, TUIR.

Tale prassi non appare del tutto conforme a quanto affermato nelle Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento del 2017 (di seguito, le "Linee Guida OCSE"), come interpretate dalla più recente giurisprudenza di Cassazione in merito al giudizio di inerenza dei costi per servizi *intercompany*.

Infatti, relativamente ai *servizi intercompany*, le Linee Guida OCSE affermano quanto segue:

- "[*t*]*here are two issues in the analysis of transfer pricing for intragroup services. <u>One issue is whether intra-group services have in fact been provided</u>. The other issue is what the intra-group charge for such services for tax purposes should be in accordance with the arm's length principle*" (cfr. par. 7.5, sottolineatura aggiunta);

- la valutazione circa l'esistenza di un servizio *intercompany* è subordinata al superamento del cd. *benefit test* che "…*should <u>depend on whether the activity provides a respective group member with economic or commercial value to enhance or maintain its business position</u>. <u>This can be determined by considering whether an independent enterprise in comparable circumstances would have been willing to pay for the activity if performed for it by an independent enterprise or would have performed the activity in house for itself. If the activity is not one for which the independent enterprise would have been willing to pay or perform for itself, the activity ordinarily should not be considered as an intra-group service under the arm's length principle</u>*" (cfr. par. 7.6, sottolineatura aggiunta).

Ne consegue che, poiché le Linee Guida OCSE statuiscono espressamente che la valutazione della conformità di un'operazione di prestazione di servizi *intercompany* all'*arm's length principle* presuppone la dimostrazione da parte del contribuente dell'effettuazione del servizio e l'esistenza di benefici per la ricevente, in relazione a tali profili la valutazione dell'inerenza viene di fatto "assorbita" da quella sulla conformità al principio di libera concorrenza *ex* art. 110, comma 7, TUIR. Di conseguenza, l'eventuale indeducibilità dei costi per servizi *intercompany* resi da consociate estere a favore di società italiane, ove motivata sulla base della mancata dimostrazione dell'effettuazione del servizio e/o dell'esistenza di un beneficio per la ricevente, dovrebbe essere più propriamente contestata ai sensi dell'art. 110,

comma 7, TUIR invece che ai sensi dell'art. 109, comma 5, TUIR[1]. In tale evenienza, nella misura in cui il contribuente abbia dato adeguata evidenza nella Documentazione Nazionale degli elementi a suo avviso rilevanti al fine di dimostrare l'effettiva prestazione e l'esistenza di un'utilità dai servizi ricevuti, come previsto dal par. 7.8 delle Linee Guida OCSE[2], dovrebbe trovare applicazione il regime di *penalty protection*.

Tale ricostruzione trova riscontro anche in alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione concernenti contestazioni di indeducibilità di costi per servizi *intercompany* per difetto di inerenza (cfr. Cass. ord. n. 19166 del 6 luglio 2021[3], e Cass. ord. n. 19001 del 6 luglio 2021[4]),

---

[1] L'art. 109, comma 5, TUIR continuerebbe ad avere rilevanza per le fattispecie in cui non può trovare applicazione l'art. 110, comma 7, TUIR, come, ad esempio, nel caso di prestazione di servizi tra entità appartenenti al medesimo gruppo che siano entrambe stabilite in Italia.

[2] Il par. 7.8 delle Linee Guida OCSE, relativamente al *Benefit test*, prevede quanto segue: "*Some intra-group services are performed by one member of an MNE group to meet an identified need of one or more specific members of the group. In such a case, it is relatively straightforward to determine whether a service has been provided. Ordinarily an independent enterprise in comparable circumstances would have satisfied the identified need either by performing the activity in-house or by having the activity performed by a third party. Thus, in such a case, an intra-group service ordinarily would be found to exist. For example, an intra-group service would normally be found where an associated enterprise repairs equipment used in manufacturing by another member of the MNE group. <u>It is essential, however, that reliable documentation is provided to the tax administrations to verify that the costs have been incurred by the service provider</u>*" (sottolineatura aggiunta).

