



Dipartimento di Impresa e Management

Cattedra di Diritto Tributario Corso Progredito

**Disciplina del Transfer Pricing e profili internazionali. Il
progresso della materia nella "Digital Economy".**

RELATORE

Prof. Fabio Marchetti

CANDIDATO

De Curtis Pierfrancesco

Matr. 680321

CORRELATORE

Prof. Napoli Giuseppe

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

INTRODUZIONE.....	4
--------------------------	----------

CAPITOLO 1. “IL TRANSFER PRICING IN AMBITO INTERNAZIONALE”

1.1 RELAZIONE TRA TAX GOVERNANCE E TRANSFER PRICING NELLE STRATEGIE DI PIANIFICAZIONE FISCALE.....	6
1.2 EVOLUZIONE DEL TRANSFER PRICING	10
1.2.1 <i>Dalla società delle nazioni all’ OCSE.....</i>	<i>10</i>
1.2.2 <i>Dai primi modelli e rapporti alla più recente normativa.....</i>	<i>11</i>
1.3 THE OECD GUIDELINES	14
1.3.1 <i>“The arm’s length principle”</i>	<i>14</i>
1.3.2 <i>“Transfer Pricing Methods”</i>	<i>15</i>
1.3.3 <i>“Comparability analysis”</i>	<i>21</i>
1.3.4 <i>“Administrative approaches to avoiding and resolving transfer pricing disputes”</i>	<i>24</i>
1.3.5 <i>“Documentation”</i>	<i>29</i>
1.3.6 <i>“Special considerations for intangibles”</i>	<i>31</i>
1.4 BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING	32
1.4.1 <i>Nozioni generali</i>	<i>32</i>
1.4.2 <i>Il Progetto BEPS</i>	<i>33</i>
1.4.3 <i>Action item 8-10.....</i>	<i>38</i>
1.4.4 <i>Action item 13.....</i>	<i>41</i>
1.4.5 <i>La risposta Europea con il “pacchetto anti-elusione”.....</i>	<i>42</i>

CAPITOLO 2. “TRANSFER PRICING NELLA NORMATIVA ITALIANA”

2.1 EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA DEL TRASFERIMENTO DI PREZZO.....	45
2.2 UN BLOCCO NORMATIVO ALL’AVANGUARDIA	47
2.2.1 <i>Prevenzione contro le doppie imposizioni</i>	<i>47</i>
2.2.2 <i>Risoluzione dei conflitti derivanti da doppia imposizione.....</i>	<i>53</i>
2.2.3 <i>Stabile organizzazione ed “anti-fragmentation rule”. Il nuovo art. 162 T.U.I.R... 57</i>	
2.2.4 <i>Penalty protection, idoneità della documentazione e CBCR.....</i>	<i>61</i>

2.2.5 Scelta dei “comparabili” e del “metodo” nelle operazioni di transfer pricing..... 66

2.2.6 Trattamento degli Intangibles e HTVI. 68

CAPITOLO 3. LA NEW ECONOMY ED I RAPPORTI CON IL TRANSFER PRICING

3.1 NOZIONI GENERALI SULLA “NEW ECONOMY”. COS’È E QUANTO VALE..... 72

**3.2 LE PROBLEMATICHE FISCALI RISCONTRATE NELL’APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA
ALLA *DIGITAL ECONOMY*..... 74**

3.3 PROPOSTE OCSE ED APPROCCIO UE..... 77

3.3.1 “*Action plan 1*” e posizione della Commissione Europea. 77

3.3.2 Le risposte dell’Europa all’impotenza dell’OCSE 80

3.4 SOME “UNILATERAL MEASURES ON DIGITAL ECONOMY TAXATION” 83

3.4.1 Oltre gli approcci internazionali 83

3.4.2 United Kingdom. *Specific regimes targeting large MNEs*..... 84

3.4.3 United States 85

3.4.4 India and Israel. *Significant Economic Presence*..... 86

3.4.5 India’s *Equalisation Levy*. 88

3.5 LA “WEB TAX” ITALIANA..... 89

3.5.1 “*Generalità*” 89

3.5.2 “*Criticità*”..... 90

CONCLUSIONI..... 92

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA 97

SINTESI 102

INTRODUZIONE

All'interno del seguente elaborato verrà discussa dettagliatamente la materia del *transfer pricing* sotto diversi aspetti, i cui riferimenti saranno tutti incentrati nel voler inquadrare l'attuale normativa nell'odierno sistema economico digitale.

Nel capitolo 1 verrà trattata la materia del *transfer pricing* analizzando *in primis* la relazione esistente tra *tax governance* e *transfer pricing* nella strategia di pianificazione fiscale aggressiva, quindi la volontà delle imprese di ridurre al minimo il loro "rischio fiscale" pur comunque perseguendo azioni di trasferimento prezzi volte al mero risparmio di imposta. Successivamente verranno introdotti cenni storici sulla materia, partendo dai suoi primi documenti con la Società delle Nazioni ai più recenti dell'OCSE, analizzando proprio di quest'ultimo l'edizione 2017 delle "*The OECD guidelines*" trattanti argomenti quali: esplicazione del principio di libera concorrenza, i metodi del trasferimento di prezzi, l'analisi di comparabilità, gli approcci al fine di evitare e risolvere controversie tra Stati (o tra Stati e contribuenti), la documentazione necessaria e la trattazione degli *intangibles*.

Successivamente verrà introdotto un altro progetto figlio dell'OCSE, il "*Base Erosion and Profit Shifting*", composto da 15 azioni chiave sulla base delle quali verranno sviluppati tutti i successivi lavori in sede OCSE, di cui le azioni 8, 9 e 10 inerenti al *transfer pricing* e quindi attentamente analizzate. Per concludere il capitolo 1 verrà accennata la risposta europea con il "pacchetto antielusione".

Nel successivo capitolo verrà evidenziata la materia sotto il profilo nazionale, partendo anche qui con una breve introduzione storica e la successiva evoluzione. In seguito, si andrà a delineare nel dettaglio la normativa nazionale in tema trasferimento prezzi analizzando nel dettaglio le vigenti prevenzioni contro le doppie imposizioni e le eventuali soluzioni per le controversie derivanti da doppie imposizioni trattando anche le più recenti disposizioni in materia di *secondary adjustment*. In seguito, il *focus* ricadrà sull'importante definizione di stabile organizzazione, andando a considerare anche le norme nazionali in tema di "*branch exemption*" ed "*anti-fragmentation rule*" (quest'ultima utile ai fini dell'ultima parte dell'elaborato), passando poi ad analizzare la documentazione necessaria per le operazioni di trasferimento prezzi sul territorio nazionale, incluso il CBCR ed evidenziando la presenza di una *penalty protection* introdotta per favorire la collaborazione tra contribuente e fisco, garantendo al primo l'esenzione da sanzioni ed al secondo agevolazioni "tempistiche ed in termini di onerosità". Per concludere il secondo capitolo si farà riferimento alle modalità di scelta del *best method* e dei *comparables* secondo le più recenti disposizioni OCSE, passando poi alla trattazione degli *intangibles* e scendendo nel dettaglio attraverso i più recenti provvedimenti in materia di "*hard-to-value intangibles*".

Nell'ultimo capitolo verrà analizzata nel dettaglio la "*New Economy*", conosciuta anche con il termine "*Digital Economy*", specificando inizialmente qual è stata la sua evoluzione nel corso del tempo, come questa ha influito sui modelli di *business* e quali sono le attuali problematiche fiscali (anche in tema di trasferimento prezzi) causate dall'attuale normativa. Verranno di seguito riportate le più recenti trattazioni a

livello internazionale, analizzando quindi quali sono gli interrogativi innalzati sia dall'OCSE che dalla Commissione Europea e come questi hanno intenzione di porre freno alle pratiche elusive poste in essere dalle OTT (*Over The Top*) del mondo digitale. Successivamente si analizzeranno misure unilaterali di diversi Paesi, prendendo in considerazione quelle che al giorno d'oggi sembrerebbero essere le "più opportune" per poter regolare tale problematica. Nel dettaglio, verranno analizzate le misure unilaterali intraprese da UK, US, Israele, India ed ovviamente Italia. Ognuna di esse verrà analizzata al fine di poter delineare il rispettivo campo di azioni ed essere successivamente capaci di poter esprimere un giudizio su come, e se, queste riescano ad attrarre l'enorme mole di base imponibile che annualmente gli viene sottratta. Alla fine dell'elaborato si cercherà quindi di avere un quadro ben costruito sia sulla materia del *Transfer Pricing* nella classica economia, valutando l'adeguatezza: dei sistemi di prevenzione e risoluzione delle controversie relative alla materia, della rete di collaborazione costruita tra i diversi Stati e così via; sia un quadro della nuova *Digital Economy* e della relativa cornice che i diversi legislatori, insieme alle Direttive e *Papers* di stampo internazionale, hanno cercato di costruire, cercando di rispondere alla cruciale domanda: l'attuale disciplina del *Transfer Pricing* è davvero adatta per essere applicata ai nuovi modelli di *business* sviluppatasi con la *Digital Economy*?

CAPITOLO 1

IL TRANSFER PRICING IN AMBITO INTERNAZIONALE

1.1 Relazione tra tax governance e transfer pricing nelle strategie di pianificazione fiscale.

Con il termine *tax governance* si fa riferimento ad un'area integrante della più generale *corporate governance*. In particolare, il concetto della *tax governance* è legato alla necessità delle imprese di andare a diminuire quanto più possibile (ancor meglio neutralizzare) il *tax risk*¹.

Volendo delineare gli obiettivi della *tax governance*, potremmo riassumerli in due fondamentali punti:

- I. Individuazione di responsabilità ed opportunità a cui la società va in contro sul piano meramente fiscale;
- II. Definizione di una strategia che meglio rappresenta gli interessi degli *shareholders* o, ancor meglio, degli *stakeholders*;²

anche se, oltre questo breve riepilogo per punti, è opportuno riportare un estratto del *discussion paper* elaborato da KPMG dove la *tax governance* viene delineata con testuali parole: «*might be briefly expressed as “corporate governance as it relates to tax”. This is certainly an accurate description of the areas that are to be considered. It may however be subtly misleading if it is taken to refer only to the surprisingly small area of overlap where current literature on corporate governance issues strays into the area of tax. (...) tax governance is indeed a constituent part of the wider concept of corporate governance but that (...) it has not hitherto received the attention it deserves in that context. Accordingly, and in view also of its specialised technical basis, it is helpful at this stage of the debate to consider it as a separate issue. An alternative way of expressing the definition, that recognises this background, might therefore be to say that tax governance is the answer, or the totality of the various answers, that the board of directors of a company gives to the questions «What responsibilities and opportunities are we presented with in relation to the tax affairs of the company?» and «How can we best respond to those responsibilities and opportunities for the benefit of the shareholders and of others to whom we have an obligation?» (...) this answer should not merely be a series of independent responses to a variety of circumstances that present themselves, but should take the form of a*

¹ Con il termine *tax risk* si intendono, nella più generale delle accezioni, tutti quegli eventi di natura fiscale che potrebbero in qualche modo interferire nella realizzazione degli obiettivi prefissati con la strategia d'impresa.

² Piergiorgio, Valente. 2011. ««Tax governance» e gestione del «compliance risk».» *Corriere Tributario* n. 35 1-7.

coherent strategy that recognises the «inter-connectedness» of the tax issues facing the company, and the fact that decisions in one area will affect the options available in other areas»³

Per quanto concerne le eventuali problematiche fiscali relative alla *tax governance* troviamo:

- La possibile difficoltà nell'applicazione di un'eventuale legge fiscale differente da quella in vigore nello stato in cui ha sede principale l'impresa⁴;
- I possibili contenziosi che potrebbero instaurarsi con le Autorità Amministrative presenti nei diversi stati in cui il gruppo opera.

Problemi tuttavia arginabili grazie all'adozione ed implementazioni di adeguate *tax policies* volte ad individuare quella che sarà la strategia fiscale che, successivamente, andrà a dettare i principi e le linee guida operative così da bilanciare, in base alle necessità precedentemente elencate, assunzioni dei rischi e raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Dopo aver definito concettualmente il ruolo della *tax governance* ed evidentemente, lo stretto legame che quest'ultima ha con la pianificazione della strategia fiscale, è opportuno delineare il concetto del “trasferimento di prezzi”, comunemente conosciuto con il termine *transfer pricing*, così da poter illustrare la relazione presente tra questi.

Con il termine *transfer pricing*, si fa riferimento a tutte quelle operazioni infragruppo volte a trasferire redditi da un paese all'altro con lo scopo di andare ad abbattere quella che è la base imponibile realizzata nei paesi ad elevata tassazione per “spostarla” in paesi con tassazione minore o, ancora, approfittare di lacune presenti nelle vigenti normative per usufruire di una doppia “non imposizione”. Le operazioni in questione riguardano quindi imprese appartenenti allo stesso gruppo ma residenti a loro volta in due Paesi distinti che, attraverso transazioni commerciali *intercompany* (che siano beni materiali, servizi o *intangibles*) riescono a mettere in piedi operazioni artificiali capaci di generare un elevato risparmio in termini di tasse da versare allo Stato.⁵

Detto ciò è intuitivo trovare un collegamento tra alcune strategie di *tax governance* e altre operazioni di trasferimento di prezzi. In particolare, è opportuno far riferimento alle strategie di *Aggressive Tax Planning*,

³ KPMG, Discussion Paper, developing the concept of tax governance, Febbraio 2007.

⁴ Seppur scontato, è bene ricordare come operazioni di questo genere sono riferiti principalmente a multinazionali operanti in diversi stati.

⁵ In questa sezione ci limiteremo ad un'infarinatura relativa al *transfer pricing* poiché tale argomento verrà dettagliatamente trattato sotto diversi punti di vista nella restante parte dell'elaborato.

principali cause del fenomeno BEPS⁶. A titolo esemplificativo, illustriamo qui di seguito esempi pratici che imprese possono attuare:

- Contribuenti che “solo formalmente” delocalizzano redditi da Paesi ad alta tassazione, verso Paesi con fiscalità vantaggiosa o verso i paradisi fiscali, creando così illeciti risparmi d’imposta;
- Imprese nazionali che controllando imprese estere, praticando prezzi non conformi all’ *arm’s length principle*, realizzano operazioni di *profit shifting* per trasferire utili verso Paesi a tassazione agevolata;
- Il fissare la residenza fiscale all’estero solo dal mero punto di vista formale, per aggirare così l’imposizione di competenza dello Stato dove la residenza fiscale risulta essere sostanziale.⁷

Esempio reale e recente può essere riscontrato nel caso Google. In particolare, la Camera di commercio olandese in data 22 dicembre 2017 ha reso pubblica la documentazione relativa all’anno 2016 presentata dalla holding del gruppo in questione, Alphabet. Da tale documentazione è emersa una “doppia struttura” organizzata dal gruppo, chiamata in gergo “*Double Irish*”⁸, grazie alla quale durante l’anno fiscale in questione Alphabet è riuscita a spostare 15,9 miliardi di euro dall’Irlanda (paese in cui ha sede in Europa) ad una fiduciaria olandese, che a sua volta ha girato un ammontare di pari importo ad una casella postale alle Bermuda. Grazie a questa operazione, il gruppo è riuscito a risparmiare ben 3 miliardi di tasse che sarebbero dovute essere di competenza delle casse dello stato irlandese.⁹

È bene sottolineare come alla luce di queste ingegnose “architetture” realizzate dalle multinazionali, le varie organizzazioni mondiali (ed in particolare l’OCSE), hanno avviato una serie di iniziative volte a contrastare ed eliminare la concorrenza fiscale dannosa. Secondo quanto riportato dall’OCSE, è necessario garantire un’efficiente e tempestiva quantità di informazioni rilevanti, garantibili solo tramite opportuni programmi di *tax compliance e disclosure* obbligatoria.¹⁰

⁶ Con tale termine, “coniato” dall’ OCSE dopo il *summit* del G20 nel 2012, viene identificata le strategie di “*Base Erosion and Profit Shifting*”, con tale volendo intendere quelle strategie messe in atto da imprese multinazionali al fine di andare a “traslare” artificialmente i profitti realizzati in zone ad alta tassazione verso zone con tassazione più favorevole. Questo al fine di erodere la base imponibile nei paesi meno convenienti. Dietro gli ideali di questa sigla, dal 2012 in poi, sono iniziati diversi progetti volti a contrastare i fenomeni relativi alla BEPS.

⁷ Melillo, Claudio. L’evoluzione del rapporto Fisco-Impresa secondo le linee guida dell’OCSE. Rassegna tributaria n. 4 del 2015. Pag. 932.

⁸ Con tale termine si intende un complesso e sofisticato artificio fiscale che le autorità competente stanno cercando di arginare. Grazie a tale sistema, è stato permesso a grandi multinazionali come Facebook, Google, Apple e altri colossi farmaceutici, di abbattere notevolmente le tasse sui profitti. Tale sistema sfruttava le differenze legislative in materia fiscale presenti tra Irlanda e USA consentendo quindi a gruppi di imprese di abbattere tasse sui profitti generati dalle *royalties*. La falla che veniva utilizzata riguardava la disposizione irlandese che permetteva ad un’azienda di non essere considerata fiscalmente residente (pur avendo sede legale in Irlanda), se la base decisionale era locata altrove. Quindi le multinazionali creavano due sussidiarie in Irlanda. Alla prima, controllata da una società in paradisi fiscali (es. Bermuda), venivano ceduti i diritti sulle royalties pagate dalla società residente negli USA (soggetta a tassazione del 35% sui profitti altrimenti). Stesso discorso con la seconda società residente anche fiscalmente in Irlanda. <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2014-10-15/dublinko-non-sara-piu-paradiso-stop-double-irish--072100.shtml?uid=ABg9IK3B&fromSearch> (Pignatelli 2014)

⁹ Pignatelli, Michele. Dublinko non sarà più paradiso, stop Double Irish. <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2014-10-15/dublinko-non-sara-piu-paradiso-stop-double-irish--072100.shtml?uid=ABg9IK3B&fromSearch>

¹⁰ Delle Rovere, Antonella. Pianificazione fiscale aggressiva: obblighi di disclosure. Amministrazione & finanza n.11/2017

Proprio questo sarà l'inizio dello studio intrapreso dall'elaborato, ossia come organizzazioni quali l'OCSE, hanno rimediato (e cercano tuttora di rimediare e prevenire) ai fenomeni di *base erosion and profit shifting* attuati dalle multinazionali attraverso le lacune presenti tra i diversi ordinamenti nazionali (soprattutto per quel che riguarda il trattamento degli *intangibles* o, probabilmente ancor più complesso, il trattamento dei profitti derivanti dalla *new economy*).

1.2 Evoluzione del Transfer Pricing

1.2.1 Dalla società delle nazioni all' OCSE

L'esigenza dettata dalla necessità di possedere una disciplina unitaria in materia di *transfer pricing*, sia per quel che riguarda il voler evitare che le imprese ricadino nella doppia imposizione, sia il voler evitare fenomeni legati alla BEPS, è presente da quasi un secolo. Volendo riepilogare brevemente quelli che sono stati gli istituti che cronologicamente si sono impegnati in tale argomento troviamo prima di tutti la Società delle Nazioni¹¹ (o Lega delle Nazioni). Questo organismo sovranazionale è stato creato a seguito del trattato di Versailles del 1919, susseguitosi alla prima guerra mondiale e con il principale fine di evitare ulteriori conflitti di questo genere. La Società delle Nazioni ovviamente, oltre ad occuparsi del suo "*core business*"¹², come già anticipato si è occupata di argomenti inerenti ad evitare doppie imposizioni, creare cooperazione tra stati per ridurre i così detti *harmful tax regimes*¹³.

Più nello specifico, durante il periodo degli anni '20 la Lega delle Nazioni ha elaborato un programma con lo scopo di eliminare le doppie imposizioni. Tale programma fu affidato ad una Commissione fiscale¹⁴ della Società delle Nazioni che, nel 5 aprile del 1923, ha pubblicato il "*report and resolution on double taxation and tax evasion*" che per la prima volta ha trattato la problematica relativa all'individuazione del valore attribuibile alle operazioni di trasferimento di prezzi oltre ad aver individuato nelle *branch* i soggetti chiave per poter realizzare questo genere di operazioni. A seguito di queste intuizioni, nella decade successiva, la stessa Società delle Nazioni cercò di elaborare un modello in grado di dettare le regole volte ad individuare l'effettivo reddito generato da imprese che svolgevano l'attività tramite stabili organizzazioni prive di autonomia giuridica. Ovviamente, considerando che ai tempi d'oggi (ben oltre 80 anni dopo) la normativa nutre ancora diverse lacune, è facile immaginare come il lavoro citato non giunse ad una conclusione. Punto fondamentale su cui focalizzarsi è il cambiamento teorico a cui tale lavoro ha portato; si è passato infatti dalla *unitary entity theory* alla *separate accounting theory*¹⁵, che si traduce in un cambiamento radicale passando dalla valutazione del reddito complessivo¹⁶ ad una valutazione autonoma della singola impresa capace quindi di produrre reddito sulla base delle operazioni concluse.¹⁷

Nello stesso tempo, un'ulteriore organizzazione internazionale andava creandosi; nello specifico stiamo parlando della stessa che si protrarrà fino ai giorni nostri: l'Organizzazione per la Cooperazione e lo

¹¹ Poi sciolta nel 1946 a causa dei numerosi insuccessi riportati e l'esclusione degli USA, per essere sostituita con l'Organizzazione delle Nazioni Unite, meglio conosciuta come ONU.

¹² Ci si riferisce ovviamente alla prevenzione di ulteriori conflitti mondiali

¹³ Con tale termine si fa riferimento a quei regimi fiscali dannosi, il cui livello impositivo risulta essere molto basso o addirittura assente, permettendo così l'erosione della base imponibile di quegli stati con una fiscalità non privilegiata.

¹⁴ In cui si ritrovano esponenti quali: Einaudi M., Seligman M., Bruins M., Stamp J.

¹⁵ Approccio contenuto nella Convenzione-tipo del 1933.

¹⁶ A prescindere da dove le singole imprese fossero localizzate, il reddito delle singole veniva "sommato" poiché considerate come un'unica entità e successivamente ripartito sulla base di criteri forfettari. È contenuto nella convenzione modello del 1928.

¹⁷ Cavallaro et al. Transfer Pricing in ambito comunitario ed OCSE.

Sviluppo Economico (OCSE), alle origini costituita dai soli paesi europei¹⁸ per poi abbracciare progressivamente ulteriori paesi aderenti fino ad arrivare agli attuali 57 membri¹⁹

Sarà proprio l'OCSE, come vedremo più avanti, a delineare le basi su cui tutta la normativa relativa a linee guida, collaborazione tra stati, prezzi di trasferimento, scambio di informazioni, stabili organizzazioni ecc. è improntata.

1.2.2 Dai primi modelli e rapporti alla più recente normativa

I Modelli di convenzione elaborati dalla Società delle Nazioni sul tema delle doppie imposizioni sfociarono, successivamente alle riunioni della Commissione permanente di Mexico City, nella convenzione-tipo cd. "mexico" e successivamente, nel 1946, nella cd. Convenzione di Londra. È importante sottolineare come entrambi i Modelli di convenzione all'art. VII introducessero la novità del concetto di normalità dei prezzi per operazioni infragruppo.²⁰

Come già anticipato però, è l'OCSE²¹ il principale promotore dell'evoluzione normativa inerente al transfer pricing grazie ai suoi 57 paesi membri e alla sua collaborazione con oltre 11 paesi *partner* con "economie in via di sviluppo e in transizione".

Nel 1967 su iniziativa del Comitato economico e sociale delle Nazioni Unite si intraprende un percorso volto ad affrontare il problema relativo alla iniquità di trattamento nei rapporti infragruppo tra imprese residenti in due Paesi differenti, di cui: una in un Paese ben sviluppato, l'altra in un Paese in via di sviluppo. I risultati furono diversi rapporti riguardanti varie materie (tra cui il *transfer pricing*), le cui conclusioni sono state recepite nel Manuale per la negoziazione degli Accordi fiscali bilaterali tra Paesi industrializzati e quelli in via di sviluppo.

Nonostante questo primo tentativo di approccio internazionale, la disciplina relativa al trasferimento dei prezzi rimase sostanzialmente incompiuta finché, nel 1976, con determinazione il Consiglio dell'OCSE, a causa di un'urgente esigenza di regolamentare gli investimenti internazionali e le attività svolte dalle multinazionali, ha affrontato di petto il tema del *transfer pricing*.²²

In particolare, è da evidenziare il ruolo del Comitato per gli affari fiscali²³ che nel 1979 ha redatto e diffuso il primo documento OCSE in materia di *transfer pricing*: il rapporto "*Transfer pricing and multinational*"

¹⁸ È rilevante sottolineare che, poiché nata tra i soli paesi europei, dal 16 aprile del 1948 fino al 30 settembre 1961 era conosciuta come OECE (Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea)

¹⁹ (OCSE, OCSE Stati partecipanti s.d.) <https://www.osce.org/it/participating-states>

²⁰ Valente P., Manuale del Transfer Pricing, 2014.

²¹ L'OCSE raggruppa in un singolo forum tutti gli stati membri e fa sì che questi si incontrino per dar luogo a dibattiti volti a sviluppare e delineare politiche sociali ed economiche. Questo fa sì che gli Stati membri affrontino dialoghi riguardanti problemi comuni, che condividano le rispettive esperienze su determinati argomenti e soprattutto che riescano ad indirizzare verso la stessa direzione le politiche nazionali ed internazionali così da poter affrontare problemi di carattere internazionale in maniera collaborativa. È quindi intuibile la funzione implicita dell'OCSE, ossia quella funzione che va oltre i meri accordi (che siano vincolanti o meno), riguardante appunto il delineare linee guide al fine di indirizzare le attività dei singoli Stati considerando una visione "mondiale".

²² Valente P., Il manuale del Transfer Pricing, 2014.

²³ È l'organo dell'OCSE che si occupa di predisporre i documenti in ambito di fiscalità internazionale.

dove viene individuato come criterio di valutazione delle operazioni *intercompany* il valore normale.²⁴ Nello stesso anno si “apre uno spiraglio” tra l’OCSE e l’*Internal Revenue Service*²⁵ che dà vita ad una discussione circa la corretta determinazione del valore normale.

Ulteriore punto toccato dal rapporto del ’79 riguarda la doppia imposizione relativa alle transazioni infragruppo e qui, per la prima volta, troviamo il riferimento al principio dell’*arm’s length principle* su cui l’elaborato ben si soffermerà successivamente.

L’OCSE continua il lavoro riguardante il *transfer pricing* e, grazie alla pubblicazione di un *discussion draft* e alla collaborazione susseguitasi tra dottrina, maggiori esponenti del mondo produttivo e commerciale e le amministrazioni finanziarie europee, nel 1995, viene presentato un ulteriore rapporto: “*transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*”. Rapporto volto a fornire delle vere e proprie linee guida soprattutto sui metodi validi per determinare i prezzi secondo il principio dell’*arm’s length principle* che le Amministrazioni finanziarie dei Paesi aderenti poterono adoperare. Sempre in questo rapporto, l’OCSE introduce quella che sarà la documentazione da compilare per dimostrare che i criteri scelti trovino congruenza con i prezzi praticati ed introduce i cd. Metodi reddituali.²⁶

Nel 2010 sempre l’OCSE stila un nuovo aggiornamento relativo alle linee guida, andando a modificare fondamentalmente i capitoli I (principio di libera concorrenza), II (metodi di calcolo), III (analisi di comparabilità) ed andando ad introdurre ex novo il capitolo IX relativo alla riorganizzazione aziendale.²⁷

Con il susseguirsi degli anni si fa sempre più viva la necessità di affrontare il fenomeno della BEPS. È per questo che nel 2013 l’OCSE pubblica il rapporto BEPS (*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*) delineando il futuro *Action Plan*.

L’*action plan*, creato quindi per contrastare il fenomeno BEPS, si costituisce di 15 azioni; in particolare possiamo suddividere il corpo del documento in 3 pilastri fondamentali e due azioni trasversali:

- (*action 2-5*) è il primo pilastro ed ha il fine di rendere omogenee fiscalità internazionale e nazionale.
- (*action 6-10*) solidificare le direttive internazionali per consentire ai Paesi di riscuotere la tassazione relativa al valore realmente creato nel Paese stesso.
- (*action 11-14*) volta a garantire più trasparenza e più certezza nel diritto.

Le due azioni trasversali riguardano la *action 1* (inerente all’economia digitale) e la *action 15* (volta allo sviluppo di strumenti multilaterali per contrastare il fenomeno BEPS).²⁸

²⁴ Cavallaro et al. *Transfer Pricing in ambito comunitario ed OCSE*, 2016.

²⁵ È l’amministrazione finanziaria statunitense che già diversi anni addietro aveva, tramite l’*Internal Revenue Code* (precisamente Sec. 482), prestabilito che le operazioni infragruppo dovevano rispondere a quelli che erano i criteri di valutazione al valore normale.

²⁶ Cavallaro et al. *Disciplina del Transfer Pricing in ambito comunitario ed OCSE*, 2016.

²⁷ Lavoro frutto della consultazione pubblica che ha avuto seguito dal 9 settembre 2009 con il documento “*proposed revision of chapters I-III of the transfer pricing guidelines*”.

²⁸ Cavallaro et al. *Transfer Pricing in ambito comunitario ed OCSE*, 2016

Nel 2015 l'OCSE ha pubblicato un *final report* che, nonostante il nome, non conclude il percorso intrapreso da questo progetto poiché le commissioni sono ancora all'opera.²⁹

Ultimo aggiornamento disponibile riguardante le linee guida OCSE risale al 10 luglio 2017, quando l'OCSE ha reso nota la più recente versione del “*Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administration*” che vanno a riflettere le più recenti modifiche introdotte dal progetto BEPS. Nel dettaglio sono stati “rivisitati” i capitoli: I, II, V-VIII e IX.

È opportuno evidenziare quali sono le più recenti tematiche che di cui l'OCSE si sta occupando. Nel giugno del 2017 ha pubblicato due bozze di discussione:

- 1) Il *Discussion Draft “Attribution of profit to permanent establishments”*, volto a delineare le linee guida per individuare ed attribuire i redditi ad una stabile organizzazione.
- 2) Il *Discussion Draft “Revised guidance on profit splits”*, che affronta temi relativi all'applicazione del metodo *Profit split*.³⁰

Il più recente *Discussion Draft* risale al 3 luglio 2018 ed è il “*discussion draft on the transfer pricing aspects of financial transactions*”, riguardante appunto la tematica finanziaria infragruppo. In particolare:

“*On 3 July 2018, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) released the first public discussion draft on the transfer pricing aspects of financial transactions (the Discussion Draft). The Discussion Draft, which has been published as follow up work in relation to Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Actions 8-10, aims to clarify the application of the principles included in the 2017 edition of OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OECD TPG), covering the accurate delineation of financial transactions and addressing specific issues related to the pricing of financial transactions such as treasury function, intra-group loans, credit ratings, cash pooling, hedging, guarantees, and captive insurance*”.³¹

²⁹ Fatto dimostrato dai vari *discussion draft* cui seguiranno i commenti delle solite amministrazioni finanziarie, professionisti ed esponenti della materia.

³⁰ Delle Rovere e Vincenti. Transfer pricing: le nuove Guidelines dell'OCSE. Fiscalità e commercio internazionale. N.10/ 2017

³¹ (EY 2018) <https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--oecd-releases-first-discussion-draft-on-transfer-pricing-aspects-of-financial-transactions>

1.3 The OECD Guidelines

1.3.1 “The arm’s length principle”

Come intuibile dal titolo del paragrafo, andiamo ad analizzare parti delle linee guida dettate dall’OCSE nel 2017 sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali.

In questa sezione ci occuperemo di analizzare parte del capitolo I del “*Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*” inerente al principio della libera concorrenza, volto ad assicurare una corretta determinazione della base imponibile e, contemporaneamente, evitare che si finisca in una doppia imposizione tale da far nascere conflitti tra Stati.³²

Il documento delinea inizialmente la differenza esistente tra operazioni intercorrenti tra imprese indipendenti e quelle tra imprese associate, sottolineando come le condizioni delle prime siano sempre guidate dalle sole forze di mercato, mentre le condizioni delle seconde potrebbero essere influenzate da fattori non riconducibili alle sole forze di mercato. Successivamente considera l’ipotesi in cui i prezzi di trasferimento non siano allineati al principio di libera concorrenza, potendo causare quindi una diminuzione del carico fiscale in capo ad un’impresa.³³ È proprio per questo che i Paesi membri dell’OCSE hanno stabilito come sia possibile effettuare correzioni riguardanti le distorsioni create da operazioni di trasferimento di prezzi che non siano state eseguite nel rispetto del principio della libera concorrenza³⁴.

Come riportato nelle linee guida (sezione B, art.1), la il principio proprio dell’*arm’s length principle* si estrapola nel paragrafo 1 dell’art.9 del Modello di Convenzione Fiscale dell’OCSE che recita:

“Where conditions are made or imposed between the two associated enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.”³⁵

Con tale estratto, l’OCSE vuole affiancare le operazioni compiute tra imprese facenti parte di un gruppo, alle operazioni compiute tra imprese tra loro indipendenti, analizzando nel dettaglio la natura e le condizioni

³² È da sottolineare come già nelle “*Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*” del 13 luglio 1995 il principio della libera concorrenza fosse già ben delineato ed evoluto. Prima di allora troviamo comunque cenni di tale principio, come ad esempio nel “Modello di Trattato” del 1963 (la cui principale finalità era quella di prevenzione contro le doppie imposizioni), che conteneva richiami a quello che sarebbe stato il futuro *arm’s length principle*.

³³ OECD: *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations* 2017

³⁴ I Paesi membri OCSE reputano quindi opportuno e necessario effettuare tali rettifiche sulla base di operazioni e circostanze ritenute comparabili, così da poter riallineare il prezzo dell’operazione con le condizioni commerciali e finanziarie proprie di un’operazione tra parti indipendenti.

³⁵ OECD: *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations* 2017

della transazione, verificandone un eventuale scostamento da una medesima operazione compiuta tra soggetti indipendenti³⁶.

Il principale motivo per cui i Paesi membri dell'OCSE hanno optato per l'adozione del principio della libera concorrenza si trova nell'uguale trattamento ai fini fiscali che proprio tale principio riserva sia ai gruppi multinazionali, che alle imprese indipendenti. Si evita così la possibile creazione di vantaggi/svantaggi fiscali che potrebbero modificare gli equilibri concorrenziali e che, contemporaneamente, potrebbero pilotare decisioni di investimento sulla base di considerazioni meramente fiscali.

1.3.2 “*Transfer Pricing Methods*”

Sulla base dell'*arm's length principle* si vanno a delineare i metodi utili per confrontare l'effettiva congruità delle operazioni infragruppo con le operazioni realizzate tra soggetti indipendenti.

Innanzitutto, è bene sottolineare come questo principio, basato su una logica del confronto, paragoni le transazioni utilizzando essenzialmente due “unità di misura”: prezzi e margini.

Tralasciando momentaneamente il fattore comparabilità, poiché meritevole di una specifica sezione dell'elaborato, andiamo ad individuare quelli che sono i metodi individuati dalle *guidelines* dell'OCSE, la loro applicazione e finalità. Grazie a tali metodi, è possibile implementare un'analisi di confronto che abbia carattere qualitativa e quantitativa, così da poter permettere la corretta applicazione dell'*arm's length principle* ed aver quindi una misura di riferimento per verificare il rispetto del principio di libera concorrenza nelle operazioni *intercompany*.³⁷

Le linee guida OCSE suggeriscono due gruppi di metodi:

- Metodi Tradizionali, il cui concetto è basato sull'analisi dei prezzi o dei margini lordi dell'operazione.
- Metodi Transazionali, il cui concetto invece poggia sull'individuazione ed analisi dei margini netti.

Usufruento delle dettagliate *guidelines* del 2017, analizzeremo i metodi suggeriti dall'OCSE. Partendo dal gruppo dei metodi tradizionali troviamo:

- Il Metodo del confronto del prezzo (CUP – *Comparable Uncontrolled Price*)
- Il Metodo del prezzo di rivendita (RPM – *Resale Price Method*)
- Il Metodo del costo maggiorato (CPM – *Cost Plus Method*)

Per quel che riguarda il metodo del confronto del prezzo, è illustrato nei paragrafi 2.14 e seguenti delle linee guida ed è presentato come il metodo più diretto, grazie alla sua capacità di rapportare senza mezze misure il

³⁶ Stiamo parlando dell'analisi di comparabilità, di cui più tardi si dirà.

³⁷ Miele et al. Bilancio e reddito d'impresa, 2018.

prezzo praticato infragruppo per un determinato bene/servizio, con il prezzo praticato in una medesima operazione che abbia come controparti soggetti indipendenti.³⁸

Pur risultando il metodo più affidabile, si rilevano (nel paragrafo 2.16) delle oggettive difficoltà nello scovare un'operazione tra imprese indipendenti che sia uguale, in termini di condizioni, alla transazione infragruppo incriminata. È per questo che l'OCSE ha previsto la possibilità di apportare alcuni aggiustamenti al prezzo rilevato nell'operazione tra soggetti indipendenti, così da correggere le eventuali distorsioni causate da condizioni “divergenti” e rendere le operazioni comparabili^{39,40}

Tra le *best practice* delineate dall'OCSE riguardo l'individuazione del prezzo con l'utilizzo del metodo CUP, si fa espresso riferimento alle *commodities*⁴¹ e al prezzo di borsa deducibile dai prezzi presenti sui listini, da agenzie statistiche riconosciute e trasparenti o da agenzie governative che si occupano di fissazione di prezzi (ovviamente sotto condizione che tali valori siano utilizzati in transazioni tra parti indipendenti). Elemento utile al fine di evidenziare l'affidabilità di un prezzo di borsa, è l'utilizzo (sia in termini di soggetti utilizzatori, sia in termini di frequenza di utilizzo) nello svolgimento ordinario dell'attività⁴².

Il secondo metodo tradizionale è il Metodo del prezzo di rivendita (RPM), basato sull'analisi del prezzo a cui, un'impresa associata, vende un prodotto (ad un'impresa indipendente) dopo averlo precedentemente acquistato da un'impresa associata (particolarmente utilizzato se si ha a che fare con operazioni di marketing). In particolare, l'analisi è svolta sulla congruità del prezzo praticato nell'operazione *intercompany* con il principio di libera concorrenza, comparandolo con il prezzo a cui viene rivenduto il prodotto al terzo indipendente, riducendo proprio quest'ultimo del “margine del prezzo di rivendita”⁴³. Il risultato ottenuto dalla sottrazione (aggiustato eventualmente con eventuali correzioni necessarie per creare le medesime condizioni), rappresenterà il prezzo conforme al principio dell'*arms length*.

Terzo ed ultimo metodo tradizionale è il Metodo del costo maggiorato (CPM) che parte dal calcolo del costo sostenuto dal fornitore del bene/servizio per la creazione di questo e che, successivamente, aggiungerà a tale prezzo un congruo *mark-up* che incorpori i soliti fattori già precedentemente considerati: funzioni svolte,

³⁸ Da evidenziare come la comparazione possa essere fatta “internamente” o “esternamente”. Nel caso di confronto interno, sarà confrontata una medesima operazione conclusasi tra il soggetto con rapporti di dipendenza ed un altro soggetto ad esso indipendente; mentre nel caso di confronto esterno, il prezzo utilizzato per la comparazione sarà preso da un'operazione che ha come soggetti imprese terze (indipendenti tra loro), che si trovano in una medesima situazione.

³⁹ “una transazione tra parti indipendenti è comparabile con una transazione tra imprese associate (cioè è una transazione tra parti indipendenti comparabile) ai fini del metodo del confronto del prezzo se una delle due seguenti condizioni è soddisfatta: a) nessuna delle differenze (nel caso ve ne siano) tra le transazioni comparate o tra le imprese che avviano dette transazioni può influenzare in modo rilevante il prezzo di libero mercato oppure b) si possono apportare degli aggiustamenti sufficientemente accurati allo scopo di eliminare gli effetti sostanziali di dette differenze.” (OECD, OECD: Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017 2017) Linee Guida OCSE.

⁴⁰ Miele, et al. Bilancio e reddito d'impresa, 2018.

⁴¹ Con tale termine si vuole intendere qualsiasi bene fungibile offerto sul mercato, senza differenze qualitative.

⁴² Ovviamente senza tralasciare i fattori di comparabilità (o caratteristiche economicamente rilevanti) quali: caratteristiche fisiche e qualitative, le condizioni dettate dal contratto, il tempo in cui tale operazione è stata conclusa, le condizioni del mercato nello specifico periodo, il trasporto, assicurazioni ecc.

