

Schema di provvedimento direttoriale previsto all'art. 31-  
quater, primo comma, lett. c), d.P.R. 29 settembre 1973, n.  
600.

**A.** Con riferimento allo schema di provvedimento direttoriale previsto dall'art. 31-*quater*, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (di seguito, lo "**Schema di Provvedimento**"), è anzitutto doveroso esprimere l'apprezzamento per lo sforzo fatto da codesta rispettabile Amministrazione nel dare puntuale attuazione ad una procedura che consideriamo di estrema rilevanza, e che auspicabilmente consentirà di risolvere in maniera più rapida ed efficace le situazioni di doppia imposizione in materia di "transfer pricing", evitando il proliferare di lunghe e complesse procedure amichevoli internazionali.

È altresì doveroso esprimere apprezzamento per la possibilità che, secondo i migliori standard internazionali, è stata accordata agli operatori di formulare commenti in merito alla bozza del provvedimento in esame.

Ciò posto, ringraziandoVi per la costruttiva occasione di confronto concessa, siamo lieti di poterVi fornire, di seguito, alcune preliminari osservazioni e proposte di modifica ed integrazione, volte a rendere lo strumento in esame maggiormente efficace e coerente con il contesto normativo vigente a livello nazionale ed internazionale.

**B.** Un aspetto che merita di essere chiarito riguarda la possibilità di impugnare, nel merito, dinanzi all'autorità giurisdizionale, l'atto motivato con cui l'Ufficio dispone il rigetto (in tutto o in parte - cfr. *infra* lett. **G.**) dell'istanza.

Tale atto, infatti, incide direttamente sulla

posizione soggettiva del contribuente istante, essendo in specie assimilabile a un "*rifiuto espresso o tacito della restituzione di tributi*", ossia a uno degli "*Atti impugnabili e oggetto del ricorso*" espressamente previsto all'art. 19, lett. g), d.lgs. n. 546, citato.

A parere di chi scrive, dovrebbe quindi essere riconosciuta al contribuente la possibilità di ricorrere allo strumento della tutela giurisdizionale nel caso in cui lo stesso ritenga che il provvedimento di rigetto non rispetta i criteri di valutazione previsti dalla legge, e, in particolare, non riconosca la definitività della rettifica estera e/o la conformità della stessa al principio di libera concorrenza.

A tale proposito, vale evidenziare, a livello sistematico, che, come chiarito nella Circolare 5 giugno 2012, n. 21/E, la maggior parte delle convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dall'Italia prevedono, nei protocolli aggiuntivi, che "*l'attivazione della procedura amichevole non è in alternativa con la procedura contenziosa nazionale*" (cfr. par. 7.1, pag. 41).

- C. Quanto all'esito dell'istanza, rileviamo che l'attuale formulazione dello Schema di Provvedimento non consente di comprendere quali siano gli effetti dell'accoglimento nel caso in cui il contribuente abbia registrato una perdita.

In specie, è opportuno chiarire se, in caso di accoglimento dell'istanza in relazione a una annualità in perdita, la "*variazione in diminuzione*" corrispondente alla "*rettifica in aumento definitiva e*

conforme al principio di libera concorrenza" operata dallo Stato estero, comporti il rimborso di una imposta "virtuale", ovvero l'integrazione - per semplicità, nella prima dichiarazione presentata dopo la conclusione della procedura - della maggiore perdita (ciò, anche in deroga agli eventuali limiti temporali di riportabilità).

- D. La lista dei documenti da produrre, a pena di inammissibilità, a corredo dell'istanza include la "certificazione rilasciata da parte dell'autorità fiscale estera dalla quale risulti la definitività della rettifica in aumento effettuata" (così par. 2.3, lett. d), punto iii), Schema di Provvedimento).

A parere di chi scrive, tale previsione rischia di ingenerare dubbi di ordine interpretativo e/o problemi di carattere operativo, che possono ostacolare la corretta applicazione della procedura.

Il rischio appare ancor più fondato ove si pensi che questo tipo di certificazione non è contemplato nell'ambito delle procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi né dalla Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate, con atto finale e dichiarazioni, Bruxelles 23 luglio 1990, resa esecutiva con legge 22 marzo 1993, n. 99 (di seguito "**Convenzione Arbitrale**"). Per cui, si tratta di un documento di fatto "sconosciuto" alle giurisdizioni estere e pertanto difficilmente acquisibile.