[3] Tale ordinanza aveva ad oggetto la contestazione di indeducibilità per violazione dell'art. 109, comma 5, TUIR, dei costi per servizi (cd. *management fees*) resi ad una controllata fiscalmente residente in Italia dalla propria controllante estera. Al riguardo la Corte, premesso che la deducibilità dei costi in parola è subordinata alla dimostrazione della loro effettività e inerenza in relazione all'attività di impresa esercitata dalla controllata e al reale vantaggio che le sia derivato, ha evidenziato che tale dimostrazione si traduce nel "*verificare la sostanza aziendale ed economica dell'operazione intervenuta e di metterla a confronto con analoghe operazioni realizzate, in circostanze comparabili, in condizioni di libero mercato tra soggetti indipendenti e di valutarne la conformità a queste e l'utilità obiettiva. Rileva, dunque, il principio dell'arm's lenght, ossia quello di garantire che il prezzo praticato e le condizioni stabilite in transazioni tra soggetti collegati siano i medesimi previsti nei rapporti tra soggetti terzi indipendenti (cfr. OECD, Transfer Pricing Guidelines, 2017)*".

[4] Detta pronuncia riguardava la contestazione di indeducibilità delle *royalties* corrisposte da una società italiana alla propria controllante estera per violazione dell'art. 109, comma 5, TUIR. Al riguardo la Corte,

nelle quali è stata affermata la necessità di porre riferimento all'*arm's length principle*, così come elaborato dalle Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento.

Da ultimo, un'ulteriore conferma della possibilità di ricondurre nell'ambito dell'art. 110, comma 7, TUIR, il giudizio sull'effettiva esistenza e utilità per il ricevente dei costi rivenienti da servizi *intercompany* può trarsi dal par. 7.1 del provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 23 novembre 2020, prot. n. 2020/360494 (di seguito, "Provvedimento") ove, relativamente alla documentazione necessaria per "*…utilizzare l'approccio semplificato di valorizzazione in base al principio di libera concorrenza di un'operazione controllata consistente nella prestazione di servizi a basso valore aggiunto…*" (sottolineatura aggiunta) si richiede che venga predisposta un'apposita sezione con la "*Descrizione dei servizi infragruppo [la sezione contiene una descrizione delle categorie di servizi infragruppo a basso valore aggiunto forniti e, per ciascuna categoria di servizi, dovranno essere esplicitati: l'identità dei beneficiari; le ragioni per le quali detti servizi sono stati considerati a basso valore aggiunto in base all'articolo 7 del decreto del Ministro dell'Economia e delle finanze del 14 maggio 2018; le ragioni alla base della fornitura di servizi all'interno del contesto di business del gruppo multinazionale; i benefici ottenuti o attesi; i criteri di ripartizione prescelti e le ragioni per cui si ritiene che tali criteri producano risultati che ragionevolmente riflettono i benefici ricevuti. Inoltre, dovrà essere fornita una conferma del margine di profitto applicato]*" (sottolineatura aggiunta).

---

nel ribadire che intendeva "*… dare continuità al principio di diritto richiamato* [n.d.r. quello in base al quale "*per i costi c.d. infragruppo l'onere della prova dell'esistenza e dell'inerenza dei costi incombe sulla società che affermi di aver ricevuto il servizio, occorrendo, affinché il corrispettivo riconosciuto alla capogruppo sia detraibile, che la controllata tragga dal servizio remunerato un'effettiva utilità e che quest'ultima sia obiettivamente determinabile ed adeguatamente documentata*"]…" (sottolineatura aggiunta) ha altresì evidenziato come "*… il diverso approccio della contribuente* [n.d.r. che sembrerebbe essersi limitata a produrre il contratto sottostante senza fornire però alcuna evidenzia dell'effettiva utilità derivante dal servizio ricevuto] … *trascura quegli orientamenti dell'OCSE, secondo cui, in tema di prestazione di servizi infragruppo, occorre procedere al cd. benefit test, ovverosia a verificare se l'attività considerata conferisca all'impresa un vantaggio inteso a migliorare la posizione economica o commerciale della stessa (Guídelines Ocse, 18 luglio 2010, capitolo VII). Il che risulta in linea con quell' approccio rigoroso, in tema di arbitraggi di derivazione OCSE, di cui v'è ampia - e non contraddetta - traccia nel formante giurisprudenziale sezionale*" (sottolineatura aggiunta).

Paragrafo n. 2: Contesto normativo di riferimento

Osservazioni sulla definizione di valore normale delle operazioni aventi ad oggetto royalties ed interessi

L'art. 2, comma 4 *ter*, del D.Lgs. n. 471/1997 stabilisce che, in caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento praticati nell'ambito delle operazioni di cui all'art. 110, comma 7, del TUIR da cui derivi "*la non corretta applicazione delle aliquote convenzionali sul valore delle royalties e degli interessi*" di cui all'art. 25, comma 4, del D.P.R. n. 600/1973, non trovi applicazione la sanzione di cui all'art. 2, comma 2 (i.e. la sanzione amministrativa dal novanta al centoottanta per cento dell'importo delle ritenute non versate), qualora il contribuente consegni all'Amministrazione finanziaria la documentazione idonea di cui al Provvedimento.

