



Spettabile

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Via XX Settembre, 97

000187 Roma

Bernoni & Partners
Via Melchiorre Gioia, 8
20124 Milano
Italia

T +39 02 7833 51
F +39 02 7818 79
E info@bgt.it
www.bgt-grantthornton.it

Documento inviato via mail: consultazionepubblicaTP@mef.gov.it

Milano, 21/03/2018

Oggetto: consultazione pubblica sui prezzi di trasferimento

Spettabile Ministero,

In risposta alla richiesta di invio di osservazioni, Bernoni Grant Thornton (“Bernoni” o “noi”) preliminarmente esprime il proprio apprezzamento per la procedura di consultazione pubblica avviata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (“MEF”). Considera, infatti, questo strumento estremamente utile per consentire a tutti gli operatori interessati un confronto preventivo molto importante.

L'evoluzione normativa e di prassi intervenuta in Italia nel corso degli ultimi anni in materia di fiscalità internazionale, in generale, e di prezzi di trasferimento, in particolare, è prova tangibile dello sforzo di modernizzazione del nostro sistema fiscale e di progressivo avvicinamento alla migliore legislazione e prassi internazionale e comunitaria. Il tutto, in estrema sintesi, per dare maggiore certezza ed affidabilità al nostro ordinamento e per attrarre investitori esteri nel nostro paese.

Per quanto attiene alla tematica dei prezzi di trasferimento, la recente modifica dell'art. 110, co. 7, del Testo Unico delle Imposte sui redditi (“TUIR”), che ha stabilito che la valorizzazione dei prezzi di trasferimento debba avvenire secondo il “*principio di libera concorrenza*”, sostituendo il riferimento al “*valore normale*” ex art. 9, co. 4, del TUIR, va certamente in questa direzione (anche se, a nostro parere, la modifica ha carattere formale più che sostanziale). Riteniamo, infatti, che il diretto rimando al “principio di libera concorrenza”, locuzione chiaramente allineata al concetto OCSE di “*arm's length principle*”, renda chiaro l'intento del legislatore di allineare l'impianto normativo domestico alle raccomandazioni fornite nelle “*Linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali*” (“Linee Guida OCSE” o “Linee Guida”) che possono, quindi, essere utilizzate come strumento interpretativo fondamentale per la materia in commento.



SCHEMA DI DECRETO MINISTERIALE RICHIAMATO DAL COMMA 7 DELL'ARTICOLO 110 DEL TUIR

L'attuale formulazione dell'art. 110, co. 7, delega al MEF la valutazione in merito all'opportunità di introdurre apposite linee guida domestiche in tema di prezzi di trasferimento che, come esplicitato nella norma in commento, dovranno basarsi sulle *"migliori pratiche internazionali"*. In particolare, lo schema di D.M. in consultazione fa espresso riferimento alle Linee Guida OCSE del 2017, di cui il MEF ha pubblicato una traduzione di cortesia in lingua italiana delle parti rilevanti, contestualmente all'avvio della consultazione pubblica in oggetto.

I nostri commenti e osservazioni riguardano principalmente le seguenti tematiche:

1. *L'impostazione dello schema di D.M. ed il contesto in cui si innesta;*
2. *Le definizioni dello schema di Decreto e le questioni di tipo pratico che generano;*
3. *La necessità di "buona prassi" nel rapporto tra contribuente e Amministrazione finanziaria;*
4. *I temi non trattati dallo schema di D.M.*

Paragrafi Linee Guida OCSE interessati:

I nostri commenti e osservazioni riguardano principalmente i seguenti paragrafi delle Linee Guida OCSE:

- da par. 1.119 al par. 1.128 (sul *"riconoscimento delle transazioni accuratamente delineate"*);
- par. 2.3 (sulla *"gerarchia dei metodi"*);
- par. 3.11 e 3.12 (sulla definizione di *"accordo globale"*);
- par. 7.44 (sulla qualificazione di un servizio infragruppo);
- Annex alle Linee Guida OCSE (titolo originale *"Guidelines for Monitoring Procedures on the OECD Transfer Pricing Guidelines and the Involvement of the Business Community"* relativo al *monitoring*).