⁴³ Il margine del prezzo di rivendita è il mark-up applicato al prezzo di acquisto per andare a coprire i costi operativi/gestionali e per ottenere un guadagno.

condizioni di mercato e rischi assunti. L'analisi svolta utilizzando questo metodo, è concentrata sul "margine di ricavo" che, anche in questo caso, potrà essere analizzato utilizzando analisi di operazioni interne od esterne. Ai fini del calcolo del "costo base" (somma dei costi diretti ed indiretti inerenti alla produzione del bene o servizio), la circolare 32/E/1980 individua diversi sistemi di contabilizzazione dei costi utilizzabili dalle imprese:

- Sistema dei costi standard → << costo prevedibile di assorbimento di tutti gli oneri in base a ipotetici livelli di produzione e capacità di rendimento degli impianti>>.
- Sistema dei costi marginali → << valore differenziale del costo totale in relazione all'aumento unitario della produzione >>
- Sistema del costo di produzione pieno → << costo reale di produzione inclusivo degli oneri diretti (materie prime, manodopera ecc.) e indiretti (spese generali, industriali, commerciali, di direzione, di ricerca e sviluppo, oneri finanziari) >>. ⁴⁴

Il metodo del costo di produzione pieno risulta essere il più utilizzato per la sua estrema praticità. Consente infatti di evitare una meticolosa analisi dei costi fissi e variabili inerenti al prodotto e consente di mettere a fuoco il livello di copertura dei costi tale da permettere alla società di non essere "fuori mercato".

In tema di individuazione del "corretto *mark-up*", le linee guida OCSE suggerisco l'analisi di:

- Rischi assunti dall'azienda
- Funzioni svolte dall'azienda nel processo produttivo
- Condizioni di mercato nel momento considerato
- Caratteristiche del bene/servizio oggetto della transazione

Sulla base delle quali l'amministrazione finanziaria competente valuterà la congruità del prezzo praticato con il principio della libera concorrenza.

In sintesi, tale metodo, andando ad analizzare prevalentemente le attività svolte dalla parte fornitrice piuttosto che analizzare la qualità del prodotto, sotto suggerimento dell'OCSE, risulta appropriato nei casi in cui:

- L'oggetto in questione sia un semilavorato, che quindi oltre alla commercializzazione necessita anche di passaggi relativi alla sua trasformazione.
- Il soggetto sia vincolato da un contratto di fornitura a lungo termine
- L'oggetto della transazione è un servizio

Mentre, sempre sotto suggerimento dell'OCSE, sembrerebbe poco appropriato in situazioni in cui oggetto della transazione sia un *intangibile* (poiché risulterebbe difficile trovare beni comparabili). ⁴⁵

⁴⁴Cavallaro, et al.. Transfer Pricing, 2016.

⁴⁵ Cavalaro, et al. Transfer pricing, 2016.

Passando ad analizzare i metodi transazionali, troviamo il Metodo del margine netto (TNMM – *Transactional Net Margin Method*) che utilizza come base di calcolo gli utili realizzati sulle transazioni tra imprese associate. Infatti, sulla base del profitto netto (utile lordo – spese operative), tale metodo andrà a verificare la congruità del prezzo prestabilito nell'operazione incriminata con il principio di libera concorrenza.

Il profitto netto ottenuto dal calcolo, andrà poi comparato (come abbiamo già visto nei procedimenti degli altri metodi) attraverso analisi interne (quindi confrontare operazione incriminata con operazioni realizzate dalla medesima società del gruppo con soggetti indipendenti) o in mancanza, esterne (ovvero confrontando il margine netto della transazione con quello realizzato in operazioni comparabili tra società indipendenti).⁴⁶

Individuata la comparabile sarà tempo di delineare il *net profit indicator* da utilizzare ai fini della comparazione. Importante sarà rendere uniforme la costruzione di questo indicatore, considerando tutte le eventuali differenze di trattamento delle spese operative delle due imprese che potrebbero incidere sull'utile netto (come normativa vigente, ammortamenti e fondi di riserva). Nella selezione dell'indicatore di utile netto, le linee guida suggeriscono di tener conto di:

- Punti di forza e debolezza di ciascun indicatore
- Della tipologia di operazione che si sta analizzando
- Delle funzioni svolte da ciascuna controparte
- Dei rischi assunti da ognuno

Successivamente, passando alla sostanza, dopo aver individuato il profitto netto si “peserà” con differenti denominatori⁴⁷. A titolo esemplificativo si riportano i più comuni:

- Vendite (consigliato per imprese distributive)
- Costi (consigliato per imprese manifatturiere)
- *Assets* (consigliato per imprese *capital intensive*)

Anche se, come esplicitato dalle linee guida OCSE, c'è la possibilità di individuare come denominatori anche dati quali: superficie dei punti vendita al dettaglio, peso dei prodotti trasportati, numero dei dipendenti ecc.

Costruito l'indicatore e calcolatone il risultato, si andrà a svolgere l'analisi comparativa per verificare il rispetto dell'*arm's length principle* dell'operazione incriminata.

Volendo fare un riepilogo dei punti di forza e debolezza di questo metodo possiamo dire che, come punti pro-metodo abbiamo:

- Possibilità di utilizzare tale metodo in molte occasioni, anche dove i metodi tradizionali risultano difficilmente applicabili

⁴⁶ Cavallaro, et al. Disciplina del transfer pricing in ambito comunitario e OCSE, 2016.

⁴⁷ Tali denominatori saranno selezionati sulla base della coerenza con l'analisi di comparabilità svolta precedentemente (rischi, funzioni, fattori utilizzati ecc.).

- Influenza relativamente minore che i margini netti possono subire prezzi e margini lordi

Mentre come punti a sfavore identifichiamo:

- Minor tolleranza dei margini netti, rispetto ai margini lordi, a fattori endogeni ed esogeni (come spese operative e posizione competitiva), che si traducono in una variazione rilevabile ma difficilmente quantificabile sui margini netti
- Impossibilità di utilizzo del metodo nel caso in cui le parti apportino contributi unici alla transazione.⁴⁸

Altro metodo transazionale riportato nelle linee guida OCSE è il Metodo della ripartizione dell'utile (TPSM – *Transactional Profit Split Method*) descritto proprio dall'OCSE così: “il metodo di ripartizione degli utili delle transazioni si pone l'obiettivo di eliminare gli effetti sugli utili derivanti dalle condizioni speciali convenute o imposte in una transazione controllata, determinando la ripartizione degli utili che imprese indipendenti avrebbero previsto di realizzare ponendo in essere la transazione o le transazioni. Il metodo di ripartizione degli utili delle transazioni, individua, innanzitutto, gli utili da ripartire tra le imprese associate derivante dalle transazioni controllate da queste effettuate. [...] Successivamente si ripartiscono detti utili tra le imprese associate sulla base di un fondamento economicamente valido, il quale si avvicina alla ripartizione degli utili che sarebbe stata prevista e considerata in un accordo realizzato secondo il principio di libera concorrenza.”⁴⁹

Come chiaramente deducibile dal testo riportato, questo metodo è volto alla ripartizione del profitto totale (derivante dalla transazione controllata) tra le società coinvolte, attraverso un criterio che rispecchi il comportamento di terzi indipendenti in una situazione comparabile.

Il procedimento sarà quindi basato inizialmente sull'individuazione di tutti i profitti derivanti dalla transazione; successivamente si passa all'allocazione di tali profitti sulla base di un criterio⁵⁰ ritenuto valido ed opportuno.

Punto di forza di tale metodo è l'applicabilità a situazioni caratterizzate da operazioni tra imprese altamente integrate tra loro o comunque operazioni dove ambedue le parti apportano contributi unici; inoltre il Metodo

⁴⁸Miele, et al. Bilancio e reddito d'impresa, 2018.

⁴⁹ OECD, TP Guidelines, 2017.

⁵⁰ Tra i criteri di ripartizione si segnala la presenza di:

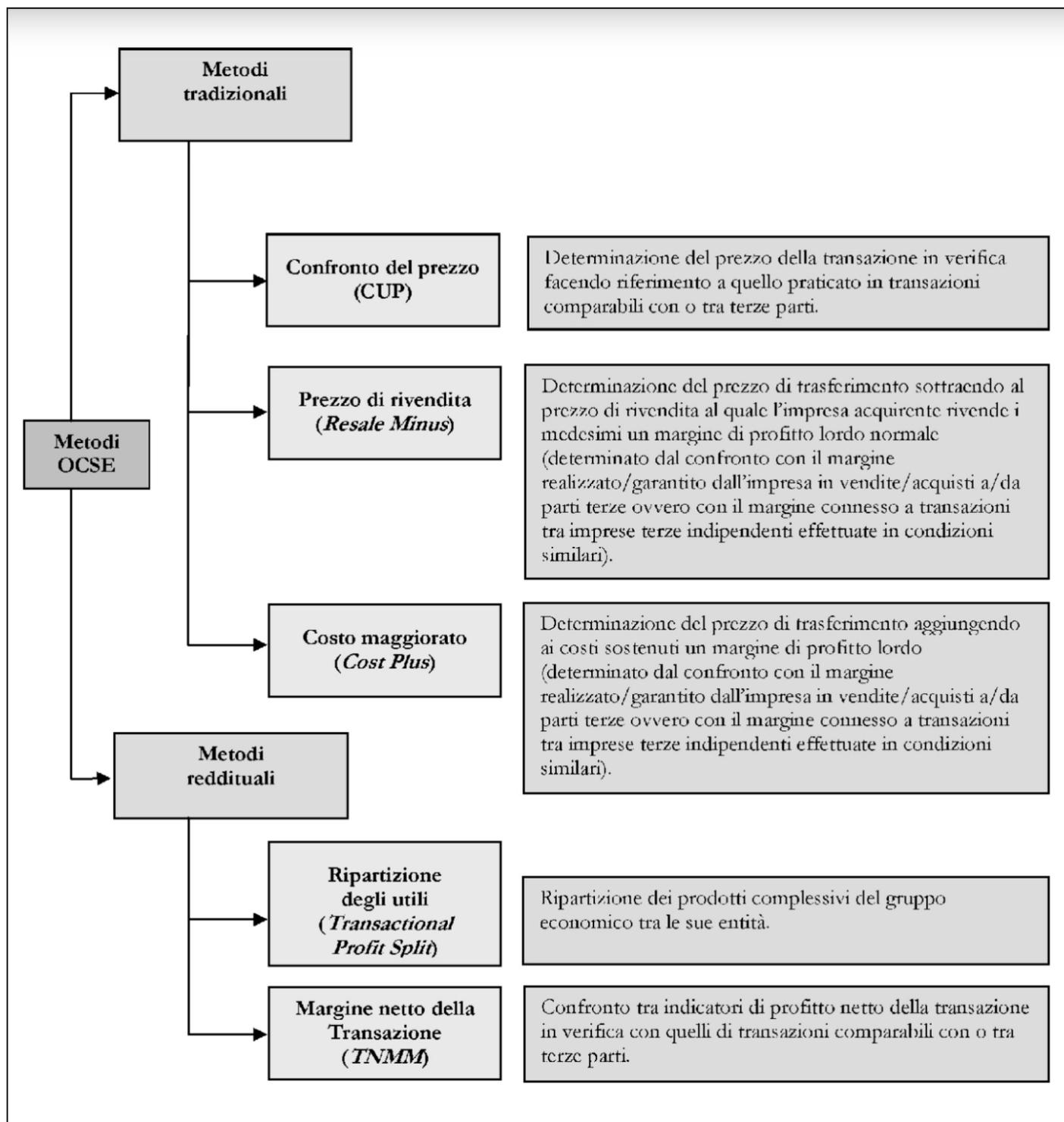
- 1) analisi di contribuzione, sulla base della quale i profitti complessivi sono attribuiti sulla base di accordi che imprese indipendenti avrebbero adottato in una medesima situazione;
- 2) analisi residuale, secondo cui il profitto complessivo viene ripartito in due momenti diversi. In un primo momento, ogni impresa facente parte dell'operazione viene remunerata attribuendole un profitto (che risponda al solito principio di libera concorrenza) idoneo a remunerare i contributi non unici (solitamente tale importo è determinato sulla base di metodi tradizionale o TNMM).

Mentre in un secondo momento, dopo questa prima operazione, si ripartirà l'utile residuo sulla base del comportamento che imprese indipendenti avrebbero tenuto.

consente di attenuare la possibilità che possa essere attribuito un eccessivo realizzo di utili ad un'impresa del gruppo poiché sono prese in considerazione entrambe le parti della transazione controllata.⁵¹

Punto di debolezza invece riscontrabile nell'elevata soggettività durante la scelta del criterio di riparto dell'utile complessivo.⁵²

Di seguito una tabella riepilogativa dei 5 metodi estrapolata dal Manuale del Transfer Pricing di Valente P.



⁵¹ Valente P. Manuale del Transfer Pricing, 2016.

⁵² Miele, et al. Bilancio e reddito d'impresa, 2018

1.3.3 “Comparability analysis”

Abbiamo già accennato, ma è bene ricordare, come l’applicazione dell’*arm’s length principle* presuppone un primo confronto tra le condizioni delle operazioni considerate (quella incriminata e quella indipendente) al fine di garantire l’effettiva comparabilità dei prezzi praticati. Affinché le operazioni risultino comparabili è necessario che elementi quali posizioni contrattuali ed economiche e situazioni attuali di mercato, presentino un “abbastanza elevato” grado di affinità.

L’OCSE definisce comparabili due transazioni allorché siano rispettate le seguenti condizioni:

- Non ci sono differenze rilevanti nell’analisi svolta, tali da poter incidere effettivamente sui risultati del metodo utilizzato
- Nel caso ci fossero eventuali distorsioni, queste possono essere corrette tramite aggiustamenti e correzioni⁵³

È sempre l’OCSE, ad individuare i fattori ritenuti rilevanti ai fini dell’affidabilità dell’analisi:

- Caratteristiche dei beni/servizi trasferiti, con tale si intendono caratteristiche fisiche (per beni materiali), disponibilità e reperibilità sul mercato, qualità; per i beni immateriali invece, andrà considerato il tipo di bene, vantaggi attribuiti tramite questo, durata e grado di protezione; nel caso di prestazione di servizi invece andrà considerata la natura, l’estensione ed il tipo di servizio.⁵⁴
- Funzioni rispettivamente attribuite alle parti nell’operazione. L’OCSE ritiene che le rilevanti ai fini dell’affidabilità possono essere: progettazione, produzione, assemblaggio, R&S, approvvigionamento, distribuzione, marketing, pubblicità, trasporto, finanza, direzione. Ovviamente legato al fattore funzione c’è l’assunzione dei rischi (a cui implicitamente dovrebbe corrispondere un aumento della remunerazione a rigor di logica) che spaziano dai semplici rischi di mercato, ai rischi connessi allo specifico investimento.
- Termini contrattuali, attraverso i quali si riesce a delineare l’attribuzione (e l’effettivo rispetto) delle responsabilità, dei rischi e dei benefici derivanti dall’operazione.

⁵³ È importante sottolineare che le distorsioni presenti nelle condizioni delle operazioni debbano essere effettivamente quantificabili.

⁵⁴ Valente, Manuale del transfer pricing 2012

- Eventuali strategie applicate, cercando di immedesimarsi in un discorso che un'impresa indipendente avrebbe portato avanti nelle medesime condizioni di mercato prese in considerazione. Nonostante ciò, l'OCSE lascia margini di manovra nel caso di strategie di gruppo volte ad esempio a penetrare un nuovo mercato (il che comporterebbe ovviamente una strategia che propone prezzi più bassi se comparati ad una medesima società indipendente).
- Preciso contesto economico, in quanto a parità di tutte le altre condizioni sopra citate, i prezzi che seguono il principio di libera concorrenza potrebbero variare a causa del mercato a cui si fa riferimento (es. collocazione della società, concorrenza presente nel mercato, normativa locale ecc.)

Detto ciò, tornando alle *Guidelines* emanate dall'OCSE nella versione 2017, notiamo che nel Cap. III intitolato "*Comparability Analysis*" c'è una sezione apposita volta a descrivere un processo generale di selezione dei *comparables*. Il processo è suddiviso in 9 *steps*, il cui ordine non ha carattere vincolante:

- 11) Identificazione degli anni oggetto di analisi;
- 12) *Broad-based analysis*, ossia un'analisi non troppo specifica riguardante il contribuente;
- 13) Analisi delle transazioni in esame, soprattutto per quel che riguarda l'analisi funzionale, al fine di individuare e selezionare la parte da sottoporre a test (da ora *tested party*), il miglior metodo appropriato per calcolare il prezzo di trasferimento per l'operazione in questione e gli indicatori finanziari adeguati;
- 14) Revisione dei comparabili interni (se sussistono);
- 15) Apprendimento delle informazioni relative ai *comparables* esterni, attraverso diverse fonti che possono spaziare dai *database* commerciali, fino ai dati in possesso dall'Amministrazione Finanziaria;
- 16) Definizione del *transfer pricing method* più adeguato correlato ovviamente dell'indicatore finanziario (anch'esso ovviamente consono alla situazione in esame);
- 17) Identificazione dei potenziali comparabili (tenendo presente quanto rilevato nello step 3);
- 18) Procedere con gli aggiustamenti, se richiesto;
- 19) Analisi complessiva dei dati ottenuti e attribuzione del prezzo secondo il principio di libera concorrenza.⁵⁵

Riguardo all'estrapolazione dei dati attinenti ai *comparables*, troviamo le plausibili fonti consultando il documento *ad hoc* del maggio 2006⁵⁶

⁵⁵ OECD, TP Guidelines, 2017.

⁵⁶ OCSE, "*comparability: public invitation to comments on a series of draft issues notes, 2006*"

- Informazioni rinvenute direttamente dal contribuente, tramite informazioni non ufficiali e confidenziali, attraverso le quali si stipula una lista di potenziali comparabili specificandone le motivazioni.⁵⁷
- Utilizzo di *database* commerciali contenenti informazioni rese pubbliche dalle stesse imprese
- Raccolta di informazioni pubbliche, solitamente preparati da analisti finanziari o pubblicate via web dalle stesse imprese.⁵⁸

Mentre per quanto riguarda gli approcci tramite i quali vengono estrapolati i dati se ne riconoscono due:

- *Deductive approach*, tramite il quale attraverso i *database* di cui abbiamo già detto, si vanno a selezionare i comparabili per preparare la documentazione volta a giustificare la scelta del prezzo attribuito alla transazione. L'oggettività di tale metodo è "garantita" dalla capacità degli *steps* di selezione di essere "riproducibili", con tale termine volendo intendere che l'amministrazione finanziaria potrà facilmente ricostruire il percorso che il contribuente ha seguito per arrivare a tale scelta.
- *Additive approach* definito così dall'OCSE "The first one (...) consists in the taxpayer drawing up a list of third parties that he believes carry out potential comparable transactions. The taxpayer then collects as much information as possible on transactions conducted by these third parties to confirm whether they are in effect acceptable comparables (...). This approach arguably gives well-focused results - all the transactions retained in the analysis are carried out by well-known players in the taxpayer's market (...). In order to ensure a sufficient degree of objectivity it is important that the process followed be transparent, systematic and verifiable. The «additive» approach may be used as the sole approach where the person making the search has knowledge of a few third parties that are engaged in transactions that are comparable to the examined controlled transaction (...)"⁵⁹. Quindi avviene una selezione di *comparables* (dopo aver verificato il rispetto dei criteri di comparabilità) tramite un'analisi di *benchmarking*.

Le linee guida non dichiarano una preferenza tra i due approcci, lasciando ampia scelta al contribuente; loro premura invece è delineare un "tipico processo" di selezione che nella prassi si sviluppa in tre *steps*. Nel primo si individua un gruppo iniziale di potenziali comparabili sulla base della *search strategy* attraverso *databases*. Secondo *step* prevede un'analisi di tipo qualitativo volto ad effettuare una scrematura (*screening*)

⁵⁷ Problema di tale metodo è la poca oggettività riscontrabile in sede di verifica da parte delle amministrazioni finanziarie.

⁵⁸ Valente, Manuale del transfer pricing 2012.

⁵⁹ OCSE, Revision of chapters I-III of the transfer pricing guidelines 2010

del *set* ottenuto precedentemente⁶⁰ finalizzato alla creazione di una *rejection matrix*⁶¹; terzo ed ultimo step invece volto a svolgere un'analisi quantitativo/finanziaria⁶² volto a determinare l'interquartile range per verificare la conformità del *transfer price* realizzato all'interno del gruppo al prezzo di libera concorrenza stabilito dal *range* individuato tramite l'analisi sui *comparables*.⁶³

Non è raro che il *Profit Level Indicator* (da ora PLI) della *tested party* si discosti dal *range* statistico individuato al termine dell'analisi e le motivazioni, come detto precedentemente, possono essere varie (dalle differenze di collocazione geografica a eventuali differenze di registrazione contabile). Ciononostante, anche qualora il posizionamento della *tested party* risultasse esterno al *range*, la normativa permette al gruppo di argomentare l'adequazione del prezzo al principio di libera concorrenza. Per far ciò il soggetto incriminato dovrà innanzitutto dimostrare la correttezza della metodologia di fissazione dei prezzi di trasferimento (che sia quindi coerente con la struttura organizzativa e funzionale dei soggetti coinvolti) ed identificare poi eventuali elementi quali:

- Elementi di natura straordinaria che abbiano potuto influenzare componenti positivi/negativi della *tested party* e di conseguenza il posizionamento dei PLIs;
- Rilevanti inefficienze/efficienze gestionali capaci di incidere sul PLI
- Particolari condizioni contrattuali, strategie e mercati di riferimento che abbiano potuto incidere sui prezzi di trasferimento;
- Qualsiasi altro elemento riferito all'analisi funzionali che abbia potuto incidere sul posizionamento dei PLIs⁶⁴

1.3.4 “Administrative approaches to avoiding and resolving transfer pricing disputes”

Il seguente paragrafo andrà a descrivere le diverse metodologie applicabili per risolvere (o nella migliore delle ipotesi evitare) controversie in materia di prezzi di trasferimento tra contribuenti e amministrazioni finanziarie (o tra amministrazioni finanziarie di due paesi differenti). Facendo riferimento alle più volte richiamate guide linea dell'OCSE, notiamo che c'è un richiamo da parte dell'Organizzazione rivolto alle

⁶⁰ Generalmente tale scrematura avviene tramite l'analisi delle descrizioni commerciali (andando così ad eliminare *comparables* non risultanti in linea con la *tested party* (per quel che riguarda prodotti e servizi offerti; funzioni, rapporti intercompany ecc..)); successivamente si procede con l'analisi dei siti web della società (ai fini di un'ulteriore scrematura) per poi concludersi con l'analisi dei bilanci.

⁶¹ È un documento dove si va a spiegare il perché dell'esclusione di determinati *comparables* e soprattutto la decisione di definire altri potenziali *comparables* “definitivamente comparabili”

⁶² Vengono presi dati relativi a più anni; vengono stabiliti i *profit level indicators* idonei.

⁶³ Valente, *Transfer pricing: criteri di comparabilità e analisi di benchmark 2013*. Fiscalità e commercio internazionale n.6/2013.

⁶⁴ Valente, *Manuale del transfer pricing 2012*.

amministrazioni fiscali, durante l'applicazione delle regole di *transfer pricing*, su tre aspetti della materia (essendo questi molti diversi da un paese all'altro): procedure di verifica, onere della prova e sanzioni. Considerando la prima, è richiesto alle autorità competenti un margine di "flessibilità" riguardo la critica da muovere sul prezzo di trasferimento presentato dal contribuente, cercando quindi di considerare le decisioni imprenditoriali effettuate proprio da quest'ultimo. Riguardo l'onere della prova, è richiesto ad entrambe le parti (contribuente ed amministrazione finanziaria) una collaborazione reciproca. Mentre in tema sanzionatorio si fa riferimento al Rapporto OCSE del 1990⁶⁵, secondo cui le sanzioni debbano essere utilizzate al solo fine di promuovere la "*compliance*" dei contribuenti alle normative vigenti in un determinato stato⁶⁶.

Considerando come, con il passare degli anni, i casi di doppia imposizione continuavano a persistere e preoccupare gli stati europei, accrescendo simultaneamente sia l'onere fiscale a carico dei contribuenti che l'incertezza di questi ultimi nei confronti della normativa, l'OCSE ha deciso di porre un rimedio a tale situazione tramite l'art.25 del Modello di Convenzione OCSE. Tale art. 25 introduce uno strumento di risoluzione delle controversie (in particolare vuole eliminare i casi di doppia imposizione) conosciuto come "procedura amichevole" (*Mutual Agreement Procedure – MAP*). Funzione di questa procedura è quella di fungere da ponte di consultazione diretta tra le amministrazioni fiscali degli stati contraenti così che queste, tramite le proprie autorità competenti, possano risolvere la questione connessa all'imposizione non conforme alle disposizioni internazionali. Le *MAP* sono menzionate e previste da:

- Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni per la risoluzione di controversie internazionali
- Dalla Convenzione 90/436/CEE (convenzione arbitrale), in materia di *Transfer Pricing*.⁶⁷

Tornando all'art. 25 del Modello OCSE, dopo aver identificato la possibilità concessa alle autorità competenti di risolvere mediante mutuo accordo eventuali controversie, è bene sottolineare come tale procedura abbia carattere speciale (non citata quindi dall'ordinamento interno degli stati⁶⁸). Fine della procedura è evitare che i contribuenti debbano presentare un ricorso per ciascuno stato contraente nel caso di errore durante l'applicazione delle disposizioni convenzionali in uno dei due stati (o in entrambi).

L'avvio della procedura è limitato a determinate controversie derivanti da:

- Comportamenti adottati da uno Stato, capaci di provocare (ora o in un futuro) un'imposizione non adeguata alle disposizioni della Convenzione;
- Difficoltà o dubbi inerenti all'interpretazione/applicazione della convenzione;
- Eliminazione della doppia imposizione nei casi non previsti dalla convenzione;

⁶⁵ OCSE, Diritti e doveri dei contribuenti 1990

⁶⁶ Tra i Paesi membri dell'OCSE, le sanzioni pecuniarie si muovono in un *range* che va dal 10% al 200% dell'importo sottostimato.

⁶⁷ Venturi, 2018. http://www.oecd.org/document/9/0,3746,en_2649_37989739_48558537_1_1_1_1,00.html

⁶⁸ Paragrafo 7 del commentario OCSE.

- Delle pretese impositive avanzate da uno stato, si traducono in una doppia imposizione non consona alla Convenzione (per es. attribuzione ad una *branch* una quota delle spese generali di direzione e amministrazione sostenute dall'impresa);
- Assenza di doppia imposizione ma, uno Stato, assoggetti a tassazione un determinato reddito che secondo la Convenzione debba essere tassato esclusivamente nell'altro Stato (questo a prescindere se tale reddito venga tassato o meno nello Stato in questione);
- Casi di persone, cittadini di uno Stato contraente, ma residenti in uno Stato che li assoggetta a tassazione in maniera discriminante⁶⁹.

La “procedura amichevole” viene iniziata dal contribuente tramite presentazione del ricorso all'autorità competente situata nello Stato in cui il contribuente è residente e deve essere presentata entro il termine di tre anni⁷⁰ dalla prima notifica dell'azione (che fa sorgere quell'imposizione che si reputa in contrasto con la convenzione) di uno degli Stati contraenti.

Successivamente (se il contribuente è fortunato), l'Amministrazione del paese di residenza del contribuente potrebbe riconoscere la fondatezza del reclamo e riconoscere quindi che l'imposizione richiesta non sia dovuta (totalmente o integralmente) e andando quindi ad apportare le dovute correzioni (evitando così di ricorrere alla procedura di mutuo accordo).

Possiamo dire quindi che la procedura si articola in due fasi:

- 1) Il contribuente fa ricorso ed inizia la trattativa tra contribuente e autorità competente dello Stato ove quest'ultimo è residente;
- 2) Fase che si apre nel caso in cui l'autorità competente della prima fase si rivolge all'autorità competente dell'altro Stato in questione per osservare le trattative tra Stati.⁷¹

Sempre l'art. 25 della Convenzione, alla fine della procedura, impone agli Stati contraenti di avviare una negoziazione al fine di raggiungere un accordo che, si noti bene, non deve sfociare obbligatoriamente in una soluzione. Notiamo quindi un obbligo di diligenza e non di risultato⁷², obbligo che impone alle amministrazioni coinvolte di fare del loro meglio per evitare la doppia imposizione.⁷³

⁶⁹ Valente, Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni 2016.

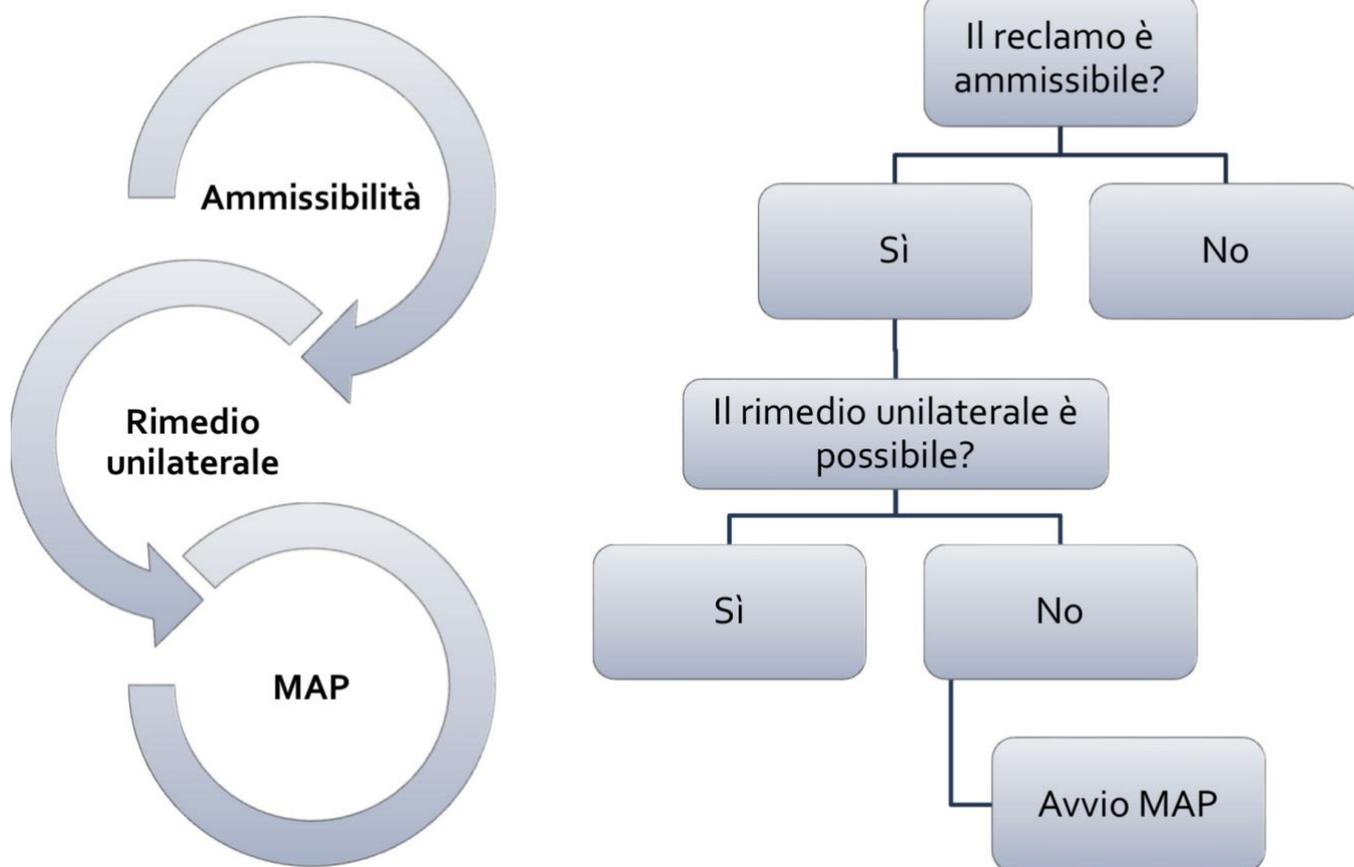
⁷⁰ Salvo diversamente disposto nei trattati bilaterali tra due paesi. Inoltre, tale termine deve essere interpretato nella maniera più favorevole per il contribuente. Tant'è che il Commentario OCSE prevede che nel caso in cui l'imposta sia ritenuta alla fonte, il termine inizia a decorrere dal momento in cui il reddito è stato pagato (salvo che il contribuente riesca a dimostrare di essere venuto a conoscenza in un tempo successivo).

⁷¹ Questa fase si apre nel caso in cui il ricorso sia fondato e contemporaneamente l'autorità competente dello Stato in cui il contribuente è residente non sia riuscita a trovare (proprio con quest'ultimo) un soddisfacente compromesso.

⁷² Per obbligo di risultato si intende il *corresponding adjustment* attraverso il quale si attua una variazione simmetrica in diminuzione del reddito imponibile in capo alla controparte, così da evitare la doppia imposizione.

⁷³ Valente, Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni 2016. p.1066

Prima di passare alla Convenzione 90/436/CEE è utile illustrare graficamente l'iter appena descritto:



74

Relativamente alla Convenzione 90/436/CEE possiamo dire che questa è utilizzata ai fini dell'eliminazione della doppia imposizione in caso di rettifica di utili di imprese associate, in particolare qualora utili derivanti da profitti in uno Stato contraente sono (o saranno) inclusi anche negli utili di un'impresa di un altro Stato contraente.⁷⁵

Differentemente dal rimedio precedentemente esposto, la conclusione del procedimento relativo alla Convenzione ha un finale "ben più piacevole" per il contribuente. Infatti, qualora le autorità competenti entro due anni non raggiungano un accordo che elimini tale doppia imposizione, dovranno istituire una

⁷⁴ Venturi, 2018. <https://www.commercialisti.brescia.it/images/VenturiSlides%20v%203.pdf>

⁷⁵ Valente, Procedure amichevoli, procedure arbitrali e rapporti Fisco-contribuente, 2017.

Commissione Consultiva il cui ruolo sarà appunto pronunciarsi (entro sei mesi) sulle modalità tramite cui eliminare la doppia imposizione. Dopo che la Commissione si è pronunciata, sarà compito delle autorità competenti (entro ulteriori sei mesi) adottare una decisione (anche non conforme a quanto previsto dalla Commissione) volta ad eliminare la doppia imposizione.

Volendoci concentrare invece sulla natura preventiva, piuttosto che su quella risolutiva, è bene citare gli APA (*Advance Pricing Agreements*) il cui scopo è appunto prevenire il realizzarsi di potenziali controversie in materia di trasferimento di prezzi. Gli APA sono accordi preventivi tra Amministrazione finanziaria e contribuente attraverso cui, prima della realizzazione dell'operazione infragruppo, vengono identificate le modalità e le regole che determineranno il futuro prezzo di trasferimento. A seconda della quantità di soggetti che stipulano l'intesa, possiamo trovarci di fronte a APA unilaterali, bilaterali o multilaterali⁷⁶, la cui durata è compresa solitamente tra i tre ed i cinque anni. Fine nobile di questi accordi, è assicurare un'uniformità di giudizi derivanti da tutte le Autorità coinvolte nei confronti del contribuente che opera in diversi paesi.⁷⁷

Riguardo alla promozione di tale strumento, avviene tramite proposta del contribuente che, "armato" delle necessarie informazioni e documentazioni⁷⁸, propone una *critical assumptions* che verrà esaminata dalle competenti Autorità e che, qualora dovessero accettare, provvederanno nel corso degli anni con i rispettivi controlli.

Ulteriore categoria di strumento preventivo in materia di dispute è il cd. "*safe harbour*", diretto ad una definita categoria di contribuenti e transazioni. Tramite i *safe harbour*, ai contribuenti è data la possibilità di non osservare (integralmente o solo parzialmente) i principi generali da applicare alle operazioni infragruppo. Infatti, per tali contribuenti/operazioni, grazie a questo strumento, è possibile fissare a priori il prezzo di trasferimento tramite un approccio semplificato e che tali prezzi vengano automaticamente ed obbligatoriamente riconosciuti dalle Amministrazioni finanziarie.

Altro elemento utile ai fini preventivi verso le controversie derivanti da *transfer pricing* è la presenza di *ruling* internazionali. Questi strumenti consentono di ricevere pareri preventivi, su specifici argomenti ed operazioni, direttamente dall'Amministrazione finanziaria interessata. Considerando il lato prettamente giuridico, non possiamo definire i *ruling* come accordi tra contribuente e fisco di un determinato paese poiché risultano avere efficacia⁷⁹ vincolante soltanto verso quest'ultimo.

⁷⁶ Si definisce APA multilaterale l'accordo stipulato tra Amministrazioni finanziarie coinvolte nelle transazioni situate nei paesi dove il contribuente risiede con diverse società.

⁷⁷ Salvatore. Commercio internazionale n.22/2009, pag. 35.

⁷⁸ Tra cui giustificazione della metodologia proposta come soluzione, la redditività degli investimenti, l'analisi delle funzioni economiche, lista di imprese e operazioni comparabili.

⁷⁹ Efficacia che non trova riscontro in regolamenti o leggi, ma che poggia su valori come efficacia, trasparenza e buon funzionamento della pubblica amministrazione.

1.3.5 “Documentation”

Le linee guida dell’OCSE, nel capitolo V, dettano in linea generale delle direttive che le amministrazioni finanziarie dovrebbero tener in considerazione per la determinazione di norme e procedure relative alla documentazione da richiedere al contribuente per la verifica delle operazioni di *transfer pricing*. Si noti bene come le linee guida chiariscano come i verificatori non siano autorizzati a richiedere alle imprese documenti che le stesse non dispongono o non sono in grado di recuperare facilmente o che comunque rappresentino un onere eccessivo riguardo la loro reperibilità.

Nella maggior parte delle istituzioni, sarà onere dell’amministrazione andare a dimostrare come il prezzo stabilito nella transazione non sia in linea con il principio di libera concorrenza, fatta salva comunque la possibilità che la stessa amministrazione finanziaria non abbia già dimostrato, *prima facie*, che tale prezzo non rispettava i requisiti⁸⁰.

Ovviamente quanto sopra esplicitato è un principio generale. Infatti, è sempre nelle corde dell’amministrazione poter obbligare (in maniera ragionevole) il contribuente a produrre ulteriore documentazione o, in alcuni casi, potrebbe verificarsi persino un’inversione dell’onere della prova (“presunzione relativa”).⁸¹

Questa preoccupazione in tema di documentazione, è stata considerata per la prima volta dalla versione delle *Guidelines* OCSE del 1995, nello stesso capitolo V in cui anche ora è trattata anche se, è bene sottolineare, come possa parlarsi di un quadro “omogeneo” solo successivamente al giugno 2006 quando il Consiglio dell’Unione Europea ha approvato un “*Code of conduct*” che permise una standardizzazione in materia di documentazione (ovviamente si fa riferimento alle imprese associate residenti nei paesi dell’Unione Europea).⁸² Una lista di documenti e dati significativi in tema di adeguata documentazioni è stilata dall’OCSE e prevede:

- Descrizione di transazioni simili a quelle compiute infragruppo fra soggetti indipendenti e l’impresa in questione;
- Struttura organizzativa del gruppo;
- Descrizione dell’attività economica esercitata;
- Descrizione dei rapporti di controllo infragruppo;
- Descrizione del metodo utilizzato per stabilire i prezzi di trasferimento;
- Descrizione di eventuali eventi capaci di influenzare il prezzo di libera concorrenza;
- Descrizione di funzioni aziendali e rischi assunti da ciascun’impresa del gruppo;

⁸⁰ In tal caso sarà onere del contribuente trovare giuste motivazioni e idonea documentazione per far sì che il prezzo prestabilito non venga modificato dall’amministrazione finanziaria.

⁸¹ OECD 2017. *Transfer pricing guidelines*. Cap. V.

⁸² Miele, et al. 2018. Bilancio e reddito d’impresa. Pag. 1387

- Descrizione dei flussi finanziari tra imprese del gruppo;
- Descrizione di strategie poste in essere dal gruppo.⁸³

Nel dettare una linea guida in tema di documentazione si adopera il “*White paper on transfer pricing documentation*”, tramite il quale l’OCSE ha cercato di uniformare la documentazione di cui le imprese che attuano operazioni di trasferimento di prezzo devono munirsi⁸⁴.

È quindi prevista la redazione di tre documenti:

- *Master File*
- *Local (o Country) File*
- *Country-by-Country Reporting*

Passando all’analisi dei tre documenti, iniziamo con il *Master File*:

questo documento dovrà fornire una visione definita “*High level*”, con tale espressione vuole intendersi la portata generale del documento che dovrà quindi contenere un resoconto globale delle attività praticate dal gruppo, dalla natura delle operazioni e della politica di *transfer pricing* perseguita dallo stesso. Inoltre, dovrebbe contenere una descrizione relativa alla natura delle transazioni globali e una descrizione discretamente dettagliata di come gli utili siano ripartiti tra le imprese. È bene sottolineare come le linee guida specifichino che il “livello di dettaglio” non debba essere meticoloso per tale documento poiché ciò comporterebbe un onere eccessivamente gravoso per le imprese obbligate nella redazione.

In linea di massima, le informazioni che devono essere contenute nel *Master File* sono raggruppabili in cinque categorie:

- 1) *Organisational structure* volta a definire la struttura organizzativa e la localizzazione geografica di ogni singolo membro;
- 2) *Description of Mne’s businesses* volta a descrivere le attività delle imprese, una descrizione della *supply chain* del gruppo per i primi 5 prodotti in termini di fatturato, una descrizione delle funzioni svolte dalle singole imprese nel gruppo;
- 3) *Mne’s*⁸⁵ *intangibles* volta a descrivere i beni immateriali, in particolare riguardo alla creazione, gestione e sfruttamento di questi ultimi all’interno del gruppo;
- 4) *Mne’s intercompany financial activities* volta a descrivere le attività finanziarie poste in essere nel gruppo, come ad esempio i finanziamenti infragruppo o eventuali attività di *cash-pooling*;

⁸³ .Valente, Manuale del transfer pricing 2012.

