

# Royalty eccedente il valore normale: ritenuta (in)applicabilità delle “rettifiche secondarie” in Italia

Considerazioni critiche rispetto ad una prassi accertativa in tema di royalties transfrontaliere



**Mauro Manca**

Borioli&Colombo Associati, Milano

*Il presente contributo esamina i profili di criticità di una certa prassi di accertamento in tema di royalties transfrontaliere. Oltre a determinare un serio rischio di doppia imposizione, l'applicazione della ritenuta domestica italiana sembra porsi in contraddizione non solo con la migliore prassi internazionale ma anche con lo stesso ordinamento tributario italiano.*

<b>I. Premessa.....</b>	<b>564</b>
<b>II. La tesi dell'Amministrazione finanziaria.....</b>	<b>565</b>
<b>III. Il problema degli aggiustamenti secondari.....</b>	<b>565</b>
<b>IV. Il Report del Forum europeo sul transfer pricing e la Comunicazione della Commissione europea.....</b>	<b>566</b>
<b>V. L'approccio dell'OCSE.....</b>	<b>567</b>
<b>VI. Conclusioni.....</b>	<b>569</b>

## I. Premessa

La prassi delle convenzioni contro le doppie imposizioni (CDI) adottate dall'Italia contempla, pressoché in maniera uniforme<sup>[1]</sup>, una clausola analoga a quella dell'ultimo periodo del par. 4 dell'art. 12 del Modello OCSE di Convenzione fiscale (M-OCSE), mirante a limitare i benefici delle disposizioni

[1] Solo a titolo d'esempio, si veda: Convenzione tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica Francese per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e per prevenire l'evasione e la frode fiscali, ratificata con Legge (L.) del 7 gennaio 1992, n. 20, art. 12, par. 7; Convenzione tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Cile per eliminare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le evasioni e le elusioni fiscali, ratificata con L. del 3 novembre 2016, n. 212, art. 12, par. 6; Convenzione tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Congo per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e per prevenire l'evasione e la frode fiscali, ratificata con L. del 30 ottobre 2005, n. 288, art. 12, par. 6.

convenzionali rispetto alla tassazione dei canoni nei casi in cui, in ragione di una “relazione speciale” tra il pagatore e il beneficiario effettivo o tra entrambi e un altro soggetto che li controlla, l'ammontare dei canoni pagati superi l'importo che sarebbe stato concordato tra parti indipendenti a condizioni di mercato<sup>[2]</sup>.

Nell'applicazione di tale disposizione, l'Amministrazione finanziaria italiana tende a contestare il ricorso alla tassazione ridotta convenzionale prevista dall'articolo citato sulla parte del valore pattuito ritenuta eccedente quello di mercato, assumendo, invece, di dover applicare la norma domestica di cui all'art. 25, comma 4, del Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) n. 600/1973, con l'effetto di incidere tale eccedenza attraverso la ritenuta domestica, pari al 30%<sup>[3]</sup>.

Gli Uffici, nell'applicazione della disciplina in esame, ritengono, quindi, di poter applicare *de plano* la citata normativa domestica relativa alle ritenute su canoni (art. 25 D.P.R. n. 600/1973), senza preoccuparsi né di verificare l'esistenza di una norma interna “in conformità” della quale poter tassare la suddetta eccedenza (che, a tal fine, dovrebbe rappresentare o essere considerata, in ogni caso, un “reddito” prodotto in Italia da

[2] OCSE, Model Tax Convention on Income and on Capital, versione del 2017, art. 12, par. 4: “[w]here, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner or between both of them and some other person, the amount of the royalties, having regard to the use, right or information for which they are paid, exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship, the provisions of this Article shall apply only to the last-mentioned amount. In such case, the excess part of the payments shall remain taxable according to the laws of each Contracting State, due regard being had to the other provisions of this Convention”.

[3] Cfr. ALBERTO BRAZZALOTTO, Italy Country Report, in: Maisto Guglielmo (a cura di), Taxation of Intellectual Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties, IBFD, Amsterdam 2018, p. 534: “[i]n general the Italian Tax Administration scrutinizes excessive royalty payments in the context of tax audits concerning transfer pricing matters by challenging their deduction for corporate income tax purposes and applying 30% domestic withholding tax”.

un non residente privo di stabile organizzazione, e che, come tale, dovrebbe anche essere contemplato nel catalogo di cui all'art. 23 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR)[4], né dell'ineludibile problema della riqualificazione del *quantum* pagato eccedente il valore normale del canone convenuto e corrisposto tra le due parti correlate.