Osservazioni / Contributi

1. L'impostazione dello schema D.M. ed il contesto in cui si va ad innestare

La materia dei prezzi di trasferimento è stata oggetto, in questi ultimi anni, di una continua evoluzione. I legislatori e le amministrazioni finanziarie, anche nella loro veste di verificatori, della maggior parte degli stati sono molto spesso intervenuti per regolare e interpretare la materia. L'OCSE ha notevolmente contribuito a questo sviluppo, culminato con la conclusione della prima fase del progetto BEPS. Sono, attualmente, allo studio diversi progetti, finalizzati ad approfondire aspetti già trattati o aspetti al momento non ancora trattati nell'ambito del progetto BEPS. In particolare, nei prossimi mesi, come noto, è prevista la pubblicazione, da parte dell'OCSE, di documenti relativi (i) all'attribuzione del profitto alla stabile organizzazione, (ii) all'applicazione del metodo transazionale di ripartizione degli utili, (iii) ai beni immateriali di difficile valutazione (cosiddetti *"hard to value intangibles"*), (iv) alle operazioni finanziarie, (v) al capitolo 7 in materia di prestazioni di servizi. In un momento successivo è prevista la riscrittura del capitolo 4 relativo ai metodi amministrativi per evitare e risolvere le controversie in materia di prezzi di trasferimento.

La constatazione di questa continua evoluzione ha portato l'OCSE a modificare il proprio modus operandi. In particolare, il primo importante lavoro in materia, il rapporto pubblicato nel 1979, è rimasto inalterato fino al 1995, ovvero per 16 anni, nonostante un contesto internazionale di grande e rapida evoluzione.

Con la pubblicazione del rapporto del 1995, che ha profondamente e sostanzialmente innovato il precedente, l'OCSE ha assunto l'impegno di monitorare costantemente l'evoluzione normativa e di prassi e di integrare periodicamente le Linee Guida. L'impegno è stato mantenuto e le Linee Guida, dal 1995 ad oggi, sono state modificate e integrate costantemente.

Per quanto riguarda l'Italia, la prassi di riferimento in materia di prezzi di trasferimento è rimasta ferma alla Circolare Ministeriale n. 32 del 1980, che venne tempestivamente emanata allo scopo precipuo di adeguarsi ad alcune delle impostazioni contenute nella prima versione di Linee Guida OCSE del 1979.

Questo comportamento era stato interpretato, almeno negli anni più recenti, con la volontà, espressa sia dal legislatore, sia dalla giurisprudenza e dalla prassi, di riferirsi alle interpretazioni fornite in sede OCSE, senza che fosse necessario un provvedimento apposito.

Lo schema di D.M. in consultazione sembra contenere una diversa interpretazione e spinge a formulare due riflessioni.

La prima riguarda il rapporto tra l'interpretazione della normativa italiana e la migliore prassi internazionale. In particolare, riteniamo che sia necessario evitare che la prassi e la giurisprudenza domestica risultino non armonizzate con la migliore prassi internazionale, come elaborata dall'OCSE (di cui l'Italia è membro) causando dubbi e asimmetrie interpretative che comporterebbero incertezze e costi, anche in termini di doppia imposizione, ai gruppi multinazionali. Sarebbe, pertanto, opportuno che lo schema di D.M. prevedesse un esplicito ed integrale rimando alla *“miglior prassi internazionale”* elaborata pro tempore dall'OCSE, sulla quale non risulta che l'Italia abbia espresso riserve.

Questa impostazione consentirebbe di raggiungere l'obiettivo di mantenere l'interpretazione domestica sostanzialmente armonizzata con le Linee Guida OCSE. Alcuni Stati hanno normato in tal senso, con il risultato di un immediato recepimento di ogni cambiamento apportato in sede OCSE relativamente alla materia dei prezzi di trasferimento. In tali giurisdizioni, norme e procedure in materia di prezzi di trasferimento vengono adottate solamente nel caso in cui si ritenga di dover modificare o integrare specifici aspetti delle Linee Guida OCSE. Coerentemente con questa impostazione, lo schema di D.M. in commento potrebbe, dopo aver affermato questo principio di carattere generale, disciplinare aspetti specifici, ad integrazione o a modifica delle Linee Guida OCSE stesse.