⁸⁴ Lo sviluppo della normativa a riguardo si estende per diversi anni. Rilevanti per un’analisi dettagliata sono i documenti del 30 gennaio 2014 (poi aggiornati con il documento del 16 settembre 2014) e quello dell’8 giugno 2015, influenzati anche dall’approccio del progetto BEPS di cui più avanti si discuterà.

⁸⁵ La sigla MNE sta per *Multinational Enterprise*

5) *Mne's financial and tax positions* volta a delineare la posizione finanziaria e fiscale delle imprese, in particolare bisogna riportare il bilancio consolidato ed eventuali APA o *tax ruling* sottoscritti.⁸⁶

Secondo documento che andremo ad analizzare è il *Local File* che, come prevedibile dal nome stesso, focalizza l'attenzione sulle operazioni infragrupo che hanno avuto luogo in una specifica giurisdizione. Ruolo di questo documento quindi è quello di integrare il *Master File*, così da permettere alle Amministrazioni Finanziarie di uno specifico paese di avere un quadro completo. Nel file vanno inserite informazioni relative alle operazioni infragrupo, un'analisi di comparabilità e i criteri secondo cui si è selezionato ed applicato un determinato metodo di trasferimento di prezzi.

In particolare, andranno inserite⁸⁷: struttura organizzata della società tenuta alla redazione del *Local File*, con annesse descrizioni inerenti al *business* ed alla relativa strategia adottata; verrà effettuata un'analisi dei concorrenti; le transazioni soggette a verifica devono essere corredate da opportuna descrizione; devono essere allegate tutti i documenti inerenti accordi infragrupo; le assunzioni critiche effettuate durante la selezione del metodo utilizzato per verificare l'effettivo prezzo di libera concorrenza per le operazioni di *transfer pricing*; le informazioni sugli indicatori finanziari utilizzati; gli allegati di eventuali APA o *tax ruling* di cui l'amministrazione locale non è partecipe.⁸⁸

Ultimo documento è il *Country-by-Country Reporting*, introdotto il 30 gennaio 2014 con il "*Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting*". Secondo l'OCSE, le MNEs annualmente sono tenute alla presentazione, per ogni giurisdizione fiscale nella quale operano, di diversi dati di natura sia fiscale che economica, volti a permettere alle amministrazioni finanziarie una più corretta valutazione sui rischi inerenti alla *base erosion and profit shifting*.

Il documento è composto di due prospetti; nel primo va inserita ogni giurisdizione fiscale in cui risulta fiscalmente residente almeno una *constituent entity*⁸⁹. Successivamente per ogni giurisdizione fiscale andranno inseriti dati inerenti: sede effettiva di direzione; attività svolta, fatturato (distinguendo quello derivante da operazioni infragrupo da quello con parti indipendenti); imposte relative all'esercizio pendente; utili non distribuiti; eventuali pagamenti riguardanti *royalties/fees* effettuati intercompany. Nel secondo prospetto andranno invece inseriti, sempre per ogni giurisdizione fiscale, l'elenco di ciascuna entità, andando ad identificare eventualmente se il Paese in cui è stata costituita è diverso da quello di residenza; andare ad evidenziare le principali attività svolte dalle singole entità.⁹⁰

1.3.6 "Special considerations for intangibles"

⁸⁶ OCSE, Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting 2014.

⁸⁷ Ovviamente le seguenti informazioni andranno inserite a patto che non diventino una duplicazione del *master file*. Per verificare questa eventualità sarà sufficiente un controllo incrociato con quest'ultimo.

⁸⁸ .Cavallaro, et al. 2016. Transfer pricing. Pag. 59

⁸⁹ Con tale termine si fa riferimento a qualsiasi tipo di *business unit* del gruppo, che sia società, *branch*, trust ecc....

⁹⁰ Cavallaro, et al. 2016. Transfer Pricing. Pag. 61 e ss.

Data la difficile valutazione ai fini fiscali dei beni immateriali, sembra doveroso concedergli un proprio spazio all'interno dell'elaborato. Stesso pensiero l'ha avuto l'OCSE che, all'interno delle già più volte richiamate *guidelines*, tratta gli *intangibles* nel capitolo 6. Di seguito illustreremo le considerazioni effettuate dall'OCSE.

È bene sottolineare come per beni immateriali si fa riferimento a quei diritti che riguardino sia l'utilizzo di beni industriali (brevetti, marchi, modelli), sia di proprietà letteraria/artistica o intellettuale (come *know how* o segreti industriali).⁹¹ Problema quindi che la Commissione ha cercato di risolvere, è l'individuazione (sulla base dei principi e metodi descritti nei paragrafi precedenti), di criteri validi per la definizione del prezzo secondo il principio di libera concorrenza. Per far ciò l'OCSE suggerisce di tener presente ed analizzare due punti di vista: quello del cedente e quello del cessionario; in particolare, analizzando la situazione del cedente, bisognerebbe cercare il prezzo al quale un'impresa comparabile ed indipendente sarebbe stata disposta a trasferire il bene. Contemporaneamente, analizzando il cessionario, bisognerebbe verificare quale prezzo, il solito *comparable* indipendente, sarebbe stato disposto a pagare per lo stesso bene considerando il valore e l'utilità che il bene può apportare nelle attività aziendali.

Ai fini dell'individuazione del prezzo di libera concorrenza, sarà importante andare ad analizzare le transazioni aventi ad oggetto beni immateriali ed in particolare:

- Identificare la proprietà legale dell'*intangible*;
- Identificare le parti che realmente impiegano risorse ed assumono rischi (analisi funzionale);
- Verificare la coerenza tra termini contrattuali e rapporti tra le parti (*substance-over-form*);
- Scomporre la transazione sulla base di tutte le operazioni che la riguardano così da identificare il reale contributo di ogni soggetto.⁹²

Da questo elenco si nota come l'analisi funzionale diventi il centro dell'analisi del prezzo di trasferimento. Ulteriori dettagli riguardo l'analisi di transazioni infragruppo aventi ad oggetto beni immateriali verranno trattate nella parte relativa al "progetto BEPS".

1.4 Base Erosion And Profit Shifting

1.4.1 Nozioni generali

Con l'acronimo BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), come già accennato in precedenza, si fa riferimento ad un fenomeno messo in atto attraverso strategie di elusione fiscali da parte delle MNE che si

⁹¹ OECD 2017. Si veda il Cap. VI per maggiori informazioni sulla descrizione degli *intangibles*.

⁹² Gentile. http://novitafiscali.supsi.ch/494/1/Gentile_niccolo_Transfer%20pricing%20dei%20beni%20immateriali.pdf

traduce con un effetto negativo sulle basi imponibili nazionali. Per identificare praticamente quali possano essere attività di BEPS, possiamo far riferimento a non lontani fatti di cronaca, come ad esempio il caso Starbuck; nel caso pratico in questione la società ha utilizzato una *holding* olandese per ridurre drasticamente la base imponibile di competenza UK. Grazie alla presenza della *holding* olandese⁹³ ed alla presenza di asimmetrie tra le norme fiscali internazionali, il gruppo Starbuck riuscì a trasferire (o nella peggiore delle ipotesi per gli Stati a far “scompare” gran parte degli utili verso nazioni (in cui le società svolgevano un’attività economica “paragonabile a nulla”) con tassazione bassissima.⁹⁴ Da tale introduzione è evidente come i Paesi fossero infastiditi e turbati da questi fenomeni che comportavano una perdita in termini di gettito fiscale rilevante⁹⁵.

1.4.2 Il Progetto BEPS

Nel 2013 i Paesi membri dell’OCSE e del G20 decisero che era arrivato il momento di affrontare il fenomeno delle BEPS con “il pugno duro”. Obiettivo di tale collaborazione consisteva in una revisione rivoluzionaria delle norme esistenti, così da consentire agli Stati dove realmente l’impresa svolge l’attività, di garantire il gettito d’imposta relativo agli utili realizzati grazie alla medesima attività. È così che finalmente si passò dal tentativo di operare delle interpretazioni estensive delle regole esistenti⁹⁶ (cercando di ampliarle le norme ai casi che man mano andavano creandosi), all’idea che gli standard internazionali presenti (che potevano essere idonei nel vecchio ambiente “poco dinamico” della prima metà del ‘900), non erano efficienti nel nuovo ambiente ricco di *intangibles*, la cui rilevanza in termini di valore si è fatta sempre più grande.

Proprio nel febbraio 2013 quindi, si assiste all’emanazione del primo Rapporto intitolato “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*” che dimostrò in primis quanto precedentemente riportato: ossia che il fenomeno BEPS non era imputabile ad una singola norma o disfunzione di un Paese, bensì l’origine di tale meccanismo poneva le radici nell’interazione tra le diverse norme a livello internazionale approfittando dei *gaps* normativi. In particolare, il Rapporto faceva riferimento a:

- Norme non coordinate a livello transnazionale;
- Standard internazionali che non evolvevano di pari passo con l’economia globale;
- Mancanza di dati concreti

⁹³ Utilizzata come SPE (*Special Purpose Entities*), ossia un’entità senza dipendenti e senza alcuna presenza fisica, utilizzati al mero fine di effettuare finanziamenti o conservare attività.

⁹⁴ Dragonetti, Piacentini e Sfondrini. Manuale di fiscalità internazionale, 2016.

⁹⁵ Stime riportano perdite di gettito fiscale annue accostabili tra il 4-10% del gettito globale derivante da reddito su società che, tradotto in numeri, corrisponde ad un ammontare tra i 100 e i 240 miliardi di dollari annui. Senato, 2015.

<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00941275.pdf>

⁹⁶ È proprio l’utilizzo di tale metodo che fece venire “l’acquolina in bocca” alle grandi multinazionali che approfittarono quindi dei *gaps* che si creavano nell’interazioni tra normative locali, permettendo così un notevole risparmio di gettito fiscale grazie ad una NON doppia imposizione.

Sulla base del Rapporto citato, si è preso spunto per la redazione di uno dei più importanti progetti volti a regolare il fenomeno BEPS, ossia: “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, pubblicato nel luglio 2013 a cui sussegue, nel 2015 una successiva implementazione (“*Final Report*”).

Il progetto è composto da 15 *actions* e 3 pilastri fondamentali lungo i quali queste vengono sviluppate; da vita a nuovi standard minimi riguardanti scambio di informazioni, abuso dei trattati, limitazione alle pratiche fiscali dannose, scambio automatico di informazioni riguardanti *ruling*, accordi tra amministrazioni fiscali al fine di contrastare doppia imposizione (e non doppia imposizione).⁹⁷

I pilastri fondamentali sono:

- 1) Coerenza, riferita alle norme nazionali che si differenziano le une dalle altre. Le *actions* 2-5 si sviluppano tramite questo pilastro;
- 2) Sostanza, ed in particolare si riferisce ai requisiti sostanziali presenti negli standard internazionali. Le *actions* 6-10 si sviluppano su questo principio;
- 3) Ultimo pilastro cerca di migliorare le caratteristiche di trasparenza e certezza per le aziende che non proseguono strategie fiscali aggressive. Su tale pilastro si sviluppano le *actions* 11-14.

Riguardo le 15 azioni invece, è possibile raggrupparle in 4 differenti gruppi sulla base della loro finalità:

- Azioni generali sulla BEPS
- Azioni che riguardano i trattati fiscali
- Azioni in materia di *permanent establishment* e *transfer pricing*
- Azioni riguardanti trasparenza e dati.

Nel dettaglio le azioni sono⁹⁸:

- 1) Economia Digitale. Da sottolineare come quest'azione (insieme alla n.15) non ricada all'interno di uno dei tre pilastri poiché di portata trasversale. Quest'azione risulta essere una delle più complesse dal punto di vista realizzativo e, in questa parte, ci limiteremo ad una descrizione superficiale poiché verrà dettagliatamente analizzata nel successivo capitolo in cui si analizzerà l'influenza delle operazioni di *transfer pricing* in questa nuova economia. In breve, quest'azione è volta ad analizzare la nuova economia emergente, conosciuta come *new-economy* o *digital-economy*, caratterizzata da un elevato grado di dematerializzazione e quindi con possibilità esponenziali per realizzare pratiche di BEPS.

⁹⁷ Senato, 2015. <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00941275.pdf>

⁹⁸ NB: le azioni 8, 9, 10 e 13 sono state saltate appositamente poiché punto cardine del *transfer pricing*.

- 2) È la prima del pilastro riguardante la “coerenza”. Parliamo dell’*“Hybrid Mismatch Action”* che si preoccupa di rendere vane le strategie poste in essere al fine di utilizzare le asimmetrie (*mismatches*) presenti tra le normative nazionali di diversi stati per avere vantaggi indebiti.
- 3) *CFC rules*, è questo il titolo dell’azione n.3. Con tale azione si è cercato di definire regole chiare riguardanti la normativa sulle controllate estere, in particolare soffermandosi sulle raccomandazioni volte ad evitare differimenti dell’imposta o spostamenti meramente fittizi di redditi (*profit shifting*) verso società controllate estere che sono residenti in paesi a fiscalità privilegiata.
- 4) *Interest Deduction*; nella quarta azione il progetto tratta le transazioni finanziarie infragruppo, ponendosi come obiettivo quello di limitare la *base erosion* causata dalla deduzione di interessi e costi relativi a finanziamenti effettuati all’interno del gruppo multinazionale. Per regolare tale fenomeno, si suggeriscono delle soglie percentuali non valicabili relativi ai benefici fiscali derivanti dalla posizione debitoria. Ciò che il progetto BEPS vuol evitare quindi, è che le imprese continuino, attraverso finanziamenti infragruppo, a generare interessi deducibili in Paesi ad elevata tassazione che hanno come contropartita redditi in Paesi a fiscalità privilegiata; o ancora l’utilizzo di strumenti ibridi che pur permettendo una deducibilità dei costi relativi agli interessi, non hanno come contropartita dei redditi imponibili; oppure l’uso di prestiti per investimenti in *assets* che producano successivamente redditi esenti.⁹⁹
- 5) *Harmful Tax Practices*; è la quinta azione del programma che chiude il primo pilastro (Coerenza). Con questa *action* l’Organizzazione tenta di contrastare le pratiche fiscali dannose in modo più efficace rispetto a quanto fatto nel passato. Per realizzare la *mission* di questa azione, si è pensato bene di concentrare l’attenzione sull’implementazione della trasparenza (in particolare *ruling* e APA) grazie a cui, successivamente, è permesso scoprire e “colpire” effettivamente la sostanza delle operazioni.
- 6) *Treaty Abuse*; con quest’azione inizia il pilastro riguardante la Sostanza. In particolare, tramite la *action 6*, l’OCSE cerca di individuare delle possibili misure preventive volte a prevenire un uso improprio dei trattati (al fine di ottenere una doppia non imposizione) da parte dei contribuenti. L’azione suggerisce l’elaborazione di clausole antiabuso da inserire nei trattati, oltre a norme antielusione che possano essere attuate dalle Amministrazioni nazionali. Nociolo della questione quindi, è eliminare il cd. *Treaty shopping*¹⁰⁰.

I problemi appena evidenziati, sono stati “appresi” dall’OCSE che nella formulazione dell’art.29 della Convenzione OCSE applica tre principi chiave:

⁹⁹ OECD, BEPS Action. Action plan 4.

¹⁰⁰ Il *treaty shopping* è una particolare forma di elusione fiscale internazionale, messa in atto attraverso l’utilizzo (indebito) delle convenzioni bilaterali/multilaterali contro le doppie imposizioni stipulate tra due o più paesi. Nel dettaglio, lo schema che consente di ottenere tali vantaggi consiste nell’inserimento di soggetti di comodo (*conduit company*), con funzione di meri intermediari, sia nel paese fonte (paese dove il reddito è prodotto), sia nel Paese in cui risiede chi dovrà essere l’effettivo beneficiario finale, grazie ai quali il contribuente reale riesce a realizzare un illecito risparmio di imposta grazie al regime convenzionale che non gli spettava. <https://www.fiscomania.com/2017/10/treaty-shopping-pianificazione-fiscale/>

- “gli Stati contraenti dovrebbero inserire, nelle premesse delle rispettive Convenzioni bilaterali, una dichiarazione secondo la quale, pur nel rispetto dell’obiettivo dell’eliminazione della doppia imposizione, è loro specifica intenzione prevenire l’evasione fiscale, e, in particolare, i fenomeni di treaty abuse e di treaty shopping”;
- “nelle Convenzioni bilaterali dovrebbe essere inserita una specifica disposizione antiabuso basata sulla LOB¹⁰¹ rule (contenuta nei trattati stipulati dagli Stati Uniti e da altri Paesi, tra cui il Giappone e l’India) subordinando l’applicazione delle Convenzioni alla presenza di determinati requisiti in relazione alla forma giuridica, alla titolarità e alle attività principali dei soggetti residenti, così da verificare l’effettivo collegamento tra il soggetto e lo Stato di residenza”;
- “le Convenzioni bilaterali dovrebbero contenere una clausola antiabuso generale, in base alla quale i benefici del trattato non dovrebbero essere riconosciuti laddove uno dei motivi principali della transazione o della struttura posta in essere è quello di usufruire delle disposizioni convenzionali in circostanze non conformi all’oggetto e allo scopo della convenzione medesima (c.d. “*principal purpose test*”).¹⁰²

- 7) *Permanent Establishment Status*; in sintonia con tutto il progetto BEPS, anche attraverso questo *action item* si tenta di dar voce alla necessità di collegare attività economica e ambito fiscale così da contrastare gli artifici messi in essere per eludere i criteri di identificazione di una stabile organizzazione (es. tramite i *commissionaire arrangements*). Su tale punto ci si concentrerà più avanti¹⁰³ analizzando anche i più recenti documenti presentati dall’OCSE.
- 11) *BEPS Data Analysis*; con quest’azione si segna l’inizio del terzo pilastro (Trasparenza e certezza del diritto) tant’è che la funzione generale di quest’azione è proprio quella di creare una maggiore trasparenza e certezza del diritto tramite lo sviluppo di strumenti volti a verificare l’efficienza e l’efficacia dei comportamenti intrapresi attraverso l’implementazione delle misure previste dal pacchetto BEPS. Tra i rimedi suggeriti per il perseguimento di questo scopo, l’OCSE suggerisce di uniformare e condividere i sistemi di raccolta dati delle singole Amministrazioni finanziarie.
- 12) *Disclosure of Aggressive Tax Planning*; attraverso lo sviluppo di questa *action plan*, l’OCSE ha cercato di formulare delle raccomandazioni volte a fungere da linee guida ai legislatori nazionali nella predisposizione di norme che obblighino le *MNEs* a dichiarare (*mandatory disclosure rules*) transazioni, accordi e strutture (aggressive o elusive), pur considerando comunque che l’onere in capo a queste ultime non diventi eccessivo. Le caratteristiche dei *mandatory disclosure* dovranno essere:
- Chiari e semplici da capire;

¹⁰¹ *Limitation on Benefit clauses*, sono specifiche clausole antiabuso.

¹⁰² exportiamo 2018. <http://www.exportiamo.it/aree-tematiche/13810/treaty-shopping-l-ocse-emana-una-clausola-antiabuso/>

¹⁰³ Capitolo 3, in sede di analisi della definizione di stabile organizzazione ai fini della *Digital Economy*.

- Bilanciare costi dei contribuenti per la produzione dell’informativa con benefici ottenuti dalle Amministrazioni finanziarie;
- Efficaci nel perseguimento della *mission*;
- Identificare chiaramente gli schemi da esporre;
- Essere sufficientemente flessibili per eventuali modifiche che le Amministrazione possono apportare;¹⁰⁴

14) *Dispute Resolution*; è l’ultima azione del pilastro “trasparenza e certezza del diritto” volta a rendere i meccanismi di risoluzione delle controversie (prima esaminati) più efficaci. Il miglioramento delle MAP (*mutual agreement procedure*, già trattate precedentemente), in termini di tempestività, efficacia ed efficienza è il punto chiave di quest’azione, così da garantire ai contribuenti una “relativa sicurezza”. Ciò che in termini pratici l’*action* 14 propone è che, attraverso la predisposizione di uno standard minimo, riferito alla risoluzione delle controversie riguardanti i trattati, i Paesi hanno concordato di predisporre un efficiente meccanismo di monitoraggio tra pari (*peer-based*), per il suo efficace inserimento, che sarà regolarmente pubblicato tramite la Commissione sugli Affari Fiscali al G20.

Lo standard minimo assicurerà:

- che gli obblighi richiamati dai trattati e riguardanti le MAP siano realmente implementati ed attuati in buona fede;
- che i casi MAP siano risolti nel tempo più breve possibile;
- “l’implementazione delle procedure amministrative che promuovono la prevenzione e la rapida risoluzione delle controversie tra Stati;”
- “L’accesso agevole da parte dei contribuenti alle procedure di composizione delle controversie.”¹⁰⁵

A conferma di quanto detto sopra e dell’impegno che i Paesi stanno dimostrando verso la questione, è opportuno sottolineare come i Paesi¹⁰⁶ hanno inoltre dichiarato “il loro impegno a fornire l’arbitrato MAP obbligatorio (mandatory binding MAP arbitration) nei loro Trattati Bilaterali, come meccanismo per garantire che le dispute sui trattati siano risolte entro uno specifico lasso temporale”.¹⁰⁷

15) *Multilateral Instrument*; la *action* 15 è l’ultima della lista, fuori dai 3 pilastri. Obiettivo di questa azione è fornire agli Stati interessati uno strumento che consenta di velocizzare l’introduzione

¹⁰⁴ Soro 2016. <http://www.paolosoro.it/news/932/BEPS-Le-Azioni-11-12.html>

¹⁰⁵ Faggion 2017. https://www.confindustria.ud.it/schede/get_file_scheda/7683/9088

¹⁰⁶ Quali: Australia, Austria, Belgio, Canada, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Giappone, Lussemburgo, Olanda, Nuova Zelanda, Norvegia, Polonia, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Regno Unito, e Stati Uniti.

¹⁰⁷ Faggion 2017. https://www.confindustria.ud.it/schede/get_file_scheda/7683/9088

dell'intero “pacchetto di misure anti-BEPS” sui trattati fiscali, e che rifletta contemporaneamente la rapida evoluzione dell'economia globale (con la conseguente necessità di adattarsi ai cambiamenti in maniera repentina).¹⁰⁸

È bene sottolineare come la versione finale del Rapporto BEPS preveda degli *Standard* minimi che i Paesi aderenti devono rispettare. Tali standard si rispecchiano nelle *actions plan* numero 5 (*Harmful Tax Practices*); 6 (*Treaty Shopping*); 13 (*CbC Reporting*); 14 (*Dispute Resolution*).

Al fine di permettere una rapida attuazione, il 23 febbraio 2016 l'OCSE ha concordato un “*inclusive framework*” (che attualmente risulta avere oltre 110 membri¹⁰⁹) volto a permettere a tutti i partecipanti di contribuire all'aggiornamento della normativa fiscale internazionale ed attuare gli *actions plan*. Inoltre, sempre grazie al *framework*, ai Paesi è permesso cooperare ai fini dell'elaborazione di ulteriori *standard*, dell'esame e monitoraggio riguardante l'implementazione dell'intero “pacchetto BEPS”.

1.4.3 Action item 8-10

Nel seguente paragrafo, come prima anticipato, andremo a trattare le tre azioni del progetto BEPS inerenti il *transfer pricing* (riguardanti beni immateriali, ripartizione dei rischi; aree ad alto rischio ai fini dell'erosione) che hanno lo scopo di perseguire la *mission* riscontrabile proprio nel titolo del documento che andremo ad analizzare: “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*”(BEPS TP Report); evidenziando quindi come queste abbiano influito su determinati capitoli delle linee guida OCSE aggiornate. Gli obiettivi rincorsi tramite queste tre azioni sono riassumibili 4 punti:

- Cercare una definizione di *intangibles* ampia e ben definita, degna di essere al passo con i tempi.
- Accertare che i profitti derivanti da trasferimento e sfruttamento degli *intangibles* siano allocati proporzionalmente alla creazione di valore;
- Creazione di regole appropriate in materia di *transfer pricing* per gli HTVI;
- Aggiornamento della guida sugli accordi di ripartizione dei costi e trattamento dei servizi a basso valore aggiunto.

Obiettivi questi, via via più vicini grazie soprattutto ai vari *discussion draft* presentati negli ultimi anni. Utilizzando quindi il “*Report on Actions 8-10 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*” ed avendo introdotto quelli che sono gli obiettivi prefissati dal Gruppo; partendo dalle tre *actions plan*

¹⁰⁸ Si noti come questi presupposti poggino su una base definibile *HARD LAW*, ben diversa quindi dal concetto di *soft law* su cui l'intero scritto delle *guidelines* si attiene. Nonostante l'argomento riguardante la possibilità che l'OCSE possa emanare direttive vincolanti sia più che interessante, non sarà oggetto di approfondimento del seguente lavoro.

¹⁰⁹ OECD, Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to- Value Intangibles - BEPS Actions 8-10, 2018

identifichiamo le modifiche che proprio questi hanno introdotto sulle TP *guidelines*:

Prime modifiche rilevanti attengono la sezione D del cap. I, riguardante l'applicazione del principio di libera concorrenza. In questa sezione, come riscontrabile dalla descrizione precedentemente fatta nel paragrafo delle TP *guidelines*, le *action item* in questione hanno fatto sì che si affermasse il già citato principio della prevalenza della sostanza dell'operazione rispetto alla forma; hanno dato ampio spazio ad un'attenta analisi funzionale (tant'è che la sezione dedicata a quest'ultima si è vista decisamente ampliata dall'ultimo aggiornamento); hanno inserito l'idea che “è importante capire come si genera il valore all'interno del gruppo nel suo intero, le interdipendenze tra le funzioni svolte dalle imprese consociate con il resto del gruppo e il contributo che le imprese associate danno alla creazione di valore¹¹⁰”; hanno ampliato notevolmente la parte relativa all'analisi dei rischi, inserendo anche una comparazione tra *risk management* e assunzione dei rischi;

Modifica successiva apportata alle *Guidelines* riguarda l'aggiunta inerente alle *commodities* nel cap. II, andando a delineare anche qui quali sono i criteri da seguire per l'individuazione del principio di libera concorrenza e quali i criteri di comparabilità;

Successivamente è stato revisionato il cap. VI, riguardante gli *intangibles*, la cui modifica è rilevante sia in termini quantitativi (numero di pagine) che qualitativi. Con queste nuove linee guida l'OCSE spinge l'Amministrazione finanziaria verso un'analisi più critica, consigliando un'analisi funzionale e di comparabilità per attribuire determinati rischi a determinati beni immateriali. Una sintesi delle novità introdotte dal *Report* analizzato è:

- “Legal ownership of intangibles by an associated enterprise alone does not determine entitlement to returns from the exploitation of intangibles”¹¹¹;
- Le imprese associate devono essere remunerate sulla base dell'apporto rilevato attraverso l'analisi DEMPE¹¹²
- Un'impresa associata che assume il rischio su uno dei fattori DEMPE, dovrà, oltre che esercitare il controllo sul rischio, anche essere in grado di supportarlo finanziariamente;
- La presenza di un'impresa associata che fornisca finanziamenti assumendosene i relativi rischi ma, contemporaneamente, non svolgendo alcuna funzione relativa al bene immateriale, in genere potrà solo vedersi riconosciuto un rendimento aggiustato per il rischio sul finanziamento;
- Stessa ipotesi del punto precedente ma senza assumere rischi finanziari, vedrà come risultato il riconoscimento di un rendimento ad un tasso *risk free*;

¹¹⁰ OECD, OECD: Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017.

¹¹¹ OECD/G20 2015. Align transfer pricing outcomes with value creation.

¹¹² Analisi funzionale riguardante gli *intangibles* che tiene conto di 5 fattori: *Development, Maintenance, Enhancement, Protection, Exploitation*.

- L'obbligo in capo al contribuente di presentare una rigorosa analisi dell'operazione di *transfer pricing* per garantire il rispetto del principio di libera concorrenza (soprattutto in caso di HTVI).¹¹³

In tema di servizi a basso valore aggiunto (*Low Value-adding intragroup services*), si rileva la revisione apportata al capitolo 7 sulla base dell'*action plan 10*. Tale revisione è stata apportata al fine di prevenire le Amministrazioni finanziarie dalle pratiche comuni di pagamenti volte ad erodere la base imponibile come i "*management fees*" e "*head office expenses*". Le raccomandazioni che l'OCSE dà attraverso le *guidelines* sono fondamentalmente due, ossia il dover verificare se i servizi infragruppo siano realmente stati prestati (test dei benefici) e verificare se il compenso pattuito risulti coerente con il principio *arm's length*. Inoltre, si trova una descrizione di quelli che sono i servizi a basso valore aggiunto, che hanno caratteristiche quali:

- Sono servizi di supporto;
- Non fanno parte del "*Core Business*" del gruppo;
- Non richiedono l'uso di "rilevanti" *intangibles* o IP;
- Non implicano assunzione o gestione di rischi rilevanti¹¹⁴

Essendo questi servizi a "basso valore aggiunto", le linee guida tentano di "far risparmiare energie" sia ai contribuenti, che alle Amministrazioni finanziarie, puntando su una procedura semplificata per l'attribuzione dei costi che si basa su 3 fasi:

- 1) Il *Cost Pool*, che consiste nella determinazione annuale dei costi realmente sostenuti per lo svolgimento dei servizi¹¹⁵;
- 2) La sottrazione dal *Cost Pool* di quelle spese relative a servizi che non apportano benefici a tutti coloro che hanno stipulato l'accordo;
- 3) L'allocazione del residuo della sottrazione, corrispondente al costo complessivo imputabile, tra tutte le imprese seguendo un criterio che proceda sulla base della "chiave di allocazione"¹¹⁶ coerente alla categoria di servizi in questione.

Per quanto riguarda invece la fase remunerativa, sarà costituita da un *mark-up* che, seguendo le indicazioni OCSE, può essere pari al 5%.¹¹⁷

Ultima revisione apportata da questo *action item* viene fatta nel cap. 8 e riguarda i CCA (*Cost Contribution Arrangement*), ovvero quegli accordi contrattuali tra le imprese di un gruppo, volti a condividere le spese ed

¹¹³ OECD/G20 2015. Align Transfer Pricing outcomes with value creation

¹¹⁴ Landuzzi 2018. <https://www.ecnews.it/servizi-infragruppo-basso-valore-aggiunto-nuove-linee-guida-ocse/>

¹¹⁵ Escludendo ovviamente quei costi relativi ad attività che apportano beneficio esclusivamente alla controllante.

¹¹⁶ Tale chiave di allocazione viene scelta sulla base dell'utilità che ciascuna impresa riesce ad ottenere dai servizi effettuati dal gruppo.

¹¹⁷ Landuzzi 2018. <https://www.ecnews.it/servizi-infragruppo-basso-valore-aggiunto-nuove-linee-guida-ocse/>

i rischi connessi allo sviluppo, produzione od ottenimento di beni (materiali o immateriali) e servizi. Al fine di valutare la “bontà” di un CCA, l’Amministrazione finanziaria potrà procedere sulla base di tutte le ipotesi prima espresse, quindi controllare l’allocazione dei rischi, il bilanciamento tra rischi e benefici, il coincidere della sostanza (operazione in sé) con la forma (quanto scritto nel contratto); il tutto al fine di continuare a perseguire la *mission* precedentemente menzionata, ossia “*Aligning transfer pricing outcomes with value creation*”.

1.4.4 Action item 13

Ultima azione trattata del progetto BEPS è la n.13, volta a dettare linee guida ai fini della documentazione “necessaria” che i contribuenti devono presentare a fronte di operazioni di *transfer pricing*.

Ciò che il progetto lascia trapelare, è un “*Three-tiered standardised approach*”, basato quindi su 3 livelli di documentazione che sono: *Master file*; *Local file*; *Country-by-Country reporting*. Passando ad una breve analisi dei tre documenti riscontriamo che:

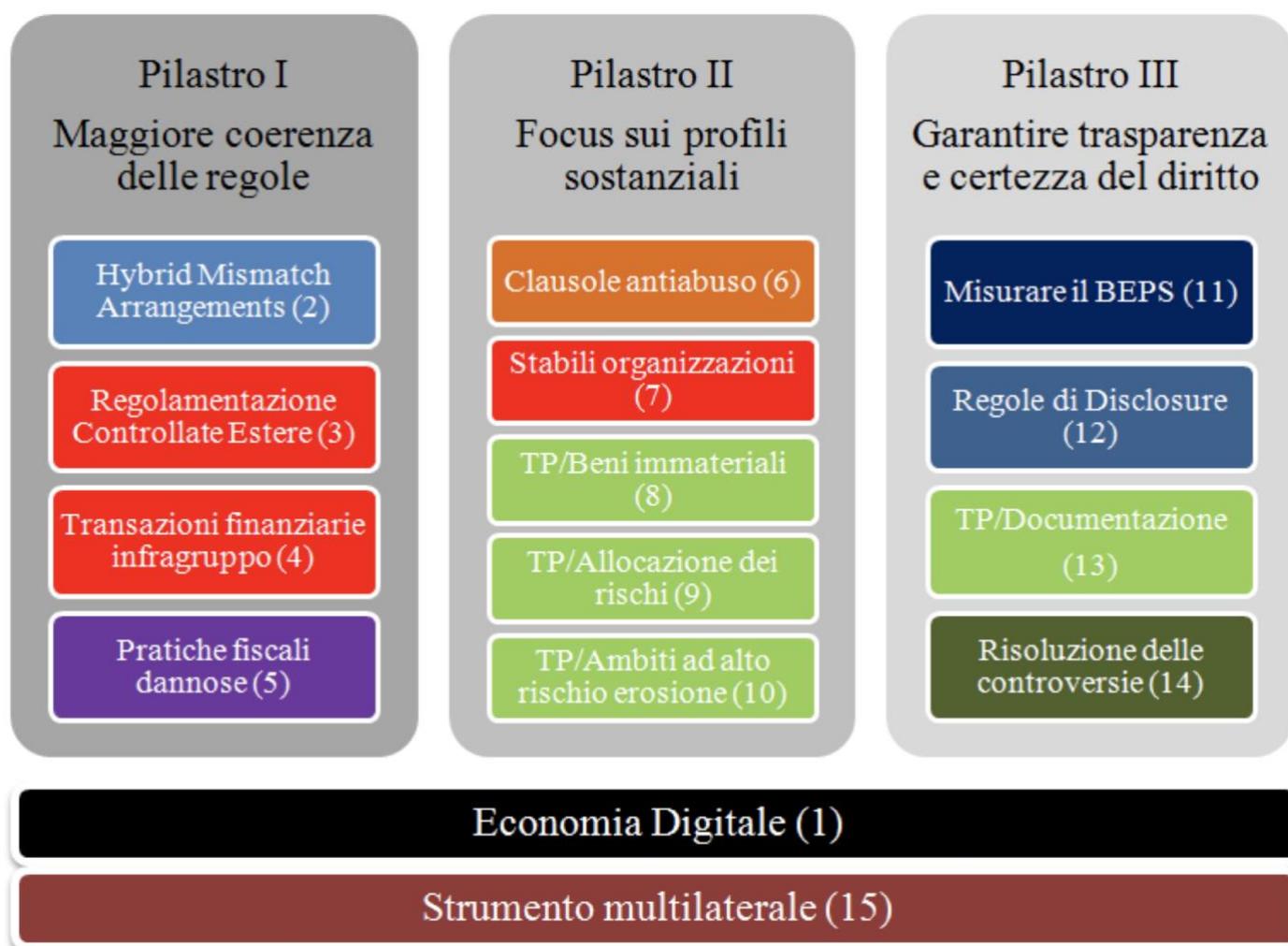
- il *Master file* dovrà rappresentare un quadro complessivo del gruppo, riportando informazioni di carattere generale. L’*action 13* raggruppa le informazioni ritenute necessarie per la redazione del documento in questione in 5 categorie quali: struttura organizzativa del gruppo; descrizione dei *business* attinenti al gruppo; possesso di *intangibles* da parte del gruppo; operazioni di natura finanziaria poste in essere tra consociate; posizione finanziaria e fiscale del gruppo.¹¹⁸
- Il *Local file* dovrà fornire informazioni più dettagliate delle operazioni svolte facendo riferimento alla singola società “locale” cui fa riferimento¹¹⁹
- Il *CbC Reporting*, contenete informazioni riguardanti: utili realizzati e allocazione globale del reddito; il trattamento fiscale del gruppo nella sua interezza ed in ogni singolo Paese in cui esso opera; il personale, le imposte pagate e precisi indicatori economici che consentano alle Amministrazioni finanziarie di prevedere e prevenire eventuali azioni di *transfer pricing* aventi quale scopo ultimo quello di *base erosion and profit shifting*. È poi previsto che i dati raccolti vengano scambiati tra le Amministrazioni fiscali dei vari Paesi coinvolti così che tutti possano avere un’idea generale che permetta loro di inquadrare a 360° il contribuente.¹²⁰

¹¹⁸ Cannavale e Tripoli 2017. <https://www.pwc-tls.it/it/publications/assets/docs/tls-newsalert-06072017.pdf>

¹¹⁹ Per maggiori dettagli si rimanda al paragrafo precedente (*OECD Guidelines cap.5*)

¹²⁰ D’Angelo 2018. <http://www.fiscooggi.it/dal-mondo/articolo/cbc-reporting-sulle-multinazionali-via-ai-primi-scambi-informazioni>

Come riepilogo completo è opportuno riportare una tabella riassuntiva comprendente i 3 pilastri ed i 15 *action plan*.¹²¹



1.4.5 La risposta Europea con il “pacchetto anti-elusione”.

Nella “battaglia” agli artifici messi in essere dalle MNEs, l’Unione Europea partecipa attivamente¹²² al fine di infondere nei contribuenti fiducia verso le Amministrazioni finanziarie (a cui cerca di fornire strumenti efficienti ed efficaci) ed al contempo, diffondere giustizia nei sistemi fiscali mondiali. Per far ciò è necessario (come più volte ripetuto) innanzitutto garantire un allineamento tra il luogo dove i redditi sono percepiti ed il luogo in cui l’attività economica è esercitata; è necessario trattare meticolosamente le questioni

¹²¹Tabella rinvenuta nel sito web. (Senato 2015) <http://www.finanze.it/export/sites/finanze/it/.content/Documenti/Varie/1-Miola.pdf>

¹²² Più che legittimo considerando che dai dati rilevati dal Parlamento Europeo si evince come la pianificazione fiscale aggressiva attuata dalle MNEs presenti sul territorio europeo provochi una “mancanza di gettito” nei bilanci statali pari ad un importo compreso tra i 100 e i 240 miliardi di dollari annui

riguardanti gli *hybrid mismatch arrangements*, così da non permettere alle società di dedurre un singolo componente negativo più di una volta; è necessario avvicinare e rafforzare sempre più i requisiti di sostanza economica e trasparenza d'informazione; è opportuno poi controllare il fenomeno del *treaty abuse*.

A dimostrazione di quanto affermato ad inizio paragrafo (ossia la partecipazione Europea in questa battaglia), prendiamo come riferimento la Direttiva antielusione – Direttiva UE 2016/1164, che contiene misure giuridicamente vincolanti per contrastare gli artifici più diffusi in tema di *base erosion and profit shifting*, così da rispettare il principio secondo cui le imposte debbano essere pagate dove i profitti vengono realizzati. Gli obiettivi fondamentali della Direttiva, facente parte del progetto iniziato dal pacchetto antielusione¹²³, risultano essere:

- Garanzia dell'effettiva tassazione all'interno dell'UE;
- Miglioramento della trasparenza fiscale;
- Assicurare condizioni di concorrenza migliori.

Al suo interno ci sono disposizioni riguardanti¹²⁴:

- la deducibilità degli interessi, nel dettaglio si stabilisce un limite d'importo che il contribuente ha la possibilità di dedurre per ogni esercizio fiscale¹²⁵.
- l'*exit tax*, una vera e propria “imposta d'uscita”, volta a prevenire gli artifici messi in atto dai contribuenti per ridurre il carico fiscale trasferendo la propria residenza (fiscale) e/o gli *assets* in un Paese con fiscalità privilegiata
- la clausola di *switch-over*, che ha lo scopo di prevenire l'erosione della base imponibile che si realizza qualora dei redditi esteri, esenti da imposta nel Paese da cui provengono, siano a loro volta esenti da tassazione anche nello Stato in cui confluiscono. Per contrastare tali pratiche la Commissione europea ha previsto che il contribuente paghi le imposte nel Paese estero e che, successivamente, gli venga riconosciuto un credito d'imposta.
- La norma generale antiabuso, proposta dalla Commissione per far fronte a tutti quegli schemi di pianificazione fiscale aggressiva che non si rispecchino in una norma antielusione specifica. I criteri di valutazioni che devono essere utilizzati sono quelli che verifichino la sussistenza di sostanza economica e valide ragioni commerciali.