Si segnala, peraltro, che la produzione di una siffatta certificazione nell'ambito di un procedimento

amministrativo che presuppone, come condizione essenziale, lo scambio d'informazioni con lo Stato estero che ha operato la (corrispondente) rettifica in aumento, potrebbe rappresentare un onere non essenziale, e quindi eccessivo, per il contribuente.

- E.** Lo Schema di Provvedimento prevede, al par. 4.1, che *"il procedimento si conclude entro 180 giorni dal ricevimento dell'istanza"*.

Al fine di evitare indebite lungaggini e rischi di disallineamento con le procedure amichevoli, sarebbe opportuno individuare un termine entro il quale l'istanza deve essere presentata e stabilire che il periodo di 180 giorni per la definizione del procedimento ha natura perentoria.

Diversamente opinando, infatti, il protrarsi indefinito della procedura potrebbe precludere (di fatto) l'attivazione - pure prevista dallo Schema di Provvedimento - delle procedure amichevoli (per le quali è generalmente previsto un termine di attivazione pari a 2/3 anni).

- F.** Sempre in merito al rapporto tra procedura nazionale e internazionale, va evidenziato che dalla lettura dello Schema di Provvedimento sembra evincersi che la presentazione dell'istanza in esame costituisca uno strumento "preventivo" rispetto all'attivazione delle procedure amichevoli.

Infatti, al par. 6, rubricato *"Rapporti con le procedure amichevoli e disposizioni finali"*, è chiarito che *"resta ferma, in caso di rigetto, la facoltà per il contribuente di richiedere"*

*l'attivazione delle procedure amichevoli*", lasciando intendere che la contestuale (o addirittura la preventiva) attivazione della procedura amichevole non permetterebbe l'analisi dell'istanza in esame.

Tale interpretazione sembra trovare conferma anche nella Relazione illustrativa al d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017, n. 96.

A parere di chi scrive, in assenza di una chiara disposizione normativa in tale senso, i rapporti tra i predetti strumenti non andrebbero interpretati in termini di preventività-consequenzialità.

L'art. 31-*quater*, d.P.R. n. 600, citato, non prevede infatti un simile rapporto; né, a livello sistematico, le convenzioni contro le doppie imposizioni generalmente precludono una coabitazione, anche solo temporanea, delle procedure interne con le procedure amichevoli.

Una possibile soluzione - che consentirebbe di coordinare la normativa domestica con quella internazionale - sarebbe quella di consentire la presentazione dell'istanza in esame contestualmente all'attivazione della procedura amichevole, o anche successivamente, se quest'ultima risulta già avviata.

A questo riguardo, vale la pena ricordare che le procedure amichevoli prevedono una fase preliminare nell'ambito della quale lo Stato adito dal contribuente esperisce un autonomo tentativo di eliminazione della doppia imposizione.

Solamente nel caso in cui non sia possibile porre rimedio in via unilaterale alla doppia imposizione, lo Stato procederà con la fase amichevole e con la successiva (ed eventuale) fase arbitrale (cfr., ad esempio, art. 6, par. 2, Convenzione Arbitrale).

L'istanza in esame, presentata contestualmente all'avvio della procedura amichevole, di fatto corrisponderebbe all'esperimento della fase preliminare della procedura amichevole per l'eliminazione unilaterale della doppia imposizione.

- G. Quanto all'esito dell'istanza, lo Schema di Provvedimento prevede la possibilità di accoglimento o rigetto della stessa.

Non è chiaro, tuttavia, se sia possibile un esito "intermedio", che preveda l'accoglimento solo parziale dell'istanza, con conseguente parziale eliminazione della doppia imposizione.

Trattandosi, come notato in precedenza, di un'istanza il cui esito favorevole determina la variazione in diminuzione del reddito e il conseguente rimborso dell'imposta, non si vedono ragioni per non riconoscere la possibilità di un accoglimento parziale.

In tale ipotesi, sarà opportuno chiarire quali siano i rapporti tra la procedura definita nello Schema di Provvedimento e le procedure amichevoli.