La seconda riflessione è relativa alla staticità o alla dinamicità della normativa in commento. A nostro parere, con l'introduzione nel nostro ordinamento dello schema di D.M. in commento, si corre il rischio che nei prossimi anni si possa ripetere la situazione passata: da un lato si ha una prassi domestica *“statica”* e dall'altro una *“miglior prassi internazionale”* dell'OCSE continuamente aggiornata ed evoluta, in considerazione delle complesse fattispecie che nel tempo vengono affrontate. Questa situazione ha prodotto, in passato, interpretazioni rigide, non evolute e non allineate con la miglior prassi internazionale, a cui si vuole fare riferimento.

Alla luce delle considerazioni che precedono, sarebbe anche opportuno che lo schema di D.M. affrontasse esplicitamente le tematiche contenute nella Circolare Ministeriale n. 32 del 1980, dichiarandole non più attuali e superate a seguito dell'emanazione dello stesso. In mancanza di una tale interpretazione, lo schema di D.M., da un punto di vista formale, potrebbe comportare una *“convivenza”* delle disposizioni dello schema di D.M. con le indicazioni della Circolare Ministeriale, aumentando il livello di incertezza nei rapporti tra Amministrazione finanziaria e contribuente sulla corretta procedura da seguire.



2. Le definizioni dello schema di D.M. e le questioni di tipo pratico che generano

a. *Sul concetto di “influenza dominante” [art. 2, lett. b), sub b), dello schema di D.M.]*

Il concetto di “influenza dominante” che un’impresa può avere sulle decisioni commerciali o finanziarie di un’altra è condivisibile ma è di difficile applicazione, con riferimento sia all’operazione controllata sia all’operazione non controllata.

Con riferimento all’operazione controllata, la discrezionalità nella valutazione degli elementi, contrattuali e di fatto è molto elevata. Considerato l’obiettivo dello schema di D.M. di fornire criteri interpretativi il più possibile chiari, oggettivi e vincolanti per tutti gli operatori coinvolti, sarebbe opportuno fornire una casistica, aggiornata alla luce delle più recenti esperienze maturate in ambito sia di verifiche e di contenzioso sia di negoziazioni di accordi preventivi.

Con riferimento all’operazione non controllata, le informazioni necessarie a configurare una situazione di “influenza dominante” solitamente non sono pubblicamente disponibili o facilmente reperibili. Questa situazione di fatto potrebbe portare, almeno in specifici settori, ad una identificazione di società comparabili non pienamente rispondente alla realtà del mercato di riferimento, con evidente alterazione dei risultati.

Per tale motivo, il concetto di “influenza dominante”, se non meglio chiarito e declinato, potrebbe portare a non corrette applicazioni della disciplina dei prezzi di trasferimento, secondo interpretazioni arbitrarie dello schema di D.M., che, al contrario, dovrebbe essere il più possibile circoscritto e limitato a casi eccezionali.

b. *Sulla definizione di “indicatore finanziario” e di “prezzo” [art. 2, lett. g), dello schema di D.M.]*

L’art. 4, co. 2, lettera a), dello schema di D.M. definisce come “*metodo del confronto di prezzo*” quello “*basato sul confronto tra il prezzo praticato nella cessione di beni o nelle prestazioni di servizi resi in un’operazione controllata con il prezzo praticato in operazioni non controllate comparabili*”. Tale definizione è allineata alle Linee Guida OCSE, ai quali lo schema di D.M. ha dichiarato di ispirarsi.

L’art. 2, co. 1, lettera g), definisce il “*prezzo*” come “*indicatore finanziario*”, al pari del rapporto tra margine di profitto ed un’appropriata base di commisurazione.

Tale impostazione può avere effetti con riferimento alla identificazione di operazioni comparabili quando il “*metodo del confronto di prezzo*” è selezionato come il metodo più appropriato. L’art. 6, co 1, dello schema di D.M., considera conforme al principio di libera concorrenza “*l’intervallo di valori risultante dall’indicatore finanziario selezionato in applicazione del metodo più appropriato ai sensi dell’art. 4 (...)*”.

Nel caso di applicazione del “*metodo del confronto di prezzo*” ai fini di una corretta valorizzazione di una operazione infragruppo, sia la definizione fornita dall’art. 4 sia l’art. 6, rubricato “*intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza*”, sembrerebbero richiedere una pluralità di operazioni comparabili e, quindi, la costruzione di un intervallo di “*prezzi*” (*valori risultanti dall’indicatore finanziario selezionato*) dovendo questi ricadere nella definizione di “*indicatori finanziari*” ai sensi dell’art. 2, co. 1, lettera g).