¹²³ È un pacchetto di proposte contenente misure giuridicamente vincolanti che hanno il fine di dare un freno a quei metodi utilizzati per eludere il fisco. È composta da 5 parti, riassumibili così: una comunicazione sul pacchetto antielusione, dove vengono espone le motivazioni e gli obiettivi del progetto; la Direttiva antielusione 2016/1164/UE; raccomandazioni riguardanti l'attuazione di misure contro i *treaty abuse*; una revisione della direttiva sulla cooperazione amministrativa; una comunicazione riguardante una strategia esterna per un'imposizione effettiva. Nel 2017 ha subito una modifica nella parte inerente alla Direttiva antielusione, fissando come data ultima per il recepimento negli Stati membri entro il 1/1/2020. (consilium.europa 2017) <http://www.consilium.europa.eu/it/policies/anti-tax-avoidance-package/>

¹²⁴ Valente, Misure UE di contrasto all'elusione: prospettive future ed impatto per il regime tributario italiano 2016.

¹²⁵ L'importo deducibile sarà determinato sulla base del risultato lordo a cui verrà applicata una determinata percentuale.

- la disciplina CFC (*Controlled foreign Company*) sono volte a ri-attribuire i redditi, “teoricamente” prodotti dalla controllata estera, alla *holding*. Pratiche queste volte a contrastare l’attribuzione di redditi in capo ad una *branch* che si trovi in un Paese a fiscalità privilegiata
- gli strumenti ibridi, così da contrastare (in linea con quanto previsto dall’OCSE) le doppie deduzione realizzabili in diverse giurisdizioni. Per fa ciò viene suggerito che la qualifica attribuita a tale entità ibrida dallo Stato membro da cui proviene un pagamento, venga considerata (ai fini fiscali) dal secondo Stato coinvolto, così da evitare che la voce possa andare incontro ad una doppia non imposizione.¹²⁶

¹²⁶ Valente, Misure UE di contrasto all’elusione: prospettive future ed impatto per il regime tributario italiano 2016

CAPITOLO 2

TRANSFER PRICING NELLA NORMATIVA ITALIANA

2.1 Evoluzione della normativa del trasferimento di prezzo

Prima di analizzare la più recente normativa in materia di prezzi di trasferimento, è opportuno riassumere brevemente l'evoluzione storica della normativa di riferimento, evidenziando i punti cruciali che hanno portato alla redazione dell'attuale art.110 co.7 TUIR.

L'exkursus storico inizia dal 1877, in particolare con il Testo Unico nr. 4201 dello stesso anno, attraverso cui il legislatore ha voluto affrontare il tema della localizzazione del reddito non fondiario; seguito poi dal Decreto 1463/27 attraverso cui il legislatore affrontò il tema della tassazione di ricchezza mobile prodotta all'estero ed attribuibile ad una *branch* non residente. Il Decreto 1463/27 segna l'inizio di quello che in futuro sarebbe divenuto il criterio di ripartizione del reddito tra *holding* e *branch* (una residente, l'altra estera)¹²⁷. Con l'emanazione della Legge 1231/36 si intraprende per la prima volta la strada volta a determinare l'effettivo reddito prodotto sul territorio italiano da *branch* che abbiano acquistato materie prime o prodotti finiti ad un prezzo sproporzionato¹²⁸. Ad ampliare il campo d'azione della legge in argomento, ci pensò l'art.113 del D.p.r. 645/58¹²⁹ che assoggettava quindi a possibili rettifiche non più i soli acquisti di materie prime e prodotti finiti, bensì anche provvigioni, compartecipazione ad incassi e commissioni; anche se è bene sottolineare come il criterio di individuazione del valore normale (ora di libera concorrenza) risultasse ben lontano da una facile applicazione.

Successivamente ci si imbatte nel D.P.R 597/73, attraverso il quale vennero stabiliti criteri di collegamento (tra entità appartenenti a differenti giurisdizioni) più meticolosi; introdotto una definizione di valore normale di più facile utilizzo¹³⁰; stabilita la possibilità di rettificare il reddito delle società anche sul fronte dei ricavi (e non più solo sul fronte dei costi come era stabilito fino a tale momento)¹³¹.

¹²⁷ Restava tuttavia non specificato il criterio di determinazione del reddito prodotto dalle singole società.

¹²⁸ Nel dettaglio l'art. 17 recitava "nel reddito delle società anonime e in accomandita per azioni, che esplicano la loro attività nel regno per conto di società, ditte e associazioni estere, mercé la vendita o collocamento di materie prime, di manufatti e di merci in genere e la fabbricazione di prodotti, sono computate in attivo tutte le somme dalle medesime indebitamente caricate al passivo sotto forma di provvigioni, di compartecipazione agli incassi, di commissioni, di premi e simili".

¹²⁹ Intitolato "società italiane operanti per conto di società o ditte estere" che specificava quanto riportato: "nel reddito dei soggetti, che esplicano la loro attività nel territorio dello Stato per conto di società, ditte e associazioni estere, mediante la vendita e il collocamento di materie prime o di merci o mediante la fabbricazione di prodotti, sono computate anche le somme corrisposte alla società, ditta o associazione estera, sotto forma di maggiorazione dei prezzi delle materie prime, prodotti e merci o sotto forma di provvigioni, di compartecipazioni agli incassi, di commissioni, di premi e simili sempre che si tratti di pagamenti non soggetti alle disposizioni dall'art. 128".

¹³⁰ "Per valore normale si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per beni e servizi della stessa specie o similari, in condizione di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i corrispettivi e i proventi si considerano conseguiti e gli oneri e le spese si considerano sostenuti ai fini della determinazione del reddito, e in mancanza nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe dell'impresa che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini di borsa, tenendo conto degli sconti d'uso" art. 9 D.P.R 597/73 co.3

¹³¹ Si fa riferimento all'art 53, co. 5, lettera b) che ammetteva tra i redditi d'impresa anche quei ricavi dati dalla "differenza tra il valore normale dei beni e dei servizi e i corrispettivi delle cessioni e delle prestazioni effettuate a società, non aventi nel territorio dello Stato la sede legale o amministrativa né l'oggetto principale, che controllano direttamente o indirettamente l'impresa o che

In tale momento storico quindi, la disciplina del *transfer pricing* era applicata¹³² solamente a quelle operazioni intervenute tra una società estera e una italiana, dove la prima controllava (anche indirettamente) la seconda (o comunque fossero “imprese sorelle”). Con la successiva pubblicazione del Rapporto OCSE del '79 il legislatore italiano ha recepito, tramite l'inserimento di un nuovo comma nell'art.75¹³³ rubricato “Norme generali sulla valutazione”, attraverso il quale era previsto che “i componenti del reddito d'impresa derivanti da operazioni con soggetti non residenti che per i loro rapporti diretti o indiretti con l'impresa ne subiscono l'influenza dominante o dispongono di influenza dominante su di essa, sono valutati, se ne deriva aumento del reddito imponibile, in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati o dei beni e servizi ricevuti. La disposizione si applica anche quando l'impresa e il non residente sino sottoposti all'influenza dominante di uno stesso soggetto”.¹³⁴

È interessante sottolineare la “falla” che era presente nel sistema normativo di tale periodo, riscontrabile qualora una società italiana attuasce operazioni *cross border* con le sue sussidiarie estere. Infatti, in questo specifico caso tali operazioni erano esenti da rettifica;

Con l'introduzione del D.P.R. 917/1986 (Testo unico delle imposte sui redditi) viene introdotto l'art 76, successivamente inglobato dall'attuale art 110 co.7 del medesimo Testo unico. Con la riforma avviata dalla Delega fiscale – legge 23/2014, ed in particolare tramite il decreto attuativo¹³⁵ il legislatore ha sancito che quanto disposto dall'art.110 co.7 fosse applicabile alle sole operazioni tra imprese residenti e non, escludendo così da tali disposizioni il cd. *Transfer pricing* interno.

Un passo in avanti effettuato dal legislatore è riscontrabile considerando l'estensione dell'ambito soggettivo, passando da quanto previsto dalla circolare 32/1980¹³⁶ all'ambito in cui tale disciplina risulti applicabile anche qualora sia la società italiana a controllare la società estera.

Ultima modifica apportata al citato art. 110 co. 7 del TUIR è avvenuta tramite l'art. 59 della manovra correttiva 2017 – D.L. 50/2017 convertito dalla Legge n.96 del 21 giugno 2017, disponendo che il testo recitasse testuali parole: “I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono determinati con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili, se ne deriva un aumento del reddito. La medesima disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, secondo le modalità e alle condizioni di cui all'articolo 31-quater del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le linee guida per

ne sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa”. Mentre l'art. 56 si preoccupava di definire gli elementi negativi, sancendo che il costo di acquisto dei beni ceduti/servizi prestati alle società “è diminuito dell'eventuale eccedenza rispetto al valore normale”. Cavallaro, et al. 2016.

¹³² Si veda la circolare n.32 del ministero delle Finanze del 22/9/1980.

¹³³ Abrogando la lettera b) dell'art 53. Co.5

¹³⁴ Cavallaro, et al. 2016. Disciplina del Transfer Pricing in ambito comunitario ed OCSE.

¹³⁵ Si veda Dlgs 14 settembre 2015, n.147.

¹³⁶ Applicazione della disciplina alle sole operazioni praticate tra società non residenti che controllano un'impresa italiana.

l'applicazione del presente comma". Attraverso tale modifica il legislatore ha voluto sia introdurre il nuovo concetto di *arm's length principle* che ha sostituito il "valore normale"; sia ha voluto introdurre la disciplina relativa alle rettifiche in diminuzione, derivanti da rettifiche praticate in altri Paesi¹³⁷, estendendo tale procedura al caso in cui i controlli vengano effettuati nell'ambito di attività di cooperazione internazionale qualora i risultati siano condivisi da tutti gli Stati partecipanti.¹³⁸

Alla luce di quanto sopra riportato si evince una continua e calcata evoluzione della materia nel tempo, divenuta ancor più accentuata nell'attuale economia dei giorni nostri che intravede sfide ardue all'orizzonte (come l'economia digitale) trattate nel seguente capitolo.

2.2 Un blocco normativo all'avanguardia.

2.2.1 Prevenzione contro le doppie imposizioni

Nel tema degli strumenti presenti nella normativa italiana volti alla prevenzione e composizione delle controversie internazionali al fine di evitare problematiche relative alla doppia imposizione, richiamiamo i già citati *ruling* internazionali previsti dalle *transfer pricing guidelines* dell'OCSE.

Questi strumenti, che hanno il fine di creare collaborazione in campo fiscale sia tra Amministrazioni finanziarie e contribuenti, sia tra Amministrazioni finanziarie di diversi Stati, sono stati resi necessari dall'intensificarsi, sempre più pressante, di scambi e transazioni tra società appartenenti a gruppi multinazionali che, attraverso il perseguimento di politiche fiscali aggressive, realizzavano operazioni di *base erosion and profit shifting*.

Nel dettaglio, l'istituto del *ruling* è stato recepito nel nostro ordinamento tributario dall'art.8 del Dl. 269 del 30 settembre 2003, convertito poi in legge dalla 326 del 23 novembre 2003 e disciplinato dal Provvedimento del Direttore dell'agenzia delle Entrate del 23 luglio 2004 che lo definì come "una procedura che si svolge in contraddittorio con il contribuente e non si conclude con una pronuncia unilaterale dell'Amministrazione finanziaria, bensì con un accordo tra le parti avente ad oggetto operazioni complesse di carattere transnazionale". Da testuali parole, si evince come la definizione voglia identificare il *ruling* come una sorta di "speciale interpello", offrendo quindi l'opzione al contribuente di definire in maniera preventiva con l'Amministrazione finanziaria il trattamento fiscale di determinate componenti in capo all'impresa, concedendo quindi proprio a quest'ultima un vero e proprio strumento di pianificazione fiscale.¹³⁹

L'istituto di cui sopra, rispecchiando gli impegni presi dall'Italia con gli altri membri OCSE, propone un

¹³⁷ Si veda art. 31-quater del D.P.R. n.600/73

¹³⁸ Miele, et al. Bilancio e reddito d'impresa, 2018.

¹³⁹ Cavallaro, et al. 2016. Disciplina del Transfer Pricing in ambito comunitario ed OCSE.

modello affiancabile ai già citati APA (*Advanced Pricing agreements*), volto quindi ad individuare i criteri di determinazione dei prezzi di trasferimento, prima che le transazioni infragruppo vengano concluse, mediante accordi unilaterali, bilaterali o multilaterali tra le Amministrazioni finanziarie.

Ad abrogare in tempi relativamente recenti l'art. 8 del D.L. 269/2003, è stato il D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147, conosciuto anche come "Decreto sull'internazionalizzazione e la crescita delle imprese", che ha introdotto un nuovo strumento denominato "Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale" disciplinato dall'articolo 31-ter del Dpr 600/1973, contenente proprio una rinnovata disciplina ed architettura riguardante gli accordi che le imprese con attività internazionale possono stipulare con le Amministrazioni finanziarie. La modifica introdotta da tale provvedimento ha natura procedurale, il cui fine è stato quindi un maggior apporto di organicità alla disciplina del *ruling* ed il voler rendere più efficienti gli ulteriori strumenti già esistenti.¹⁴⁰

A dimostrazione di quanto sopra esposto, è opportuno sottolineare come tramite il Decreto in questione, si è superato (o per meglio dire ampliato) il previgente schema di *ruling* di standard internazionale¹⁴¹ che permetteva alle imprese di accedere alla procedura solo nei casi circoscritti delle definizioni di trasferimento di prezzi, degli interessi, dei dividendi e delle *royalties*, e che si concludeva con la stipula di un accordo vincolante¹⁴² tra fisco e contribuente. Successivamente alla stipula, l'accordo veniva inviato dall'Amministrazione finanziaria direttamente alle autorità fiscali competenti degli altri Stati ove il contribuente realizzasse operazioni con imprese o stabili organizzazioni lì residenti. La stipula dell'accordo andava quindi a limitare i poteri di accertamento del fisco alle sole operazioni che non erano oggetto del *ruling* sottoscritto. Con il nuovo art. 31-ter, il legislatore ha voluto introdurre ampliamenti nell'ambito di applicazione e dettare nuove regole inerenti alla durata e la vigenza degli accordi sottoscritti, prolungando quindi la validità dell'atto sino al quarto periodo di imposta successivo alla sottoscrizione. Inoltre, è stata introdotta la possibilità, sempre che ricorrano i requisiti e che i presupposti siano i medesimi, di ampliare la validità degli accordi stabiliti anche a periodi d'imposta precedenti attraverso il pagamento di imposte tramite dichiarazioni integrative o ravvedimenti operosi (in entrambi i casi evitando di incorrere in sanzioni pecuniarie).¹⁴³

Resta fermo quanto già previsto dalla previgente normativa in tema di controllo da parte degli organi ad esso predisposti; ossia la possibilità per questi ultimi di verificare il rispetto di quanto predisposto nell'accordo, potendo quindi esercitare i residui poteri di controllo ed accertamento nelle sole questioni diverse da quanto previsto dalla pianificazione del *ruling*.

A rendere operativo quanto riportato, è stato il provvedimento dell'agenzia delle Entrate n. 42295 del 21 marzo 2016, che ha quindi approvato le disposizioni attuative del nuovo interpello e reso applicabile l'articolo 31-ter. Ultima modifica subita dall'articolo in questione, risale all'anno 2017, nel particolare viene

¹⁴⁰ Cavallaro, et al. 2016. Disciplina del Transfer Pricing in ambito comunitario ed OCSE.

¹⁴¹ Di cui all'art. 8 del D.L. 30 settembre 2003 n. 269

¹⁴² Il vincolo si estendeva nel periodo d'imposta in cui l'accordo veniva sottoscritto e per i due periodi di imposta successivi.

¹⁴³ Mastromatteo e Santacroce 2015. Accordi preventivi per l'internazionalizzazione e interpello sui nuovi investimenti

annoverato l'art. 2, comma 1, lett. b) del decreto legislativo 15 marzo 2017 n.32, che ha abrogato il comma 4 relativo all'onere della comunicazione dell'accordo gravante sull'amministrazione finanziaria¹⁴⁴.

Scendendo nei dettagli degli accordi preventivi, verranno illustrati qui di seguito i requisiti soggettivi, l'oggetto dell'accordo, la validità temporale, la procedura con la sua relativa fase istruttoria e svolgimento. Come requisito soggettivo rileviamo come vengano ammesse alla procedura di *ruling* quelle imprese esercitanti attività internazionale, residenti nel territorio dello Stato e che, in alternativa o congiuntamente, si trovino, rispetto ad entità residenti, in una delle condizioni indicate nel co.7 dell'art 110 Tuir; in particolare, come già precedentemente specificato durante la trattazione dell'art. 110 Tuir, si fa riferimento alle società non residenti che, direttamente o indirettamente, controllano l'impresa, ne sono controllate, o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa residente¹⁴⁵ "al cui interno" contemporaneamente si rilevi la sussistenza di:

- Un fondo, capitale o patrimonio partecipato da soggetti non residenti; oppure che la società stessa partecipi a patrimoni, fondi o capitali di soggetti non residenti.
- Corrispettivi o percepimenti di dividendi, interessi, *royalties* o altri componenti reddituali da o verso soggetti non residenti.
- L'esercizio di un'attività attraverso una stabile organizzazione situata in uno Stato estero.¹⁴⁶

Questo genere di imprese, esercitanti attività internazionale, hanno facoltà di presentare istanza di interpello con riferimento a:

- Definizione preventiva mediante contraddittorio dei metodi di calcolo dei prezzi di trasferimento secondo il principio di libera concorrenza;
- Definizione preventiva sempre mediante contraddittorio dei valori in uscita o entrata nel caso di trasferimento della residenza da o verso l'estero;
- Una valutazione preventiva riferita alla sussistenza o meno dei requisiti per identificare una stabile organizzazione in un determinato territorio;
- L'applicazione di norme ad un caso concreto, con particolare riferimento a casi di attribuzione di utili o perdite a *branch* estera di un'impresa o ente residente, o viceversa, attribuzione di utili e perdite ad una *branch* residente di un'impresa non residente; o ancora nei casi di erogazione o percezione di dividendi, *royalties*, interessi o altri componenti reddituali da o verso soggetti non residenti.

¹⁴⁴ In particolare, il comma recitava "In base alla normativa comunitaria, l'Amministrazione finanziaria invia copia dell'accordo all'autorità fiscale competente degli Stati di residenza o di stabilimento delle imprese con le quali i contribuenti pongono in essere le relative operazioni."

¹⁴⁵ Con riferimento al termine "residente" si prende in esame l'art. 73, co. 3 del Tuir, secondo il quale si definiscono residenti quelle società/enti che per la maggior parte del periodo d'imposta rilevino nel territorio dello Stato: la sede legale, riscontrabile nell'atto costitutivo o statuto; la sede amministrativa, ossia dove realmente viene esercitata l'attività di gestione, desumibile da fatti concreti come possano essere l'esistenza di uffici amministrativi; l'oggetto principale dell'attività, ossia il *core business*, determinato sulla base della legge, quindi statuto o atto costitutivo, se presenti in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata o, in mancanza, in base all'attività effettivamente esercitata e riscontrabile nel territorio dello Stato.

¹⁴⁶ Cavallaro, et al. Transfer Pricing 2016

Considerando la validità temporale, si sottolinea come questa vada dal periodo d'imposta durante il quale gli accordi sono stati stipulati per proseguire poi nei successivi quattro, a patto che non sussistano mutamenti delle circostanze di fatto o di diritto prestabilite nella stipula dello stesso. Altro elemento già menzionato precedentemente è la possibile retroattività dell'accordo (c.d. "*roll-back*"), applicabile qualora:

- L'accordo sia successivo ad un precedente *ruling* con medesime caratteristiche, sottoscritto con Amministrazioni finanziarie di Stati esteri a seguito di procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni¹⁴⁷;
- Le circostanze prima richiamate, ossia quelle di fatto e di diritto, non siano mutate per uno o più periodi d'imposta precedenti a quello di stipula.

Al verificarsi di tali ipotesi, al contribuente è offerta l'opportunità di estendere quindi gli accordi sottoscritti per i periodi precedenti ivi considerati attraverso un adeguamento fiscale, che consiste nel ricorso agli istituti del ravvedimento operoso o alla presentazione di una dichiarazione integrativa, senza che questo comporti un gravame in capo al contribuente¹⁴⁸.

Stabilito quelli che sono i requisiti soggettivi e l'oggetto dell'accordo, procediamo analizzando la procedura, la quale deve essere avviata tramite la presentazione di un'istanza in carta libera¹⁴⁹, per mezzo raccomandata con avviso di ricevimento o con consegna diretta all'Ufficio o ancora tramite PEC. L'istanza, pena inammissibilità, dovrà contenere:

- Denominazione dell'impresa, sede legale, codice fiscale/ P.iva e comunicazione di eventuale domiciliatario nazionale presso il quale si fa richiesta di inoltrare le comunicazioni inerenti alla procedura;
- Indirizzo della stabile organizzazione italiana¹⁵⁰;
- Una chiara indicazione dell'oggetto dell'accordo con un'approssimativa descrizione degli elementi specifici richiesti;
- Un allegato che attesti il possesso dei requisiti per l'accesso alla procedura in questione;
- La firma del legale rappresentante o chi di competenza;
- Una breve descrizione delle operazioni effettuate tra le imprese facenti parte del gruppo, con specifico riferimento a beni o servizi oggetto delle operazioni;
- La specifica delle società non residenti con le quali le operazioni vengono concluse e le ragioni per cui tali società rientrerebbero tra i predisposti del co.7 art.110 Tuir;
- I criteri e metodi utilizzati per la determinazione del prezzo secondo il principio di libera concorrenza, con adeguata argomentazione sul perché tali scelte dovrebbero risultare appropriate.

¹⁴⁷ La retroattività non può essere posta anteriormente al periodo d'imposta in corso alla data di presentazione della prima istanza.

¹⁴⁸ Ai sensi dell'art.2, co.8, del DPR 322/1998

¹⁴⁹ Differenza rilevante se confrontata con gli altri Paesi, dove è previsto invece il pagamento di un prezzo per avviare l'attivazione della procedura.

¹⁵⁰ Qualora l'istanza venga presentata da un'impresa non residente.

Evento rilevante degli ultimi anni è il ricorso all'attività di "*pre-feeling*", con tale termine volendosi intendere il processo che consiste in un incontro tra contribuente (anche tramite procuratori o in forma anonima) e rappresentanti dell'Ufficio competente dove, proprio quest'ultimo, sbrigherà gli eventuali interrogativi, posti dal contribuente, attraverso chiarimenti ed indicazioni in merito alla procedura che il contribuente stesso è intenzionato ad intraprendere. La motivazione per cui tale procedura è aumentata negli ultimi anni è riscontrabile nel fatto che i contribuenti utilizzano il *pre-feeling* per ottenere informazioni di portata generale sul *ruling* e per valutare l'eventuale convenienza a procedere con l'attività di contraddittorio finalizzato alla conclusione di un accordo. Altri dati rilevanti, riscontrabili nel II bollettino dell'Agenzia delle Entrate¹⁵¹, è il numero di *pre-feeling* passato da 13 nel 2009, a ben 37 nel 2012, di cui mediamente l'80% viene effettuato con identità dichiarata; fatto ricollegabile alla plausibile fiducia che i contribuenti nutrono nella procedura di *ruling* e nelle Autorità competenti.

Di seguito si allega la tabella estrapolata dal II bollettino dell'Agenzia delle Entrate che suddivide i singoli *pre-feeling* per tipo di operazione, dove è riscontrabile come la maggior parte degli incontri ha come scopo ultimo informazioni sulle attività inerenti trasferimento di prezzi (che siano produzione, distribuzione o prestazione di servizi)¹⁵².

Tipologia di transazione	2009	2010	2011	2012	Totale
<i>Prezzi di trasferimento – Produzione</i>	3	5	8	5	21
<i>Prezzi di trasferimento – Distribuzione</i>	6	10	8	14	38
<i>Prezzi di trasferimento - Prestazione di servizi</i>	4	8	14	16	42
<i>Dividendi, interessi o royalties</i>	3	3	4	6	16
<i>Attribuzione di utili o perdite a stabile organizzazione</i>	1	3	1	2	7
<i>Cost sharing agreements</i>	1	3	1	0	5
<i>Business restructuring</i>	0	0	3	2	5
Totale *	18	32	39	45	134

¹⁵¹ L'analisi dei dati si ferma nell'anno 2012. Con la crescita esponenziale degli ultimi anni e la "rottura" dei confini nazionali, è ipotizzabile come nel futuro III bollettino dell'Agenzia delle Entrate i dati in analisi risulteranno ancor più marcati e rilevanti.

¹⁵² Si noti come il numero delle tipologie di transazioni riscontrabili in tabella sia maggiore rispetto al numero di *pre-feeling* tenutisi nel medesimo anno. Questa disomogeneità è dovuta al fatto che un singolo *pre-feeling* può avere ad oggetto singole e distinte operazioni.

Tabella illustrativa dell'oggetto dei *pre-feelings* effettuati dal 2009 al 2012.¹⁵³

Illustrata la parte “istruttoria” relativa al *pre-feeling*, passiamo al procedimento vero e proprio che l'istanza è tenuta a seguire.

Successivamente alla presentazione dell'istanza ed alla sua valutazione, questa potrà essere dichiarata:

- Ammissibile; l'esito verrà comunicato dall'Ufficio al soggetto istante, qualora entro 30 giorni dal suo ricevimento si è in presenza degli elementi previsti;
- Improcedibile; qualora entro 30 giorni dal suo ricevimento l'istante non procede con la presentazione di tutta la documentazione tale da permettere all'Ufficio di verificare le condizioni di sussistenza delle condizioni. In tal caso, l'Ufficio provvederà a comunicare all'istante l'improcedibilità della procedura, concedendo a quest'ultimo un termine non inferiore a 30 giorni per procedere con un'integrazione dell'istanza;
- Inammissibile; siamo nel caso in cui manchino completamente gli elementi richiesti ed il soggetto istante non ha avuto premura di integrare l'istanza da egli presentata o qualora, nonostante l'integrazione, la documentazione risulti essere non idonea per il proseguimento della procedura.

Prendendo ad ipotesi il caso di istanza ammissibile, sarà premura dell'Ufficio formulare un invito a comparire destinato all'istante, il cui scopo è verificare la veridicità e completezza delle informazioni fornite e definire i termini del procedimento in contraddittorio. Le successive attività svolte in contraddittorio tra le controparti saranno oggetto di apposita verbalizzazione, la cui copia verrà rilasciata all'istante. La procedura posta in essere ha un termine massimo per essere conclusa coincidente con i 180 giorni successivi al ricevimento dell'istanza. Durante tale periodo all'Agenzia delle Entrate è data facoltà di accedere e visionare le sedi e le attività dell'impresa e delle sue (se presenti) stabili organizzazioni, così da poter delineare direttamente un quadro che rispecchi la documentazione presentata dall'istante.

Passata la fase istruttoria, la procedura vede il perfezionamento tramite la sottoscrizione, da parte sia del rappresentante legale della parte istante (o chi di competenza) sia del responsabile dell'Ufficio, di un accordo dove verranno identificati gli elementi prestabiliti tramite istanza, i quali rimarranno “operativi” per il periodo d'imposta in corso più (al massimo) i successivi 4.¹⁵⁴

Eventi successivi all'accordo possono consistere in:

- Verifica degli accordi; consistente in un onere per l'impresa nello svolgere operazioni di collaborazione verso l'Ufficio dell'Agenzia delle Entrate. In particolare, consiste in una predisposizione periodica (o su richiesta) di documenti a titolo informativo; o ancora nell'obbligo di concedere all'Agenzia delle Entrate la possibilità di ispezionare documenti utili alla verifica della congruenza tra comportamento dell'impresa e accordi stipulati.

¹⁵³ Agenzia delle Entrate. Bollettino del Ruling di standard internazionali, II edizione 2013.

¹⁵⁴ Cavallaro, et al. Transfer pricing 2016.

- Violazione degli accordi, i quali possono essere di violazione totale o parziale. In tal caso l'Ufficio chiederà con atto motivato all'impresa di far pervenire, entro 30 giorni dalla data di comunicazione, idonea documentazione volta a spiegare l'operazione compiuta. Nel caso di esito negativo del controllo, l'accordo risulterà sciolto totalmente o parzialmente con decorrenza dalla data di efficacia originaria (risoluzione *ex-tunc*).
- Modifica dell'accordo; evento riscontrabile qualora si riscontri un mutamento delle condizioni di fatto o di diritto precedentemente accertate. L'Agenzia delle Entrate inviterà il contribuente in loco per un incontro, il cui esito darà vita ad un nuovo accordo o, in alternativa, alla sola perdita di efficacia del previgente. Tale procedimento deve vedersi concluso entro 180 giorni dal ricevimento dell'istanza.
- Rinnovo dell'accordo; perseguibile qualora un contribuente inoltri almeno 90 giorni prima della scadenza dell'accordo in vigore, un'istanza di rinnovo con medesime condizioni e modalità. La risposta dell'Ufficio dovrà essere comunicata al contribuente, con provvedimento motivato, almeno 15 giorni prima della scadenza dell'accordo in atto.

Volendo fare un quadro relativo allo sviluppo della normativa in tema di prevenzione contro le doppie imposizioni, è facile notare come il legislatore nazionale, d'accordo con le linee guida OCSE, ha cercato (ed i dati statistici dimostrano un parziale successo) di instaurare un rapporto tra contribuente ed Agenzia delle Entrate basato sulla collaborazione, con uno sguardo rivolto al futuro, alla trasparenza e soprattutto alla certezza del diritto. Fine di questo percorso è il voler superare la rigidità normativa anche grazie ai già citati "spontanei" obblighi del contribuente volti a deflazionare il contenzioso tributario (ravvedimenti operosi e dichiarazioni integrative) con fine collaborativo, così da evitare l'avvento della fase "patologica" dell'accertamento, onerosa tanto per il contribuente quanto per l'Amministrazione finanziaria. La predisposizione al dialogo così stabilita, anche tramite attività di *pre-feeling*, permette una condivisione di informazione volta ad anticipare ed evitare una prospettiva patologica di litigiosità.

2.2.2 Risoluzione dei conflitti derivanti da doppia imposizione

Prima di addentrarci nella risoluzione dei conflitti derivanti da doppia imposizione, è opportuno evidenziare nuovamente le condizioni che possono portare alla problematica in questione. Un caso frequente di conflitti derivanti da doppia imposizione si ha qualora ci si trovi di fronte a rettifiche di prezzi di trasferimento riguardanti operazioni infragruppo, effettuate da una delle Amministrazioni finanziarie appartenente ad uno Stato ove il contribuente opera. La natura della doppia tassazione è solitamente economica (il che vuol dire

sottoporre a tassazione una medesima base imponibile su differenti soggetti), fattispecie rilevabile qualora le rettifiche di prezzo afferiscono ad operazioni poste in essere fra entità distinte, residenti in differenti Paesi, ma appartenenti al medesimo gruppo. Non è raro però che la natura prettamente economica della doppia imposizione vada a contemplare anche una doppia imposizione in senso giuridico (ossia in capo al medesimo soggetto); caso riscontrabile qualora, ad esempio, “la rettifica riguardi una stabile organizzazione detassata nel Paese di residenza della casa madre¹⁵⁵, e derivi, in particolare, della rideterminazione delle componenti reddituali associate ai rapporti con la casa madre stessa (*internal dealing*)”¹⁵⁶.

A porre rimedio alla situazione precedentemente esposta, è intervenuto il Provvedimento dell’Agenzia delle Entrate¹⁵⁷ del 30 maggio 2018 che, completando il processo di riforma avviato dall’art.59 del D.l. n. 50/2017, ha portato all’introduzione dell’art. 31-quater del D.P.R. n. 600/1973. Quest’ultimo permette l’azionabilità di procedimenti volti a risolvere problemi di doppia imposizione internazionali causati da rettifiche di *transfer pricing* effettuati da Paesi terzi. In termini pratici, qualora uno Stato estero contesti una maggior base imponibile determinata sulla base di rivalutazioni di operazioni di *transfer pricing* infragruppo (ovviamente sottostando al criterio *arm’s length principle*), ci troveremo di fronte ad un *primary adjustment*; successivamente, secondo l’articolo in questione, a tale *primary adjustment* dovrà essere riconosciuto una corretta e coerente rettifica (*corresponding adjustment*), di pari ammontare (se meritevole) e di segno opposto, sul reddito imponibile del soggetto controparte della transazione accertata, residente nel diverso Stato.

Facendo un piccolo “balzo” nel tempo, in particolare soffermandoci anteriormente al D.l. n. 50/2017, sottolineiamo come l’art. 110, co.7 del Tuir prevedesse la fattispecie del *corresponding adjustment* esclusivamente come possibile esito di procedura MAP previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sottoscritte dall’Italia o, in caso di controversie tra soggetti comunitari, successivamente all’esito delle procedure attivate mediante “Convenzione arbitrale”¹⁵⁸. A seguito del citato D.l. n. 50/2017, il legislatore ha ampliato il campo d’azione dell’aggiustamento corrispondente, collocandolo inoltre in apposita disposizione *ad hoc* già menzionata precedentemente: art. 31-quater del D.p.r. n. 600/1973 che, pur ribadendo la precedente opzione di poter ricorrere alle MAP (che siano di stampo internazionale o secondo Convenzione), ha ampliato la possibilità di *corresponding adjustment* in linea con le più recenti linee guida OCSE. Tale decisione prende piede dalla nota situazione di stallo che la disciplina precedente creava, ritenuta infatti eccessivamente lenta e (nella maggior parte delle ipotesi) priva di “obbligo di risultato”¹⁵⁹. Grazie all’ampliamento sopra descritto, il legislatore ha voluto perseguire fondamentalmente due diversi

¹⁵⁵ Questo accade a causa dell’assenza di alterità soggettiva tra stabile organizzazione e casa madre, poiché la prima è per definizione risulta essere una mera *fictio* funzionale alla tassazione del reddito d’impresa nello Stato ove opera (plausibilmente diverso da quello ove la società madre risiede), quindi priva di propria soggettività giuridica.

¹⁵⁶ Formica e Lillo 2018. Transfer pricing e doppia imposizione: nuovi strumenti di risoluzione. Il Fisco

¹⁵⁷ Per approfondimenti si veda: Protocollo n. 108954, pubblicato il 30 maggio 2018

¹⁵⁸ Per ulteriori chiarimenti si faccia riferimento alla sezione 1.3.4 del medesimo elaborato.

¹⁵⁹ In questa sezione rientrano, nonostante la presenza di apposita commissione consultiva in assenza di reciproco accordo, anche le procedure derivanti da Convenzione arbitrale UE. Fatto dovuto all’estrema difficoltà di coordinamento presente tra gli Stati.

scopi: da una parte, ampliare le tutele dei contribuenti da condizioni di doppia imposizione; dall'altra ridurre massicciamente le procedure amichevoli¹⁶⁰.

Analizzando quindi l'art. 31-quater si delinea come sia prevista la rettifica in diminuzione a favore dell'impresa residente, conseguentemente ad un maggior reddito imponibile imputato derivante da contestazione per operazioni di *transfer pricing intercompany* subite da società estere a seguito di:

- Esecuzione degli accordi derivanti dalla conclusione delle procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni o “dalla Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate”¹⁶¹, con atto finale e dichiarazioni;
- Controlli derivanti da attività di *joint audit*, i cui risultati raggiunti siano condivisi dagli Stati partecipanti;¹⁶²
- Istanza aperta dal contribuente, preceduta da una rettifica in aumento definitiva che rispetti il principio di *arm's length* ed effettuata da uno Stato in cui vige una Convenzione attiva contro le doppie imposizioni sui redditi che consenta un adeguato scambio di informazioni.

La terza opzione, molto frequente nella pratica, è perseguibile attraverso uno specifico *iter* che vede in contraddittorio l'Agenzia delle Entrate con il contribuente che ha subito una variazione per lui “dannosa” in uno Stato estero. La procedura si apre tramite istanza del soggetto interessato che dovrà essere munito di determinati requisiti riscontrabili nel *primary adjustment* e scanditi da apposito provvedimento dell'Agenzia delle Entrate¹⁶³.

Per analizzare presupposti e contenuti dell'istanza, termini di attivazioni, valutazione dell'istanza e *iter* del procedimento, è opportuno far riferimento al già menzionato provvedimento dell'Agenzia delle Entrate che da attuazione all'art. 31-quater. Secondo il Provvedimento del 30 maggio 2018, quali requisiti soggettivi per l'accesso alla procedura vanno intesi i medesimi dettati per la disciplina del *transfer pricing* presente nel comma 7 dell'art. 110 Tuir più un'estensione comprendente imprese residenti operanti all'estero tramite stabile organizzazione¹⁶⁴.

Per quanto riguarda il presupposto oggettivo, il Provvedimento in questione si limita a richiamare il dettato

¹⁶⁰ Elemento questo riscontrabile anche nella lettura del D.l. n. 50/2017 che recita: “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”.

¹⁶¹ D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. Titolo IV, Art. 31-quater, co.1 lett. a)

¹⁶² Tale situazione, espressa nella lettera b) dell'art. 31-quater, è circoscritta ad un numero molto limitato di casi data l'ancora poco sviluppata “rete” di *joint audit*.

¹⁶³ Tale provvedimento (Protocollo n. 108954) ha fatto seguito alla bozza originaria successivamente modificata grazie al *Discussion Draft* posto in consultazione pubblica dal 21 febbraio al 21 marzo 2018.

¹⁶⁴ Tramite quest'ampliamento è stato permesso di accedere alla procedura prevista dall'art. 31-quater anche in caso di rettifiche riguardanti l'utile tassato all'estero dalle stabili organizzazioni ove precedentemente si era esercitata l'opzione di *branch exemption*.

previsto dal 31-quater del Dpr n.600/1973¹⁶⁵, ossia l' idoneità nel poter riconoscere un *corresponding adjustment* solo a seguito di un *primary adjustment* che risponda di tre requisiti:

- Sia definitivo;
- Sia stato effettuato secondo il principio di libera concorrenza;
- Derivi da uno Stato estero con cui vige un trattato fiscale che garantisce un idoneo scambio di informazioni.

In tema di contenuto, l'istanza deve essere munita di espressa richiesta di eliminazione della doppia imposizione derivante dalla rettifica in aumento apportata dallo Stato estero ed allegare i documenti, previsti dal Provvedimento, con annessa traduzione di cortesia in lingua italiana (o alternativamente in inglese) degli atti concernenti la variazione in aumento effettuata dallo Stato estero, così da valutare la bontà della rettifica in aumento e l'adeguatezza del principio di libera concorrenza utilizzato.¹⁶⁶

Inerentemente ai termini di attivazione, è opportuno fare un percorso parallelo con le MAP e, per avere le idee chiare su come la consultazione pubblica abbia influito sul Provvedimento finale, sottolineiamo come nella bozza originaria non era prevista una *dead line* per l'attivazione dell'*iter* 31-quater lettera c).

Successivamente alla consultazione pubblica, con il Provvedimento finale dell'Agenzia delle Entrate, si stabilì una *dead line* per l'attivazione dell'*iter* che coincidesse con il termine ultimo per l'attivazione delle MAP con il Paese estero nel quale l'istante ha subito la *primary adjustment*.¹⁶⁷ È interessante notare l'acuta osservazione a proposito della relazione tra MAP, rettifica definitiva e *dead line*; infatti, non erano sporadici casi in cui il contribuente, per ottenere un documento che attestasse la definitività della rettifica, dovesse attendere la conclusione delle MAP (che evidentemente potevano protrarsi oltre il limite di tempo sancito dalla *dead line*). Per ovviare a tale problematica, tramite Provvedimento è stata espressamente prevista la possibilità di avviare l'istanza ex art. 31-quater, lett. c), del Dpr n. 600/1973, anche in circostanze in cui le rettifiche non siano ancora divenute definitive¹⁶⁸. Il procedimento, nel caso in questione, rimarrà ovviamente in sospenso fino al momento in cui il *primary adjustment* non diventi definitivo ed il contribuente sia in grado, come previsto dal punto 4 del provvedimento, di "presentare certificazione rilasciata da parte dell'autorità fiscale estera ovvero documentazione idonea equivalente attestante la definitività della rettifica in aumento effettuata". Altro elemento degno di nota è la coordinazione, garantita dal Provvedimento, tra

¹⁶⁵ Anche se le poche righe dedicate ai requisiti oggettivi hanno fatto sollevare non poche perplessità riguardanti sia l'elemento "definitività", il cui significato dovrebbe essere attribuibile al medesimo termine presente nell'art. 165 del Tuir; sia al requisito di valutazione richiesto (*arm's length*), dove non è specificato se possa essere considerata valida una rettifica apportata senza utilizzare le linee guida OCSE ma che, in fin dei conti, risulti essere comunque in linea con queste; sia l'onere in capo al contribuente di dover consegnare la documentazione derivante dallo Stato che ha apportato una modifica in aumento.

¹⁶⁶ Formica e Lillo 2018. Transfer pricing e doppia imposizione: nuovi strumenti di risoluzione

¹⁶⁷ Tradotto in numeri, la *dead line* è stabilita a 3 anni, per i Paesi accomunati da Convenzione arbitrale UE; è stabilita invece al termine previsto dalle apposite Convenzioni contro le doppie imposizioni (generalmente 2 anni) per le MAP da trattato.

¹⁶⁸ In questa sezione è opportuno sottolineare come il Provvedimento sancisca, per questo genere di situazioni, che l'istanza debba indicare la fase in cui si trova la *primary adjustment* e le circostanze in atto secondo le quali l'istante prevede che la rettifica diventi definitiva.