Ciò si pone in evidente antitesi con quanto invece richiamato dalle più autorevoli fonti internazionali e domestiche, ponendosi quindi in contrasto non solo con la corretta applicazione delle stesse CDI sottoscritte, ma anche con la rilevante prassi elaborata a livello OCSE e con la stessa posizione assunta dall'Italia in seno al Forum europeo sul *transfer pricing* (EU Joint Transfer Pricing Forum [JTPF]).

### II. La tesi dell'Amministrazione finanziaria

In punto di motivazione dei propri atti, si riscontra che gli Uffici, forse troppo semplicisticamente, tendono ad affermare che le rettifiche in esame scaturiscono dalla considerazione che, trattandosi di una "eccedenza di *royalty*", ad esse dovranno applicarsi le norme impositive sostanziali afferenti a tale tipologia di redditi. Ciò fa sì che, in primo luogo, sia ritenuta applicabile la normativa in tema di ritenute d'imposta di cui al D.P.R. n. 600/1973, e, in secondo luogo, sia del tutto trascurato l'esame più approfondito della effettiva natura di tale tipologia di rettifiche. Di conseguenza, assumendo tale prospettiva, non emergerebbero, *rectius*, non si farebbero emergere, problemi in ordine alla riqualificazione del costo (eccedente) dedotto o di eventuali situazioni di doppia imposizione.

Tale approccio, tuttavia, si ritiene evidenzi una certa incomprendimento dei profili concettuali e, soprattutto, operativi del tema in esame[5].

### III. Il problema degli aggiustamenti secondari

Il problema della (ri)qualificazione dell'eccedenza del *quantum* corrisposto deriva dall'evidente constatazione che se il canone pagato eccede il valore di mercato a cui parti indipendenti avrebbero commisurato il valore d'uso di un

[4] Si ricorda che l'art. 23 TUIR, rubricato "Applicazione dell'imposta ai non residenti", elenca le diverse categorie e tipologie di redditi che si "considerano prodotti nel territorio dello Stato", ai fini della loro imponibilità in Italia.

[5] Per circoscrivere esattamente il perimetro del tema, può essere di interesse riproporre l'esempio formulato nel *Consultation document* del 2016 elaborato dal HM Revenue&Customs inglese, Introduction of secondary adjustments into the UK's domestic transfer pricing legislation, in vista dell'introduzione nel Regno Unito di una specifica disciplina dei "Secondary adjustments", par. 2.5: "Company A is resident in the UK and has paid £10m for products supplied to it by connected overseas Company B. It is determined that a price of £8m would have been paid at arm's length for the same products. The UK's transfer pricing legislation adjusts this incorrect pricing to remove the tax advantage to company A and calculates its taxable profits on the basis it only paid £8m for the products i.e. it reduces the deduction to £8m thereby increasing the profits by £2m (the primary adjustment). However, this primary adjustment does not address the benefit obtained from the retention of that £2m by overseas company B. Secondary adjustments seek to remove the cash benefit obtained from that £2m". Cfr. ALESSANDRO DENARO, Le rettifiche secondarie di transfer pricing: stato dell'arte e prospettive di sviluppo, in: Il Fisco, n. 21/2012 – parte 1, p. 3286: "Le rettifiche secondarie in materia di prezzi di trasferimento rappresentano una conseguenza, sebbene non necessaria, di una rettifica cosiddetta primaria dei prezzi di trasferimento (primary adjustment)".

*intangible* o di un qualsiasi altro *asset*, messo a disposizione del soggetto pagatore, tale eccedenza per sua natura dovrebbe trovare una causa, intesa in senso giuridico ed economico, diversa da quella relativa alla possibilità di sfruttamento di tale bene. Detto altrimenti, se il valore di mercato di quest'ultimo fosse inferiore a quello in concreto pattuito *inter partes*, l'eccedenza non potrà che attribuirsi a qualche altra "causa", intesa quest'ultima nel senso economico e civilistico di giustificazione del negozio giuridico stesso, che non potrà più, per definizione, essere quello relativo al trasferimento del diritto di sfruttamento di un certo *asset*. Si tratterà, cioè, di una *datio* di denaro che non potrà che trovare altrove la sua giustificazione.

A conforto di tale affermazione, può essere utile osservare che la norma domestica in materia di prezzi di trasferimento si limita a rendere indeducibile l'eccedenza in esame, ai sensi del comma 7 dell'art. 110 TUIR, senza null'altro disporre. Invero, tale indeducibilità, come chiarito da autorevole dottrina, è "diretta a impedire il trasferimento di utili da un'impresa residente a società non residenti e appartenenti al medesimo gruppo attraverso la cessione di beni o la prestazione di servizi il cui corrispettivo è inferiore (per i beni ceduti e i servizi prestati da imprese residenti) o superiore (per i beni ceduti e i servizi prestati da imprese non residenti) a quello di «mercato»"[6].