A parere di chi scrive, l'accoglimento solo parziale dell'istanza, infatti, non eliminando completamente la doppia imposizione, dovrebbe legittimare l'attivazione

delle procedure amichevoli relativamente alla quota parte della rettifica in aumento effettuata dallo Stato estero per cui non è stata riconosciuta una corrispondente variazione in diminuzione.

- H. Da ultimo, sembra opportuno introdurre un regime transitorio, con particolare riferimento alle rettifiche in aumento che sono divenute definitive prima della pubblicazione del Provvedimento.

A parere di chi scrive, occorre chiarire che l'istanza risulta attivabile anche in relazione alle rettifiche divenute definitive prima della pubblicazione del Provvedimento.

Più precisamente, la procedura dovrebbe essere attivabile in relazione a tutte quelle rettifiche per cui, alla data di pubblicazione del Provvedimento, non sia decorso il termine per l'attivazione della procedura stessa.

Schema di decreto ministeriale previsto dall'art. 110, settimo comma, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

- A.** Con riferimento allo schema di decreto ministeriale previsto dall'art. 110, settimo comma, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, lo "**Schema di Decreto**"), recante le linee guida per l'applicazione della disciplina prevista in materia di prezzi di trasferimento, è anzitutto doveroso esprimere l'apprezzamento nei confronti di codesto rispettabile Ministero per avere tradotto, in maniera chiara e sintetica, gli standard elaborati in ambito OCSE all'interno della disciplina nazionale dei prezzi di trasferimento, come di recente rivisitata.

È altresì doveroso esprimere apprezzamento per la possibilità che, anche qui secondo i migliori standard internazionali, è stata accordata agli operatori di formulare commenti in merito alla bozza del provvedimento in esame.

Ciò posto, ringraziandoVi per la costruttiva occasione di confronto accordata, siamo lieti di poterVi fornire, di seguito, alcune osservazioni, volte a chiarire in modo più esplicito taluni temi che, nella nostra esperienza, presentano margini di incertezza interpretativa e, quindi, applicativa.

- B.** Un primo aspetto che, a parere di chi scrive, meriterebbe un chiarimento è la definizione di "*operazione controllata*", di cui all'art. 2, lett. d) dello Schema di Decreto.

Stando alla definizione, è tale qualsiasi "*operazione*



*intercorrente tra imprese associate, accuratamente individuata e delineata sulla base dell'effettivo comportamento tenuto dalle parti, anche se divergente da pattuizioni contrattuali espresse o in assenza di esse".*

Al riguardo, sembrerebbe utile ulteriormente precisare nello Schema di Decreto il regime dell'onere della prova, con particolare riguardo ai casi di rilievi fondati sulla pretesa esistenza di operazioni infragruppo che non trovano diretto e puntuale riscontro in specifiche pattuizioni contrattuali.

In specie, occorrerebbe precisare (conformemente ai principi generali) che grava sull'Amministrazione finanziaria l'onere di fornire la prova puntuale della esistenza di un'operazione infragruppo e delle sue specifiche caratteristiche (sia soggettive, sia oggettive).

In questi termini, l'Amministrazione non può quindi inferire l'esistenza di un'operazione infragruppo sulla base di presunzioni semplici o, addirittura, di (mere) massime di esperienza, né può essere ribaltato sul contribuente l'onere di dimostrare "in negativo" l'inesistenza di una transazione infragruppo.

Questa integrazione/precisazione si rende opportuna in quanto nella prassi applicativa è accaduto, ad esempio, che l'Amministrazione contestasse l'esistenza di un rapporto di concessione in licenza infragruppo di un marchio senza fornire elementi puntuali, precisi e concordanti sulle caratteristiche soggettive e oggettive di tale (asserito) rapporto di licenza, ma limitandosi a desumerne l'esistenza dalla semplice

circostanza che il marchio in questione era dotato di un elevato valore e di un elevato grado di visibilità sul mercato.

- C. Con riguardo alle modalità di selezione delle operazioni non controllate comparabili, definite all'art. 3 dello Schema di Decreto, potrebbe essere opportuno chiarire che, verificata la sussistenza dei presupposti di comparabilità, tutte le operazioni devono ritenersi un valido parametro di confronto, a prescindere dalla relativa profittabilità (fatta eccezione, chiaramente, per le situazioni "patologiche" di perdita perdurante).