Riteniamo che il “*prezzo*” non debba ricadere nella definizione di “*indicatore finanziario*” per evitare fraintendimenti.



Inoltre, riteniamo che la corretta determinazione del principio di libera concorrenza per un'operazione controllata con il metodo del confronto del prezzo possa basarsi sulla comparazione con una singola operazione non controllata, assumendo che il livello di "comparabilità" di quest'ultima sia estremamente elevato (se non addirittura assoluto).

Pertanto, a nostro avviso, sarebbe opportuna una riformulazione della definizione di "prezzo" ai fini dell'applicazione del "metodo del confronto di prezzo" e il riconoscimento della possibilità di utilizzare, per la comparazione, una sola operazione non controllata, purché ovviamente presenti tutte le caratteristiche di comparabilità richieste dalle Linee Guida OCSE e dallo schema di D.M.

c. Sulla "gerarchia dei metodi" e sulla verifica da parte dell'Amministrazione finanziaria (art. 4 dello schema di D.M.)

Osservando l'ultima versione delle Linee Guida OCSE, sembrerebbe sussistere un concetto di prevalenza applicativa dei metodi, seppur molto sfumato rispetto al passato.

Il par. 2.3 delle Linee Guida OCSE stabilisce che (si riporta la traduzione di cortesia fornita): *"Qualora, sulla base dei criteri descritti nel paragrafo 2.2, sia possibile applicare in maniera ugualmente affidabile un metodo tradizionale basato sulla transazione e un metodo basato sull'utile delle transazioni, il metodo tradizionale basato sulla transazione è preferibile al metodo basato sull'utile delle transazioni"*. Nel periodo successivo, viene stabilito che a parità di applicabilità, il metodo del confronto di prezzo è il metodo preferibile in "assoluto". Questi criteri sono stati affermati anche nel nostro ordinamento con l'introduzione del provvedimento relativo alla documentazione e con il documento di prassi sul medesimo tema.

Lo schema di D.M. assume una posizione differente: ai sensi del co. 3, infatti, *"se tenendo conto dei criteri di cui al co. 1, può essere applicato con uguale affidabilità un metodo descritto dalle lettere da a) a c) del co. 2 (i cc.dd. Metodi tradizionali) e un metodo descritto dalle successive lettere d) ed e) (i cc.dd. Metodi basati sull'utile delle transazioni), la determinazione delle condizioni di libera concorrenza deve essere effettuata secondo il metodo descritto dalle citate lettere da a) a c)"*. Questa posizione non appare in linea con la posizione dell'OCSE che, come correttamente tradotto, parla di preferenza e non di obbligo. Come noto, nella prassi i metodi basati sull'utile dell'operazione sono da anni generalmente preferiti rispetto ai metodi tradizionali. Imporre l'adozione di un metodo tradizionale (soltanto preferibile, secondo la migliore prassi internazionale) espone al rischio di vedersi disconosciuto, nello stato dove risiede la controparte dell'operazione, il metodo adottato, con l'ulteriore rischio di generare contenzioso e doppia imposizione.

Il Co. 6 riporta un principio, molto importante a garanzia delle imprese, secondo il quale l'Amministrazione finanziaria deve basare la propria verifica sul metodo applicato dall'impresa qualora esso rispetti le disposizioni indicate nei paragrafi, del medesimo articolo, che precedono, ovvero, in particolare, che rappresenti *"il metodo più appropriato alle circostanze del caso"*, locuzione di chiara derivazione OCSE. Le garanzie riconosciute alle imprese dovrebbero, tuttavia, essere maggiori: nelle verifiche potrebbe accadere che i verificatori disconoscano il metodo senza effettuare una adeguata analisi di comparabilità e senza fornire giustificazioni valide. Un comportamento di questo genere rischierebbe di alimentare il contenzioso a tutto detrimento sia dei contribuenti sia dell'Amministrazione finanziaria. Pertanto, al fine di evitare atteggiamenti non corretti nei rapporti tra Amministrazione finanziaria e contribuente, lo schema di D.M. dovrebbe esplicitamente prevedere che in caso di variazione di metodo da parte dell'Amministrazione finanziaria, la stessa sia tenuta, al pari del contribuente, a produrre un'adeguata analisi di comparabilità, così come definita dall'art. 3 dello schema di D.M., al fine supportare le proprie rettifiche.