Nello stesso senso è anche la giurisprudenza di legittimità, secondo cui il "fenomeno economico del *transfer pricing* [è costituito dallo] spostamento di imponibile fiscale a seguito di operazioni tra società appartenenti al medesimo gruppo e soggette a normative nazionali differenti"[7] ovvero "la ratio antielusiva della norma prevista dall'art. 110 comma 7 del TUIR, finalizzata ad impedire trasferimenti surrettizi di ricchezza in favore di una società estera, con sottrazione di materia imponibile alla tassazione nazionale [...] si realizza una manovra di indebito trasferimento di materia imponibile verso uno Stato estero, alla quale l'ordinamento giuridico reagisce sostituendo il prezzo contrattuale (nullo) con il prezzo di mercato"[8].

Pertanto, alla luce dei richiami dottrinali e, soprattutto, della giurisprudenza consolidata di legittimità, al fondamento delle rettifiche (primarie) di *transfer pricing* vi è la preoccupazione dello Stato di impedire un trasferimento di "ricchezza" o di "base imponibile" a favore di un soggetto non residente a detrimento delle ragioni erariali dello "Stato della fonte".

È, quindi, del tutto evidente che il trasferimento finanziario "eccedente", intervenuto tra le due parti correlate del medesimo gruppo di imprese multinazionali, non ritrae la sua causa dal corrispettivo pattuito in ragione della relazione sinallagmatica propria di un'operazione commerciale di scambio di beni o prestazione di servizi, che legittimerebbe quindi l'imponibilità del ricavo o la deduzione del costo, secondo le regole generali dell'art. 109 TUIR, in caso di soggetti IRES (Imposta sul reddito delle società).

[6] MAURIZIO LEO, Le imposte sui redditi nel Testo Unico, Milano 2018, p. 2220.

[7] Cass. Civile Sent. Sez. 5 Num. 9674 Anno 2018; Ord. Sez. 5 Num. 27787 Anno 2017.

[8] Cass. Civile Sent. Sez. 5 Num. 1102 Anno 2019.

Invero, la "causa" propria della "eccedenza", intesa quale "scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (cd. "causa concreta"), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato"[9], sarà proprio quella di trasferire una parte del reddito della società pagatrice, della sua "ricchezza" o "base imponibile", a favore della sua controparte estera, in assenza di qualsiasi controprestazione sinallagmatica di natura commerciale da quest'ultima prestata.

A conforto di tale conclusione relativa alla necessità di riquilibrare un "intercompany payment" eccedente il valore di mercato, può essere utile osservare la prassi di alcuni altri Stati in materia che, andando alla radice del tema, hanno previsto specifiche clausole per gestire le conseguenze di tale pagamento, che, non casualmente, sono denominate anche "repatriation"[10].

In tali circostanze, il pagamento eccedente viene *ex lege* riquilibrato quale dividendo o interesse, in ragione delle circostanze del caso, e ad esso viene applicata altresì la corrispondente disciplina convenzionale[11] (nella prassi si fa riferimento a tale fattispecie con l'espressione "aggiustamento secondario" o "secondary adjustment"[12]).

Se la ricostruzione sopra operata fosse corretta, come parrebbe alla luce dei chiarimenti della giurisprudenza di legittimità e della dottrina più autorevole, il problema di "qualificare" in senso tecnico l'eccedenza del corrispettivo, rispetto al prezzo di libera concorrenza[13], emergerebbe immediatamente. E trascinerebbe con sé le problematiche che gli Uffici tendono ad affermare non esistere, né su questo punto né, come già osservato, in riferimento all'esistenza di una norma interna che ammetta l'imponibilità di tale eccedenza.

In effetti, le rettifiche secondarie in materia di prezzi di trasferimento rappresentano una conseguenza, affatto necessaria, di una rettifica cd. "primaria" dei prezzi di trasferimento

(*"primary adjustment"*, oggetto specifico del comma 7 dell'art. 110 TUIR). Quest'ultima consiste in una rettifica in aumento del reddito imponibile di un'impresa effettuata dall'Amministrazione finanziaria dello Stato in cui essa è residente per non conformità al principio di libera concorrenza (cd. *"arm's length principle"*) dei prezzi praticati per operazioni transnazionali con un'impresa associata in un'altra giurisdizione fiscale. Con la rettifica secondaria di *transfer pricing*, come conseguenza dell'aggiustamento primario, viene invece fatta emergere una sorta di transazione "occulta" (appunto, secondaria), alimentata dalla parte eccedente della transazione principale.