MAP e procedura ex art. 31-quater, in quanto è prevista l'attivazione automatica delle MAP (comprese quelle di stampo europeo) con l'istanza di avvio della procedura delineata dall'art. 31-quater.¹⁶⁹

L'*iter* della procedura, sancito dal testo del Provvedimento, è scandito da due termini temporali:

- Il primo; stabilisce un termine di 30 giorni entro i quali l'Agenzia delle Entrate dichiara l'ammissibilità, l'improcedibilità o l'inammissibilità dell'istanza presentata;
- Il secondo; stabilisce la durata complessiva dell'*iter*, fissando il termine a 180 giorni entro i quali l'istanza, dopo essere stata esaminata, viene accolta (con le relative comunicazioni all'autorità fiscale estera delle rettifiche in diminuzione) o rigettata attraverso atto motivato. In caso di accoglimento la procedura si perfeziona con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate che dispone la variazione in diminuzione e ne dà comunicazione all'Agenzia delle Entrate così che questa provveda alle dovute formalità.

2.2.3 Stabile organizzazione ed “anti-fragmentation rule”. Il nuovo art. 162 T.U.I.R.

Punto cardine di questa parte di elaborato sarà la legge di bilancio per il 2018. È stata proprio quest'ultima¹⁷⁰, a rivoluzionare la disciplina sia della stabile organizzazione (argomento trattato in questo paragrafo), sia relativa alla tassazione sulle transazioni digitali (argomento che verrà invece trattato nel seguente capitolo).

Quindi oltrepassando le definizioni di “carattere comunitario”¹⁷¹, soffermiamo l'attenzione sull'art. 162 del Tuir e sulle recenti modifiche apportate dall'ultima legge di bilancio. Seguendo l'articolo in questione, per stabile organizzazione è intesa “una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato”¹⁷², al cui interno troviamo, oltre le “vecchie” disposizioni riguardanti sede di direzione, succursale, ufficio, officina, laboratorio e luoghi di estrazione di risorse naturali, una nuova area della *positive list* delineata dalla neo-introdotta lettera f-bis)¹⁷³ volto ad identificare come stabile organizzazione “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

Liburdi e Sironi 2018. Rettifiche in diminuzione derivanti dal transfer pricing. Il fisco, n.15.

¹⁷⁰ Dando attuazione alle nuove direttive pervenute dal Progetto BEPS (in particolare all'*Action 7*) ed allineandosi ai più recenti aggiornamenti del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni ed alla Convenzione Multilaterale OCSE.

¹⁷¹ Per cui si rimanda al capitolo precedente

¹⁷² Art. 162 co.1 Tuir

¹⁷³ L'introduzione di tale lettera è combinata con l'abrogazione del vecchio comma 5 del medesimo articolo, che escludeva dalla configurazione di stabile organizzazione qualsiasi titolo di “elaborati elettronici e relativi impianti ausiliari che consentono la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi”

stesso”¹⁷⁴. Tramite tale modifica, il legislatore ha voluto recepire ed allineare la normativa domestica all’*action 1* del progetto BEPS, configurando così un nuovo concetto di *nexus* volto ad identificare un’appropriata base imponibile nel difficile mondo della *digital economy*, cercando di captare quelle determinate situazioni in cui l’impresa svolga palesemente attività economica in un determinato Paese in modo regolare e continuativo grazie all’uso della tecnologia (e quindi in assenza di un requisito “fisico”).¹⁷⁵ La combinazione tra “individuazione di elementi tali da far supporre un’interazione significativa e continua con l’economia per mezzo della tecnologia web ed altri strumenti automatizzati” ed “indicatori di ricavo per transazioni in remoto” risulta di fondamentale importanza per la definizione di presenza economica significativa. Inoltre, in combinazione con quanto detto, dovranno essere analizzati ulteriori indicatori di carattere tecnico riconducibili ad esempio:

- Nome di dominio locale;
- Lingua utilizzata sulla piattaforma;
- Valuta utilizzata nell’esprimere i prezzi di beni e servizi;
- Numero di utenti attivi mensili (*Monthly Active Users – MAU*);
- Regolare conclusione di contratti online;
- Volume dati raccolto;

Proseguendo con il disposto dell’art. 162, si nota come i commi seguenti 4 – 7 che contengono una lista di fattispecie che non costituiscono stabile organizzazione (e relative deroghe), oltre a definizioni relative alla stabile organizzazione personale, siano stati tutti modificati dalla medesima legge di bilancio 2018. Il comma 4 riporta di pari passo quanto predisposto ante modifica, con unica eccezione riguardante le lettere e) ed f) in cui è stato chiarito come il carattere preparatorio o ausiliario debba essere riconoscibile in tutte le attività elencate al fine di non poter considerare stabile organizzazione una sede fissa di affari. Questo in linea con quanto predisposto nel successivo comma 4-bis, che esplica come “Le disposizione del comma 4 si applicano a condizione che le attività di cui alle lettere da a) a e) o, nei casi di cui alla lettera f), l’attività complessiva della sede fissa di affari siano di carattere preparatorio o ausiliario”. Quanto sopra riportato risulta in linea con la formulazione dell’opzione A dell’art. 13 della Convenzione Multilaterale BEPS, la quale sottolinea come l’attività inclusiva delineata nella *negative list* debba avere carattere meramente preparatorio od ausiliario.

Come anticipato nell’introduzione della lettera f-bis) del comma 4, il disposto del comma 5 viene stravolto passando ad essere da carattere di tipo “esclusivo” a carattere “inclusivo”, infatti nel “post legge di bilancio” tale comma va a delineare come non trovi applicazione quanto disposto nel comma 4 qualora la fattispecie riguardi una sede fissa di affari gestita o semplicemente utilizzata dall’impresa (o altra impresa ad essa

¹⁷⁴ Facilmente intuibile come la neo-introdotta categoria di stabile organizzazione risulterà molto utile in prospettiva futura per l’attribuzione di redditi a stabili organizzazioni facente parti della *digital economy*.

¹⁷⁵ Ferroni ,2018. Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS ed introduce la "continuativa presenza economica". Il fisco n. 7 , 2018

strettamente collegata) e che svolga attività sul territorio dello Stato rispecchiando quelli che sono i criteri di stabile organizzazione, tale che non risulti quindi essere parte di un processo ausiliario e preparatorio cadendo così nella fattispecie di “complesso unitario di operazioni d’impresa”.¹⁷⁶ Fine di questo comma è quello di dare applicazione alla c.d. *anti-fragmentation rule*, ossia il voler combattere lo schema attraverso il quale le imprese multinazionali, tramite la frammentazione di un *business* unitario in molteplici e singole operazioni, riesca ad eludere (grazie proprio a queste ultime) la fattispecie di stabile organizzazioni mediante il valore ausiliario e preparatorio attribuibile alle singole operazioni. A supporto del detto comma, il legislatore ha introdotto il neo 7-bis al fine di individuare i rapporti di correlazioni tali da far decadere la funzione ausiliaria e probatoria delle singole *units*. Nell’individuare tali rapporti, il legislatore precisa che “un soggetto è strettamente correlato ad un’impresa se, tenuto conto di tutti i fatti e di tutte le circostanze rilevanti, l’uno ha il controllo dell’altra ovvero entrambi sono controllati da uno stesso soggetto”¹⁷⁷. Volendo riepilogare quanto espresso dal comma 7-bis, possiamo concludere affermando come l’intento del legislatore è stato quello di evitare che la frammentazione artificiosa delle attività all’interno di un gruppo, tali da far ricadere le *units* in una delle ipotesi della *negative list*, possa apportare indebiti benefici alle multinazionali; la soluzione quindi prevede l’inserimento della regola che non permette l’esclusione delle attività di tipo preparatorio/ausiliario ove l’impresa estera, o impresa strettamente correlata, svolgano attività nello stesso Stato tali da costituire una stabile organizzazione per l’impresa estera (o l’impresa strettamente collegata); ovvero nel caso in cui la combinazione di tali attività preparatorie/ausiliari, nel loro complesso, risultino complementari e tali da superare la soglia prevista per essere caratterizzate di tipo preparatorie ed ausiliari.¹⁷⁸ Altra innovazione apportata dalla legge di bilancio 2018 è riscontrabile, nel solito art. 162 Tuir, nel comma 6. Tale innovazione riguarda il concetto di stabile organizzazione personale e la figura dell’agente dipendente ed indipendente. Nel dettaglio è chiarito che la presenza di un soggetto che abitualmente conclude, o si adopera al fine di concludere, contratti per un’impresa non residente (per conto di cui agisce), ricade nella configurazione di stabile organizzazione. In antitesi, si considera il successivo comma (n. 7) dove il legislatore configura la fattispecie di agente indipendente, ossia colui che agisce per conto di impresa non residente, ma nell’ambito della propria ordinaria attività¹⁷⁹.

Dopo aver delineato il nuovo esposto dell’art. 162 Tuir, è evidente come il legislatore, in linea con quanto previsto dalla Convenzione Multilaterale e dalle *Actions plan*, voglia stare la passo con i tempi e contrastare i fenomeni artificiosi di *fragmentation* sempre più frequenti tra le strategie di pianificazione fiscale dei gruppi internazionali. A tal scopo è evidente come nocciolo della questione dell’art. 162 Tuir, non sia più la mera identificazione in sé di stabile organizzazione, bensì il concentrarsi sulla possibile configurabilità di

¹⁷⁶ Ferroni 2018. Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la “continuativa presenza economica”

¹⁷⁷ Art. 162 co. 7-bis Tuir. La nozione di controllo a cui fa riferimento è la medesima dell’articolo 2359 del codice civile.

¹⁷⁸ Per approfondimenti si veda: (D. Avolio, La nuova definizione di stabile organizzazione 2018) La nuova definizione di stabile organizzazione. *Fiscalità internazionale* 2018.

¹⁷⁹ A patto che ovviamente tale soggetto non ricada nel concetto di stretta correlazione già esaminato precedentemente a proposito del comma 7-bis

nuove e complesse figure “virtuali” grazie al “requisito” di presenza economica significativa e continuativa dell’impresa.

Ultimo spunto del paragrafo, meritevole di essere citato sia per la sua recente introduzione sia per la sua affinità alla stabile organizzazione, è il regime della c.d. *branch exemption* dettato dall’art. 168-ter del Tuir introdotto nell’ordinamento nazionale dall’art. 14 del Decreto internazionalizzazione del 14 settembre 2015. La fattispecie in questo caso, riguarda le stabili organizzazioni estere di imprese residenti, verso le quali non vi è più il riconoscimento del credito d’imposta per i tributi assolti all’estero in via definitiva¹⁸⁰, bensì quello dell’esenzione. Volgendo ad una rapida descrizione del regime, è bene sottolineare come condizione necessaria affinché l’esenzione possa essere posta in essere, è che i redditi in questione vengano assoggettati direttamente nello Stato estero ad un prelievo ritenuto congruo dal nostro ordinamento¹⁸¹. Secondo una breve analisi dell’art. 168-ter del Tuir, si rileva come si parli di un regime:

- Opzionale, ossia è facoltà esclusiva della *holding* fare richiesta per l’accesso al regime in questione;
- Onnicomprensivo; stante a sottolineare come l’opzione vada a coinvolgere la totalità delle *branch* presenti e future assoggettabili all’impresa residente;
- Irreversibile; vale a dire che dal regime di *branch exemption* si potrà “estinguere” nel solo caso in cui non esistano più *branch* estere.

Delineate le caratteristiche, è bene evidenziare le conseguenze derivanti dall’esercizio dell’opzione; esse consistono nella basica applicazione di derivazione OCSE, secondo cui ogni singola *branch* debba essere fiscalmente equiparata ad una “*functionally separate entity*”. Nello specifico caso, il reddito della società madre sarà ottenuto per differenza decurtando dal reddito complessivo d’impresa l’imponibile delle stabili organizzazioni esenti.¹⁸²

¹⁸⁰ Criterio utilizzato fino al 2015

¹⁸¹ A tal fine risulta intuitivo come tale regime sia escluso nelle fattispecie in cui la *branch* sia collocata in territori con regime fiscale privilegiato, così come individuabili dall’art. 167 co. 4 Tuir.

¹⁸² Per maggiori informazioni, soprattutto in tema di criticità del regime in questione, si veda (Trettel 2018), Branch exemption senza segreti già dal 2016, grazie ad Assonime e Agenzia. Il fisco n. 8, 2018.

2.2.4 *Penalty protection*, idoneità della documentazione e CBCR

Riguardo la documentazione in materia di *transfer pricing*, si richiama quanto esposto nel capitolo precedente in tema di *Master file e Local file*, utilizzando tale paragrafo quindi per illustrare principalmente il regime della *penalty protection*, l'idoneità della documentazione presentata dal contribuente al fine di poter usufruire del regime su indicato, e l'implementazione del *Country by Country Reporting* all'interno del sistema normativo nazionale.

Riguardo al principio della *penalty protection*, non è altro che un regime premiale di disapplicazione delle sanzioni, attivabile qualora il contribuente fornisca all'Amministrazione finanziaria "idonea" (termine su cui ci soffermeremo in seguito) documentazione, tale da permettere proprio a quest'ultima di avere un giudizio concreto sulle *transfer pricing policies* adottate dal contribuente. Piccola parentesi, utile per informare chi legge circa le sanzioni da cui il contribuente si protegge, riguarda il D.lgs. n.471 del 18 dicembre 1997¹⁸³ che prevede all'art.1 co. 2, una sanzione amministrativa che oscilla tra il 90% ed il 180% dell'eventuale maggior imposta dovuta nel caso in cui, il contribuente, abbia dichiarato: un reddito imponibile inferiore, un'imposta inferiore, un credito superiore a quello spettante o indebite detrazioni d'imposta. È invece il D.lgs n. 741/1997 all'art. 1 co. 6, pervenuto a seguito della Risoluzione del Consiglio dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri UE sul Codice di condotta relativo alla documentazione sui prezzi di trasferimento per le imprese con sede nell'Unione Europea, a prevedere la disapplicazione delle sanzioni a seguito di rettifiche di *transfer pricing* ex art. 110, co. 7 Tuir. La disapplicazione delle sanzioni, come già anticipato, è prevista qualora nel corso delle attività di accesso, ispezione, verifica o altra attività istruttoria, il contribuente provveda alla consegna della documentazione all'Amministrazione finanziaria, indicata nel Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate, idonea ad individuare la conformità dei prezzi delle operazioni al principio di libera concorrenza.¹⁸⁴ Inoltre, è previsto che il contribuente assolva precedentemente un ulteriore obbligo, ossia dare adeguata comunicazione all'Amministrazione finanziaria di aver adempiuto a tutti gli oneri documentali secondo le modalità ed i termini previsti.

Inerentemente agli oneri documentali, l'Agenzia delle Entrate tramite Provvedimento¹⁸⁵, ha delineato nel comma 2 quali dovessero essere gli effettivi oneri documentali da rispettare per usufruire del regime di *penalty protection*. Il medesimo comma stabilisce che al fine di poter definire "idonea formalmente"¹⁸⁶ la documentazione, questa debba essere munita di diversi documenti in relazione alle sue caratteristiche, ossia:

- *Master file* e Documento nazionale (*Country file*), per le società con il carattere di *holding* o *sub-holding* di gruppi multinazionali;

¹⁸³ Modificato in ultimo dall'art. 15 del D.lgs n.158/2015

¹⁸⁴ Avolio e De Angelis, Documentazione sul transfer pricing e regime premiale per la *penalty protection*: casi controversi e possibili evoluzioni 2018.

¹⁸⁵ Provvedimento prot. N. 137654 del 29 settembre 2010.

¹⁸⁶ Si noti bene come il requisito "astratto" di idoneità, tanto dibattuto nel corso degli ultimi anni, è stato rivisto dal più recente D.M. del 14 maggio 2018 su cui a breve ci si soffermerà.

- Il solo Documento nazionale, se il soggetto in questione è un'impresa controllata appartenente ad un gruppo multinazionale.

All'interno dello stesso Provvedimento, si riscontrano i requisiti formali della struttura dei documenti ed i contenuti minimi previsti. È bene sottolineare che queste due caratteristiche non risultano essere sufficienti ai fini dell'idoneità poiché, cornice essenziale a tal fine, è che i contenuti informativi risultino completi e veritieri. Anzi, da un'accurata lettura del Provvedimento, è evidente come i requisiti di completezza e veridicità risultino essere ben più importanti della mole di contenuto, tant'è che è precisato, come omissioni o inesattezze parziali (tali da non pregiudicare l'analisi ovviamente), così come l'omissione degli allegati all'art. 2.2, non andranno direttamente a costituire causa ostativa all'applicazione del regime premiale. Tralasciando i contenuti del *Master file* e della Documentazione nazionale, comunque in linea con quanto descritto nel precedente capitolo¹⁸⁷, soffermiamo l'attenzione su ulteriori condizioni dettate dall'Agenzia delle Entrate nell'art. 8 del Provvedimento, ossia:

- L'obbligo di presentazione in lingua italiana sia per il *Master file* sia per la Documentazione nazionale; fatta salva comunque la possibilità di presentare il primo, relativo all'intero gruppo, in lingua inglese nel caso di *sub-holding*;
- La possibilità di inserire le informazioni relative alla Documentazione nazionale all'interno del *Master file*, ancorché venga rispettato il contenuto minimo prestabilito dal Provvedimento;
- L'obbligo di sottoscrizione da parte del legale rappresentate del contribuente (o da un suo delegato) per entrambi i documenti; fatta salva comunque la possibilità di autenticare i documenti tramite firma elettronica;
- La presentazione dei documenti deve essere effettuata in formato elettronico;
- La redazione della documentazione deve avvenire con cadenza annuale ed essere disponibile per ciascun periodo di imposta soggetto ad accertamento secondo le regole ordinarie.

Per quanto riguarda la consegna della documentazione, è previsto che essa debba avvenire entro, e non oltre, i 10 giorni successivi alla richiesta dei verificatori. Nel caso in cui invece venga richiesta documentazione supplementare, questa dovrà essere resa disponibile dal contribuente entro 7 giorni dalla richiesta (fatta salva la possibilità di prolungare tale periodo in caso la richiesta faccia riferimento a documentazione di difficile reperimento).

Detto ciò, per accedere al regime della *penalty protection*, sarà onere del contribuente comunicare all'Agenzia delle Entrate tale intenzione attestando di essere in possesso della completa documentazione necessaria, il tutto tramite presentazione della dichiarazione dei redditi annuale, barrando l'opportuna casella "possesso della documentazione" situata nel quadro RS del modello UNICO. Oltre questa opportunità, il

¹⁸⁷ Per ulteriori approfondimenti si veda il Provvedimento prot. 2010/137654 nella sezione 2.1 e 2.2

Provvedimento ammette “comunicazioni tardive” a patto che le stesse vengano trasmesse anteriormente agli accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative avviate dagli addetti ai controlli.

Passando al concetto di “idoneità”, un primo spunto è stato dato dalla circolare n.58/E/2010 che, dalle diverse problematiche riscontrate fino al successivo “aggiornamento”, è risultata essere poco chiara. Tale circolare introduceva il concetto di idoneità sottolineando come “[tale concetto] non va ricondotto al mero rispetto formale delle indicazioni previste dal Provvedimento, bensì a un’ottica più ampia e sostanzialistica, che premi l’attitudine della documentazione predisposta dal contribuente a fornire all’Amministrazione finanziaria i dati e gli elementi conoscitivi necessari ad effettuare una completa e approfondita analisi dei prezzi di trasferimento praticati”. Appare quindi evidente l’alto grado di discrezionalità che tale definizione ha lasciato trapelare durante tutti questi anni, tant’è che non sono rari casi in cui l’Amministrazione finanziaria non concordava sull’idoneità della documentazione contestando ad esempio l’analisi funzionale effettuata dal contribuente, o la scelta dei *comparables*, o ancora il metodo utilizzato per la determinazione del prezzo nelle operazioni di trasferimento.¹⁸⁸

Come anticipato, a riallineare la disciplina degli “oneri documentali” alle novità in materia di *transfer pricing* in ambito OCSE, è il D.M. del 14 maggio 2018 il quale stabilisce che le disposizioni relative alla documentazione in materia di *transfer pricing* vengano aggiornate tramite Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate così da allinearsi con le *best practices* internazionali. È proprio nell’art. 8 del D.M. del 14 maggio 2018 che si vuol ristabilire il criterio di “idoneità”, aggiornandolo con la seguente definizione: “la documentazione predisposta dal contribuente si considera idonea a consentire il riscontro della conformità al principio di libera concorrenza dei prezzi di trasferimento praticati nell’ambito delle operazioni di cui all’art. 110, comma 7 del Tuir [...] fermo restando che:

- a) La documentazione deve essere considerata idonea in tutti i casi in cui la stessa fornisca agli organi di controllo i dati e gli elementi conoscitivi necessari ad effettuare un’analisi dei prezzi di trasferimento praticati, a prescindere dalla circostanza che il metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento o la selezione delle operazioni o soggetti comparabili adottati dal contribuente risultino diversi da quelli individuati dall’Amministrazione finanziaria;
- b) La presenza nella medesima documentazione di omissioni o inesattezze parziali non suscettibili di compromettere l’analisi degli organi di controllo non può, in ogni caso, comportare l’inidoneità della stessa”¹⁸⁹

Che nell’ultimo periodo si sia intrapreso un sentiero volto verso questo orientamento è riscontrabile anche nella Commissione Tributaria regionale Lombardia, che in data 1 giugno 2017 si è pronunciata affermando che ciò che rileva al riguardo dell’idoneità “non è la correttezza dei prezzi di trasferimento indicati ma solo

¹⁸⁸ Avolio e De Angelis, Documentazione sul transfer pricing e regime premiale per la penalty protection: casi controversi e possibili evoluzioni 2018.

¹⁸⁹ D.M. 14 maggio 2018, art. 8

la messa a disposizione da parte della società, in favore dell'Ufficio, della documentazione utilizzata dalla verificata per conformarsi o meno ai valori medi richiesti dalla normativa per la determinazione del valore normale da applicare per le operazioni infragruppo; che, in sostanza, non può rilevare al fine che interessa in questa sede il fatto che l'Agenzia ritenga non comparabili le società utilizzate come *tested party* o la non correttezza del valore normale applicato dalla S.r.l., trattandosi di questioni attinenti solo alla contestata correttezza dei prezzi di trasferimento in concreto adottati”.

Sulla base di tali rilevazioni e tornando sull'art.8 del D.M. in questione, si sottolinea quindi come l'obiettivo sia proprio porre un freno alle casistiche dubbie, precisando come la documentazione possa essere considerata idonea qualora munisca gli organi di controllo di dati ed elementi conoscitivi tali da permettere, proprio a questi ultimi, un'analisi dei prezzi di trasferimento praticati all'interno del gruppo; a prescindere, si sottolinea, “dalla circostanza che il metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento o la selezione delle operazioni o soggetti comparabili adottati dal contribuente risultino diversi da quelli individuati dall'Amministrazione finanziaria”¹⁹⁰.

Altro documento degno di nota inserito in un periodo successivo rispetto ai due precedentemente descritti, è il *Country by Country Reporting*, già delineato nel capitolo 1¹⁹¹. Scopo di questa sezione è quello di delineare l'introduzione del *Country by Country Reporting* all'interno del sistema normativo italiano, considerando quali sono i requisiti formali, la motivazione per cui è stato introdotto e coloro che sono obbligati alla redazione.¹⁹²

Dal periodo d'imposta che vede come data iniziale il 1 gennaio 2016, secondo quanto disposto dal Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 28 novembre 2017, le società controllanti, residenti nel territorio dello Stato, in capo a cui risiede l'obbligo di redazione del bilancio consolidato ed aventi un fatturato consolidato (conseguito quindi dall'intero gruppo nel periodo d'imposta precedente) di almeno 750 milioni di euro, e che non siano a loro volta controllate da soggetti diversi da persone fisiche, dovranno trasmettere annualmente, presso l'Agenzia delle Entrate, un documento intitolato *Country by Country Reporting*. Scopo di questo documento è comunicare: l'ammontare dei ricavi ed utili lordi, delle imposte pagate e maturate, in combinazione con altri elementi indicatori di un'attività economica effettiva.¹⁹³ È bene sottolineare come nel co. 146 dell'art. 1, Legge n. 208/2015 è sancito come l'obbligo di redazione ricada anche in capo alle “società controllate, residenti nel territorio dello Stato [ovviamente italiano], nel caso in cui la società controllante che ha l'obbligo di redazione del bilancio consolidato sia residente in uno Stato che non ha introdotto l'obbligo di presentazione della rendicontazione Paese per Paese ovvero non ha in vigore con l'Italia un accordo che consenta lo scambio delle informazioni relative alla rendicontazione Paese per Paese ovvero è inadempiente all'obbligo di scambio delle informazioni relative alla rendicontazione Paese per Paese”.

¹⁹⁰ Avolio e Ravera 2018. Le nuove Linee Guida sui prezzi di trasferimento. Corriere tributario n.24, 2018.

¹⁹¹ Per ulteriori dettagli si veda cap.1 par. 3 “*The OECD Guidelines*”, nello specifico la sezione “*Documentation*”.

¹⁹² Per svolgere tale analisi utilizzeremo i dettati degli: Art. 1, co. 145 e 146, Legge n.208/2015; D.M. 23 febbraio 2016; provv. 28 novembre 2017 e provv. 11 dicembre 2017

¹⁹³ IPSOA 2018. Fisco

Volendo riepilogare brevemente il requisito strutturale del CBCR, possiamo sin da subito suddividerlo in tre fondamentali parti:

- La prima, contenete informazioni di tipo quantitativo, ossia dati numerici, espressioni di valori economico-finanziari, più una successiva parte contenente il numero dei dipendenti suddivisi secondo il Paese in cui sono presidiati;
- La seconda, contenete dati di tipo qualitativo, come la denominazione delle unità del gruppo e la descrizione delle principali attività svolte da esse;
- La terza invece, contiene informazioni definite “aggiuntive o esplicative” di quanto indicato nelle prime due sezioni (es. la fonte dei dati). Tanto per essere chiari potremmo accomunarla alla “nota integrativa” presente nei bilanci.

Tramite tale sintetica descrizione, è sin da subito evidente come lo scopo del documento è rappresentare una sintesi globale dell’intera *supply chain*, andando ad associare “l’indicazione del capitale investito e dei principali fattori produttivi al profilo funzionale delle varie unità del gruppo”¹⁹⁴. Altro elemento essenziale della riforma apportata, riguarda la trasmissione del CBCR, a livello internazionale, tra le varie Amministrazioni fiscali, senza che il contribuente sia parte del processo di scambio¹⁹⁵ pur comunque utilizzando con cautela i dati presenti nel documento¹⁹⁶.

Alla luce di quanto detto finora, è evidente la combinazione tra “trasparenza fiscale” e “*cooperative compliance*” che il legislatore (non solo nazionale) ha voluto perseguire, tant’è che nell’ultimo periodo sono trapelate indiscrezioni riguardanti l’opportunità di realizzare una *multilateral cooperative compliance* che andrebbe a collocarsi in un più ampio quadro di *cross-border transarency*¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Ferroni, Implementazione in Italia del Country by Country Reporting 2018.

¹⁹⁵ Differentemente invece per quanto concerne la trasmissione di *master file e country file*, dove è proprio il contribuente ad avere l’onere di presentazione per ogni Paese in cui opera.

¹⁹⁶ Per ulteriori dettagli in materia di utilizzo del documento da parte delle Amministrazioni finanziarie, si veda D.M. 23 febbraio 2017.

¹⁹⁷ A titolo esemplificativo si veda l’Accordo qualificante tra Autorità Competenti di Italia e USA del 27 settembre 2017, il quale prevede lo scambio automatico di informazioni relative al CBCR. Interessante a riguardo è la *voluntary filing* proposta per allineare le tempistiche differenti presenti tra i due Paesi, la quale però non sarà oggetto dell’elaborato e a cui si rimanda alla seguente fonte. <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/fiscalita-internazionale/country-country-reporting-le-novita-dell-agenzia-delle-entrate-ed-il-caso-usa>

2.2.5 Scelta dei “comparabili” e del “metodo” nelle operazioni di *transfer pricing*

In questa sezione, si andranno a delineare le linee guida dettate dal D.M. del 14 maggio 2018 per l'applicazione delle disposizioni previste dall'art. 110, comma 7 del Tuir. D.M. questo, reso necessario dalle recenti modifiche apportate proprio all'art. 110 del Tuir che ora fa espresso richiamo al “principio di libera concorrenza”¹⁹⁸ sul quale sono fondate le *guidelines* pubblicate dall'OCSE.

Caratteristiche che verranno successivamente analizzate sono: la comparabilità delle operazioni e la scelta del metodo opportuno.

Partendo dall'analisi dell'art.3 (Nozione di comparabilità) del su citato D.M., si evidenzia come lo stesso esponga che una transazione tra parti indipendenti possa essere considerata comparabile ad un'operazione controllata qualora non vi siano differenze tali da innalzare dubbi circa l'indicatore finanziario utilizzabile in funzione del metodo più appropriato. Continuando, il medesimo articolo prosegue evidenziando come pur in presenza delle differenze sopra indicate, la transazione potrà essere definita comparabile qualora risulti possibile attenuare i possibili effetti distorsivi attraverso degli aggiustamenti. Questa “finezza” dell'art. 3 risulta di fondamentale importanza per raggiungere lo scopo prefissato dalle *guidelines* OCSE, ossia ottenere un paniere di *comparables* che pur essendo limitato nel numero, risulti estremamente qualificato dal punto di vista qualitativo. È intuibile come la difficoltà del criterio “qualitativo” sia riscontrabile qualora l'attenzione passi dal mero profilo oggettivo della transazione “sotto imputazione”, all'analisi dei profili legati a caratteristiche soggettive e temporali dei comparabili.¹⁹⁹ Quanto ai profili temporali è opportuno definire quali sono i periodi standard da considerare per poter proseguire con l'analisi di comparabilità, fermo restando che le successive verifiche da parte delle Autorità fiscali debbano essere effettuate sulla base dei dati materialmente disponibili per l'impresa nel momento in cui l'operazione sottoposta a controllo è stata effettivamente posta in essere.

Altro fattore su cui l'analisi di comparabilità si focalizza riguarda “le caratteristiche economicamente rilevanti”, tali da poter evidenziare in modo accurato l'effettiva operazione oggetto di controllo, tra cui si riportano:

- Le funzioni svolte;
- Le circostanze economiche;
- Le strategie aziendali;
- Le consuetudini di settore.

Ossia dall'analisi di queste caratteristiche economicamente rilevanti si delinea una visione globale sulla catena del valore e, quindi, sulle modalità attraverso le quali il valore è generato all'interno del gruppo

¹⁹⁸ Che ha sostituito il precedente “valore normale”

¹⁹⁹ Con ciò si vuol far riferimento ad esempio alle dimensioni dell'impresa od alla natura del suo *business* internazionale; o a situazione di perdita che non siano non strutturali; aspetto questo che se riscontrato spinge le Autorità ad escludere automaticamente l'attendibilità dei *comparables*, il che produrrebbe risultati potenzialmente arbitrari, quindi non in linea con il principio di libera concorrenza.

multinazionale. Alla luce di quanto sopra esposto, risultante tutt'ora fin troppo teorico, si resta in attesa di ulteriori Provvedimenti da parte dell'Agenzia delle Entrate al fine di rendere la procedura di selezione dei *comparables* più concreta e con meno margine di discrezionalità.

Passando ad analizzare i metodi utilizzati per la determinazione delle operazioni di trasferimento di prezzi, si farà sempre riferimento al D.M. del 14 maggio 2018, il cui ruolo è stato semplicemente quello di sintetizzare quanto riportato nelle ultime linee guida approvate dal Consiglio dell'OCSE in data 10 luglio 2017²⁰⁰, sottolineando come debba essere applicato il metodo più appropriato alle circostanze dello specifico caso.

I principi affermati dal decreto in questione sono fondamentalmente due:

- Il primo, volto a riconoscere la piena possibilità che il contribuente ha di scegliere il metodo da lui ritenuto più opportuno, a condizione che questo risulti essere quello oggettivamente più idoneo²⁰¹.
- Il secondo invece prevede che l'impresa che abbia utilizzato un adeguato metodo di valutazione, in caso di accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria, subisca i controlli sulla base del metodo dall'impresa stessa prescelto.

Dettagli introdotti dal medesimo Decreto, giustificativi della prima caratteristica su espressa, è la sostituzione del termine “deve” con la locuzione “è preferibile”, riferita ovviamente alla scelta del metodo di valutazione. Attraverso tale semplice (ma non banale) modifica si è sancito il superamento della precedente gerarchia esistente tra metodi tradizionali e reddituali (ipotesi non coerente con gli standard internazionali), dove si vedevano i primi preferiti ai secondi. Nella normativa attuale quindi, è presente una semplice e non vincolante preferenza in situazioni di pari grado di affidabilità dei metodi tradizionali rispetto ai metodi reddituali ed in particolare del metodo del CUP rispetto a tutti gli altri metodi.

Altra sottolineatura apportata dal decreto riguarda l'ipotesi di c.d. aggregazione di operazioni, ossia le possibilità in cui è prevista una deroga all'obbligo di valutazione “operazione per operazione”, nel caso in cui due o più operazioni controllate risultino essere tra loro strettamente connesse o comunque in condizioni di delineare una funzione unitaria tale da non poter permettere una valutazione delle singole operazioni.

Di seguito il decreto supera un ulteriore ostacolo derivante dal valore da prendere come riferimento per ritenere il prezzo di un'operazione conforme al principio di libera concorrenza; nel dettaglio, grazie al co. 2 dell'art. 6, si supera il precedente vincolo del valore identificato dalla “mediana” stabilendo che un'operazione controllata possa considerarsi conclusa ad un prezzo in linea con il principio di libera concorrenza qualora il relativo indicatore finanziario risulti compreso nell'intervallo di valori espressione dell'applicazione del metodo più appropriato anche se, è bene sottolineare, restano “pesanti” interrogativi in merito all'eventuale valore che l'Amministrazione finanziaria debba attribuire a seguito di una rettifica di prezzi per operazioni da essa ritenute non in linea con il principio di libera concorrenza.

²⁰⁰ Di cui ampiamente trattato, e a cui si rimanda, nel capitolo 1.

²⁰¹ Tale frase risulta possedere non poca ambiguità. Al contribuente risulta essere lasciata “ampia” scelta nel metodo, purché quest'ultimo risulti essere “oggettivamente più idoneo”. Il termine “oggettivamente più idoneo” se considerato letteralmente dovrebbe lasciare tutt'altro che molta discrezionalità.

2.2.6 Trattamento degli *Intangibles* e HTVI.

Il tema dei beni immateriali risulta essere da diversi anni uno dei punti più ostici da affrontare a causa sia dell'elevata difficoltà riscontrata sia in tema di scelta dei *comparables*, sia per l'attribuzione degli effettivi rischi assunti e risorse utilizzate all'interno del gruppo. Come già anticipato nel capitolo 1, l'OCSE attraverso i suoi molteplici rapporti ha cercato più volte di delineare nel modo più efficiente ed efficace possibile i criteri per l'identificazione di tali fattori sulla base dei quali, successivamente, il legislatore italiano ha cercato di modellare una normativa congrua.

Nel 2015, e precisamente il 5 ottobre, con il "BEPS 2015 *Final Reports*" l'OCSE si pose l'obiettivo di "*Develop rules to prevent BEPS by moving intangibles among group members. This will involve: adopting a broad and clearly delineated definition of intangibles; ensuring that profits associated with the transfer and use of intangibles are appropriately allocated in accordance with (rather than divorced from) value creation; developing transfer pricing rules or special measures for transfers of hard-to-value intangibles; and updating the guidance on cost contribution arrangements*".

Sulla base di questi obiettivi, si è sottolineato come il punto chiave della questione risiedesse nel cercare l'effettivo contributo svolto dai singoli soggetti appartenenti al gruppo, così da determinarne una congrua remunerazione; contributo ricercato sulla base delle funzioni svolte, risorse impiegate e rischi assunti nelle fasi di sviluppo, mantenimento, sfruttamento e protezione del bene intangibile.

Al fine di poter determinare quanto sopra detto, è opportuno considerare i seguenti punti:

- Identificazione degli specifici *intangibles*;
- Delineare la proprietà legale del bene, il suo sviluppo, mantenimento e protezione;
- La natura della transazione avente ad oggetto il bene intangibile ed il suo contributo alla creazione del valore.²⁰²

Prima di addentrarci nelle attuali disposizioni italiane, è opportuno definire il concetto di *intangibles* secondo i più recenti sviluppi della disciplina. Innanzitutto, è importante ricordare come per bene immateriale è inteso qualsiasi bene che non ricada nella definizione di *asset* fisico o finanziario, ma che contemporaneamente possa essere controllato per attività commerciali. Al fine di una più facile identificazione, viene stilata una lista volta a delineare il perimetro della materia, e quindi:

- Non sono necessariamente beni aventi un'esposizione contabile nei libri sociali;
- Non necessitano obbligatoriamente di contratti o altre forme di protezione ai fini del *transfer pricing*;
- Esistono alcuni *intangibles* che possono essere trasferiti anche separatamente dagli *assets*;

²⁰² Gentile e Niccolo, http://novitafiscali.supsi.ch/494/1/Gentile_niccolo_Transfer%20pricing%20dei%20beni%20immateriali.pdf

- È importante identificare le condizioni di mercato o determinate circostanze tali da non permettere un “possesso o controllo” necessario al fine dell’identificazione di un *intangibles*.

Delineata la definizione di bene immateriale, vengono poi poste sotto la lente di ingrandimento ulteriori fattispecie volte ad analizzare le transazioni riguardanti *intangibles*, tra cui:

- L’identificazione della proprietà legale del bene sulla base delle condizioni contrattuali (registrazioni, licenze o qualsiasi altro contratto riguardante la proprietà legale);
- Scandire l’analisi funzionale, e quindi le parti che si adoperano nelle funzioni, le risorse impiegate ed i rischi assunti da ognuno, il lavoro svolto in termini di *DEMPE*²⁰³
- La congruenza tra rapporti e termini contrattuali esistenti tra le parti, attraverso l’analisi funzionale (*substance over form*);
- L’identificazione delle transazioni inerenti ai fattori *DEMPE*, considerando contratti e rapporti esistenti tra le parti;
- L’identificazione, se riscontrabile, delle transazioni corrispondenti alle retribuzioni di ogni soggetto che ha svolto una delle suddette funzioni, secondo il principio di libera concorrenza;

Volendo riassumere quindi il criterio secondo cui un soggetto debba essere remunerato, si deve far riferimento all’assunzione del rischio, volendo intendere con tale termine l’effetto dell’incertezza sugli obiettivi prefissati e sui risultati attesi. L’attribuzione dei rischi in capo ad un soggetto prescinde dalla mera formalità, infatti è previsto che il soggetto in questione abbia un effettivo controllo del rischio ed un’evidente capacità finanziaria per affrontarlo²⁰⁴.

Nel quadro normativo italiano, il legislatore, in linea con lo sviluppo dell’economia mondiale basata sui beni immateriali e le relative problematiche di pianificazione fiscale aggressiva ad essa collegate, dal 30 luglio 2015 ha previsto la possibilità di applicare un regime opzionale di tassazione per i redditi derivanti proprio da questi ultimi. Il regime opzionale in questione è il Patent Box, la cui ultima modifica è stata apportata dal Decreto “Patent Box” del 28 novembre 2017 che qui di seguito delinearemo nei suoi punti chiave.

Con il Decreto in questione, il Ministero dell’Economia e dello Sviluppo economico ha voluto emanare disposizioni di attuazione che sostituissero quelle del D.M. 20 luglio 2015 nella loro totalità. Le novità fondamentali sono riscontrabili nelle modifiche apportate agli artt. 6, 8, 13 e 14; dovute dalla necessità di adeguarsi all’eliminazione, da parte dell’art. 56 del D.L. n.50/2017, dei marchi di impresa dall’elenco degli intangibili ammessi al regime. All’art. 1 del Decreto “Patent Box” è definito l’ambito di applicazione, specificando come si possa accedere al regime opzionale di tassazione per quei redditi provenienti “dall’utilizzo di software protetto da copyright, da brevetti industriali, da disegni e modelli, nonché da

²⁰³ Per l’analisi *DEMPE* si rimanda al capitolo 1 nell’apposita sezione dedicata agli *intangibles*.

²⁰⁴ Questo in linea con le Action 8-10 del progetto BEPS, secondo cui per controllo del rischio si intende la capacità di prendere decisioni per assumere, autorizzare o rifiutare l’accolto del rischio stesso, così come la capacità di far fronte ad eventuali risultati negativi derivanti dal medesimo.

processi, formule e informazioni relativi a esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili”²⁰⁵.

I soggetti, possibili beneficiari del regime opzionale, sono tutti quei titolari di reddito d’impresa, individuabili in una serie di punti all’art. 2 la cui condizione (imprescindibile) è che questi esercitino attività di R&S, illustrata nell’art. 8²⁰⁶, internamente o mediante contratti di ricerca stipulati con società diverse da quelle che direttamente o indirettamente controllano l’impresa. Nel successivo art. 3 il Decreto prevede l’esclusione per determinate società, tra cui quelle assoggettate a procedure: fallimentari, di liquidazione coatta o amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. La tassazione agevolata in questione, è applicabile ai redditi derivanti dall’uso (diretto o indiretto) di:

- Software protetto da copyright;
- Brevetti industriali;
- Disegni e modelli, giuridicamente tutelabili;
- Processi, formule o informazioni relative ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico che siano comunque giuridicamente tutelabili;
- “L’utilizzo congiunto di due o più beni immateriali, collegati tra loro da un vincolo di complementarità ai fini della realizzazione di un prodotto o di una famiglia di prodotti o di un processo o di un gruppo di processi”²⁰⁷.