Sempre in tema di garanzie per le imprese, lo schema di D.M. non contiene alcuna previsione in tema di *“riconoscimento delle transazioni accuratamente delineate”*. Riteniamo che ciò sia di fondamentale importanza e che, quindi, i principi riportati nella sezione D.2, par. 1.119 - 1.128 dovrebbero essere riportati esplicitamente nel decreto, sempre che non si voglia aderire alla proposta di effettuare un rinvio generalizzato alle Linee Guida OCSE.

d. *Sull’aggregazione delle operazioni (art. 5 schema di D.M.) e la mancata definizione di “accordo globale”*

L’art. 5 dello schema di D.M. stabilisce le condizioni affinché due o più operazioni controllate possano essere trattate, ai fini dell’analisi economica, in maniera unitaria. Tuttavia, lo schema di D.M. non contiene alcun riferimento al concetto di *“accordo globale”* (o *“package deal”* nella versione originale) contenuto al par. 3.11 e par. 3.12 delle Linee Guida OCSE, secondo cui, transazioni aventi ad oggetto servizi infragruppo (più raramente anche merci), le quali vengono trattate contrattualmente come un *unicum*, possono essere valutate meglio se scomposte in transazioni segregate per tipologia di servizio.

A nostro parere, una prassi più dettagliata in materia di *“accordi globali”*, ovvero che fornisca in maniera più chiara le condizioni per cui è possibile procedere con l’aggregazione o la segregazione delle transazioni oggetto di analisi, sarebbe di assoluto supporto nei rapporti tra Amministrazione finanziaria e contribuente in materia di verifiche sui prezzi di trasferimento.

e. *Sull’intervallo di valori conformi al “principio di libera concorrenza” (art. 6 dello schema di D.M.)*

L’art. 6, Co. 1, considera *“conforme al principio di libera concorrenza l’intervallo di valori ... qualora gli stessi siano riferibili a un numero di operazioni non controllate ...”*. Questa previsione crea, come osservato in precedenza, un possibile problema in caso di applicazione del metodo del confronto di prezzo, laddove, riteniamo, sia possibile fare riferimento a una sola operazione non controllata. L’ulteriore problema legato all’interpretazione del concetto di *“numero di operazioni non controllate”* è quello di richiedere un numero di operazioni non controllate importante, spesso non compatibile con quello che è ritraibile dalle banche dati utilizzabili. Occorrerebbe chiarire che ciò che è importante, relativamente alle operazioni non controllate, è la qualità dell’analisi di comparabilità effettuata, non la quantità delle operazioni stesse.

L’art. 6, co. 2, dello schema di D.M., stabilisce che *“un’operazione controllata, o un insieme di operazioni controllate aggregate in base all’articolo 5, si considerano realizzate in conformità col principio di libera concorrenza, qualora il relativo indicatore finanziario sia compreso nell’intervallo di cui al comma 1 (...)”*. L’impostazione riflette perfettamente quanto richiamato dalle Linee Guida OCSE.

La *ratio*, dunque, sembrerebbe quella di ritenere conforme al principio di libera concorrenza qualunque valore di margine realizzato infragruppo, purché compreso nell’intero intervallo di valori di mercato individuato. Tuttavia, nella pratica, abbiamo spesso riscontrato che l’Amministrazione finanziaria pretenda che la marginalità realizzata infragruppo debba essere ricompresa nell’intervallo interquartile, che costituisce una sezione più ristretta, se paragonata all’intero intervallo di valori di mercato. Inoltre, accade spesso che eventuali aggiustamenti effettuati dall’Amministrazione finanziaria si attestino sul valore della mediana, che rappresenta il valore centrale dell’intervallo di valori osservato. In proposito, questo approccio è confermato dalla recente Circolare Ministeriale n. 1/2018 della Guardia di Finanza in materia di verifiche su prezzi di trasferimento.