Nella prassi applicativa, infatti, l'Amministrazione finanziaria tende sovente a espungere dal campione di operazioni non controllate comparabili quelle che, pur integrando i predetti presupposti, registrano valori di profittabilità negativa (anche non "patologica"), con conseguente distorsione dell'intervallo di valori di mercato e, quindi, errata applicazione del principio di libera concorrenza che, come noto, deve informare la materia dei prezzi di trasferimento.

In proposito, vale la pena ricordare che l'inclusione delle transazioni in perdita è espressamente contemplata dalle linee guida elaborate dall'OCSE (cfr. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration - di seguito "**Linee Guida OCSE**" -, par. 1.129 e ss.).

- D. Un ulteriore chiarimento che, a parere di chi scrive, parrebbe opportuno inserire al fine di consentire una applicazione della disciplina in materia di prezzi di trasferimento più coerente con la prassi

internazionale, afferisce i termini in cui l'Amministrazione finanziaria, in sede di controllo, può riportare la marginalità registrata dall'impresa verificata all'interno dell'"intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza" (cfr. art. 6 dello Schema di Decreto).

Come chiarito all'art. 6 dello Schema di Decreto, "Si considera conforme al principio di libera concorrenza l'intervallo di valori risultante dall'indicatore finanziario selezionato" (cfr. primo comma), e "Se l'indicatore finanziario ... non rientra nell'intervallo di libera concorrenza, l'amministrazione finanziaria effettua una rettifica al fine di riportare il predetto indicatore all'interno dell'intervallo di cui al comma 1" (terzo comma).

Su queste basi, pare quindi evidente che la rettifica operata dall'Amministrazione finanziaria nel caso in esame dovrebbe collocare l'indicatore di riferimento al valore dell'intervallo più prossimo.

Tuttavia, nella prassi applicativa si riscontra sovente la tendenza dell'Amministrazione finanziaria a collocare l'indicatore al livello mediano, a prescindere dalle caratteristiche del soggetto verificato, del mercato di riferimento e dei soggetti comparabili individuati.

Al fine di evitare una arbitraria applicazione della disposizione in esame, sarebbe quindi opportuno prevedere l'obbligo per l'Amministrazione finanziaria di riportare l'indicatore di riferimento a un valore puntuale, adeguatamente motivato, allineato con quello più prossimo dell'intervallo.

- E.** Rileviamo altresì l'opportunità di integrare lo Schema di Decreto disciplinando la possibilità di effettuare i c.d. "aggiustamenti compensativi" (i.e. *compensating adjustments*), come definiti nel Glossario delle Linee Guida OCSE.

È infatti evidente che, essendo la materia dei prezzi di trasferimento caratterizzata dalla ineliminabile presenza di margini di aleatorietà (dovuta, per esempio, alle condizioni generali di mercato), è opportuno riconoscere la possibilità per i contribuenti di "aggiustare", nella dichiarazione fiscale, i prezzi definiti a priori sulla base delle circostanze sopravvenute e degli sviluppi registrati in corso d'anno.

Tale riconoscimento risulta del resto coerente con l'impostazione definita in ambito internazionale (cfr., oltre alle Linee Guida OCSE, il "Report on Compensating Adjustments", elaborato dall'EU Joint Transfer Pricing Forum, in data 5 novembre 2013).

- F.** In termini analoghi, sembrerebbe altresì opportuno integrare lo Schema di Decreto disciplinando i c.d. "aggiustamenti secondari" (i.e. *secondary adjustment*), anch'essi definiti nel Glossario OCSE e oggetto di studio nell'ambito del "Final Report on Secondary Adjustments", elaborato dall'EU Joint Transfer Pricing in data 25 ottobre 2012.

In mancanza, rimarrebbe aperto il tema del disallineamento tra risultato civilistico e risultato fiscale post-rettifica, aggravando il contribuente con ulteriori adempimenti a livello amministrativo,

contabile e finanziario.

- G.** Da ultimo, a parere di chi scrive, pare opportuno precisare che le modifiche normative apportate dall'art. 59, primo comma, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, all'art. 110, settimo comma, d.P.R. n. 917, citato, e le linee guida fornite con lo Schema di Decreto qui in commento, avendo entrambe natura interpretativa, sono applicabili a tutti i rapporti in essere alla data di entrata in vigore.