In concreto, qualora l'Ufficio ritenga che un canone pagato da una società residente a una controparte non residente ecceda il valore di mercato da riconoscergli per la concessione del diritto di sfruttamento di un certo bene, rettificandone in diminuzione l'importo e considerando indeducibile l'eccedenza, tale operazione risulterebbe giustificata dal comma 7 dell'art. 110 TUIR, nulla, però, conseguendone, ai sensi dello stesso comma 7, circa il trattamento fiscale di tale eccedenza, *rectius* la sua qualificazione ed eventuale imponibilità. Infatti, come detto, la norma positiva, da un lato, introduce un criterio di valutazione applicabile ai "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" (e, quindi, non ad altri fini); e, dall'altro, indica le modalità per determinarne il valore in ragione delle "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".

#### IV. Il Report del Forum europeo sul transfer pricing e la Comunicazione della Commissione europea

Sul tema che ci occupa, anche il Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento (JTPF), ha avuto occasione di pronunciarsi nel quadro del suo programma di lavoro 2011-2015, in quanto tali rettifiche possono dar luogo a casi di doppia imposizione. L'iniziativa del JTPF ha preso le mosse da un questionario inviato nel giugno 2011 agli Stati membri dell'Unione europea (UE) per acquisire una visione panoramica sugli aspetti giuridici e amministrativi del tema[14].

Il Report finale prende le mosse dal Commentario all'art. 9 M-OCSE concernente le imprese associate, per ricordare come esso non impedisca l'effettuazione di rettifiche secondarie "quando sono ammesse dalla normativa interna", per poi ricordare come tali rettifiche dovrebbero essere strutturate in modo da ridurre al minimo i rischi di doppia imposizione.

Nelle risposte al questionario, il Report evidenzia che la maggior parte degli Stati membri non ha fatto riferimento al tema delle "transazioni occulte". Secondo la Commissione europea il motivo può risiedere nella volontà, da parte degli Stati membri, di evitare le relative "complicazioni" e, piuttosto, effettuare le rettifiche solamente sotto forma di dividendi/

[9] Cass. Civile, Sent. Sez. 3 Num. 10490 Anno 2006.

[10] Cfr., per l'esperienza canadese, JANICE MCCART/EDWARD ROWE/GUY AMINI, *Repatriation in Lieu of Secondary Adjustments*, IBFD, *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2010, p. 65; per l'esperienza indiana, AJIT JAIN/SIDDHESH CHAUGULE, *India's new proposal for transfer pricing secondary adjustments is welcome relief*, in: <https://bit.ly/2RVR69B> (consultato il 10.12.2019).

[11] Cfr. MCCART/ROWE/AMINI (nota 10), p. 65: "[i]n Canada, where there has been an overpayment to a foreign non arm's length party, the benefit or use is characterized as a deemed dividend received by the foreign parent. Absent competent authority relief or the repatriation mechanics discussed herein, this secondary adjustment to the foreign entity is subject to the usual Canadian non-resident withholding tax regime at the applicable treaty rate".

[12] Nella prassi degli Stati Uniti d'America, si distingue ulteriormente tra "correlative adjustments" e "conforming adjustments", per tenere in considerazione i diversi aspetti finanziari del "intercompany payment"; cfr. JAMES M. HILL, *Dealing With the Secondary U.S. Tax Consequences of Transfer-Pricing Adjustments*, in: *The Tax Adviser*, 1° giugno 2013, <https://www.thetaxadviser.com/issues/2013/jun/hill-june2013.html> (consultato il 10.12.2019).

[13] Art. 110, comma 7, TUIR: "[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".

[14] Le risposte degli Stati membri sono riportate nel documento JTPF/018/REV1/2011, in: <https://bit.ly/35hvcB9> (consultato il 10.12.2019).

contributi occulti (nel caso di controllo societario diretto). È di particolare interesse osservare a questo riguardo che secondo la Commissione europea, i dividendi e i contributi occulti trasferiti tra una società controllata dell'UE e una società madre dell'UE riducono al minimo il rischio di doppia imposizione perché "non comportano come conseguenza una ritenuta alla fonte" (par. 8), in quanto dovrebbe divenire applicabile, in questo caso, la Direttiva "madre-figlia" che comporta, come regola generale, l'esenzione da parte dello Stato della figlia, di ritenute d'imposta in uscita<sup>[15]</sup>.

Se, però, la rettifica interviene rispetto ad una transazione tra società indirettamente associate, la stessa Commissione europea ammette che "può sorgere una situazione più problematica", la cui soluzione dovrebbe richiedere la configurazione di una doppia transazione supponendo, cioè, che, in una prima fase, sia stata effettuata una distribuzione di utili alla società madre e, successivamente, un conferimento di capitale di quest'ultima a favore della società controllata.