Per quanto riguarda l’agevolazione, essa consiste in una detassazione dei redditi provenienti dall’utilizzo di detti beni immateriali per un ammontare pari al 50% del reddito complessivo²⁰⁸. L’opzione dovrà essere esercitata nella dichiarazione dei redditi relativa al primo periodo d’imposta per il quale si intende optare per tale regime, sarà valida per i successivi 5 periodi d’imposta e sarà irrevocabile e rinnovabile. Il calcolo dell’effettivo beneficio in termini pratici si articola in due distinte fasi. Nella prima, si andrà ad identificare la quota di reddito attribuibile all’utilizzo del bene immateriale calcolabile in due differenti modi a seconda se l’utilizzo del bene immateriale avvenga in maniera indiretta o diretta. Nella prima ipotesi, quando il bene è dato in concessione di utilizzo a terzi, il reddito sarà individuabile dalla sommatoria dei canoni derivanti dalla concessione del bene al netto degli eventuali costi fiscalmente rilevanti; nella seconda ipotesi invece,

²⁰⁵ Come anticipato i redditi derivanti da marchi non sono più ammessi al regime opzionale del Patent Box anche se il medesimo decreto delinea un preciso regime transitorio per quelle opzioni esercitate nei primi due esercizi successivi a quello del 31 dicembre 2014. Per approfondimenti su tale argomento si rimanda a “Il fisco n. 1 del 2018. Il Decreto Patent Box si allinea alle prescrizioni dell’OCSE.”

²⁰⁶ Vengono intese come attività di ricerca e sviluppo quelle attività volte allo sviluppo, mantenimento o crescita del valore dei beni immateriali, che da uno sguardo all’art. 8 possono essere:

- La ricerca fondamentale; a titolo esemplificativo possono essere considerati tali lavori sperimentali o teorici svolti per acquisire nuove conoscenze;
- La ricerca applicata, lo sviluppo sperimentale e competitivo;
- Il design, inteso come attività di ideazione, progettazione e sviluppo di prodotti, incluso l’aspetto esteriore;
- L’ideazione e la realizzazione di software protetto da copyright;
- Le ricerche preventive, i test e gli studi finalizzati anche all’adozione di sistemi di contraffazione.

²⁰⁷ Mambrin 2018. <https://www.danea.it/blog/patent-box-come-funziona/>

²⁰⁸ Che scende al 30% per il periodo 2015 e 40% per il periodo 2016.

sarà necessario identificare il reale contributo economico che il bene immateriale abbia apportato al reddito complessivo dell'impresa, individuabile quest'ultimo attraverso la procedura di *ruling* che consiste (come abbiamo già visto) in una preventiva determinazione in contraddittorio con l'Agenzia delle Entrate dell'ammontare dei componenti positivi di reddito e dei criteri per l'individuazione degli affini componenti negativi. Nella successiva fase sarà necessario calcolare la quota di reddito agevolabile su cui verrà successivamente applicata la detassazione. Tale quota deriva dal rapporto tra: 1) i costi di attività di R&S, sostenuti per il mantenimento, accrescimento e sviluppo del bene, rilevanti ai fini fiscali e 2) i costi complessivi, sempre rilevanti ai fini fiscali, sostenuti per la produzione di tale bene.

Venendo invece ad uno dei più recenti documenti rilasciati dall'OCSE in materia di *intangibles*, annoveriamo lo scritto "*Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles*", rilasciato, come anticipato dal suo titolo, proprio per dettare linee guida in aiuto alle amministrazioni fiscali in materia di *Hard To Value Intangibles* (da ora HTVI); ossia beni immateriali la cui valutazione risulta di estrema difficoltà a causa dell'elevata asimmetria informativa tra le Amministrazioni fiscali ed il contribuente. Per ovviare a tale difficoltà dovuta al consistente tempo che intercorre tra il momento in cui viene posta in essere l'operazione incriminata, ed il tempo in cui l'Amministrazione finanziaria procede con l'ispezione, il documento presentato dall'OCSE autorizza i soggetti predisposti al controllo ad utilizzare i risultati *ex post* come elemento di prova dell'adeguatezza dei prezzi prefissati *ex ante*, tenendo comunque conto delle informazioni che il contribuente possedeva al momento dell'operazione e contemporaneamente ipotizzando quale sarebbe stato il comportamento seguito in medesime condizioni da imprese indipendenti.²⁰⁹ Per rendere agevole tale percorso alle Amministrazioni fiscali, l'OCSE ha previsto, alla fine del documento, una sezione dedicata a diversi esempi che illustrano casi pratici dove viene applicato il metodo HTVI per analizzare determinate operazioni di *transfer pricing* al fine di effettuare rettifiche in aumento o diminuzione assumendo, come punto di partenza proprio il risultato *ex post*.

²⁰⁹ OECD, guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-To-Value Intangibles - BEPS Actions 8-10 2018.

CAPITOLO 3

LA NEW ECONOMY ED I RAPPORTI CON IL TRANSFER PRICING

3.1 Nozioni generali sulla “New Economy”. Cos’è e quanto vale.

Nell’ultimo decennio, ed in particolare negli ultimi anni, l’economia cui eravamo abituati ad osservare e studiare, e sulla quale i vari legislatori mondiali plasmavano le leggi al fine di garantire una corretta allocazione del gettito fiscale in proporzione del reddito prodotto in un determinato Paese, ha palesemente cambiato volto e marcia. Questo rapido e crescente cambiamento è dovuto alla digitalizzazione, intesa come processo di diffusione di una tecnologia multiuso, il cui impatto rivoluzionario nella vita reale (tanto per rendere l’idea) è stato paragonato al fenomeno dell’elettrificazione.²¹⁰

L’economia digitale, su cui tale parte dell’elaborato si concentrerà, è basata sulle tecnologie informatiche tramite le quali le nuove attività economiche, grazie anche all’avvento della digitalizzazione all’interno della vita comune tramite *smartphone*, *tablet* e qualsiasi altro dispositivo munito di connessione, si sono sviluppate; a titolo esemplificativo, utile ai fini dell’elaborato, consideriamo all’interno della *digital economy* il settore dell’*e-commerce*²¹¹ e dei servizi digitali. Grazie a questa *new-economy* si può affermare come il processo di globalizzazione abbia avuto una spinta “propulsiva” grazie alla riduzione degli “spazi” presenti tra consumatore e prodotto, all’incremento della mobilità, alla mole di dati a disposizione (utili ad esempio per un’efficiente *customer satisfaction*), alla creazione ed innovazione di imprese ed opportunità di lavoro, all’espansione dei mercati e tanto altro ancora. Utile ai fini dell’elaborato, è l’identificazione dettagliata del commercio elettronico, ossia:

- Svolgimento di attività commerciali per via elettronica;
- Basato su elaborazione e trasmissione di dati;
- Capace di comprendere una mole di attività eterogenea, che spaziano dalla classica merce ad operazioni di trasferimento fondi effettuati per mezzo elettronico;
- Può riguardare prodotti, servizi tradizionali o nuovi tipi di attività.

Concepire quanto questo nuovo mondo fosse pieno di potenziale non fu difficile, tant’è che già dalla fine dello scorso millennio, quotidiani economici, riviste specializzate ed istituti di ricerca, pubblicarono dati attestanti l’elevata crescita che accompagnava l’economia digitale. Con il passare degli anni la crescita non diede cenni di arresto anzi, passò da fenomeno di “moda” a veicolo economico come lo conosciamo adesso, dando vita ad un elevato numero di siti commerciali.²¹²

²¹⁰ Relazione finale del Gruppo di esperti di alto livello della Commissione europea sulla tassazione dell’economia digitale, maggio 2014.

²¹¹ È una nuova frontiera di commercio, presente nella nostra vita quotidiana ormai da diversi anni, che comprende la molteplicità di transazioni effettuabili per via telematica, relative alla cessione di bene o prestazione di servizi.

²¹² Taylor, P. “Internet provides a new market impetus”, *Financial Times*, 14 agosto 1999.

Sin da allora le stime parlavano di crescite mai viste prima, prevedendo un passaggio dai 5 miliardi di dollari del 1995 a 300 miliardi di dollari nel 2001; stime queste addirittura superate perché, come anticipato, l'*e-commerce* non fu visto come un semplice modo di vendere, ma divenne una vera e propria modalità di “stare sul mercato” come dimostra la storia del colosso *Dell Computer*, nata da un investimento di soli 1000 dollari da parte di Michael Dell, il cui *core business* risiedeva nel vendere, esclusivamente per via telefonica ed on-line, pezzi di computer da assemblare.²¹³ Superfluo raccontare del proseguito della storia del colosso Dell; unica cosa che sottolineiamo sono le astronomiche cifre riferibili al fatturato attribuibile al corretto uso che la società fece del commercio elettronico.

Gli ulteriori vantaggi offerti dall'*e-commerce*, oltre ai già citati, rispetto ai tradizionali metodi di vendita sono:

- L'elevata mobilità di intangibili, di utenti e delle funzioni di *business*, il minor bisogno di personale per lo svolgimento di determinate funzioni;
- La fiducia nei dati, incluso quello dei “*big data*”;
- L'uso di modelli di *business* multidirezionali, la cui ossatura si sta definendo attorno alla *Customer experience* (Cx);
- Lo sviluppo di oligopoli o monopoli in determinati modelli di business, basandosi sugli effetti del *network*;
- La scarsa presenza di barriere all'entrata che porta ad un'elevata volatilità e la presenza di una tecnologia in rapido mutamento.²¹⁴

Volendo fare un'analisi globale del mercato in questione, da uno sguardo ai dati resi noti da *E-commerce Europe* risulta come la medaglia del primo posto nell'anno 2013 venga attribuita agli USA con 315,4 miliardi di euro con a seguito Cina (247 miliardi), UK (107 miliardi), Giappone e Germania (63.400 milioni) e Francia (51.100 milioni). Già nel 2013 si superò l'asticella dei mille miliardi di dollari attribuibili a vendite *on-line* del solo settore B2C dell'*e-commerce*. Con il passare degli anni, come intuibile, le cifre in questione sono lievitate a dismisura facendo misurare nell'anno in corso un “*value of Digital Economy*” di 12.9 trilioni di dollari sul quale la società cinese Huawei ha commentato affermando di credere che grazie all'intelligenza artificiale (AI) non sarebbe sorpresa se entro il 2025 tale valore possa accostarsi sui 23 trilioni di dollari.

²¹³ Valente, Economia digitale e commercio elettronico 2015.

²¹⁴ Valente, Economia digitale e commercio elettronico 2015

3.2 Le problematiche fiscali riscontrate nell'applicazione della normativa alla *Digital Economy*.

Come introdotto nel precedente paragrafo, la *Digital Economy* è passata ad essere da pura teoria dei decenni precedenti a concreta realtà dei giorni d'oggi. Fattore riscontrabile anche nella sempre più agguerrita pianificazione fiscale che le imprese multinazionali, operanti nel detto settore, sono accusate di porre in essere dai diversi Governi nazionali che affermano come queste, a fronte dei loro imponenti redditi, non paghino “*the fair share of taxes*” nei Paesi in cui operano. Secondo la stragrande maggioranza degli organismi sovranazionali (tra cui OCSE ed UE situati in “prima linea”) le attuali norme di fiscalità internazionale attualmente in vigore non sono adatte all'attuale sistema economico, in particolare se considerata la loro applicazione all'economia digitale caratterizzata da una natura “globale ed intangibile”. Uno dei problemi fondamentali che nei prossimi paragrafi affronteremo sarà la difficoltà di collegare una determinata transazione ad un determinato territorio; elemento questo imprescindibile se si fa riferimento alla *ratio* che caratterizza il collegamento tra reddito prodotto e tasse dovute, finora discusso, basato su due elementi: residenza del contribuente e fonte del reddito. Altro elemento di difficile interpretazione è riscontrabile nella c.d. qualificazione del reddito, intesa come il corretto inquadramento di un eventuale reddito in una delle categorie previste dalle Convenzioni²¹⁵. Risulta evidente come collegare il reddito generato da attività di commercio elettronico ad una delle categorie esistenti sfocia in una forzatura spesso neanche perseguibile, lasciando spazio ai famosi artifici di *base erosion and profit shifting*.

In linea di massima potremmo riassumere i problemi che le nuove norme dovranno affrontare in tre caratteristiche presenti nell'economia digitale:

- La sua a-territorialità, poiché come sottolineato la sua formazione e sviluppo non ha elementi tangibili di collegamento con il territorio in cui viene creata ricchezza;
- La sua transnazionalità, caratteristica data dalla facilità con cui gli operatori riescono a varcare i confini degli Stati con il semplice utilizzo di tecnologia;
- La sua dematerializzazione, dato che molti prodotti della *digital economy* sono rappresentati da beni non inclusi in supporti materiali, come *software*, musica, video, app etc.
- La sua elevata volatilità dovuta al continuo e rapido mutamento.

Problema fondamentale da sottolineare, poiché rappresenta il reale ostacolo che gli Stati dovranno superare, è il *disalign* tra luogo dello stabilimento dei fattori produttivi e luogo ove questi verranno consumati dal cliente finale, *ratio* questa indispensabile al fine di poter individuare correttamente la giurisdizione, in cui si crea valore, la quale ha diritto ad esercitare la sovranità tributaria. Non è azzardato quindi affermare che se da una parte c'è la crescente ed inarrestabile evoluzione dell'economia digitale, dall'altra c'è una crisi dei

²¹⁵ Un reddito può essere inquadrato come: reddito d'impresa, dividendo, interessi, royalties ecc.

concetti tradizionali di residenza e stabile organizzazione che permette alle imprese “dematerializzate” di evitare una *taxable presence* nel territorio dello Stato dove la società è attiva e produce ricchezza.²¹⁶

Qui di seguito riporteremo alcuni esempi pratici per delineare i *business models* dell’economia digitale e come questi riescano ad eludere il carico fiscale in un determinato Stato, così da passare successivamente ad analizzare quali sono state le contromisure prese da diversi Stati per reagire a tali pratiche elusive.

I modelli che andremo ad analizzare sono:

- Il *physical e-commerce*
- Il *digital e-commerce*
- Ed il *multi-dimensional model*²¹⁷

Il primo è il modello più semplice e vicino ai metodi più tradizionali che conosciamo. Consiste nella vendita di prodotti non digitali a distanza, dove l’ordine ed il pagamento avvengono *on-line* mentre il prodotto (tangibile) viaggia “*off-line*” e consegnato materialmente.

Nel *digital e-commerce* contrariamente, i prodotti e servizi oltre ad essere ordinati e pagati *on-line*, vengono anche spediti e fruiti digitalmente. Il prodotto/servizio in questione quindi non è un bene materiale, bensì un *digital* che viene distribuito tramite *web* e conservato presso un *data center* da cui successivamente il consumatore ha la possibilità di scaricarlo in cambio di un corrispettivo. Praticamente, come riportato nel *Final Report* dell’*Action 1* dei BEPS, il modello è riassumibile con tale caso pratico:

Prendiamo in considerazione un Gruppo, il cui *core business* è la commercializzazione di propri prodotti tramite sito web consentendo così ai propri clienti di acquistare *on-line*. I prodotti fisici vengono consegnati tramite corriere mentre quelli digitali sono scaricati direttamente dal PC del cliente tramite la piattaforma *internet*. Al vertice del gruppo troviamo la *holding R Company* (da ora RCo.) residente nello Stato R e proprietaria degli *intangibles* utilizzati per il corretto funzionamento del sito *web*. I diritti per lo sfruttamento del sito *web* nello Stato A dove è locato il consumatore finale, vengono acquistati da una filiale (RCo *regional holding*) della capogruppo, residente in un terzo Stato T, tramite contratto di *cost sharing*. A questo punto la *Regional holding* è in possesso di tutti i requisiti per sub-licenziare i diritti acquistati per commercializzare in diversi Paesi. Allora sempre la RCo *regional holding* si affida ad un’ulteriore filiale locale la cui funzione è quella di gestire gli ordini ricevuti (*Operating Company*, da ora OpCo), residente nel medesimo Stato T ma la cui entità è ibrida, ossia è vista fiscalmente trasparente per il primo Stato R, come persona giuridica dallo Stato T ove è localizzata. Questa società ibrida vanta la proprietà sui beni fisici e digitali venduti sul sito ai clienti residenti nello Stato A, i cui annessi servizi di logistica e post-vendita sono attribuiti ad ulteriori filiali della OpCo localizzate nel territorio A e remunerate tramite metodo del *cost-plus*. Accanto a tali modelli si affianca la categoria dei *multi-dimensional models*, utilizzati fondamentalmente dai motori di ricerca e *social network* poiché hanno il fine di concedere all’utente l’accesso ai servizi digitali

²¹⁶ Leo, Maurizio. Quale tassazione per l’economia digitale, il fisco n.21, 2018.

²¹⁷ *Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy*, 28 maggio 2014.

non tramite un corrispettivo monetario, bensì tramite condivisione (più o meno consapevole²¹⁸) di informazioni personali come età, sesso, interessi (etc...) offrendo poi mirati spazi pubblicitari agli inserzionisti. Sempre considerando l'Action 1 BEPS delineiamo il modello descritto:

anche questa volta ci troviamo in presenza di un gruppo multinazionale, avente clienti nello Stato S, la cui capogruppo è RCo, residente nello Stato R ed il cui *core business* risiede nel delineare abitudini e comportamenti dei consumatori tramite algoritmi. Il diritto allo sfruttamento di tale tecnologia è concesso ad un *sub-holding* (XCo) residente nello Stato Y e partecipante ad un *cost sharing agreement* con la capogruppo. A sua volta, XCo concede in licenza la tecnologia ad YCo, anche questa residente in Y, che sub-licenzia di conseguenza la tecnologia a TCo, residente nello Stato T. Le società TCo ed YCo sono ibride essendo riconosciute come fiscalmente trasparenti da R ed entità giuridiche negli Stati in cui risiedono. Le concessioni di licenza e sub-licenza vengono remunerate tramite *royalties*. La società TCo, utilizzatore finale della tecnologia, agisce tramite SCo, una filiale residente nello Stato S (quello del consumatore), che si occupa di promuovere l'acquisto della pubblicità che vede però come controparte per la vendita la società TCo sia nello Stato T che S. SCo è remunerata da TCo tramite una *fee* che consiste nella copertura delle spese più un *mark up*.

Dai due quadri delineati si può arrivare ad un'interessante conclusione che consiste nell'”impotenza” degli Stati ove risiedono i consumatori finali delle imprese digitali. Infatti, riesaminando al primo caso notiamo come la filiale della capogruppo (RCo *Regional Holding*) pur essendo titolare della piena remunerazione derivante dai corrispettivi pagati dai consumatori presenti in S, non sia dotata di un'effettiva presenza fiscalmente rilevante in S che impedisce quindi l'identificazione di una stabile organizzazione (e quindi il diritto dello Stato S di esigere eventuali tasse). Stesso discorso possiamo effettuarlo considerando la società TCo (anche questa utilizzatrice finale della tecnologia). Facendo un salto indietro fino al primo caso (il *physical e-commerce*) e richiamando l'art. 162 co.4 del Tuir è evidente la difficoltà che, anche in questo caso, lo Stato S dove il consumatore finale risiede, ha nell'esercitare il diritto di assoggettare a tassazione la ricchezza che è “effettivamente” prodotta nel suo territorio. Infatti, secondo il richiamato comma, la localizzazione di magazzini in uno Stato rientra tra l'elenco delle *negative list*, non permettendo quindi di delineare una stabile organizzazione all'interno del territorio e che, in combinazione con l'utilizzo di un agente indipendente come distributore di prodotti²¹⁹ impedisce nuovamente allo Stato S di assoggettare a tassazione i profitti in questione. Unico importo che lo Stato S ha diritto di assoggettare a tassazione è quello derivante dalla differenza tra *fee* ricevuta dagli Stati residenti nel territorio dello Stato in questione, al netto dei costi sostenuti.

Da questi esempi si evince come, a fronte di un'oculata pianificazione fiscale, i gruppi multinazionali sono capaci di minimizzare il carico fiscale che causa una perdita di gettito fiscale per ogni singolo Paese in cui il gruppo opera. Tanto per illustrare nella vita reale di cosa stiamo parlando, è sufficiente considerare che

²¹⁸ Ci sarebbe molto da discutere su questo tema anche in considerazione dei più recenti scandali in materia di *privacy*.

²¹⁹ Il soggetto in questione ha il mero obbligo di consegnare il bene in cambio di un *fee*, non acquistandone quindi la proprietà formale che resta in capo all'azienda che lo commissiona.

esponenti della *digital economy*, quali Facebook, Apple, Amazon, Airbnb, Twitter, Tripadvisor, nel 2016 hanno versato al fisco italiano una quantità totale di imposte²²⁰ pari a quelle versate dalla sola Piaggio.²²¹

3.3 Proposte OCSE ed approccio UE

3.3.1 “Action plan 1” e posizione della Commissione Europea.

Per poter svolgere un’analisi complessiva delle azioni intraprese in ambito comunitario è opportuno partire dall’*action plan 1* del Progetto BEPS, introdotto precedentemente nel capitolo 1 ma lasciato in sospeso per poter essere approfondito in questa sezione dedicata alla *digital economy*.

Il lavoro dell’OCSE in tema di economia digitale parte con l’istituzione di un’apposita *task force on the Digital Economy* istituita nel settembre 2013, il cui risultato è stato la pubblicazione del *Public Discussion Draft* sull’economia digitale (“BEPS *action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy*”). In linea di massima si è ribadita la validità dei principi sanciti nel 1998 nell’ambito della “*Ottawa Ministerial Conference on Electronic Commerce*”, i cui punti cardini erano:

- Neutralità; volto quindi a garantire un livello di tassazione neutrale ed equo che garantisca la tutela di decisioni aziendali basate su motivazioni imprenditoriali e non fiscali;
- Efficienza; volta ad evitare che i costi di *compliance* divenissero eccessivamente onerosi per il contribuente;
- Certezza e semplificazione; ossia la normativa fiscale inerente alla *digital economy* deve essere basata sui principi di chiarezza ed agevole comprensione così da poter fornire certezza nei rapporti esistenti tra fisco e contribuente;
- Efficacia ed equità; vale a dire che l’imposta che il contribuente si trova a dover versare deve risultare equa e non eccessiva;
- Flessibilità; così da garantire che i sistemi impositivi siano sempre al passo con la continua evoluzione (essendo quest’ultima caratteristica dominante all’interno dell’economia in questione).

Inoltre, il documento annovera differenti “*key features*” ritenute essenziali dal punto di vista fiscale tra cui:

- L’elevata mobilità che caratterizza gli *intangibles* dell’economia digitale, con riferimento sia al prodotto finale che viene consegnato al cliente sia alle funzioni delle imprese, le quali possono essere coordinate o trasferite “a distanza”;

²²⁰ Si noti bene che con “quantità di imposte” si intende la somma (!!!) delle imposte pagate da ogni singolo colosso.

²²¹ Meta, 2017. <https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/costa-1-miliardo-all-italia-l-evasione-fiscale-di-google-co/>

- Il grande utilizzo di dati e la facilità con cui questi possono essere acquisiti;
- La presenza dei *multi-sided business models*, di cui si è già parlato in precedenza relativamente alle problematiche che questi sollevano in tema di pianificazione fiscale aggressiva;
- La tendenza a creare oligopoli o monopoli in breve tempo, grazie alla combinazione tra i contenuti costi incrementali e gli effetti di rete;
- L'estrema volatilità del settore causata dagli incessanti e sempre più rapidi processi di innovazione.²²²

È bene sottolineare come l'OCSE, nonostante l'acuta attenzione volta al problema relativo ad eventuale imposizione sulla ricchezza derivante dalla *digital economy*, ha escluso l'introduzione di regole *ad hoc* per le imprese digitali per evitare una differenziazione all'interno della disciplina considerando il fatto che l'intera economia globale sta perseguendo un processo di evoluzione avvicinandosi sempre più alla *digital economy*. Proposta invece mossa dall'OCSE è la rivisitazione del criterio di collegamento, che si differenzia dalla stabile organizzazione facendo quindi riferimento ad una c.d. presenza economica significativa nel territorio.²²³

Considerando sempre l'*action 1* del progetto BEPS, possiamo far riferimento ad ulteriori percorsi suggeriti dal documento e riguardanti due possibili soluzioni per la tassazione dell'economia digitale che sono:

- La possibile introduzione di una "*Withholding tax*", conosciuta comunemente in Italia come c.d. ritenuta alla fonte che andrebbe applicata su determinate transazioni digitali;
- Oppure (strada questa che sembra sempre più intrapresa a livello OCSE), l'introduzione di un "*Equalisation levy*", ossia un'imposta compensativa sui ricavi delle imprese che non hanno una presenza economica significativa nei vari Paesi, la quale dovrebbe basarsi su una misurazione "fisica" dei contenuti digitali delle varie attività economiche.

Ultimo documento rilevante in sede OCSE è l'"*interim report*" del 16 marzo 2018, intitolato "*Tax Challenges Arising from Digitalization*", dove si ribadisce il concetto di presenza economica significativa sottolineando come questa sussista al verificarsi di specifiche condizioni relative a ricavi, *digital factor*²²⁴ ed *user-based factor*²²⁵. Inoltre, vengono ribaditi le due possibili opzioni di tassazione per l'economia digitale, continuando però a ribadire come lo stesso OCSE inviti gli Stati ad astenersi (per il momento) dall'implementazione di tali sistemi fino al momento in cui non ci sia un omogeneo recepimento delle ulteriori misure consigliate dal progetto BEPS. Il documento si chiude con la sezione "*next step*"

²²² Valente, P. Economia digitale e commercio elettronico, 2015.

²²³ La trattazione di tale proposta sarà tema dei successivi paragrafi a cui rimandiamo per eventuali approfondimenti.

²²⁴ Si fa riferimento a diversi fattori digitali, come l'attivazione di un nome a dominio, di una piattaforma digitale o all'impiego di strumenti di pagamento locali.

²²⁵ Questi sono fattori connessi al contributo che gli utenti digitali apportano. Per *user-based factor* si intende qualsiasi elemento connesso alla localizzazione degli utenti finali attivi (come il luogo di conclusione degli accordi on-line o i luoghi dove i dati vengono raccolti).

prevedendo un aggiornamento su tale lavoro nell'arco del 2019 a cui proseguirà una completa implementazione (tramite *final report*) entro il 2020.²²⁶

Per quanto riguarda l'Europa, la pertinente Commissione è da tempo al lavoro per effettuare valutazioni al fine di introdurre un metodo di tassazione unificato progettato *ad hoc* per le imprese residenti nel territorio degli Stati membri appartenenti al gruppo delle *Web Company*. In particolare, la proposta consiste nella determinazione di una base imponibile comune consolidata che sarebbe calcolata su fattori quali: fatturato, attività e lavoro.²²⁷

Durante il vertice informale (Ecofin) tenutosi a Tallinn il 15 e 16 settembre 2017, gli esponenti di Germania, Francia, Spagna ed Italia proposero l'introduzione di un *equalisation tax*, ossia un'imposta sul fatturato che colpisse le compagnie digitali estere con un'aliquota tale da allineare l'imposizione di queste ultime a quelle delle "classiche società". Altra proposta nata durante il medesimo vertice fu la possibilità di modificare il concetto di stabile organizzazione tramutandola da fisica a virtuale, basata quindi sul numero di clienti presenti nello Stato della fonte²²⁸.

Al termine del vertice, ascoltate tutte le proposte, la Commissione ha delineato le linee guida che avrebbero scandito il percorso futuro, sancendo come la miglior soluzione alla luce di tutte le ipotesi analizzate fosse il perseguimento di una base imponibile comune consolidata per le imprese europee (CCCTB) capace di intercettare i redditi provenienti dalle attività digitali. Vista la difficoltà ed il tempo necessario per l'implementazione a livello comunitario dello strumento in questione, e vista la mole di gettito fiscale che gli Stati membri vedevano "scompare"; la Commissione Europea consapevole del fatto che "*something has to be done*" riprese ad esame la proposta facente riferimento all'*Equalisation tax* sulla base del quale il 29 settembre, durante il *Digital summit*, fu presentata nuovamente l'ideale di un'imposta sul fatturato per le *digital company*. A tale proposta 19 Stati manifestarono il proprio consenso, mentre Paesi quali Malta, Lussemburgo ed Irlanda, espressero opinione contraria.²²⁹

Il percorso proseguì nel febbraio del 2018, quando l'Unione Europea decise di intraprendere un *Action plan* contenente due proposte di emanazione (concretamente pubblicate poi a marzo):

- 1) Una Direttiva volta ad identificare una presenza digitale significativa in un determinato territorio;
- 2) Una direttiva in tema di tassazione dei servizi digitali.

Per quanto riguarda la prima Direttiva ha lo scopo di ampliare la nozione generale di stabile organizzazione, così da inglobare anche la "presenza digitale significativa" che verrà tassata nello Stato ove la stessa è

²²⁶ OECD, Brief on the Tax challenges arising from digitalisation 2018.

²²⁷ A cui si vorrebbe aggiungere la raccolta per sfruttamento dati a fini commerciali, come indicato nel "Progetto di relazione sulla proposta di Direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società" del 13 luglio 2017.

²²⁸ Questo tipo di soluzione, seppur in grado di tenere "inalterati" gli attuali istituti di diritto tributario aggiornandoli al passo della *digital economy*, richiederebbe un consistente lasso di tempo al fine di essere completamente implementata essendo tra l'altro necessario un'azione coordinata da parte dell'OCSE sulle vigenti convenzioni bilaterali.

²²⁹ Antonini e Toschetti. "Web tax e obsolescenza degli attuali sistemi impositivi, 2017.

localizzata. Al fine della corretta identificazione, la Direttiva delinea tre elementi di “significatività” attraverso tre condizioni la cui verifica deve essere fatta annualmente:

- Ammontare dei ricavi derivanti da servizi digitali superiori a 7.000.000 di euro;
- Numero di utenti attivi superiori a 100.000;
- Numero di contratti conclusi *on-line* maggiore di 3.000 unità.

Nel caso dovesse essere superato “lo scoglio” innalzato a causa della ferma opposizione da parte dei già citati Stati membri (Lussemburgo, Malta ed Irlanda), tale Direttiva sarà recepita entro il 31 dicembre 2019 con la successiva entrata in vigore nel primo periodo d’imposta utile consentendo quindi di attivare la nuova disciplina della stabile organizzazione tra tutti gli Stati UE senza attuare modifiche ai trattati contro le doppie imposizioni esistenti fra i medesimi Stati.

Inerentemente alla seconda Direttiva, fa riferimento alla *web tax europea (ISD – Imposta sui Servizi Digitali)* che dovrebbe applicarsi ai ricavi (al netto di IVA ed altre imposte simili) provenienti da tre fonti ben delineate:

- Da inserzione di pubblicità su interfacce digitali (caso Google ad esempio)
- Da una piattaforma digitale messa a disposizione agli utenti, da cui questi ultimi possano scambiare beni o servizi (ad esempio Uber o Airbnb);
- Dalla trasmissione di dati che gli utenti raccolgono ed immettono sul sistema digitale (questo è il caso dei *social network* in generale).

L’imposta in questione è richiesta direttamente al soggetto che esercita tali attività, applicando (compito del prestatore) un’aliquota fissa del 3%, a condizione che il fatturato annuale mondiale sia superiore ai 750 milioni di euro di cui almeno 50 milioni di euro siano imputabili a ricavi “qualificati” da servizi digitali proveniente dall’UE.²³⁰

3.3.2 Le risposte dell’Europa all’impotenza dell’OCSE

Nonostante il paragrafo precedente faccia cenni sulle due importanti Direttive in ambito comunitario, è doveroso dedicare più spazio all’inquadramento della *Digital Service Tax* (da ora DST), ossia, come introdotto precedentemente, l’imposta sui servizi digitali che via via si sta delineando all’interno della Commissione Europea, la cui aliquota si attesta sul 3%.

La tassa in questione nasce dalla decisione presa dalla Commissione Europea di affrontare “per vie traverse” il problema della tassazione sulle attività inerenti alla *digital economy* su cui l’OCSE non riesce a far fronte

²³⁰ Leo, Maurizio. Quale tassazione per l’economia digitale. Il fisco n. 21, 2018.

comune, considerando anche che “il mantenimento degli attuali criteri di localizzazione della ricchezza reddituale provochi irragionevoli distorsioni nella concorrenza non solo fra Stati, ma anche tra imprese in relazione al grado di digitalizzazione delle stesse”.²³¹ La scelta così intrapresa, troverebbe giustificazione nella volontà manifestata da diversi Stati dell’UE (tra cui l’Italia) di procedere autonomamente con l’introduzione di una tassa sui servizi digitali la quale, secondo la Commissione Europea, porterebbe ad un peggior risultato di quello attuale poiché si andrebbe ad intaccare l’unicità del mercato Europeo dando vita ad una frammentazione dello stesso. Entrando nel dettaglio della norma, tenuto sempre presente la già dichiarata eccezionalità e (si spera) temporaneità, essa si presenta come un’imposta *sui generis* trovando quindi applicazione solo ed esclusivamente per quanto riguarda i servizi digitali espressamente previsti nella Direttiva, caratterizzati dal principale ruolo svolto dall’utilizzatore (*user value creation*).

Volendo quindi riepilogare nuovamente il presupposto oggettivo in maniera meno tecnica di quanto sia la disposizione del comma 1 art. 3 della Direttiva, troviamo tre requisiti:

- La gestione di un’interfaccia digitale il cui fine è il voler spronare l’utilizzatore finale nell’utilizzo di tale interfaccia;
- La presenza di piattaforme digitali capaci di mettere in contatto gli uni con gli altri gli utilizzatori allo scopo di scambiare beni e servizi;
- La cessione di dati che vengono raccolti sulla base delle attività svolte dagli utilizzatori o che direttamente gli utilizzatori stessi hanno fornito attraverso l’uso delle piattaforme digitali.

Le fattispecie appena elencate sono rilevanti in quanto:

- i) Danno luogo ad un corrispettivo, identificato come *taxable revenue*;
- ii) Il soggetto che percepisce tale corrispettivo è l’impresa che ha organizzato o gestisce la piattaforma digitale.²³²

Identificata quindi la fattispecie di *taxable service* quale presupposto oggettivo, la Direttiva procede con l’identificazione della *taxable person* quale presupposto soggettivo. A tal riguardo l’art. 10.1 impone a tali soggetti di auto-dichiararsi come soggetti passivi d’imposta identificandosi presso l’autorità nazionale del Paese in cui opera. Sfumatura importante sulla questione è estrapolabile dall’*Explanatory Memorandum* che recita: “*Wheter established in a Member State or in a non-Union jurisdiction, a business meeting both conditions above would qualify as a taxable person.*”, dove quindi si sancisce la possibilità che l’impresa o Gruppo operante nel territorio UE possa essere localizzato/a ovunque e svolgere contemporaneamente le funzioni su descritte senza alcun contatto fisico con il territorio dell’Unione.

²³¹ (Della Valle, Eugenio. “La web tax italiana e la proposta di Direttiva sull’Imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?”. Il fisco n. 16, 2018.

²³² È possibile che si tratti di più imprese, poiché potremmo trovarci in situazioni in cui un’interfaccia si interfaccia su ulteriori interfacce e così di seguito. Unico dettaglio rilevante è che ciascuno dei soggetti, al fine di identificare un’eventuale base imponibile, riceva un *taxable revenue* rientrante nelle fattispecie su indicate.

Ulteriore requisito al fine di poter essere caratterizzati soggetti passivi della DST, è di tipo dimensionale e consiste in un minimo fatturato mondiale superiore a 750 milioni di euro di cui almeno 50 milioni provenienti da ricavi di servizi digitali effettuati nell'UE. La ragione per cui la Commissione Europea abbia fissato degli importi così elevati è ricollegabile alla volontà della stessa di assoggettare a tassazione, con i relativi adempimenti procedurali, soltanto quelle imprese di una certa dimensione, dotate di una discreta organizzazione interna, operanti su suolo internazionale e che gestiscono una grossa mole di dati derivanti dagli *user* atti a poter essere “trasformati” in valore per le imprese; evitando così di stroncare sul nascere attività (magari innovative) la cui analisi costi-benefici risulterebbe essere poco appetibile a causa della DST. Esplicata la motivazione di tale scelta, è doveroso analizzare come ai soggetti competenti sia indicato di individuare i due requisiti riguardanti il fatturato. Per quanto riguarda il primo (i 750 milioni di euro di fatturato mondiale annuo) nell'art. 4 della proposta di Direttiva viene definito come “*worldwide revenues reported by entity for the relevant financial year*”, proseguendo nel comma 2 con la specificazione che i dati di bilancio dei gruppi debbano risultare da un documento redatto seguendo i principi degli IFRS oppure utilizzando un “*national financial reporting system*”. Da tali constatazioni sorgono diverse perplessità qualora i soggetti in questione siano imprese non organizzate sotto forma di gruppo; o ancora (e più complesso) qualora soggetti localizzati in paradisi fiscali o in Paesi con regole contabili meno stringenti abbiano differenti tempi di redazione ed approvazione, o giovare di un “non obbligo” di deposito e pubblicità del bilancio, o avere facoltà di escludere dai conti società controllate oppure includerle attraverso sistemi di consolidamento “molto personalizzabili”. A tali problematiche, nonostante i molteplici interrogativi che la Commissione Europea si sia posta, non è tuttora data risposta, permettendo quindi alle multinazionali di porre in essere gli artificiosi schemi di controllo ed operazioni di *transfer pricing* cause di enormi risparmi in termini di imposte.

Problematica relativamente simile ovviamente si presenterà nell'individuazione dei 50 milioni di euro relativi a *taxable revenue* ottenuti all'interno dell'UE. Come anticipato precedentemente sarà onere della *taxable person* auto-dichiararsi ad uno o più Stati in cui opera, caso questo che presume un elevato grado di diligenza che la Commissione Europa ha “ipotizzato” le società abbiano. Nel caso concreto spesso non è così e per gli Stati risulta essere estremamente difficile individuare soggetti extra-UE che operino all'interno della Comunità senza il possesso di una stabile organizzazione; o ancora società che pur avendo all'interno della Comunità Europea uno o più società o filiali con il mero fine di attività marginali (quindi appartenenti alle fattispecie previste dalla *negative-list* dell'art. 162 Tuir), realizzino profitti che pur essendo legati ad *users* residenti all'interno dell'UE vengano attribuiti ad entità estranei al territorio Comunitario.

Una norma che possa porre rimedio a tale problema non è quindi individuabile negli artt. 9-19 della proposta di Direttiva, i quali pur trattando i rapporti tra Fisco e *taxable revenues* presumono che l'entità in questione si sia auto dichiarata, lasciando quindi un'enorme e problematica lacuna all'interno della questione. In sostanza mancano misure e comportamenti che gli Stati, dotati di potestà impositiva, possano attuare al fine

di far valere il loro diritto sulla *taxable revenue*. Unica freccia (potenzialmente pericolosa)²³³ scoccata in aiuto degli Stati è prevista dall'art. 18 co.3 che consentirebbe a ciascuno Stato membro di dotarsi di regole atte a contrastare fenomeni di tipo evasivo/elusivo specificatamente riferite alla DST.²³⁴

Volendo dare un giudizio alla proposta di Direttiva nel suo complesso, andrebbe sicuramente premiato il coraggio della Commissione Europea nel voler affrontare la situazione di stallo in cui l'OCSE si trova ma, nello stesso tempo, è auspicabile che i membri della Commissione stessa riescano a dettare regole più certe al fine dell'individuazione tanto della *taxable person*, quanto della *taxable revenue*, così da non tramutare un progetto volto ad ottenere sia maggior introiti per lo Stato sia maggior certezza nel diritto della *digital economy*, in un progetto il cui unico risultato sia la creazione di una gran confusione nei rapporti tra fisco e contribuente ed un maggior onere per le Amministrazioni finanziarie a causa delle future controversie.

3.4 Some “Unilateral measures on Digital Economy Taxation”

3.4.1 Oltre gli approcci internazionali

Dopo aver delineato dettagliatamente quelli che sono stati gli approcci a livello internazionale sia in sede OCSE (obiettivamente meno audaci) che in sede UE, è bene introdurre ed affrontare gli approcci unilaterali che singoli Stati hanno deciso di perseguire al fine di porre fine all'indebito risparmio fiscale di cui le multinazionali operanti nel settore della *Digital Economy* riescono ad appropriarsi. La trattazione di tali approcci è effettuata al fine di avere una comparativa con quella che sarà la *web tax* italiana, così da poter comparare successivamente le diverse misure ed esprimere opinioni in merito alla loro efficienza ed efficacia. In linea di massima, ogni singolo Stato ha adottato (o è in procinto di farlo) una (o più) delle seguenti misure²³⁵:

- *Alternative applications of the PE threshold;*
- *Withholding taxes;*
- *Turnover taxes;*

²³³ Potenzialmente pericolose perché l'esercizio di tale facoltà, pur essendo legittima e sensata, potrebbe sfociare in comportamenti esagerati in tema di accertamenti, rendendo quindi il mercato tutt'altro che appetibile ed i rapporti con il fisco tutt'altro che chiari.