Riteniamo che lo schema di D.M. debba essere più esplicito nel riconoscere la conformità al principio di libera concorrenza per qualunque margine realizzato infragruppo, qualora ricompreso tra il valore minimo ed il valore massimo dell’intervallo dei valori di mercato



individuato e che quindi non debba effettuare aggiustamenti per portare il margine dell'operazione controllata alla mediana. Inoltre, nel caso in cui il margine dell'operazione controllata ricada al di fuori dell'intervallo di valori di libera concorrenza, riteniamo che l'Amministrazione finanziaria debba analizzare le giustificazioni addotte dall'impresa e debba giustificare congruamente un eventuale aggiustamento. Inoltre, nel caso in cui ritenga che le motivazioni addotte non giustifichino il posizionamento dell'operazione controllata al di fuori dell'intervallo di libera concorrenza, l'aggiustamento dovrebbe tener conto dell'intero intervallo e del margine, all'interno dell'intervallo, più prossimo al margine originario dell'operazione controllata.

f. Sui servizi infragruppo

Lo schema di D.M., come già osservato, non contiene alcun riferimento alla datata Circolare Ministeriale n. 32 del 1980; questo comporta una distorsione interpretativa in materia di servizi infragruppo.

La predetta Circolare Ministeriale stabilisce che il margine di profitto (i.e. *mark up*) sui servizi sia riconosciuto solo relativamente a quei servizi che costituiscono “*l'oggetto principale della sua attività*”. Di converso, la stessa specifica che il margine di profitto non andrebbe riconosciuto (i) per quei servizi che sono strettamente correlati alla struttura del gruppo e non formano l'attività istituzionale dell'impresa prestatrice, (ii) per i servizi che vengono acquistati da terzi al fine di rendere la propria prestazione di servizi, (iii) per le spese di direzione generale e amministrativa rese dalla controllante o da società del gruppo a ciò dedicate.

Secondo l'attuale versione delle Linee Guida OCSE, al contrario, è ragionevole che l'entità prestatrice del servizio infragruppo riceva un congruo margine di profitto per il servizio prestato a beneficio della propria consociata estera, a prescindere dall'attività istituzionale prevista dal proprio statuto.

Nella denegata ipotesi in cui si voglia mantenere la prassi contenuta nella Circolare Ministeriale 32 del 1980, lo schema di D.M. dovrebbe contenere indicazioni esplicite con riferimento alla fattispecie dei servizi infragruppo.

3. La necessità di “buona prassi” nel rapporto tra contribuente e Amministrazione finanziaria

La trasparenza e la correttezza nei rapporti tra Amministrazione finanziaria e imprese è di fondamentale importanza e i tantissimi provvedimenti normativi adottati negli ultimi anni, non solo in materia di prezzi di trasferimento, sono improntati a favorire modalità di interlocuzione caratterizzate da tali valori.

Con l'introduzione, a partire dal 2010, del provvedimento in materia di documentazione, la valutazione di idoneità della documentazione predisposta ha assunto grande importanza. Sulla base dell'esperienza maturata in questi anni si può affermare che si riscontrano comportamenti difforni in merito alla valutazione di idoneità. Senza entrare nel merito di ogni singola casistica, si ritiene necessario che vengano elaborati principi di comportamento a cui devono attenersi gli organi verificatori e che diano indicazioni sempre più precise in merito ai parametri da assumere ai fini della valutazione di idoneità della documentazione stessa, così da ridurre i margini di discrezionalità. Detti principi dovrebbero tenere conto dell'obiettivo che il legislatore si è posto, ovvero quello di eliminare l'asimmetria informativa tra impresa e verificatore. Raggiunto questo obiettivo, eventuali difforni valutazioni relativamente (i) alla caratterizzazione delle società o (ii) al metodo da utilizzare o (iii) alle operazioni non controllate considerate comparabili all'operazione controllata (iv) così come l'eventuale integrazione della documentazione in corso di verifica o al termine della stessa, non dovrebbero far venire meno l'idoneità della documentazione



Riteniamo, inoltre, opportuno che la procedura prevista dal par.10 della Circolare Ministeriale n. 58 del 2010 sia resa vincolante ed estesa nella sua applicazione. In particolare, si sono verificati casi in cui la documentazione predisposta ai fini dei prezzi di trasferimento sia stata formalmente riconosciuta idonea da parte dei verificatori nel processo verbale di contestazione, ma considerata non idonea dall'Agenzia delle Entrate al momento dell'emissione dell'avviso di accertamento, senza alcuna preventiva comunicazione e, quindi, senza alcuna possibilità per il contribuente di poter presentare le proprie memorie difensive.

Questo comportamento è, a nostro avviso, in contrasto con i principi di correttezza e trasparenza e in violazione sostanziale della richiamata procedura, concepita ovviamente per il caso opposto a quello descritto, segnatamente nella valutazione di "inidoneità" della documentazione sui prezzi di trasferimento da parte dei verificatori ma che, a maggior ragione, dovrebbe poter essere attivata nel caso descritto.

Questo *a fortiori* considerando che l'eventuale attivazione della procedura amichevole non tutelerebbe l'impresa, essendo la valutazione in merito alla idoneità della documentazione estranea alla procedura stessa; essa dovrebbe, quindi, essere rimessa al giudice nazionale. Al riguardo sarebbe auspicabile un ripensamento di quanto riportato nel documento di prassi, prevedendo che l'autorità competente debba comunque esprimersi in merito all'idoneità della documentazione, pur rimettendo al giudice la decisione in merito.

4. I temi non trattati dallo schema di D.M.

Come riportato all'inizio del presente documento, l'OCSE, nei prossimi mesi, pubblicherà diversi documenti, tra i quali quello relativo alle operazioni finanziarie. Per quanto precedentemente riportato, non è ragionevole pensare che lo schema di D.M. contenga linee guida domestiche in materia di operazioni finanziarie, con il rischio che esse risultino, a pochi mesi dalla loro approvazione, almeno parzialmente, non allineate alle Linee Guida OCSE. È, tuttavia, importante che sia previsto, come auspicato, l'esplicito ed integrale rimando ad esse, a meno che non ci sia la necessità di una loro modifica o integrazione.

Al contrario, sarebbe molto opportuno che lo schema di D.M. contenesse i criteri da seguire per l'effettuazione e il riconoscimento dei cosiddetti aggiustamenti di fine anno, al fine di far rientrare (salvo che esistano valide ragioni) i risultati effettivi dell'operazione controllata alla chiusura del periodo di imposta nell'intervallo di valori di libera concorrenza. Su questo specifico tema le Linee Guida OCSE non forniscono spunti utili, spunti che sono ritraibili nel documento elaborato sul tema dal *Joint Transfer Pricing Forum*.

Un altro tema con riferimento al quale lo schema di D.M. potrebbe fornire linee guida domestiche è quello relativo ai servizi a basso valore aggiunto. In particolare, sarebbe opportuno che il legislatore si esprimesse, nello schema di D.M., in merito al recepimento o meno dell'approccio semplificato e che, eventualmente tramite un documento di prassi, venissero fornite indicazioni operative.

Un ulteriore tema su cui lo schema di D.M. dovrebbe intervenire è quello dei cosiddetti *safe harbour*, che potrebbero applicarsi relativamente alle operazioni di valore e importanza molto limitata. Questo contribuirebbe alla riduzione sostanziale di un lavoro molto impegnativo ma con impatti molto limitati.



SCHEMA DI PROVVEDIMENTO DIRETTORIALE PREVISTO DALL'ARTICOLO 31 QUATER DEL D.P.R. N. 600 DEL 1973

Bernoni Grant Thornton esprime il proprio apprezzamento anche con riferimento allo schema di provvedimento direttoriale. La doppia imposizione deve essere rimossa e, quindi, un provvedimento che si pone questo obiettivo è certamente meritevole.

Inoltre, detto schema direttoriale si pone l'ulteriore obiettivo di ridurre significativamente i tempi richiesti per la conclusione della procedura. L'elemento temporale è estremamente importante per le imprese e, quindi, questo rappresenta un altro motivo di apprezzamento del provvedimento direttoriale.

I nostri commenti riguardano:

1. *Il concetto di definitività della rettifica in aumento e la sua conformità al principio di libera concorrenza;*
2. *Le diverse fasi in cui si articola la fattispecie considerata e la relativa tempistica;*
3. *L'esito della procedura.*

Osservazioni / Contributi

1. Il concetto di definitività della rettifica in aumento e la sua conformità al principio di libera concorrenza

L'art. 31 quater in commento prevede, alla lett. c), quale condizione necessaria per l'attivazione della procedura che la rettifica in aumento sia definitiva.

Lo schema direttoriale non fornisce una definizione di rettifica in aumento definitiva ma prevede, a pena di inammissibilità, che all'istanza di attivazione della procedura sia allegata una certificazione, rilasciata da parte dell'autorità estera, dalla quale risulti la definitività della rettifica in aumento effettuata.

Al riguardo formuliamo due riflessioni.

La prima è relativa alla *definitività della rettifica*. Le questioni di carattere procedurale e sostanziale sono molteplici. Concentrandoci su quella che a nostro avviso più interessa con riferimento alla norma in commento, ci si chiede se la definitività possa essere interpretata nel senso di impossibilità per l'Amministrazione finanziaria di modificare o integrare la rettifica, successivamente alla notifica della stessa all'impresa. L'interpretazione più restrittiva, che presuppone la definitività dell'accertamento per formazione di un giudicato o per omessa impugnazione - e non per lo spirare dei termini di decadenza dell'azione accertatrice dell'autorità estera - non si giustifica né con la *ratio* della norma né con eventuali esigenze di tutela dell'erario. In quest'ultimo caso, infatti, l'autorità competente ben può verificare, grazie allo strumento dello scambio di informazioni, che l'impresa non abbia attivato una procedura di rimborso nell'altro stato.

La seconda riflessione è relativa alla *certificazione che deve essere rilasciata*. Riteniamo che possa non essere semplice ottenere siffatta certificazione dallo stato estero. Questo è tanto importante se si considera che la mancata allegazione è causa di inammissibilità dell'istanza. Riteniamo, inoltre, che anche con riferimento all'acquisizione di questa informazione l'Amministrazione finanziaria debba attivare la procedura relativa allo scambio di informazioni. Riteniamo, quindi, che lo spirito della norma sia richiedere che l'azione accertatrice, e non l'imposta, sia definitiva. Peraltro, detta condizione necessaria potrebbe

essere verificata non al momento dell'avvio della procedura bensì al momento della chiusura, con la sottoscrizione dell'accordo.

2. Le diverse fasi in cui si articola la fattispecie considerata e la relativa tempistica

L'eventuale richiesta, come condizione necessaria, ancorché non sufficiente, che l'accertamento sia divenuto definitivo nello stato estero dovrebbe implicare, alternativamente, che l'impresa abbia esaurito tutti i gradi di giudizio della procedura contenziosa oppure che l'impresa non abbia presentato ricorso e, quindi, che l'accertamento sia divenuto definitivo e l'imposta sia dovuta e non ripetibile.

Nel primo caso è difficile pensare che la durata del contenzioso nello stato estero, a cui si aggiunge la durata della procedura in commento, siano così limitate da consentire, eventualmente, l'attivazione di una procedura amichevole entro i termini previsti dalla convenzione, normalmente pari a due anni, che decorrono dalla notifica della misura che ha causato la doppia imposizione.

In entrambi i casi l'eventuale attivazione della procedura amichevole potrebbe essere preclusa per impossibilità della autorità competente dello stato estero di modificare la decisione divenuta definitiva o di rimborsare un'imposta divenuta definitiva e non ripetibile.

Anche per queste considerazioni si ritiene necessario confermare quanto richiesto al punto precedente.

Sarebbe comunque fondamentale che venissero fornite, anche con un documento di prassi, chiare indicazioni procedurali per evitare di vanificare gli effetti della procedura stessa.

3. L'esito della procedura

La procedura potrebbe concludersi con un riconoscimento parziale della conformità della rettifica effettuata dall'Amministrazione finanziaria estera al principio di libera concorrenza. In questo caso ci si chiede se sia facoltà dell'impresa sottoscrivere l'accordo (parziale) e attivare la procedura amichevole soltanto per la differenza oppure se l'attivazione della procedura amichevole sia subordinata all'integrale rigetto della proposta formulata.

Hanno collaborato alla stesura del presente documento:

Dott. Gianni Bitetti
 Dott. Lorenzo Carminati
 Dott. Alessandro Foderà
 Dott. Mario Spera
 Dott. Valerio Palmese

Vi ringraziamo per l'opportunità offerta e rimaniamo a disposizione per qualsiasi chiarimento si rendesse necessario.



Dott. Paolo Besio
 Per Bernoni & Partners