È, peraltro, di immediata evidenza che se il rapporto tra la società pagatrice e la beneficiaria sia mediato da un numero maggiore di soggetti (altre controllate indirette, *sub-holding* e *holding* intermedie), la ricostruzione "figurativa" del flusso e la sua qualificazione diviene sempre più complessa e, almeno in gran parte, eccessivamente artificiosa.

In effetti, con disarmante realismo, la Commissione europea rinuncia ad approfondire questi temi, limitandosi ad analizzare, nella sua Comunicazione, solamente le "transazioni secondarie, sotto forma di dividendi occulti" (par. 10).

In questo contesto, e tenendo altresì conto delle ultime osservazioni fatte, è quindi da ricordare la posizione espressa dalla stessa Amministrazione finanziaria italiana in seno al Forum europeo sul *transfer pricing* (JTPF), in risposta al citato questionario che la Commissione europea ha inviato ai Paesi membri del Forum nel giugno 2011. In tale circostanza, a fronte della domanda: "Does your MS have domestic legislation allowing secondary adjustments and/or (internal) administrative guidelines on their implementation?"<sup>[16]</sup>, l'Amministrazione finanziaria italiana ha risposto "No", dando così evidenza ai partner comunitari dell'assenza di una norma domestica italiana idonea ad essere applicata ai "secondary adjustment".

Tale risposta assume, quindi, una particolare valenza proprio tenendo conto della complessità del problema sopra riassunta.

In secondo luogo, da ciò dovrebbe conseguire pacificamente l'ulteriore conseguenza (di estremo rilievo pratico) che qualsiasi contestazione in materia dovrebbe coerentemente cadere

[15] COM(2014) 315 final, 4 giugno 2014, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo relativa ai lavori svolti dal Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento nel periodo dal luglio 2012 al gennaio 2014, Annex I, par. 8, Report on Secondary Adjustments in: <https://bit.ly/38q0kRd> (consultato il 10.12.2019).

[16] Traduzione non ufficiale: "Il vostro Stato membro ha una legislazione nazionale che consente adeguamenti secondari e/o linee guida amministrative (interne) sulla loro attuazione?".

per l'assenza di una norma impositiva sostanziale idonea a tale effetto.

In ogni caso, per quanto visto sopra, resterebbe il fatto che l'eccedenza derivante da una rettifica di *transfer pricing* se costituisse un trasferimento di "ricchezza" o di "base imponibile" a favore di un soggetto non residente, non potrebbe certamente essere ricondotta alla fattispecie dei "compensi per l'utilizzazione di opere dell'ingegno, di brevetti industriali e di marchi d'impresa nonché di processi, formule e informazioni relativi ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico", di cui all'art. 23, comma 2, lett. c, TUIR, richiamato dall'art. 25, comma 4, D.P.R. n. 600/1973, come invece emerge dalla prassi accertativa. Infatti, nella ricostruzione della *ratio* della disciplina in esame, come visto sopra, il trasferimento di "base imponibile" si caratterizza proprio per l'assenza di qualsivoglia sinallagma e corrispettivo dovuto per una transazione commerciale e, quindi, per la conseguente impossibilità di ricondurlo alla medesima categoria reddituale cui è riconducibile il valore normale del corrispettivo pattuito per la transazione realizzata ("principale").

### V. L'approccio dell'OCSE

Il rilievo del tema è altresì dimostrato dalle osservazioni sul punto rinvenibili nel Commentario M-OCSE e nelle Linee Guida sul *transfer pricing* dell'OCSE. Quest'ultime definiscono una "transazione secondaria" (*Secondary transaction*) come "[u]na transazione conseguente a una rettifica primaria, considerata come transazione occulta da alcuni Paesi ai sensi della loro normativa interna, al fine di rendere coerente l'allocazione effettiva degli utili con la rettifica primaria. La transazione secondaria può assumere la forma di dividendi occulti, conferimenti occulti di capitale o finanziamenti occulti"<sup>[17]</sup>.

Così definite le transazioni in esame, il Commentario al par. 8 dell'art. 9 M-OCSE, ne offre anche un esempio<sup>[18]</sup>, mentre il successivo par. 9, come detto sopra, in generale, ne ammette la possibilità di effettuazione a condizione che esse siano permesse dalla legislazione domestica degli Stati contraenti, senza null'altro aggiungere.

L'argomento viene, quindi, ripreso, per quanto riguarda i canoni<sup>[19]</sup>, al commento del par. 4 dell'art. 12 M-OCSE dove

[17] OCSE, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, Parigi 2017.