Nella Bozza di Circolare (par. 11, pagg. 41-42) viene affermato che "*per motivi di coerenza di sistema, si ritiene che tale disciplina trovi applicazione anche nel caso in cui il contribuente descriva operazioni aventi a oggetto royalties e interessi esentati da ogni imposta al momento della corresponsione, in applicazione dell'articolo 26-quater, d.P.R. n. 600 del 1973*".

Come noto, l'art. 26-*quater* del D.P.R. n. 600/1973 prevede che l'esenzione da ritenuta non trovi applicazione per le operazioni infragruppo il cui "*importo degli interessi o dei canoni è superiore al valore normale determinato ai sensi dell'articolo 110, comma 2"* del TUIR.

L'art. 110, comma 2 del TUIR, a sua volta richiama il concetto di valore normale di cui all'art. 9 del TUIR, laddove l'art. 2, comma 4 *ter*, del D.Lgs. n. 471/1997 accorda la *penalty protection* (in presenza di documentazione idonea) con riferimento a rettifiche di valore praticate ai sensi dell'art. 110, comma 7, del TUIR.

Ciò posto, nella Bozza di Circolare andrebbe chiarito che, nonostante l'art. 26-*quater*, comma 5 del D.P.R. n. 600/1973 sotto il profilo letterale faccia ancora riferimento alla nozione di valore normale di cui all'art. 9 del TUIR, per ragioni di coerenza logico-sistematica e di coordinamento normativo debbano comunque trovare applicazione anche in tale sede le disposizioni in materia di valore di libera concorrenza, di cui all'art. 110, comma 7, del TUIR.

Paragrafo n. 4: contenuto del Masterfile

Osservazioni sulla possibilità di presentare il Masterfile (di seguito, "MF") redatto dalla società estera con contenuto informativo conforme al Provvedimento ma struttura espositiva differente

Conformemente al punto 5.1.1 del Provvedimento, la Bozza di Circolare consente alle società italiane di presentare il MF già redatto dalla propria controllante "*a condizione che tale documento presenti un contenuto informativo conforme all'Allegato I al Capitolo V delle Linee Guida OCSE. Tuttavia, qualora tale documento rechi minori informazioni rispetto a quelle desumibili dallo schema di cui al punto 2.2 del Provvedimento, lo stesso dovrà essere integrato a cura dell'entità locale in una o più appendici*".

La Bozza di Circolare afferma altresì che "*da un punto di vista strutturale, il Masterfile deve articolarsi in capitoli e paragrafi, seguendo la struttura delineata dal Provvedimento*".

In tale contesto, meriterebbe di essere precisato che qualora il MF redatto all'estero rispecchi tutti i requisiti sostanziali delineati dal Provvedimento, ma non la struttura formale di cui al Provvedimento, questo possa essere ritenuto ugualmente idoneo o, in subordine, che sia possibile predisporre un documento di raccordo in modo da riconciliare il MF redatto all'estero con le specifiche formali disposte nel Provvedimento.

Paragrafo n. 5: contenuto della Documentazione Nazionale

Osservazioni sulla marginalità delle operazioni analizzate

Il punto 2.3.2 del Provvedimento dispone che "*per ogni operazione o categoria omogenea di operazioni infragruppo, <u>non marginale rispetto al totale</u> delle operazioni infragruppo, in cui l'entità è coinvolta, occorre fornire le informazioni riportate nei suddetti paragrafi"* (sottolineatura aggiunta).

Al riguardo, la Bozza di Circolare ha il pregio, rispetto alla previgente Circolare n. 58/E del 15 dicembre 2010 nella quale mancavano puntuali indicazioni circa le modalità di misurazione della residualità di un'operazione, di indicare la soglia quantitativa che determina la rilevanza di un'operazione, chiarendo che per non marginale *"si deve intendere un'operazione (attiva o passiva) il cui ammontare risulti superiore al 5% del totale dei componenti (positivi o negativi nel caso, rispettivamente, di operazioni attive o passive) indicati nel prospetto della dichiarazione annuale dei redditi denominato "Prezzi di trasferimento*".