²³⁴ Di Tanno, Tommaso. La web tax Europea: una misura innovativa ed emergenziale. Commissione tributaria n. 20, 2018.

²³⁵ OECD 2018. Tax Challenges Arising from Digitalisation, cap. 4.

- *Specific regimes targeting large MNEs*

3.4.2 United Kingdom. *Specific regimes targeting large MNEs.*

Lo Stato in questione ha assunto da diversi anni un ruolo primario nella guida del progetto BEPS ed anzi possiamo affermare come la Gran Bretagna abbia, a livello domestico, fatto addirittura un passo avanti sotto alcuni aspetti rispetto al progetto stesso. Uno dei lampanti esempi a supporto di tale tesi è l'introduzione della *Diverted Profits Tax (DPT)* introdotta nel 2015 come risposta alla facilità con cui le multinazionali, operanti nel settore della *Digital Economy*, riuscivano ad appropriarsi di indebiti vantaggi fiscali grazie ad operazioni di *base erosion and profit shifting*.²³⁶

L'imposta in questione mira a colpire le casistiche in cui sia ragionevole presumere che l'impresa abbia organizzato il proprio *business* attraverso modalità dirette ad eludere l'applicazione delle imposte sugli utili delle società nel Regno Unito. Non parliamo di un'imposta specifica per le sole imprese operanti nel settore della *digital economy*, tant'è che non sono previste apposite disposizioni per tali imprese allargando quindi il campo di applicazione a tutte le tipologie di attività d'impresa. Le fattispecie richiamate al fine dell'applicazione della DPT sono due ed alternative:

- 1) La prima considera i pagamenti superiore ad 1 milione di sterline che società residenti nel territorio inglese effettuano verso società (appartenenti allo stesso gruppo) residenti in un secondo Stato. Nella norma è prevista l'applicazione di un'imposta pari al 25% sui pagamenti effettuati verso tali società a condizione che il soggetto percipiente: (i) sia una mera immobiliare; quindi privo di un'adeguata struttura composta da mezzi umani e tecnici. (ii) sia residente in un Paese che adotta un regime fiscale favorevole²³⁷; (iii) il costo in questione sia deducibile dalla base imponibile della *corporate income tax* inglese.²³⁸

È stabilito che il prelievo in questione possa essere richiesto a prescindere dal fatto che l'importo dedotto rispetti il principio di libera concorrenza, quindi in deroga a quanto previsto per le rettifiche previste in tema di *transfer pricing*.

- 2) La seconda alternativa fa riferimento alle imprese estere che attraverso artifici organizzano la loro attività al fine di eludere l'identificazione di una stabile organizzazione nel Regno Unito. Nella pratica questa alternativa può essere applicata qualora una società estera, che offra direttamente beni e servizi nello Stato in questione, costituisca diverse società nel Regno Unito aventi il solo fine preparatorio o ausiliario (quindi non affiancabili alla caratteristica di PE). La norma prevede che qualora l'ammontare dei ricavi di tali società sia superiore a 10 milioni di sterline, queste debbano notificare alle autorità fiscali di rientrare nel campo di applicazione della DPT entro 90 giorni dalla

²³⁶ Ad esempio, attraverso il "camuffamento" delle stabili organizzazioni presenti nel territorio UK tramite segregazione di vendite e contratti, oppure tramite l'uso di *intellectual property licences* utilizzate per strappare profitti generati nel medesimo Stato.

²³⁷ Il che non limita l'applicazione ai meri paradisi fiscali, bensì sono compresi anche i Paesi che pur non essendo tali, attuano regimi fiscali di favore dovuti alla conclusione di specifici accordi tra autorità fiscali e percettore.

²³⁸ Palumbo, Giovambattista. Prospettive di una nuova tassazione dell'economia digitale. Il fisco, 2017.

data di chiusura dell'esercizio sociale al fine di non incorrere in un successivo accertamento dove, nell'eventualità di utile sottratto, questo venga assoggettato ad un prelievo del 25% (7 punti percentuali superiori all'*income corporate tax*).

È bene sottolineare come la Gran Bretagna, al fine di non essere in contrasto con i principi degli accordi internazionali e le disposizioni presenti nel Modello OCSE, abbia impostato la *diverted profit tax* come normativa di tipo accertativo, essendo questa quindi compatibile con il resto degli accordi previgenti. È evidente inoltre come la normativa come descritta risulti essere ancora parzialmente vincolata ad una *business presence* nel territorio, quindi non perfettamente indirizzata verso i *business* digitalizzati. Questa questione infatti è stata affrontata dal governo inglese nel *paper on "Corporate tax and the digital economy"* che si focalizza sui metodi i cui *driver* siano incentrati principalmente sulla partecipazione degli utenti. Per ultimo lo stesso *paper* prevede l'implementazione ed introduzione (entro aprile 2019) di una "*targeted royalty withholding tax*" applicabile sulle *royalties* pagate per le proprietà intellettuali da un non residente ad una società residente in uno Stato con fiscalità privilegiata, a condizione che i profitti collegati alle *royalties* siano collegati ad un IP collegabile al territorio inglese. Approccio questo necessario "*towards taxing the digital economy by reference to nexus of consumer and user base rather than physical presence of the taxpayer*".²³⁹

Volendo introdurre elementi statistici a supporto dell'efficacia della DTP basti considerare che grazie a questa, nel periodo fiscale 2015/2016 la Gran Bretagna ha incassato ben 38 milioni di euro attribuibili a tale manovra, schizzati a 162milioni di euro nel periodo successivo (2016/2017)²⁴⁰

3.4.3 United States

Nel considerare la tassazione sulla *digital economy* americana, è opportuno suddividere i due differenti approcci che sussistono a livello federale ed a livello del singolo Stato. Volendo descrivere la situazione americana possiamo affiancarla alla già descritta situazione europea, ossia da una parte c'è un continuo dibattito a livello federale i cui risultati sono tuttora sterili²⁴¹, dall'altra ci sono i singoli Stati stanchi di osservare inerti l'enorme quantità di imposte a loro spettanti che le *digital companies* eludono grazie ad una non presente normativa. Nel delineare tale panorama basta far riferimento al commento predisposto dal *US Council for International Business (USCIB)* a proposito del "*UK Treasury's digital economy position paper*", dove proprio lo USCIB ha dichiarato che "*retreating from BEPS standards and adopting more*

²³⁹ Jones, et al. Taxing the digital economy, *Tax Journal*, 2 march 2018.

²⁴⁰ OECD, Brief on the Tax challenges arising from digitalisation 2018.

²⁴¹ Unico "risultato" a cui sono pervenuti, così come l'OCSE, è che le iniziative intraprese dai singoli Stati risulterebbero dannose rispetto ad un'azione federale.

onerous rules unilaterally will increase the likelihood of double taxation as different standards proliferate. [This kind of measures have] an unfortunate tendency to become permanent]". Unica riforma attuata a livello federale è stata la "*Tax Cuts and Jobs Act*" che però non è andata ad intaccare esplicitamente i *business* attribuibili all'economia digitale ma ha solo messo a punto alcune norme al fine di favorire la "dichiarazione" dei redditi nel territorio²⁴² ed evitare la realizzazione di pianificazioni fiscali aggressive (alcune delle quali riconducibili ad MNEs facenti parti del settore in questione), questo in coerenza con quanto dichiarato dagli stessi US che definiscono la *digital economy* come un'economia che non è separata da quella in cui viviamo e che non può essere delineata.²⁴³

Altra problematica, ad avviso di chi scrive ben più grave della prima considerando che l'America può essere definita la madre delle nuove tecnologie, è legata al vincolo esistente tra "*physical presence*" e nascita del tributo; infatti sin dal 1992 con la "504 US 298" tale criterio di caratterizzazione della stabile organizzazione è rimasto immutato a livello federale nonostante le varie proposte del Congresso presenti dal 2003 ma mai approvate. È qui che entrano in gioco i singoli Stati, primo tra tutti il *South Dakota* che dal 2016 prevede che il venditore che operi fuori dallo Stato versi l'imposta dovuta non sulla base imponibile relativa alla PE presente sul territorio, bensì alla base imponibile risultante dalla connessione economica con lo Stato stesso. Come intuibile, il sistema alla base della legge nel *South Dakota* è in linea con quanto previsto dalla definizione della "*digital PE*" presente nell'UE.

3.4.4 India and Israel. Significant Economic Presence.

In questa sezione andremo ad analizzare l'implementazione della *Significant economic Presence* (SEP) attuata da India ed Israele. Prima di entrare nel nocciolo della questione è bene sottolineare come per quanto riguarda il primo Stato, il "*new nexus*" sarà operativo solo dal 1° Aprile 2019, mentre per quanto riguarda il secondo Stato detiene il primato per l'introduzione di questo nuovo *nexus* che risale ad Aprile 2016. Procedendo quindi in ordine cronologico, verrà trattata qui di seguito l'implementazione da parte del *Israel's Tax Authority* del "*Significant Economic Presence test*". La circolare chiarisce che i servizi online prestati da un'impresa non residente in remoto e diretti a consumatori residenti nel territorio di Israele possono rientrare nella *taxable presence* se queste attività costituiscono una SEP²⁴⁴. È specificato come la norma in questione trovi applicazione solo qualora non rientri nelle fattispecie regolate da "*double tax treaties*", e quindi qualora il fornitore di servizi online sia residente in uno Stato che non abbia accordi contro le doppie imposizioni con lo Stato di Israele. Il SEP *test* può essere soddisfatto anche in piena assenza di una presenza

²⁴² Per maggiori dettagli sulla nuova normativa tributaria ed i vantaggi che le *digital companies* potrebbero avere dall'attribuzione dei redditi nel territorio US piuttosto che in un paradiso fiscale si veda: Jones, et al. Taxing the digital economy, Tax Journal del 2 marzo 2018.

²⁴³ Jones, et al. Tax Journal, 2 marzo 2018.

²⁴⁴ Per maggiori dettagli si veda "*Administrative Circular No. 04/2016*", 11 aprile 2016.

fisica e sono ampiamente definiti nella Circolare i fattori che delineano una “*digital presence*” tra cui rientrano:

- *Online contract conclusion*, caso in cui un significativo numero di contratti sono conclusi tra la società estera ed i consumatori presenti sul territorio israeliano;
- *Use of digital products and services*, qualora la società estera offra prodotti/servizi online, i quali vengono usufruiti da un significativo numero di consumatori residenti;
- *Localised web site*, identificabile nelle caratteristiche del sito web qualora questo miri obiettivamente al target israeliano (quindi tramite lingua, sconti ed operazioni di marketing locali, valuta locale etc.);
- *Multi-sided business model*; è un collegamento esistente tra un ammontare significativo di ricavi ed il volume di attività online svolte dagli utenti localizzati sul territorio israeliano.

La formulazione della Circolare in questione prevede che i criteri sopra esposti possano essere applicati in maniera separata o cumulativa, senza inoltre che sia prevista una soglia di ricavi minima basata sulle vendite locali. Qualora il test dovesse essere positivo, quindi chiaro da identificare una SEP sul territorio israeliano, la Circolare fa direttamente riferimento alla normativa domestica basata sul principio di libera concorrenza per la determinazione della corretta base imponibile.²⁴⁵

Per quanto riguarda lo Stato indiano, facciamo riferimento al “*Union Budget 2018, Amendment to Section 9 of the Income Tax Act of 1961*”, attraverso il quale si è modificata la “*nexus rule*” introducendo il concetto di “*Business connection in India*” che come abbiamo precedentemente anticipato sarà operativo dal 1° aprile 2019. Attraverso tali modifiche si è voluto introdurre anche qui, come in Israele, il concetto di SEP da affiancare ad imprese non residenti e che può essere caratterizzato da due distinte situazioni:

- 1) *A threshold based on a local revenue: “any transaction in respect of any goods, services, or property carried out by a non-resident in India, including the provision of download of data or software in India, if the aggregate of payments arising from such transaction or transactions during the previous year exceeds the amount as may be prescribed”;*
- 2) *A threshold based on a number of a local users: “systematic and continuous soliciting of its business activities or engaging in interaction with such number of users as may be prescribed, in India, through digital means”.*

Questo genere di soglie permette di creare “*a direct tax liability*” indipendentemente dalla localizzazione e/o residenza del contribuente, fermo restando, così come previsto dalla direttiva israeliana, la prevalenza dei trattati contro le doppie imposizioni rispetto alla direttiva appena delineata. In attesa dell’entrata in vigore della direttiva, sono comunque attese regole più chiare ed una guida di applicazione per chiarire gli elementi chiave delle due soglie su descritte.

²⁴⁵ OECD. Brief on the tax challenges arising from digitalisation, April 2018.

3.4.5 India's Equalisation Levy.

In questa sezione verrà trattato l' "India's Equalisation Levy" (EL), facente parte del più ampio gruppo delle *turnover taxes*²⁴⁶. La EL indiana mira a "regolarizzare" i tributi dovuti da quelle imprese operanti nella *digital economy* ed in particolare nella sua esplicazione si fa esplicito riferimento ad un *target* piuttosto stretto di *digital transaction* riferite al "online B2B advertising services"²⁴⁷.

Entrando nello specifico della EL indiana, inserita come una tassa separata nel 2016, questa prevede che nell'eventualità ci siano soggetti che durante l'anno effettuino pagamenti verso una società non residente, la quale operi nel settore tecnologico per un ammontare superiore ad una determinata soglia (1500 dollari), dovranno trattenere il 6% sull'importo lordo pagato. Tale 6% corrisponde al "prelievo di equità" o *equalisation levy*. Ovviamente tale regola, come anticipato, andrà ad applicarsi alle sole società che non hanno una stabile organizzazione in India e che contemporaneamente utilizzino determinati servizi quali pubblicità *online* o altri servizi per l'utilizzo di spazi pubblicitari digitali le cui commissioni siano superiori alla soglia su indicata.

Riepilogando quindi quanto previsto dalla "Equalisation Levy Rules" pubblicata in "The Gazette Of India" la regola in questione verrà applicata solo a seguito di tali circostanze:

- Il pagamento dovrà essere effettuato da un *payer* il cui *business* sia locato in India, verso una impresa non residente;
- Il pagamento dovrà riferirsi ad una determinata lista di transazioni facente riferimento all'*online advertising* e qualsiasi altra forma di "*digital advertisement space*";
- Eccezione fatta per i pagamenti il cui importo, considerando la somma di tutti i singoli pagamenti effettuati durante tutto l'anno, non ecceda una soglia pari a INR 100.000 (1500 dollari);
- Infine, è bene sottolineare come un'eccezione sia sempre disponibile per quei servizi che siano effettivamente riconducibili ad una stabile organizzazione sul territorio indiano del percipiente, poiché nessun pagamento può essere assoggettato sia alla classica imposta sul reddito, sia alla EL.

L'imposta in questione verrà quindi collezionata e versata dall'impresa il cui *business* è situato in India ma graverà ovviamente sul soggetto non residente. Altra caratteristica sottolineata dal legislatore indiano è che

²⁴⁶ Misure queste che sono dirette a determinati segmenti di fatturato provenienti (ad es.) dai servizi digitali, solitamente applicate sia ai residenti che ai non residenti indipendentemente dalla loro localizzazione o *status*.

²⁴⁷ Anche se tale restrizione, considerando il fine perequativo dell'imposta, lascia non poche perplessità se si vanno a considerare ad esempio i servizi digitali non pubblicitari o ancora i B2C *digital services*, i quali non sono trattati nella norma.

la EL non è una tassa sul reddito, bensì a “*transaction-based tax*” che si applica sulla base del corrispettivo ricevuto. È proprio questa caratteristica che rende improbabile la riuscita di artifici attuati dalle imprese al fine di usufruire di una doppia esenzione fiscale o, guardando l’altro lato della medaglia, il veder sorgere situazioni di doppia imposizione per le imprese straniere già soggette ad imposte societarie nel loro Paese di residenza.

3.5 La “Web Tax” italiana.

3.5.1 “Generalità”

Dopo aver analizzato le varie iniziative sia a livello internazionale, sia di tipo unilaterale, è opportuno soffermarsi su quella che sarà la futura *web tax* italiana, istituita dai commi 1011-1019 dell’art.1 della Legge di bilancio 2018. Nello specifico, nel comma 1 è disposto come a decorrere dal 2019 venga introdotta la c.d. imposta sulle transazioni digitali (o *web tax*). Tale imposta indiretta, graverà sulle transazioni digitali B2B colpendo le sole transazioni avente ad oggetto le prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici²⁴⁸. L’imposta sarà dovuta considerando il luogo di residenza del committente, indipendentemente quindi dal luogo ove la stessa venga conclusa. Inoltre, è previsto come i soggetti passivi d’imposta siano tutte le imprese²⁴⁹, residenti e non, che prestano servizi tramite strumenti elettronici a favore di soggetti residenti (qualificabili come sostituti d’imposta ai sensi dell’art. 23 del D.P.R. n.60/1973²⁵⁰) o di stabili organizzazioni di soggetti non residenti.

L’imposta verrà applicata tramite un’aliquota del 3% sul valore, al netto dell’IVA, delle singole transazioni. Tale importo verrà trattenuto all’atto del pagamento del corrispettivo direttamente dai committenti del servizio in essere, con obbligo di rivalsa sui prestatori.

Essendo quindi questi i caratteri generali della *web tax* italiana, essa è riconducibile ad una “*turnover tax*” (la classica imposta sul fatturato) ma non ad una pura “*equalisation levy*” poiché essa non è volta a colpire le

²⁴⁸ I quali non sono ancora ben definiti, insieme ad eventuali esoneri, a causa del ritardo del Decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze.

²⁴⁹ Purché non siano soggetti a regime forfettario, o ad eventuali regimi di vantaggio per l’imprenditoria giovanile, o soggetti agricoli.

²⁵⁰ Tra questi sono compresi anche enti non commerciali ed il condominio. Sorge quindi l’interrogativo in merito alla natura della transazione B2B.

sole aziende che non scontano un carico impositivo adeguato né nel luogo di produzione, né nel Paese di residenza, poiché soggetti passivi, come anticipato, saranno anche i non residenti aventi stabile organizzazione sul territorio italiano.

3.5.2 “Criticità”

Esposte le caratteristiche generale della futura *web tax* è legittimo, così come lo è stato per molti, affrontare alcuni interrogativi al riguardo.

Innanzitutto, la giustificazione teorica data per tale imposta sulla quale tutt’ora gravano pesanti quesiti in merito alla sua legittimità. La base teorica su cui si basa verte sugli “insegnamenti” preposti dalla Corte costituzionale che definisce come legittima un’imposta settoriale e discriminatoria, ancorché transitoria²⁵¹, purché non arbitraria o irragionevole²⁵². La giustificazione di tale imposta risiederebbe nell’elevata marginalità e nelle ampie differenze delle caratteristiche di *business* che il legislatore italiano ha attribuito alle multinazionali operanti nel settore della *Digital Economy* rispetto alle imprese tradizionali. Sul punto però ci si interroga da quali fonti il legislatore abbia preso tali dati poiché (e come ben consapevole ne è l’OCSE), le differenze sia del fattore “marginalità” che quello relativo alle caratteristiche di *business*, comparando i tradizionali c.d. OTT (*over the top*) con i giganti del *web*, potrebbero risultare trascurabili.²⁵³ Altra perplessità (forse la più grande visto il fine perequativo che l’imposta dovrebbe avere) risiede nelle soglie prestabilite ai fini dell’applicazione della *web tax*. Come anticipato per essere sottoposti a tassazione dovranno essere superate le 3000 transazioni per anno e questo indipendentemente dal valore di ciascuna di esse. Questo presupposto assicura tutt’altro che un prelievo perequativo poiché è plausibile che ad essere soggetta all’imposta potrebbero essere imprese con fatturato minimo (es. un’impresa che compie 10.000 operazioni con un importo complessivo di 100.000 euro) piuttosto che giganti del *web* i quali potrebbero compiere “solo” 1000 operazioni durante l’anno la cui somma degli importi risulterebbe essere di gran lunga superiore alle prime.

Ultima questione, di carattere più formale che sostanziale e che quindi ci limiteremo ad accennare, riguarda la circostanza per cui l’individuazione dei servizi assoggettati a tassazione e le eventuali casistiche di

²⁵¹ Il termine transitoria potrebbe evidenziare un secondo punto interrogativo in quanto le evidenti difficoltà a livello globale, precedentemente esposte, fanno trapelare evidenti possibilità di come queste misure unilaterali possano trasformarsi in prelievi strutturali.

²⁵² Per approfondimenti sul tema legittimità si rimanda ad una nota e “simile” sentenza n. 10/2015 relativa alla “Robin Hood tax”.

²⁵³ Per maggiori dettagli si veda pag. 25 dell’*Inter Report 2018 – Tax Challenges Arising from Digitalisation*, OCSE.

esonero viene demandata ad un Decreto ministeriale in assenza di un criterio direttivo. Il che fa sorgere il dubbio di una violazione di legge di cui all'art. 23 della Costituzione.

CONCLUSIONI

Alla luce di quanto esposto nell'intero elaborato, proseguendo per ordine cronologico, possiamo affermare che problematiche relative alla questione *transfer pricing* siano sempre esistite a causa della onnipresente pianificazione fiscale aggressiva che le imprese mettono in pratica al fine di risparmiare ingenti somme di imposte. Un primo passo, i cui risultati in linea di massima possono essere definiti positivi, è stato compiuto attraverso la combinazione del "Progetto BEPS" e le "OECD *guidelines*" i quali, tramite successivi "recepimenti" ed applicazione da parte dei singoli Stati, hanno tamponato il fenomeno di *base erosion and profit shifting* perseguito tramite *treaty abuse* o uso di articolati modelli di *business* tali da non rendere chiaro l'assetto societario e quindi il reale soggetto passivo d'imposta.

L'Italia, prima di intraprendere la strada esaminata relativa alla tassazione digitale, poteva vantare un corpo normativo degno di nota in tema di *transfer pricing* grazie alle più recenti norme in tema di prevenzioni e (soprattutto) risoluzioni dei conflitti derivanti da doppie imposizioni, riuscendo in qualche modo a delineare all'interno della nazione un clima di "relativa serenità" tra contribuente e fisco, basato su collaborazione e taglio degli inutili sprechi causati dalle lunghe e dispendiose controversie evitabili anche tramite la trattata "*penalty protection*".

Il grande problema che l'Italia, così come tutto il resto del mondo, ha dovuto (o meglio deve) affrontare riguarda la sempre più "digitalizzata" economia degli ultimi anni. Dall'elaborato si evince come la *new economy* (o *digital economy* che dir si voglia) non è paragonabile ad un fulmine a ciel sereno, bensì è stata un'evoluzione (o ancora meglio rivoluzione) continua nel tempo anche se via via più rapida. Un'onda questa, che le imprese hanno saputo cavalcare in maniera più intraprendete rispetto ad OCSE, UE e la maggior parte dei singoli Stati, riuscendo quindi a far propria la nuova economia e tramite nuovi modelli, soprattutto i *multi-dimensional models*, sono riusciti a delineare nuove forme di *base erosion and profit shifting* tali da far sventolare bandiera bianca alla maggior parte delle autorità fiscali mondiali.

Per quanto riguarda le strade intraprese da OCSE ed UE in materia di tassazione della *digital economy* risultano essere estremamente lente e (per quanto riguarda l'OCSE in particolare) sterili, tant'è che dai *report* esaminati all'interno dell'elaborato si evince come le discussioni tenutesi all'interno delle due organizzazioni si limitino a descrivere i nuovi modelli di *business*, ad analizzare i possibili scenari inserendo

talvolta abbozzati progetti di Direttiva (la *digital services tax* proposta dall'UE) e a sostenere in maniera vivace l'imprudenza (riferito ai singoli Stati) dell'implementazione di misure unilaterali.

Su quest'ultimo punto, a parere di chi scrive, i due grandi esponenti mondiali hanno evidenti e fondate ragioni di preoccupazione che i singoli Stati, attraverso le misure unilaterali intraprese, possano operare in una posizione sempre più arroccata intorno ai propri interessi non considerando quindi lo spirito collaborativo costruito in tutti questi anni, il quale è stato garante di un clima di relativa serenità tra le diverse giurisdizioni. Elemento questo che potrebbe sfociare in una molteplicità di controversie relative a doppie imposizioni considerando anche i differenti criteri soggettivi ed oggettivi prestabiliti dai singoli Stati relativi all'identificazione dei plausibili soggetti passivi d'imposta.

Da un altro punto di vista però, è ben concepibile l'iniziativa intrapresa dai diversi Stati in materia, dato l'elevato gettito fiscale che annualmente questi si vedono sottratto a causa della non adeguata normativa presente a livello internazionale. In definitiva possiamo evidenziare come l'attuale normativa fiscale presente a livello internazionale non sembra riuscire a seguire il passo dei nuovi modelli di *business* dell'economia digitale; la definizione di stabile organizzazione, anche se rivisitata, resta ancora per gran parte paradossalmente ancorata a requisiti di materialità e fissità di cui l'attività esercitata nel territorio deve essere munita, rivelandosi quindi inadatta ad intaccare eventuali attività economiche caratterizzate dalla sola presenza digitale.²⁵⁴

Ipotizzando infatti un processo (tutt'altro che raro) di *data-mining*, con il quale si fa riferimento ad un'operazione appartenente al mondo della tecnologia digitale che consiste nell'estrapolazione di dati "grezzi" dalla rete che, attraverso connessioni volte alla costruzione di schemi e disegni tramite algoritmi, permettono di impossessarsi di dati capaci di generare futuri ricavi se utilizzati correttamente, così come si è visto a proposito dell'*advertising*. Può accadere però che questo genere di processi venga svolto da un elevato numero di soggetti considerando la pluralità di attività in esso riscontrabili, tra cui si individua: il *content provider* che dispone dei dati, chi ne effettua l'estrapolazione, chi li ricerca, chi li analizza, chi li elabora al fine di ottenere dati utili all'attività economica (etc.). A fronte di questa situazione, caratterizzata da una pluralità di operazioni non presenti nella classica economia su cui il lavoro OCSE ed UE si è concentrato negli ultimi anni, sorge il forte interrogativo su quale debbano essere le attività da remunerare, in quale modo, da chi, a chi spetterebbe l'eventuale compenso derivante dalla vendita dei dati rappresentati l'*output* e soprattutto quale percorso seguire al fine di poter evidenziare quale sia effettivamente il prezzo corrispondente a quello di libera concorrenza in materia di *transfer pricing* nel caso in cui le singole operazioni siano svolte da singole entità facente parte di un unico gruppo.

Inoltre, andando nel dettaglio delle varie iniziative unilaterali intraprese dai singoli Stati, quella italiana, seppur nata con intento nobile dato il suo voler imporre un'imposta perequativa sulle *big del web*, si è mostrata come la più confusionaria, dotata di requisiti oggettivi tutt'altro che compatibili con il primordiale

²⁵⁴ Si attende con ansia la proposta di direttiva COM(2018) 147 in tema di Presenza Digitale Significativa.

intento poiché basati sulla mera quantità di operazioni e non sulla qualità (riferita all'importo delle operazioni) delle stesse.

Discorso diverso per l'India, che tramite la EL prima, e l'implementazione della futura SEP poi, ha delineato un quadro di tutto rispetto per affrontare la problematica relativa agli utili che non erano soggetti a tassazione poiché derivanti da attività digitali. Il quadro indiano si basa sul criterio dello “*user-based factor*”, dove quindi ciò che conta al fine di poter pretendere l'imposta su un determinato reddito è che tale reddito sia collegabile ad una ricchezza creata da consumatori presenti sul territorio dello Stato.²⁵⁵

Plausibilmente sarà questa la base (vista anche l'impostazione della DST) della futura CCTB e CCCTB europee, ossia la prima avente l'intento di stabilire un insieme unico di norme per il calcolo della base imponibile per l'imposta sulle società nel mercato interno dell'UE; la seconda invece con il fine di stabilire norme tecniche per il consolidamento degli utili e la equa ripartizione della base consolidata fra gli Stati membri.

Ovviamente in questa prima parte di conclusioni si è analizzata l'ipotetica trattenuta gravante direttamente sull'importo della “transazione finale” che coinvolge un colosso digitale, senza considerare cosa accade con la restante parte dei ricavi, sparsi all'interno della *supply chain*, provenienti dall'utilizzo di tali *intangibles*. Come ben specificato sia a livello comunitario nel capitolo 1, sia a livello nazionale nel capitolo 2, le discussioni riguardanti l'utilizzo di beni immateriali sono tra i più recenti in sede OCSE. Nonostante ciò, ad avviso di chi scrive, l'applicazione del criterio DEMPE²⁵⁶ attuato a determinate attività della *digital economy* (ad es. raccolta di informazioni e successiva segmentazione utile ai fini della pubblicità) è di non facile applicazione a causa dell'elevata frammentazione presente all'interno dell'attività dotata di estrema dematerializzazione e quindi capace di poter (de)localizzare (paradossalmente) anche una *branch* per ogni Stato, ciascuna avente carattere ausiliario o preparatorio ai fini dell'attività e quindi non riconducibili alla definizione di stabile organizzazione neanche tramite applicazione della c.d. *anti-fragmentation rule*²⁵⁷.

Inoltre, tramite appositi contratti di *cost agreement*, apposite concessioni di licenze e l'utilizzo di “servizi a basso valore aggiunto”, potrebbe risultare alquanto semplice per i colossi del *web* continuare ad usufruire di ingenti risparmi fiscali tramite appositi schemi di pianificazione fiscale aggressiva. Per ovviare a tale problema, si spera in repentini interventi futuri messi in pratica a livello comunitario volti a rafforzare (ancor di più di quanto non abbiano fatto negli ultimi anni²⁵⁸) la collaborazione tra Stati e a delineare un'effettiva *digital branch*²⁵⁹ comune.

²⁵⁵ A prescindere, si rammenta, da dove l'operazione venga conclusa.

²⁵⁶ Ossia la considerazione dei rischi assunti in termini di sviluppo, miglioramento, manutenzione, protezione ed utilizzo.

²⁵⁷ Poiché è evidente che un conto è aver l'obbligo di gestire (ad es.) 3 differenti attività inerenti allo stesso *business* all'interno di uno stesso Stato, le quali possono essere suddivise in 3 singole attività (ma comunque localizzate nel medesimo stato) le quali se considerate collettivamente fanno sorgere il presupposto di una stabile organizzazione; un conto è invece potersi occupare di una singola attività per Stato, rendendo così inapplicabile il criterio dell'*anti-fragmentation rule*.

²⁵⁸ Si veda il *Country-by-Country reporting* e tutte le altre forme di collaborazione rafforzata.

²⁵⁹ Soprattutto con riferimento alla questione di elaborazione dati.

In definitiva, dopo aver osservato come l'OCSE abbia risolto i precedenti problemi legati alle pratiche di *base erosion and profit shifting* causate dalle inadatte formule legate a stabili organizzazioni ed all'identificazione della corretta remunerazione derivanti dall'utilizzo dei "classici" *intangibles*, concludiamo l'elaborato in presenza di un nuovo incrocio che, come già detto, implora a gran voce uno o più provvedimenti comuni data l'alta dematerializzazione della nuova economia e l'approccio, spesso avventato, dei singoli Stati. Per facilitare la comprensione delle conclusioni, è opportuno delineare una situazione pratica. Ipotizziamo l'esistenza di un gruppo il cui *core business* sia la vendita di spazi pubblicitari, che svolga autonomamente 4 operazioni²⁶⁰, ciascuna in un Paese differente e senza alcuna presenza materiale:

- 1) Raccolta dati *on-line* (nel paese A);
- 2) Elaborazione parziale dei dati attraverso una prima scrematura (nel paese X);
- 3) Segmentazione sulla base delle richieste dei clienti (nel paese Y);
- 4) Chiusura dei contratti con i clienti (nel paese Z);

Ciascuna delle singole operazioni, poiché svolte in Paesi differenti, non dovrebbe avere i requisiti di stabile organizzazione²⁶¹ considerando la loro attività meramente ausiliaria o preparatoria ed inoltre non potrebbero essere soggetti alla *anti-fragmentation rule* poiché situate in Paesi differenti.

L'attuale disciplina del *Transfer Pricing* risulta quindi, alla luce di quanto riportato finora, completamente inadatta a controllare le operazioni messe in atto all'interno di un gruppo operante nel settore della *Digital Economy* a causa dell'assenza di:

- criteri oggettivi volti ad individuare lo *standard* minimo per poter delineare una stabile organizzazione (es. l'attività di raccolta dati delinea una stabile organizzazione anche se è la sola attività presente su un territorio?);
- criteri oggettivi per poter identificare la correttezza del prezzo stabilito per un'operazione infragruppo operante nella *Digital Economy* (es. all'interno della *supply chain* vista nel *business* della pubblicità, come può l'Amministrazione Finanziaria andare a delineare quali siano i rischi assunti in ciascuna attività ed attribuirne poi i relativi ricavi? Sarebbe davvero utile fare un'analisi sulla base del modello DEMPE? È meritevole di una maggior remunerazione l'attività che raccoglie dati, quella che opera segmentazioni o quella che chiude contratti?);
- collaborazione (indispensabile in questo settore) e scambio di informazione tra Stati adeguato alla problematica.

²⁶⁰ Si è optato per 4 operazioni per semplicità, poiché nella realtà il numero di operazione potrebbe essere di gran lunga superiore andando così a complicare ulteriormente la situazione.

²⁶¹ Consideriamo il fatto che ciascuna di queste operazione è facilmente "frammentabile" in altre singole operazioni, a loro volta facilmente dislocabili in differenti Stati.

Bibliografia e Sitografia

- Antonini, Massimo, e Eugenio Toschetti. 2017. «Web tax e obsolescenza degli attuali sistemi impositivi.» *Corriere tributario*.
- Avolio, Diego. 2018. «La nuova definizione di stabile organizzazione.» *Fiscalità internazionale*.
- Avolio, Diego, e Enrico De Angelis. 2018. «Documentazione sul transfer pricing e regime premiale per la penalty protection: casi controversi e possibili evoluzioni.» *il fisco n.19* 1-1861.
- Avolio, Dieto, e Matteo Ravera. 2018. «Le nuove Linee Guida sui prezzi di trasferimento.» *corriere tributario* 1856.
- Cannavale, Ugo, e Paolo Tripoli. 2017. *Master File requirements for the purpose of action 13 of the OECD BEPS Project*. 6 luglio. Consultato il giorno agosto 8, 2018. <https://www.pwc-tls.it/it/publications/assets/docs/tls-newsalert-06072017.pdf>.
- Cavallaro, Mario, Pierpaolo Ceroli, Fabrizio Micozzi, e Gianluca Natalucci. 2016. «Transfer Pricing in ambito comunitario ed OCSE.» *transfer pricing*. Sole24Ore, novembre.
- 2017. *consilium.europa*. Consultato il giorno agosto 8, 2018. <http://www.consilium.europa.eu/it/policies/anti-tax-avoidance-package/>.
- D'Angelo, Anna. 2018. *fiscooggi*. 25 giugno. Consultato il giorno agosto 8, 2018. <http://www.fiscooggi.it/dal-mondo/articolo/cbc-reporting-sulle-multinazionali-via-ai-primi-scambi-informazioni>.
- Della Valle, Eugenio. 2018. «La web tax italiana e la proposta di Direttiva sull'Imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?» *il fisco n. 16*.
- Delle Rovere, Antonella, e Federico Vincenti. 2017. «Transfer pricing: le nuove Guidelines dell'OCSE.» *fiscalità e commercio internazionale* (10): 37-44.
- Di Tanno, Tommaso. 2018. «La web tax Europea: una misura innovativa ed emergenziale.» *corriere tributario n.20*.
- digitale, Gruppo di esperti di alto livello della Commissione europea sulla tassazione dell'economia. 2014. relazione finale.
- Dragonetti, Alessandro, Valerio Piacentini, e Anna Sfondrini. 2016. *Manuale di Fiscalità Internazionale*. Wolters Kluwer.

- Entrate, Agenzia delle. 2013. «II Bollettino di ruling di standard internazionali.» bollettino.
- 2018. *exportiamo*. 14 maggio. Consultato il giorno agosto 7, 2018.
<http://www.exportiamo.it/aree-tematiche/13810/treaty-shopping-l-ocse-emana-una-clausola-antiabuso/>.
- EY. 2018. *Global tax alert*. 6 luglio. Consultato il giorno luglio 25, 2018.
<https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--oecd-releases-first-discussion-draft-on-transfer-pricing-aspects-of-financial-transactions>.
- Faggion, Mauro. 2017. *procedure amichevoli*. 7 novembre. Consultato il giorno agosto 7, 2018. https://www.confindustria.ud.it/schede/get_file_scheda/7683/9088 .
- Ferroni, Bruno. 2018. «Implementazione in Italia del Country by Country Reporting.» *il fisco*.
- Ferroni, Bruno. 2018. «Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS ed introduce la "continuativa presenza economica".» *il fisco n.7* 1-632.
- finanze, Ministero dell'economia e delle. 2018. «D.M. 14 maggio 2018.» Decreto Ministeriale.
- fiscomania. s.d. *fiscomania*. Consultato il giorno agosto 7, 2018.
<https://www.fiscomania.com/2017/10/treaty-shopping-pianificazione-fiscale/>.
- Formica, Giovanni, e Davide Lillo. 2018. «Transfer pricing e doppia imposizione: nuovi strumenti di risoluzione.»
- Gentile, e Niccolò. s.d. *novità fiscali*.
http://novitafiscali.supsi.ch/494/1/Gentile_niccolo_Transfer%20pricing%20dei%20beni%20immateriali.pdf.
- Gentile, niccolò. s.d. *novità fiscali*. Consultato il giorno agosto 6, 2018.
http://novitafiscali.supsi.ch/494/1/Gentile_niccolo_Transfer%20pricing%20dei%20beni%20immateriali.pdf.
- IPSOA. 2018. *FISCO*. Milano: Wolters Kluwer.
- Jones, Ben, Susasn Seabrook, Sebastiano Sciliberto, e Georgina Jones. 2018. «Taxing the digital economy .» *Tax journal*, 2 marzo.
- KPMG. febbraio 2007. «developing the concept of tax governance.» Discussion paper.

- Landuzzi, Fabio. 2018. *Euroconference*. 8 agosto. Consultato il giorno agosto 8, 2018. <https://www.ecnews.it/servizi-infragruppo-basso-valore-aggiunto-nuove-linee-guida-ocse/>.
- Leo, Maurizio. 2018 n.21. «Quale tassazione per l'economia digitale.» *il fisco*.
- Liburdi, Duilio, e Massimiliano Sironi. 2018. «Rettifiche in diminuzione derivanti dal transfer pricing.» *il fisco* 1-1414.
- Mambrin, Luca. 2018. *Danea*. 29 giugno. Consultato il giorno settembre 3, 2018. <https://www.danea.it/blog/patent-box-come-funziona/>.
- Mastromatteo, Alessandro, e Benedetto Santacroce. 2015. «Accordi preventivi per l'internazionalizzazione e interpello sui nuovi investimenti.» *il fisco*.
- Meta, Federica. 2017. *corriere comunicazioni*. 28 settembre. Consultato il giorno settembre 6, 2018. <https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/costa-1-miliardo-all-italia-l-evasione-fiscale-di-google-co/>.
- Miele , Luca, Alessandro Sura, Francesco Bontempo, e Tommaso Fabi. 2018. *BILANCIO E REDDITO D'IMPRESA*. Wolters Kluwer.
- OCSE. 2006. «comparability: public invitation to comments on a series of draft issues notes.»
- OCSE. 1990. «Diritti e doveri dei contribuenti.»
- OCSE. 2014. «Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting.» bozza di discussione.
- —. s.d. *OCSE Stati partecipanti*. Consultato il giorno agosto 10, 2018. <https://www.osce.org/it/participating-states>.
- OCSE. 2010. «Revision of chapters I-III of the transfer pricing guidelines.» Parigi.
- OECD. s.d. *BEPS Action*. Consultato il giorno agosto 7, 2018. <http://www.oecd.org/ctp/beps-actions.htm>.
- OECD. 2018. «Brief on the tax challenges arising from digitalisation.» Rapporto OECD, Parigi.
- OECD. 2018. «Brief on the Tax challenges arising from digitalisation.» rapporto OECD.
- OECD. 2018. «Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to- Value Intangibles - BEPS Actions 8-10,» Discussion Draft, Paris.