[18] OCSE (nota 2), art. 9, par. 8: "suppose that an upward revision of taxable profits of enterprise X in State A has been made in accordance with the principle laid down in paragraph 1 and suppose also that an adjustment is made to the profits of enterprise Y in State B in accordance with the principle laid down in paragraph 2. The position has still not been restored exactly to what it would have been had the transactions taken place at arm's length prices because, as a matter of fact, the money representing the profits which are the subject of the adjustment is found in the hands of enterprise Y instead of in those of enterprise X. It can be argued that if arm's length pricing had operated and enterprise X had subsequently wished to transfer these profits to enterprise Y, it would have done so in the form of, for example, a dividend or a royalty (if enterprise Y were the parent of enterprise X) or in the form of, for example, a loan (if enterprise X were the parent of enterprise Y) and that in those circumstances there could have been other tax consequences (e.g. the operation of a withholding tax) depending upon the type of income concerned and the provisions of the Article dealing with such income".

[19] Si ricorda che una norma del tutto analoga si ritrova al par. 6 dell'art. 11 M-OCSE, relativamente agli interessi.

si chiarisce (par. 25) che "per quanto riguarda il trattamento fiscale da applicare alla parte eccedente della royalty, l'esatta natura di tale eccedenza dovrà essere accertata secondo le circostanze di ciascun caso, al fine di determinare la categoria di reddito in cui esso dovrebbe essere classificato ai fini dell'applicazione delle disposizioni fiscali degli Stati interessati e delle disposizioni della convenzione". Viene in tal modo confermato che il problema che si pone in questi casi è esattamente quello di qualificare l'eccedenza del flusso finanziario attribuito al soggetto estero rispetto al valore normale attribuito alla royalty, avendo riferimento alla "applicazione delle disposizioni fiscali degli Stati interessati e delle disposizioni della convenzione". Infatti, se quanto pattuito eccede il valore della royalty, non è affatto certo, per quanto osservato, che il flusso reddituale mantenga la medesima natura che aveva in precedenza ovvero che l'ordinamento fiscale dello Stato contempli una norma che consenta di assoggettare ad imposizione tale eccedenza, anche sotto la qualificazione ad essa originariamente attribuita dalle Parti contraenti.

Detto altrimenti, se l'eccedenza perde il suo valore di "normalità", essa non può che trovare una giustificazione diversa dal trasferimento del diritto di sfruttamento di un asset, perdendo così la sua qualificazione giuridica precedente.

In assenza di una norma *ad hoc* (a differenza di altre Amministrazioni finanziarie che hanno introdotto norme specifiche per risolvere questa criticità<sup>[20]</sup>), l'Amministrazione finanziaria italiana ha riconosciuto, condivisibilmente, che, in Italia, nessuna riqualificazione è possibile e nessuna norma impositiva può essere quindi arbitrariamente applicata.

L'errore metodologico in cui gli Uffici accertatori talvolta incorrono, consiste proprio nel non riconoscere che il rinvio dell'ultimo periodo del par. 4 dell'art. 12 M-OCSE (e delle analoghe previsioni delle CDI sottoscritte dall'Italia) all'ordinamento nazionale dello Stato contraente è da intendersi a una norma impositiva sostanziale, di diritto positivo, che ammetta l'imponibilità di tale eccedenza (e non, ovviamente, dei canoni o interessi, in generale, trattandosi qui di ben altra tipologia di reddito) ma che, tuttavia, nel caso italiano, la medesima Amministrazione finanziaria ha dichiarato alla Commissione europea non esistere nell'ordinamento.

Se questo è il quadro giuridico di riferimento l'eccedenza del canone pattuito potrebbe essere qualificata come un "dividendo" piuttosto che come un "prestito figurativo" in ragione delle circostanze del caso concreto. Come detto, è in questo senso che dev'essere inteso il riferimento dell'OCSE alla "trasazione occulta".

Tali questioni sono, quindi, esaminate in dettaglio anche al Cap. IV, Sez. C.5, par. 4.68 ss., delle Linee Guida sul *transfer pricing*. Il par. 4.68, in particolare, chiarisce che "normalmente, le

transazioni secondarie prenderanno la forma di dividendi figurativi, contributi azionari figurativi o prestiti figurativi". Ciò detto, tuttavia, le stesse Linee Guida riconoscono che "un aggiustamento secondario può comportare una doppia imposizione" (par. 4.70) e che "molti Paesi non effettuano aggiustamenti secondari sia per ragioni pratiche che perché le loro rispettive disposizioni nazionali non consentono loro di farlo" (par. 4.71), come è nel caso italiano per stessa ammissione della sua Amministrazione finanziaria. La conclusione dell'OCSE sul punto è, quindi, che "alla luce delle suddette difficoltà, le amministrazioni fiscali, quando gli aggiustamenti secondari sono considerati necessari, sono incoraggiati a strutturare tali adeguamenti in modo tale che la possibilità di doppia imposizione come le relative conseguenze siano ridotte al minimo" (par. 4.73).