Ciò premesso, si suggerisce di inserire altresì una soglia di rilevanza in valore assoluto al di sotto della quale le transazioni possano essere considerate marginali, conformemente a

quanto disposto dalle Linee Guida OCSE[5]. Infatti, poiché la valutazione della marginalità su base proporzionale deve essere condotta distintamente per i componenti attivi e passivi, il solo criterio proporzionale potrebbe portare a considerare non marginali operazioni in realtà non significative in termini economici: si consideri, ad esempio, il caso in cui a fronte di ricavi *intercompany* complessivamente pari a 100 milioni di Euro, i costi da operazioni con imprese associate siano pari a 100.000 Euro. In tale ipotesi, applicando il criterio proporzionale mentre un'operazione attiva del valore di 1 milione di Euro sarebbe da considerare marginale, un'operazione passiva del valore di 6.000 Euro sarebbe invece non marginale.

Paragrafo n. 5: contenuto della Documentazione Nazionale

Osservazioni sull'indicazione dell'ammontare dei pagamenti relativi a royalties e interessi

Nella Bozza di Circolare (cfr. par. 1, pag. 3) si afferma che in base all'art. 2, comma 4 *ter* del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471 "*in caso di rettifica del valore di libera concorrenza dei prezzi di trasferimento praticati nell'ambito delle operazioni di cui all'articolo 110, comma 7, del Tuir da cui derivi la non corretta applicazione delle aliquote convenzionali sul valore delle royalties e degli interessi attivi che eccede il valore di libera concorrenza previste per l'esercizio della ritenuta di cui all'articolo 25, quarto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, la sanzione di cui al comma 2 (vale a dire la sanzione amministrativa dal novanta al centoottanta per cento dell'importo delle ritenute non versate) non si applica qualora, nel corso dell'accesso, ispezione o verifica o di altra attività istruttoria, il contribuente consegni all'Amministrazione finanziaria la documentazione idonea a consentire il riscontro della conformità al valore di libera concorrenza dei prezzi di trasferimento praticati*".

Più avanti, nel par. 5 relativo al contenuto della Documentazione Nazionale, l'Agenzia delle entrate afferma che nel sottoparagrafo relativo alla descrizione delle singole operazioni, deve essere (*inter alia*) fornito l'ammontare dei pagamenti effettuati e/o ricevuti suddivisi per ciascuna giurisdizione fiscale del beneficiario/pagatore (cfr. pag. 21). Al riguardo, l'Agenzia delle entrate chiarisce che:

---

[5] Il paragrafo 5.32 delle Linee Guida OCSE afferma che "*measures of materiality may be considered in relative terms (e.g. transactions not exceeding a percentage of revenue or a percentage of cost measure) or in absolute amount terms (e.g. transactions not exceeding a certain fixed amount*)".

- poiché l'indicazione dei pagamenti effettuati e/o ricevuti "*è principalmente funzionale all'acquisizione di elementi informativi attinenti al valore attribuito dalle parti alle operazioni oggetto di analisi*" deve essere fornito l'ammontare che ha concorso al reddito d'impresa secondo il principio di competenza;

- *"[v]iceversa, in caso di operazioni aventi a oggetto royalties e interessi, l'ammontare dei pagamenti effettuati deve essere fornito secondo il criterio di cassa: ciò in quanto, qualora venga rettificato il valore di libera concorrenza di dette operazioni, occorre valutare l'applicazione delle aliquote convenzionali sul valore delle royalties e degli interessi che eccede quello di libera concorrenza ai sensi dell'articolo 25, quarto comma, d.P.R. n. 600 del 1973 ovvero dell'articolo 26 quater, quinto comma, del medesimo decreto*" (sottolineatura aggiunta).

Si ritiene che tale ultima specificazione, secondo cui l'ammontare di *royalties* e interessi debba essere indicato secondo il criterio di cassa, debba essere intesa in aggiunta, e non già in sostituzione, dell'indicazione dell'importo che ha concorso alla formazione del reddito per competenza del soggetto pagatore.

L'informativa aggiuntiva in merito all'ammontare dei pagamenti effettuati per cassa intende permettere – in ipotesi di contestazione sulla congruità dei flussi in questione – l'applicazione delle ritenute sulla parte di *royalties* e interessi che eccede il valore di libera concorrenza. Per i soggetti che hanno un periodo d'imposta a cavallo, ai fini di detta verifica, occorrerebbe altresì fornire un raccordo degli importi in questione per anno solare di riferimento, per riscontrare le ritenute indicate nel Modello 770 del sostituto d'imposta.

Paragrafo n. 11: valutazione della documentazione idonea

Osservazioni sulla penalty protection in materia di ritenute sui pagamenti relativi a royalties e interessi

L'art. 2, comma 4 *ter*, del D.Lgs. n. 471/1997 stabilisce che, in caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento praticati nell'ambito delle operazioni di cui all'articolo 110, comma 7, del TUIR, da cui derivi la non corretta applicazione di ritenute sull'ammontare delle *royalties* e degli interessi che eccede il valore normale, non trovi applicazione la sanzione di cui all'art. 2, comma 2 per infedele dichiarazione (i.e. la sanzione amministrativa dal novanta al centoottanta per cento dell'importo delle ritenute non versate), qualora il contribuente

consegni all'Amministrazione finanziaria la documentazione idonea di cui al Provvedimento. Al riguardo si rileva come, anche nei casi in cui l'Agenzia delle entrate riconosce l'applicabilità del regime di *penalty protection* sopra richiamato, con conseguente disapplicazione della sanzione per infedele dichiarazione del sostituto d'imposta, la stessa proceda comunque all'irrogazione della sanzione amministrativa per omessa effettuazione delle ritenute *ex* art. 14 del D.Lgs. n. 471/1997, in quanto tale violazione, pur derivando anch'essa da una contestazione *ex* art. 110, comma 7, TUIR, non è espressamente inclusa nell'ambito applicativo della *penalty protection*.

Pertanto, mentre con riferimento alle imposte "proprie" il possesso della documentazione idonea esclude l'applicazione di sanzioni per il contribuente, relativamente alle ritenute d'imposta la scriminante sanzionatoria è soltanto parziale.

Tutto ciò posto, si auspica una riconsiderazione di tale problematica, che per ragioni di carattere logico-sistematico estenda anche alle ritenute d'imposta lo stesso livello di *penalty protection* previsto per le imposte "proprie" del contribuente, escludendo quindi in presenza di documentazione idonea l'applicazione di sanzioni determinate in misura proporzionale rispetto alle ritenute non applicate.

Applicabilità della penalty protection anche in relazione ai cd. secondary adjustments

Nella prassi accertativa si è riscontrato che, talvolta, ad una prima rettifica di un'operazione *intercompany* che abbia dato luogo a costi in capo ad una società italiana (ad esempio, indeducibilità di una parte delle *royalties* corrisposte da un'entità italiana ad una consociata estera in quanto eccedente il valore di libera concorrenza), l'Amministrazione finanziaria abbia fatto seguire un cd. "*secondary adjustment*" avente ad oggetto il maggior ammontare percepito dalla controparte estera oggetto della prima rettifica. Tale *secondary adjustment* può consistere, ad esempio, nella riqualificazione del pagamento dell'importo eccedente il valore di libera concorrenza come distribuzione di un dividendo (quando la controparte della società italiana è la sua controllante diretta) con conseguente contestazione della mancata applicazione della ritenuta in uscita[6], oppure (nelle ipotesi in cui la controparte estera non è la controllante diretta dell'entità italiana) in una dazione di denaro a titolo di finanziamento cui consegue l'imputazione di un interesse attivo figurativo in capo alla società italiana[7].

Tali prassi accertativa non appare legittima, posto che la fattispecie dei cd. *secondary adjustments* non è in alcun modo disciplinata nell'ordinamento tributario italiano. Resta fermo,

[6] Cfr. par. 4.68 Linee Guida OCSE.

[7] Cfr. par. 4.69 Linee Guida OCSE.

in ogni caso, che in aggiunta alle ordinarie scriminanti sanzionatorie (come quella relativa alla sussistenza di un'oggettiva situazione di incertezza *ex* art. 10, comma 3, L. n. 212/2000), sia chiarito nella Bozza di circolare che la *penalty protection,* derivante dalla predisposizione della documentazione idonea relativa alla transazione *intercompany* oggetto di rettifica primaria, si estende anche all'eventuale *secondary adjustment*.

* * *

Ringraziandovi per l'occasione di confronto concessa, restiamo a disposizione per ogni eventuale chiarimento necessario in merito a quanto sopra esposto. Eventuali richieste potranno essere inoltrate al seguente indirizzo e-mail: studio@frmtax.it.

Cordiali saluti.

Francesco Facchini Luca Rossi Riccardo Michelutti