- OECD. 2018. "guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-To-Value Intangibles - BEPS Actions 8-10." linee guida, parigi.
- —. 2017. «OECD: Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017.» *oecd*. 10 luglio. Consultato il giorno luglio 26, 2018.
<http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>.
- OECD/G20. 2015. «Align transfer pricing outcomes with value creation.» final report .
- Palumbo, Giovambattista. 2017. «Prospettive di una nuova tassazione dell'economia digitale.» *il fisco*.
- Piergiorgio, Valente. 2011. ««Tax governance» e gestione del «compliance risk».» *Corriere Tributario n. 35* 1-7.
- Pignatelli, Michele. 2014. *Sole24Ore "Dublino non sarà piu un paradiso per le multinazionali*. 15 ottobre. Consultato il giorno luglio 24, 2018.
<http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2014-10-15/dublino-non-sara-piu-paradiso-stop-double-irish--072100.shtml?uuid=ABg9IK3B&fromSearch>.
- Rovere, Antonella Delle. 2017. «pianificazione fiscale aggressiva: obblighi di disclosure.» *Amministrazione & finanza* (11): 2-7.
- Salvatore, Mattia. 2009. «Risoluzione di conflitti in materia di transfer pricing.» *commercio internazionale n.22* 34.
- Senato, servizio del bilancio del. 2015. *senato.it*. Consultato il giorno agosto 6, 2018.
<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00941275.pdf>.
- Soro, Paolo. 2016. *BEPS: Le azioni 11-12*. 3 novembre. Consultato il giorno agosto 7, 2018. <http://www.paolosoro.it/news/932/BEPS-Le-Azioni-11-12.html>.
- Taylor, P. 1999. «Internet provides a new market impetus.» *financial times*, 14 agosto.
- Trettel, Stefano. 2018. «Branch exemption senza segreti già dal 2016, grazie ad Assonime e Agenzia .» *Il fisco n.8*.
- Valente, Piergiorgio. 2011. ««TAX GOVERNANCE» E GESTIONE DEL «COMPLIANCE RISK».» *Corriere Tributario n. 35* *corriere tributario* (35): 1-7.
- —. 2016. *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*. Wolters Kluwer.
- —. 2015. *Economia digitale e commercio elettronico*. IPSOA.

- —. 2013. «Transfer pricing: criteri di comparabilità e analisi di benchmark.» *fiscaltà&commercio internazionale n.6.*
- —. 2012. *Manuale del transfer pricing.* ipsoa.
- Valente, Piergiorgio. 2016. «Misure UE di contrasto all'elusione: prospettive future ed impatto per il regime tributario italiano.» *il fisco.*
- Valente, Piergiorgio. 2017. «Procedure amichevoli, procedure arbitrali e rapporti Fisco-contribuente.» *il fisco n.5 (5): 452.*
- Venturi, Federico. 2018. *Accertamenti esteri in tema transfer pricing e rettifiche corrispondenti in Italia. Cenni in tema di MAP e Convenzioni Arbitrale.* 4 luglio. Consultato il giorno luglio 31, 2018.
http://www.oecd.org/document/9/0,3746,en_2649_37989739_48558537_1_1_1_1,00.html.

SINTESI

L'elaborato è incentrato sul *transfer pricing*, con tale termine volendo intendere tutte quelle operazioni infragrupo volte a trasferire redditi da un Paese ad un altro con lo scopo di andare ad abbattere la base imponibile realizzata nei Paesi ad elevata tassazione per "traslarla" in Paesi aventi tassazione minore o, ancora, approfittare di lacune presenti nelle vigenti normative per usufruire di una doppia non imposizione. Alla luce di ciò, si è evidenziato come la relazione tra prezzi di trasferimento e *tax governance* sia sempre più fortificata poiché non è raro che queste ultime, pur tenendo fede al loro obiettivo principale che consiste nell'implementazione di adeguate *tax policies* volte ad individuare la strategia fiscale che, successivamente, andrà a dettare i principi e le linee guida operative per bilanciare assunzione dei rischi e raggiungimento degli obiettivi, potrebbero ricadere in una mera esplicazione di strategie di *aggressive tax planning*.

Le strategie di pianificazione fiscale aggressiva sono state sin da sempre uno dei maggiori problemi per le casse degli Stati poiché principali cause dei fenomeni di *Base Erosion and Profit Shifting* che, volendoli illustrare attraverso alcuni comportamenti pratici praticati dalle multinazionali possiamo individuarli in: delocalizzazione solo formale di redditi verso Paesi a tassazione agevolata; formulazione di prezzi non conformi al principio di libera concorrenza, andando così a gonfiare i costi ed erodendo la base imponibile; stabilire la residenza fiscale (solo formalmente) all'estero così da aggirare l'imposizione di competenza dello Stato dove la residenza fiscale risulta essere sostanziale.

Gli albori della disciplina sono identificabili con la nascita della Società delle Nazioni che, sin dai primi anni '20 si è adoperata per porre un freno tanto ai regimi fiscali dannosi (*harmful tax regimes*) e le correlate *aggressive tax planning*, quanto alle doppie imposizioni che alcune società subivano a causa della non chiara normativa del tempo. Con il passare degli anni, i piccoli passi compiuti dalla Società delle Nazioni risultarono via via più inutili ed insignificanti a cospetto del sempre più accentuato progresso dell'economia mondiale. È per questo che il 30 settembre del 1961 la stessa Società delle Nazioni passa il testimone all'OCSE, organizzazione questa che ha avuto (e si spera avrà) il merito di delineare e rendere trasparenti i rapporti in tema di *transfer pricing*, tra Amministrazioni finanziarie di diversi Stati e tra Amministrazioni finanziarie e contribuenti, tramite il rilascio di linee guida incentrate proprio su tale materia.

Per quanto riguarda il rapporto inerente alle "*Transfer Pricing guidelines*", ha subito diverse modifiche sia sostanziali che strutturali nel corso del tempo, fino ad arrivare alle più recenti linee guida pubblicate in data 10 luglio 2017 con il titolo "*Transfer Pricing guidelines for multinational enterprises and tax administration*" al cui interno è presente le più recenti linee guida in materia di trasferimento prezzi.

Nel capitolo 1 del detto rapporto, è presente la definizione del principio di libera concorrenza (*arm's length principle*) ed una distinzione ragionata tra operazione infragrupo ed operazioni tra parti indipendenti, la cui conclusione è che le seconde, essendo guidate dalle sole forze di mercato, risultano essere le operazioni da prendere come riferimento per poter apportare eventuali correzione ai prezzi praticati nelle operazioni facenti parte del primo gruppo (*intercompany*) i cui interessi, a rigor di logica, potrebbero ricadere in principi ben più lontani delle sole forze di mercato.

Delineato quello che è il principio guida del prezzo che deve essere praticato nelle operazioni infragruppo, l'OCSE suggerisce diversi metodi e delinea i criteri di individuazione dei comparabili per poterlo verificare. I metodi sono raggruppabili in 2 distinti gruppi: il primo, basato sull'analisi dei prezzi o dei margini lordi dell'operazione, contiene il metodo del *comparable uncontrolled price*, il *resale price method*, ed il *cost plus method*; mentre il secondo gruppo di metodi, basati questi sull'individuazione ed analisi dei margini netti dell'operazione, contiene il *Transactional net margin method*, ed il *Transactional profit split method*.

Al fine di poter definire le operazioni comparabili invece, l'OCSE presuppone che elementi quali posizioni contrattuali ed economiche, e situazioni attuali del mercato, debbano presentare un grado abbastanza elevato di affinità; senza togliere comunque la possibilità di applicare eventuali correzioni al fine di poter "limare" distorsioni presenti tra un'operazione e l'altra.

Di notevole importanza, al fine di risolvere le problematiche causate in tema *transfer pricing* dalla globalizzazione, sono le parti (situate all'interno del medesimo rapporto) riguardanti i possibili approcci per risolvere e (soprattutto) evitare le dispute in ambito trasferimento prezzi, oltre la parte relativa alla documentazione e collaborazione.

Riguardo alla natura risolutiva, è importante sottolineare la presenza di MAP (*Mutual Agreement Procedure*) menzionate sia nelle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni per la risoluzione di controversie internazionali, sia nella Convenzione 90/436/CEE (convenzione arbitrale). Nella prima ipotesi, avente come requisito oggettivo una pluralità di casi, è previsto l'avvio della procedura qualora il contribuente, dopo aver effettuato reclamo in merito nel Paese di residenza per problemi relativi alla doppia imposizione, non trovi un accordo unilaterale con l'Amministrazione Finanziaria. In questo caso l'autorità competente del Paese di residenza del contribuente si rivolgerà all'autorità competente dell'altro Stato al fine di osservare le trattative esistenti tra i due e cercheranno di far del loro meglio al fine di evitare la doppia imposizione riconosciuta anche se è bene sottolineare come in questo caso non sia richiesto "l'obbligo di risultato". Diversamente avviene nel caso di Convenzione arbitrale, utilizzata nel caso di doppia imposizione derivante da rettifica di utili di imprese associate, dove qualora le autorità competenti entro due anni non raggiungano un accordo che elimini la doppia imposizione, saranno costrette ad istituire una Commissione Consultiva il cui ruolo sarà appunto pronunciarsi (entro sei mesi) sulle modalità tramite cui eliminare la doppia imposizione. Successivamente provvederanno (entro ulteriori sei mesi) le autorità competenti chiamate in causa ad adottare una decisione, anche non conforme a quanto previsto dalla precedente Commissione, al fine di eliminare la doppia imposizione.

Diversa natura hanno invece gli APA (*Advanced Pricing Agreements*) ed i *safe harbour*, il cui scopo risiede nel prevenire il realizzarsi di potenziali controversie in materia di trasferimento di prezzi. Il primo strumento consiste in accordi preventivi tra Amministrazioni Finanziaria e contribuente attraverso cui, prima della realizzazione dell'operazione infragruppo, vengono identificate le modalità e le regole che determineranno il futuro prezzo della transazione; il secondo prevede invece la possibilità, per determinate tipologie di contribuenti e transazioni, di poter fissare a priori (quindi al netto di tutte le operazioni di selezione del

metodo e comparabili) il prezzo coerente al principio di libera concorrenza, tale questo da essere accettato automaticamente ed obbligatoriamente dalle Amministrazioni Finanziarie. Ulteriore strumento di natura preventiva è riscontrabile nei *ruling* internazionali, attraverso i quali il contribuente, ricevendo pareri preventivi su specifici argomenti e/o transazioni, riesce a creare ulteriore certezza nel diritto essendo questi *ruling* vincolanti per le Amministrazioni Finanziarie.

Riguardo alla documentazione in tema *transfer pricing* si può affermare come l'OCSE ed i singoli Stati abbiano raggiunto un ottimo traguardo. Nello specifico il set documentale previsto nelle attuali disposizioni prevede la presenza di tre distinti documenti: il *Master File*, il cui fine è delineare in linea generale quali sono i rapporti esistenti all'interno del gruppo e quali le tipologie di operazioni compiute; il *Local File* (il cui fine può definirsi integrativo del *Master File*) che focalizza invece l'attenzione sulla singola entità del gruppo e le relative operazioni che hanno avuto luogo in una specifica giurisdizione; ed ultimo documento, discusso per la prima volta il 30 gennaio 2014 nel "*Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting*", è il *Country By Country Reporting* il cui fine è individuare ogni singola giurisdizione fiscale in cui risulta essere presente almeno una *constituent entity* e successivamente specificare, sempre per ogni singola giurisdizione fiscale, specifici dati quali fatturato, imposte dovute, *royalties/fees intercompany* (ecc.) oltre ad andare ad evidenziare le principali attività svolte dalle singole entità.

Elemento conclusivo che è in procinto di aggiungere gli ultimi tasselli al quadro normativo internazionale in materia di *transfer pricing* è il Progetto BEPS, intrapreso nel 2013 dall'OCSE in collaborazione con il G20, il cui ideale è stato quello di "destituire" i vecchi standard internazionali (che potevano essere idonei nel vecchio contesto poco dinamico della prima metà del '900) e le relative interpretazioni estensive, con nuove regole più efficaci nel nuovo ambiente economico ricco di *intangibles*. Sulla base di tale ideale ha preso vita l'"*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*", composto da 15 azioni e 3 pilastri, volti a prevenire tutti i possibili atteggiamenti di *base erosion and profit shifting*, a creare strumenti utili ai fini collaborativi tra le varie Amministrazioni Finanziarie, a delineare determinati aspetti dei trattati fiscali, ad assicurarsi che le *MNEs* forniscano dati sempre più chiari e specifici, a scandire il già esplicito "*Three-tiered standardised approach*" in tema documentazione, ad armonizzare le normative dei singoli Stati nel tempo più breve possibile ed infine, sulla base del report intitolato "*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*", si è voluto delineare un'appropriata definizione per gli *intangibles* e regole *ad hoc* per gli *hard-to-value intangibles* così da permettere ai singoli Stati, tramite l'utilizzo dell'analisi DEMPE, di determinare l'effettiva allocazione dei rischi relativi ad un *intangible* all'interno di un gruppo tali da poter successivamente determinare la remunerazione spettante ad ogni singola entità coinvolta. È quindi questo il momento in cui l'OCSE ribadisce il principio della prevalenza della sostanza dell'operazione rispetto alla forma, dando ampio spazio ed influenza, per la successiva attribuzione di utili, all'analisi funzionale ed all'analisi dei rischi.

A combattere la stessa battaglia dell'OCSE contro i fenomeni BEPS è l'Unione Europea, la quale tramite la Direttiva UE 2016/1164, conosciuta come Direttiva antielusione ha previsto disposizioni atte a garantire

l'effettiva tassazione all'interno dell'UE, a migliorare la trasparenza fiscale e ad assicurare condizioni di concorrenza migliori. In particolare, le disposizioni presenti all'interno della Direttiva si preoccupano di: inserire un limite alla deducibilità degli interessi per ogni esercizio fiscale; definire una *exit-tax* così da tamponare il trasferimento artificioso della residenza o di singoli *assets* verso Paesi a fiscalità privilegiata; inserire la clausola di *switch-over*, così da evitare lo sfruttamento di doppie non imposizioni; definire norme generali antiabuso e trattare situazioni in cui risultino presenti strumenti ibridi.

Ai più recenti e meticolosi rapporti in sede OCSE si affianca un blocco normativo italiano “promosso con ottimi voti” in materia *transfer pricing*.

Il legislatore italiano ha tenuto in considerazione la maggior parte delle linee guida in sede OCSE come dimostrano le più recenti modifiche apportate in tema di: prevenzione e risoluzione contro le doppie imposizioni, identificazione di una stabile organizzazione ed annessa materia contro i fenomeni di *fragmentation*, idoneità della documentazione e regime premiale, e intangibles e *hard-to-value intangibles*. Nello specifico in tema di prevenzione contro le doppie imposizioni si fa riferimento al Dlgs 14 settembre 2015, n. 147, conosciuto come “Decreto sull'internazionalizzazione e la crescita delle imprese”, disciplinato dall'articolo 31-ter del Dpr 600/1973, contenente proprio una rinnovata disciplina ed architettura riguardante gli accordi che le imprese con attività internazionale possono stipulare con le Amministrazioni finanziarie. Con il richiamato Decreto si è abrogato il previgente art. 8 del DL 269 del 30 settembre 2003 (primo ad introdurre la fattispecie di *ruling* nel nostro ordinamento) poiché ritenuto limitato dato che il previgente schema di *ruling* di standard internazionale permetteva alle imprese di accedere alla procedura solo nei casi circoscritti delle definizioni di trasferimento di prezzi, degli interessi, dei dividendi e delle *royalties*. Con il nuovo art. 31-ter, il legislatore ha voluto introdurre ampliamenti nell'ambito di applicazione e dettare nuove regole inerenti alla durata e la vigenza degli accordi sottoscritti, prolungando quindi la validità dell'atto sino al quarto periodo di imposta successivo alla sottoscrizione. Inoltre, è stata introdotta la possibilità, sempre che ricorrano i requisiti e che i presupposti siano i medesimi, di ampliare la validità degli accordi stabiliti, oltre che per i quattro periodi d'imposta successivi, anche a periodi d'imposta precedenti, tramite *roll-back*, attraverso il pagamento di imposte mediante dichiarazioni integrative o ravvedimenti operosi (in entrambi i casi evitando di incorrere in sanzioni pecuniarie) a condizione che: l'accordo sia successivo ad un precedente *ruling* con medesime caratteristiche, sottoscritto con Amministrazioni finanziarie di Stati esteri a seguito di procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni; e che le circostanze di fatto e di diritto non siano mutate per nessun periodo d'imposta precedente a quello della stipula. Si nota quindi come nell'attuale materia preventiva ci sia una forte propensione al dialogo ed alla trasparenza, volendo rendere così il rapporto tra contribuente ed Amministrazione finanziaria collaborativo, trasparente e duraturo.

Stesso fine dimostra avere l'art. 31-quater del Dpr n. 600/1973 in materia di risoluzione dei conflitti derivanti da doppia imposizione, introdotto e esplicito dall'art. 59 D.L. n.50/2017 e dal Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 30 maggio 2018. Grazie all'introduzione di tale art. 31-quater si è voluto

estendere la possibilità di riconoscere un eventuale *corresponding adjustment* ad un contribuente che subisce una contestazione in termini di maggior base imponibile, determinata sulla base di rivalutazione di operazioni di trasferimento prezzi infragruppo (*primary adjustment*), che vada oltre la semplice ed esclusiva casistica relativa ai risultati delle MAP. In particolare, il legislatore ha previsto (fermo restando la possibilità prevista riguardo alle MAP) che sia prevista una rettifica in diminuzione a favore dell'impresa residente a seguito di un maggior reddito imponibile imputato, derivante da contestazione per operazioni di *transfer pricing intercompany* subite da società estere, qualora ci si trovi in una di queste fattispecie: esecuzione degli accordi derivanti dalla conclusione delle procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni o dalla Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate, con atto finale e dichiarazioni; controlli derivanti da attività di *joint audit*, i cui risultati siano condivisi dagli Stati partecipanti; e la terza ipotesi, più frequente, in caso di istanza aperta dal contribuente, preceduta da una rettifica in aumento definitiva che rispetti il principio di libera concorrenza ed effettuata da uno Stato in cui vige una Convenzione attiva contro le doppie imposizioni sui redditi che consenta un adeguato scambio di informazioni.

Per l'utilizzo dell'ultima casistica, sempre secondo l'art. 31-quater del Dpr n.600/1973, è previsto quali requisiti oggettivi: la definitività del *primary adjustment*, il fatto che la correzione sia stata apportata da uno Stato in cui vige un trattato fiscale che garantisce un idoneo scambio di informazioni, e la determinazione del prezzo secondo l'*arm's length principle*.

Ulteriore *step* compiuto dal legislatore italiano risiede nell'aggiornamento riguardante la stabile organizzazione. In particolare, tramite la legge di bilancio 2018 e quindi le modifiche apportate all'art. 162 Tuir, si è voluto far evolvere il concetto di stabile organizzazione cercando di inglobare nella definizione, tramite la neo-introdotta lettera f-bis), “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” che, letta insieme alla funzione preparatoria ed ausiliaria che una (non) stabile organizzazione dovrebbe possedere, permette l'applicazione della *anti-fragmentation rule* ossia lo schema tramite il quale le imprese multinazionali, tramite frammentazione di un *business* unitario in molteplici e singole operazioni, riesce ad eludere la fattispecie di stabile organizzazione tramite il valore ausiliario e/o preparatorio attribuibile a queste ultime.

Sempre in linea con il rapporto sulle *transfer pricing guidelines* e con il progetto BEPS, il legislatore italiano ha stabilito la documentazione necessaria di cui le MNEs debbano dotarsi. Questa coincide quindi con i documenti *Master File*, Documento nazionale ed il *Country By Country Reporting*; quest'ultimo introdotto tramite Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 28 novembre 2017 che ha sancito l'obbligo di redazione per le società controllanti, residenti nel territorio dello Stato ed in capo a cui risiede l'obbligo di redazione del bilancio consolidato, aventi inoltre un fatturato consolidato superiore a 750 milioni di euro e che non siano a loro volta controllate da soggetti diversi da persone fisiche. Infine il legislatore, coerentemente con la strada intrapresa in ambito di collaborazione e trasparenza con il contribuente, ha

introdotto il regime della *penalty protection* tramite il quale, a fronte di un'ideale documentazione (salvo la precedente indicazione tramite *flag* nella dichiarazione dei redditi) presentata all'Amministrazione finanziaria tale da essere idonea al fine di poter permettere l'elaborazione di un giudizio concreto sulle *transfer pricing policies* adottate dalla multinazionale, il contribuente viene "premiato" mediante la possibilità di essere esentato da sanzioni.

Per quanto riguarda la scelta dei comparabili, dei metodi per la determinazione dei prezzi di *transfer pricing* e la trattazione degli *intangibles*, il legislatore anche qui segue le orme dei rapporti OCSE risultando allineato alle *guidelines*. Inoltre, dal 30 luglio 2015 proprio inerentemente agli *intangibles*, il legislatore ha previsto la possibilità di applicare un regime opzionale di tassazione per i redditi derivanti dall'utilizzo di software protetto da copyright, da brevetti industriali, da disegni e modelli, nonché da processi, formule e informazioni relativi a esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili. Il regime opzionale in questione è il "Patent Box", la cui più recente modifica risale al 28 novembre 2017 tramite il "Decreto Patent Box", mediante il quale il Ministero dell'Economia e dello Sviluppo Economico ha voluto rivisitare la disciplina eliminando i marchi di impresa dall'elenco degli intangibili ammessi al regime. Per quanto riguarda i beni immateriali di difficile valutazione (HTVI), l'Italia prende atto della "*Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles*" che prevede, per quei beni immateriali la cui valutazione risulta estremamente difficile a causa dell'elevata asimmetria informativa tra Amministrazioni fiscali e contribuente, che i soggetti predisposti al controllo possano utilizzare i risultati *ex post* come elemento di prova dell'adeguatezza dei prezzi prefissati *ex ante*, tenendo comunque conto delle informazioni che il contribuente possedeva al momento dell'operazione e contemporaneamente ipotizzando quale sarebbe stato il comportamento seguito in medesime condizioni da imprese indipendenti.

Risultano quindi, i Rapporti in sede OCSE prima e le singole "attuazioni" italiane poi, al passo e capaci di porre freno anche alle più accurate pianificazioni fiscali aggressive perseguite dalle imprese multinazionali appartenenti, però, al classico settore dell'economia così come la conosciamo, fatto di attività che richiedano (almeno in parte) una presenza fisica che rende quindi "agevole" l'individuazione di una determinata attività. Cosa succede se si prova a traslare quanto detto finora nel settore dove la materialità è solo un *optional*? La risposta certamente non sarà positiva e, per dimostrarlo, introduciamo quella che è la *Digital Economy*.

Con il termine *Digital* (o *New*) *Economy* si intende la parte dell'economia basata sull'uso delle tecnologie informatiche tramite le quali le nuove attività economiche, grazie anche all'avvento della digitalizzazione all'interno della vita comune mediante *smartphone*, *tablet* e qualsiasi altro dispositivo munito di connessione, si sono sviluppate. Il potenziale di questa nuova economia fu percepito sin da subito, tant'è che già dalla fine dello scorso millennio si trovano report che attestavano l'elevata crescita che accompagna l'economia digitale, con altrettante astronomici indici di crescita rivolti al futuro.

Tale avvento ha cambiato radicalmente i modelli di *business*, andando ad influenzare anche l'economia "classica" fatta di beni materiali, dove si è assistito ad una elevata dematerializzazione dei punti vendita fisici in favore dei siti *web* (esempio lampante è l'avvento di Amazon) e la nascita di nuovi modelli volti ad eludere il diritto di uno Stato ad assoggettare la ricchezza effettivamente creata nello stesso grazie ai suoi residenti. A titolo esemplificativo si può far riferimento al modello di *business* proposto nel *Final Report* dell'*Action 1* BEPS. Prendiamo in considerazione un Gruppo, il cui *core business* è la commercializzazione di propri prodotti tramite sito *web* consentendo così ai propri clienti di acquistare *on-line*. I prodotti fisici vengono consegnati tramite corriere mentre quelli digitali sono scaricati direttamente dal PC del cliente tramite la piattaforma *internet*. Al vertice del gruppo troviamo la *holding R Company* (da ora RCo.) residente nello Stato R e proprietaria degli *intangibles* utilizzati per il corretto funzionamento del sito *web*. I diritti per lo sfruttamento del sito *web* nello Stato A dove è locato il consumatore finale, vengono acquistati da una filiale (RCo *regional holding*) della capogruppo, residente in un terzo Stato T, tramite contratto di *cost sharing*. A questo punto la *Regional holding* è in possesso di tutti i requisiti per sub-licenziare i diritti acquistati per commercializzare in diversi Paesi. Allora sempre la RCo *regional holding* si affida ad un'ulteriore filiale locale la cui funzione è quella di gestire gli ordini ricevuti (*Operating Company*, da ora OpCo), residente nel medesimo Stato T ma la cui entità è ibrida, ossia è vista fiscalmente trasparente per il primo Stato R, come persona giuridica dallo Stato T ove è localizzata. Questa società ibrida vanta la proprietà sui beni fisici e digitali venduti sul sito ai clienti residenti nello Stato A, i cui annessi servizi di logistica e post-vendita sono attribuiti ad ulteriori filiali della OpCo localizzate nel territorio A e remunerate tramite metodo del *cost-plus*). Dal modello di *business* descritto, richiamando poi l'art. 162 co.4 del Tuir è evidente la difficoltà che lo Stato A, dove il consumatore finale risiede, ha nell'esercitare il diritto di assoggettare a tassazione la ricchezza che è "effettivamente" prodotta nel suo territorio. Infatti, secondo il richiamato comma, la localizzazione di magazzini in uno Stato rientra tra l'elenco delle *negative list*, non permettendo quindi di delineare una stabile organizzazione all'interno del territorio e che, in combinazione con l'utilizzo di un agente indipendente come distributore di prodotti, impedisce nuovamente allo Stato A di assoggettare a tassazione i profitti in questione. Unico importo che lo Stato A ha diritto di assoggettare a tassazione è quello derivante dalla differenza tra *fee* ricevuta dagli Stati residenti nel territorio dello Stato in questione, al netto dei costi sostenuti.

Da questi esempi si evince come, a fronte di un'oculata pianificazione fiscale, i gruppi multinazionali sono capaci di minimizzare il carico fiscale che causa una perdita di gettito fiscale per ogni singolo Paese in cui il gruppo opera. Tanto per illustrare nella vita reale di cosa stiamo parlando, è sufficiente considerare che esponenti della *digital economy*, quali Facebook, Apple, Amazon, Airbnb, Twitter, Tripadvisor, nel 2016 hanno versato al fisco italiano una quantità totale di imposte pari a quelle versate dalla sola Piaggio. Problema ancor più grave si presenta qualora si faccia riferimento ai prodotti immateriali della *Digital Economy*, quali possono essere la vendita di spazi pubblicitari *online*. È evidente come in questo caso le caratteristiche presenti all'interno della *supply chain* siano di: completa a-territorialità, poiché non persistono

elementi tangibili tali da poter collegare formazione e sviluppo del bene con il territorio in cui viene creata la ricchezza; transnazionalità, data dalla facilità con cui gli operatori riescono a varcare i confini degli Stati con il semplice utilizzo della tecnologia; dematerializzazione, dato che i prodotti in questione sono rappresentati da beni non inclusi in supporti materiali; continua e rapida volatilità ed evoluzione. Appare dunque “innocuo”, al cospetto di questo genere di servizi digitali ed in concomitanza con i più sofisticati *multi-dimensional business models*, il sistema normativo come descritto e ben consapevole ne è l’OCSE che, tenendo fede a quanto predisposto nell’*Action 1* del progetto BEPS, il 16 marzo 2018 ha pubblicato un *interim report* intitolato “*Tax Challenges Arising from Digitalization*” attraverso il quale ha ribadito il concetto di presenza economica significativa identificabile qualora sussistano determinate condizioni riferite alla mole di ricavi, ai *digital factors* (es. attivazione di un nome a dominio, di una piattaforma digitale o utilizzo di strumenti di pagamento locali) ed agli *user-based factors* (inteso come qualsiasi elemento connesso alla localizzazione degli utenti finali attivi); oltre a ribadire le due plausibili opzioni riferite alla tassazione per i redditi provenienti dall’economia digitale, quali una “*withholding tax*” o una “*equalisation levy*”, confermando poi la ferma ipotesi della Commissione secondo cui le azioni unilaterali intraprese dai singoli Stati siano estremamente sconsigliate.

Percorso più concreto invece è stato intrapreso dalla Commissione Europea che, a seguito di diversi vertici, nel febbraio del 2018 l’UE decise di intraprendere un *Action plan* contenente due proposte di emanazione (successivamente pubblicate a marzo e speranzose di essere recepite entro il 31 dicembre 2019): una Direttiva volta ad identificare una presenza digitale significativa in un determinato territorio; ed una Direttiva in tema di tassazione dei servizi digitali.

Scopo della prima Direttiva è quello di ampliare la nozione generale di stabile organizzazione, così da inglobare anche la “presenza digitale significativa” caratterizzata da tre diversi elementi di “significatività”: ammontare dei ricavi derivanti da servizi digitali superiori a 7.000.000 di euro; numero di utenti attivi superiori a 100.000; numero di contratti conclusi *on-line* superiore a 3.000 unità.

Scopo della seconda Direttiva invece è quello di introdurre una *web tax* europea, chiamata ISD (Imposta sui Servizi Digitali) o DST (*Digital Service Tax*), la quale dovrebbe applicarsi ai ricavi (al netto dell’IVA ed altre imposte simili) provenienti da tre fonti ben delineate: da inserzioni di pubblicità su interfacce digitali (es. Google); da una piattaforma digitale messa a disposizione agli utenti, da cui questi ultimi possano scambiare beni o servizi (es. Uber o Airbnb); dalla trasmissione di dati che gli utenti raccolgono ed immettono sul sistema digitale (es. *social network*).

L’imposta in questione sarà richiesta direttamente al soggetto che esercita tali attività, applicando (compito del prestatore) un’aliquota fissa del 3%, a condizione che il fatturato annuale mondiale sia superiore ai 750 milioni di euro di cui almeno 50 milioni di euro siano imputabili a ricavi “qualificati” da servizi digitali proveniente dall’UE, ferme restando a tal proposito le elevate problematiche concernenti la diligenza attribuita alla *taxable-person* che dovrà auto-dichiararsi, oltre al problema della giusta documentazione che le società in questione dovrebbero presentare. Infatti, è previsto che i dati di bilancio dei gruppi debbano

risultare da un documento redatto seguendo i principi degli IFRS oppure utilizzando un “*national financial reporting system*”. Da tali constatazioni sorgono diverse perplessità qualora i soggetti in questione siano imprese non organizzate sotto forma di gruppo; o ancora (e più complesso) qualora soggetti localizzati in paradisi fiscali o in Paesi con regole contabili meno stringenti abbiano differenti tempi di redazione ed approvazione, o possano giovare di un “non obbligo” di deposito e pubblicità del bilancio, o avere facoltà di escludere dai conti società controllate oppure includerle attraverso sistemi di consolidamento “molto personalizzabili”. A tali problematiche, nonostante i molteplici interrogativi che la Commissione Europea si sia posta, non è tuttora data risposta, permettendo quindi alle multinazionali di porre in essere gli artificiosi schemi di controllo ed operazioni di *transfer pricing* cause di enormi risparmi in termini di imposte.

Volendo dare un giudizio alla proposta di Direttiva nel suo complesso, andrebbe sicuramente premiato il coraggio della Commissione Europea nel voler affrontare la situazione di stallo in cui l’OCSE si trova ma, nello stesso tempo, è auspicabile che i membri della Commissione stessa riescano a dettare regole più certe al fine dell’individuazione tanto della *taxable person*, quanto della *taxable revenue*, così da non tramutare un progetto volto ad ottenere sia maggior introiti per lo Stato sia maggior certezza nel diritto della *digital economy*, in un progetto il cui unico risultato sia la creazione di una gran confusione nei rapporti tra fisco e contribuente ed un maggior onere per le Amministrazioni finanziarie a causa delle future controversie.

Contro le indicazioni di OCSE e Commissione Europea si sono mossi diversi Stati, introducendo misure unilaterali volte a delineare una tassazione per l’economia digitale. Tra questi Stati annoveriamo il Regno Unito che, attraverso uno “*specific regime targeting large MNEs*” introdotto nel 2015 e denominato DPT (*Diverted Profits Tax*), mira a colpire le casistiche in cui sia ragionevole presumere che l’impresa abbia organizzato il proprio *business* attraverso modalità dirette ad eludere l’applicazione delle imposte sugli utili delle società nel territorio. In particolare, è previsto che venga applicata tale DPT in due ipotesi. La prima, qualora ci siano pagamenti superiori ad 1 milione di sterline da parte di società residente nel territorio inglese a favore di società (appartenenti al medesimo gruppo) residenti in un secondo Stato. La norma prevede l’applicazione di un’imposta pari al 25% sull’importo dell’operazione a condizione che il percipiente sia una mera immobiliare, sia residente in un Paese con regime fiscale favorevole e che il costo in questione sia deducibile dalla base imponibile della *corporate income tax* inglese.

La seconda ipotesi di applicazione della DPT ricade nel caso in cui ci si trovi in una situazione in cui imprese estere organizzino la propria attività al fine di eludere l’identificazione di una stabile organizzazione nel Regno Unito (quindi una molteplicità di *units* aventi solo fine preparatorio o ausiliario). La norma a riguardo prevede che qualora l’ammontare dei ricavi di tali società sia superiore a 10 milioni di sterline, queste debbano notificare alle autorità fiscali di rientrare nel campo di applicazione della DPT entro 90 giorni dalla data di chiusura dell’esercizio sociale al fine di non incorrere in un successivo accertamento dove, nell’eventualità di utile sottratto, questo venga assoggettato ad un prelievo del 25% (7 punti percentuali superiori alla classica *income corporate tax*).

È evidente inoltre come la normativa quale descritta risulti essere ancora parzialmente vincolata ad una *business presence* nel territorio, quindi non perfettamente indirizzata verso i *business* digitalizzati, tant'è che tale problema è stato affrontato dal governo inglese che, nel *paper on "Corporate tax and the digital economy"* ha previsto l'implementazione entro aprile 2019 di una *"targeted royalty withholding tax"*, applicabile sulle *royalties* pagate per le proprietà intellettuali da un non residente ad una società residente in uno Stato con fiscalità privilegiata, a condizione che i profitti collegati alle *royalties* siano collegati ad un IP collegabile al territorio inglese.

Altro passo compiuto dai singoli Stati, in particolare dall'Israele prima e dall'India poi, consiste nell'implementazione di una *Significant Economic Presence* (SEP), ossia la definizione di un test basato sull'identificazione di determinati fattori (quali possono essere la conclusione di contratti *on line*, oppure l'utilizzo di prodotti e servizi offerti via *web* da consumatori residenti nel territorio) capace di delineare una *SEP* sul territorio, la quale sarà assoggettata a tassazione secondo la normativa domestica.

Esclusivo del solo Stato indiano invece è la *"turnover tax"* conosciuta come *"India's Equalisation Levy"*, il cui scopo è regolarizzare i tributi dovuti da quelle imprese operanti nella *digital economy* ed in particolare fa riferimento ad un *target* specifico di *digital transaction* riferibili all'*"online B2B advertising services"*. Tale EL prevede l'applicazione di una ritenuta pari al 6% degli importi pagati sulle operazioni B2B effettuate nel settore del *"digital advertisement space"* tramite un'impresa residente (che dovrà essere il *payer*) verso un'impresa non residente, a condizione che la somma dei singoli pagamenti effettuati durante l'anno superi i 1500\$.

Il legislatore indiano sottolinea come tale tassa perequativa vada applicata esclusivamente per quei servizi che non siano riconducibili ad una stabile organizzazione situata sul territorio indiano, la quale sarebbe già normalmente tassata secondo le territoriali *income corporate tax*.

Da ultimo, tanto per verificare come il legislatore italiano abbia reagito ai più recenti problemi causati dalla *Digital Economy*, evidenziamo come la Legge di bilancio 2018 nei commi 1011-1019 preveda l'introduzione dell'imposta sulle transazioni digitali (o *web tax*) con decorrenza dal 2019. Tale imposta indiretta graverà sulle operazioni B2B colpendo le sole transazioni aventi ad oggetto le prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici a favore di committenti residenti. È previsto che i soggetti passivi d'imposta siano tutte le imprese, residenti e non, che prestano servizi tramite strumenti elettronici a favore di soggetti residenti o di stabili organizzazione di soggetti non residenti; fattispecie che quindi imposta la *web tax* non tanto come una *equalisation levy* (dato il suo voler colpire tutte le aziende e non solo quelle che non scontano un carico impositivo adeguato né nel luogo in cui l'operazione è conclusa, né nel luogo di residenza), quanto come una classica imposta sul fatturato (*turnover tax*). A proposito della *web tax* non ci si è risparmiati dalle critiche, tant'è che ci si interroga a proposito della sua legittimità, poiché la sua natura settoriale e discriminatoria, ancorché transitoria, viene giustificata basandosi sull'elevata marginalità e nelle ampie differenze tra le caratteristiche di *business* delle multinazionali operanti nel settore della *Digital Economy* e quelle operanti nel settore tradizionale; giustificazione che potrebbe non reggere se si tiene in

considerazione l' *interim report* 2018 in sede OCSE dove tali marginalità sono venute meno. Altro elemento che fa discutere riguarda il requisito oggettivo per essere soggetto a tassazione, fissato questo a 3000 transazioni per anno indipendentemente dal valore complessivo raggiunto. Vien da sé che questo genere di criterio potrebbe portare a tutto tranne che ad un prelievo perequativo, poiché potrebbe assoggettare a tassazione imprese che compiono 5000 operazioni di modici importi ed esonerare contemporaneamente imprese che, pur compiendo un numero di transazioni inferiore a 3000, potrebbe avere un fatturato complessivo di gran lunga superiore alla prima.

Delineata la cornice costruita per contenere i problemi relativi alla *Digital Economy* ci si interroga sulla validità del sistema normativo in tema di *transfer pricing* ed è evidente come ogni singolo Stato, attraverso le misure unilaterali intraprese (tutt'altro che illecite ad avviso di chi scrive data la mole di gettito fiscale sottratta ogni anno), possa operare in una posizione sempre più arroccata intorno ai propri interessi non considerando quindi lo spirito collaborativo costruito in tutti questi anni, il quale è stato garante di un clima di relativa serenità tra le diverse giurisdizioni. È quindi evidente come si sia in attesa di una Direttiva ben costruita a livello comunitario o, meglio ancora, di un nuovo rapporto in sede OCSE pronto a far luce in maniera più chiara a proposito di stabile organizzazione dato che, nonostante i recenti aggiornamenti, resta ancora per gran parte paradossalmente ancorata a requisiti di materialità e fissità di cui l'attività esercitata sul territorio debba essere munita, essendo quindi inadatta per le eventuali attività economiche caratterizzate dalla sola *digital presence* quali potrebbero essere gruppi che operano all'interno di un processo di *data-mining*. Al fine di evidenziare concretamente il problema focalizziamo l'attenzione proprio su un processo di *data-mining*, tramite cui vengono estrapolati dati grezzi dalla rete i quali, attraverso collegamenti effettuati tramite complessi algoritmi, permettono alle imprese di venire in possesso di preziosi dati capaci di generare futuri ricavi, ad esempio vendendo spazi pubblicitari *online* già segmentati per abitudini. La descrizione del processo così come riportata può apparire banale ma, provando ad analizzare una parte della *supply chain* identifichiamo: il *content provider* che dispone di dati grezzi, un soggetto addetto all'estrapolazione, un soggetto che effettua ricerche generali, uno che analizza i dati, uno che li elabora al fine di segmentarli ed uno che li vende direttamente al cliente finale sotto forma di spazi pubblicitari segmentati per interesse. Analizzando l'intera *supply chain* e confrontandola con i lavori prodotti dall'OCSE, UE e singoli Stati è evidente come ognuno di essi abbia fondamentalmente individuato e cercato di catturare solo l'ultimo anello della catena, ossia il distributore finale che vende direttamente al cliente residente nello Stato. Tutte le altre singole *units* presenti all'interno della *supply chain* considerata, hanno la capacità di essere dislocate nelle parti più remote del mondo e, paradossalmente, grazie alla loro elevata a-materialità e transnazionalità, ci sarebbe l'opportunità di scomporle in tante altre *units* tali da avere carattere preparatorio ed ausiliario e quindi non essere assoggettate alla disciplina di stabile organizzazione neanche tramite applicazione della *anti-fragmentation rule*. Inoltre, tramite appositi contratti di *cost agreement*, apposite concessioni di licenze e l'utilizzo di "servizi a basso valore aggiunto", potrebbe risultare alquanto semplice per i colossi del *web* continuare ad usufruire di ingenti risparmi fiscali tramite appositi schemi di pianificazione fiscale

aggressiva. Per ovviare a tale problema, si spera in repentini interventi futuri messi in pratica a livello comunitario volti a rafforzare (ancor di più di quanto non abbiano fatto negli ultimi anni) la collaborazione tra Stati e a delineare un'effettiva *digital branch* comune. I forti interrogativi a cui tutti, anche i più grandi esponenti mondiali, non sono riusciti a rispondere consistono quindi in quali debbano essere le attività da remunerare in questo genere di operazioni, in quale modo, da chi, a chi spetterebbe l'eventuale compenso derivante dalla vendita dei dati rappresentati l'*output*, come poter svolgere una corretta analisi funzionale sui rischi e soprattutto quale percorso seguire al fine di poter evidenziare quale sia effettivamente il prezzo corrispondente a quello di libera concorrenza in materia di *transfer pricing* nel caso in cui le singole operazioni siano svolte da singole entità facente parte di un unico gruppo.

Se quindi si era raggiunto un discreto livello normativo internazionale in materia di trasferimento prezzo considerato nell'economia "classica", risulta tutt'altro che adatto quanto elaborato finora al fine di poter controllare le strategie artificiose messe in pratica all'interno dei gruppi internazionali operanti nel settore della *Digital Economy*.