In tali circostanze, lo stesso Cap. IV affronta anche il tema della doppia imposizione che può scaturire da questi aggiustamenti, prospettando la possibilità che, nel caso in cui il contribuente subisca l'aggiustamento primario, gli venga offerta un'opzione per cui possa evitare l'aggiustamento secondario facendolo organizzare, insieme al gruppo multinazionale di cui è membro, per rimpatriare i profitti in eccesso, così da consentirgli di adeguare anche gli aspetti contabili all'aggiustamento primario subito (par. 4.74), eventualmente anche attraverso una procedura amichevole.

Dal punto di vista operativo, poi, l'OCSE osserva che il rimpatrio potrebbe essere effettuato mediante l'accensione di un credito o riclassificando altri trasferimenti, come i pagamenti di dividendi, nel caso in cui l'adeguamento intervenga tra "madre e figlia", ovvero solo come accensione di un credito (attraverso aggiustamenti da prezzi di trasferimento), qualora il prezzo originale fosse troppo basso, o come rimborsi, nel caso in cui il prezzo originale fosse troppo alto.

Nella prima ipotesi, qualora il rimpatrio assuma la veste di un dividendo, quest'ultimo, fino all'importo dell'aggiustamento primario, dovrebbe risultare escluso dal reddito imponibile del beneficiario, in quanto il relativo importo sarebbe già stato contabilizzato proprio attraverso l'aggiustamento primario. La conseguenza immediata sarebbe, però, che il destinatario perderebbe qualsiasi credito d'imposta o esenzione (a seconda della modalità adottata dal Paese di residenza per evitare la doppia imposizione), nonché l'eventuale credito d'imposta per le ritenute alla fonte eventualmente applicate al dividendo.

Nella seconda, il regolamento finanziario dell'aggiustamento dovrebbe avvenire nel corso del tempo, sebbene la legge nazionale possa limitarne l'estensione entro cui il credito possa venire soddisfatto. Questo approccio configura l'aggiustamento secondario nella forma di un prestito figurativo. In questo caso, tuttavia, l'accumulo di interessi nella contabilità del percettore potrebbe avere delle concrete conseguenze fiscali complicando il processo di rimpatrio, ad es., a seconda di quando l'interesse inizi (o debba iniziare) a maturare secondo la legge nazionale<sup>[21]</sup>.

[20] Come chiarito da: Commissione europea, Comunicazione COM(2014) 315 final, del 4 giugno 2014. Degli Stati membri dell'UE solo 9 hanno una normativa che consente di operare una rettifica secondaria, che peraltro mantiene una valenza meramente facoltativa. Si veda: <https://bit.ly/2YxXOnn> (consultato il 10.12.2019).

[21] Per l'esperienza canadese, cfr. MCCART/ROWE/AMINI (nota 10), p. 68.

Rispetto a queste situazioni, l'OCSE ha richiamato opportunamente l'attenzione circa le modalità (e difficoltà) pratiche di come tali pagamenti o aggiustamenti debbano essere registrati nella contabilità del contribuente che "rimpatria" l'eccedenza, anche in relazione al fatto che l'amministrazione fiscale del Paese venga messa in condizioni di conoscere che il rimpatrio si è verificato o è stato impostato e con quali modalità.

In effetti, l'OCSE conclude pragmaticamente che, poiché la maggior parte degli Stati non ha avuto molta esperienza rispetto al tema del rimpatrio, sarebbe raccomandabile che gli eventuali accordi tra i contribuenti e le amministrazioni finanziarie per il rimpatrio siano discussi attraverso una procedura amichevole<sup>[22]</sup>.

### VI. Conclusioni

Ricordando le precedenti osservazioni della Commissione europea sul tema, e i rischi in termini di doppia imposizione che dalle rettifiche secondarie possono scaturire, la Raccomandazione di evitarne l'effettuazione, da essa formulata nella Comunicazione finale del 2014<sup>[23]</sup>, appare essere la più razionale risposta a fronte di una situazione di oggettiva incertezza normativa che neppure il ricorso alle procedure di composizione amichevole previste dalle CDI sembra in grado di assicurarne la soluzione positiva. In questo senso, infatti, sono i risultati del citato questionario del 2011<sup>[24]</sup>.

---

[22] Sul punto pare lecito nutrire alcuni dubbi sul buon esito di una procedura amichevole. Quest'ultime, secondo l'art. 25, par. 1, M-OCSE richiedono che il contribuente subisca una tassazione "not in accordance with the provisions of this convention". Ebbene, stante l'approccio dell'Amministrazione finanziaria sopra descritto, la tassazione attraverso sia il *primary* che il *secondary adjustment* è considerata essere avvenuta esattamente nel rispetto della CDI, seppure, con riguardo a quest'ultimi, attraverso l'applicazione della norma domestica, cui rinvia il par. 4 dell'art. 12 M-OCSE. In questa prospettiva, pertanto, lo Stato di residenza del beneficiario del canone avrebbe pieno diritto di negare il credito d'imposta (o il rimborso) per le ritenute domestiche italiane subite, stante il fatto che il citato par. 4 "limita" i benefici convenzionali (e, quindi, non solo la consueta ritenuta ridotta, ma anche i rimedi contro la doppia imposizione di cui all'art. 23 M-OCSE) solamente per la parte non eccedente il valore normale del canone, con l'effetto che il percettore dei canoni dovrebbe andare a chiedere il rimborso delle ritenute subite proprio alla giurisdizione che tali ritenute ha applicato in ragione della (asserita) vigente legislazione domestica richiamata.

[23] Commissione europea (nota 20), Raccomandazione 1: "[l]'applicazione di rettifiche secondarie può dar luogo a una doppia imposizione. Pertanto, se tali rettifiche non sono obbligatorie, si raccomanda agli Stati membri di non effettuarle nei casi in cui determinino doppie imposizioni. Qualora, ai sensi della normativa di uno Stato membro, le rettifiche secondarie siano obbligatorie, si raccomanda agli Stati membri di prevedere metodi e mezzi per evitare la doppia imposizione (per esempio adoperandosi per risolverla tramite una procedura amichevole o consentendo il rimpatrio dei fondi in una fase precedente, ove possibile). Queste raccomandazioni presuppongono che il comportamento del contribuente non denoti l'intenzione di occultare un dividendo allo scopo di evitare la ritenuta alla fonte".

[24] Commissione europea (nota 20), par. 22: "[n]elle risposte al questionario sulle rettifiche secondarie (JTPF/018/REV1/2011), la maggior parte degli Stati membri che applicano rettifiche secondarie ha affermato di non considerare che i problemi di doppia imposizione derivanti da tali rettifiche siano trattati dalla convenzione sull'arbitrato (CA), mentre solo alcuni Stati membri affermano il contrario e altri hanno dichiarato che l'applicabilità della CA alle rettifiche secondarie rimane per loro una questione aperta. Tuttavia, la maggior parte degli Stati membri che applicano le rettifiche secondarie intende occuparsene nel corso di una PA. Pertanto, qualora non sia possibile evitare la doppia imposizione fin dall'origine, per esempio applicando la DSMF, un contribuente dovrebbe – in caso di doppia imposizione (potenziale) derivante da una rettifica secondaria – presentare due richieste, ossia una richiesta ai sensi della convenzione

In tale contesto, quindi, la posizione assunta da diversi Uffici dell'Amministrazione finanziaria italiana non solamente rispetto all'asserita applicabilità delle rettifiche secondarie, ma anche rispetto alle implicazioni che esse pongono, *in primis*, il rifiuto di applicare le pertinenti norme delle stesse convenzioni fiscali, appare del tutto non condivisibile.

Da ultimo, e incidentalmente, non può che apparire paradossale il fatto che mentre l'Amministrazione finanziaria italiana, in sede comunitaria riconosca che l'Italia non prevede una norma impositiva che consente una rettifica secondaria, un Ufficio operativo della stessa Amministrazione possa ritenere il contrario ed operare una tale rettifica fiscale domestica, che determina, tra l'altro, anche un problema di doppia imposizione internazionale (che la medesima CDI ambirebbe risolvere).

In tali circostanze, peraltro, non è fuori luogo osservare come anche l'eventuale applicazione di sanzioni risulterebbe potenzialmente confliggente con le disposizioni dello Statuto del contribuente che ne vietano l'applicazione in caso di "obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria"<sup>[25]</sup>.

---

sull'arbitrato e una richiesta di PA. Quest'ultima implicherebbe in ogni caso la conclusione di un trattato fra Stati membri che contempli una disposizione in materia di PA comparabile all'articolo 25 del modello di convenzione fiscale dell'OCSE (e che contenga preferibilmente una clausola compromissoria ai sensi dell'articolo 25, paragrafo 5, del modello di convenzione fiscale dell'OCSE)".

[25] L. del 27 luglio 2000 n. 212, "Statuto del Contribuente", art. 10, comma 3: "[l]e sanzioni non sono comunque irrogate quando la violazione dipende da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria o quando si traduce in una mera violazione formale senza alcun debito di imposta; in ogni caso non determina obiettiva condizione di incertezza la pendenza di un giudizio in ordine alla legittimità della norma tributaria. Le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto".