

Piazza F. Meda, 5
20121 Milano
T. +39 02.776931
F. +39 02.77693300
milano@maisto.it

Piazza D'Aracoeli, 1
00186 Roma
T. +39 06.45441410
F. +39 06.45441411
roma@maisto.it

2, Throgmorton Avenue
London EC2N 2DG
T. +44 (0)20.73740299
F. +44 (0)20.73740129
london@maisto.it

MAISTO E ASSOCIATI

www.maisto.it

Milano, 21 marzo 2018

Via e-mail: consultazionepubblicaTP@mef.gov.it

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Consultazione pubblica sui prezzi di trasferimento

Egregi Signori,

desideriamo innanzitutto ringraziare il Ministero dell'Economia e delle Finanze, l'Agenzia delle Entrate e la Guardia di Finanza per l'eccellente lavoro svolto in tema di attuazione delle disposizioni previste dall'articolo 110, comma 7 del D.P.R. n. 917 del 1986 (“**TUIR**”) e dall'articolo 31-*quater* del D.P.R. n. 600 del 1973. Desideriamo inoltre ringraziarVi per la possibilità di partecipare alla presente consultazione pubblica. Quest'ultima rappresenta un passo importante nel percorso intrapreso, volto all'ammodernamento dei rapporti tra Amministrazione pubblica e contribuenti.

Riportiamo nel seguito i nostri commenti in ordine (i) allo schema di Decreto Ministeriale richiamato nel citato comma 7 dell'articolo 110 del TUIR (di seguito, il “**Decreto**”) e (ii) allo schema di provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate di attuazione delle nuove disposizioni normative contenute nell'articolo 31-*quater* del D.P.R. n. 600 del 1973 (di seguito, il “**Provvedimento**”).

Avv. Prof. Guglielmo Maisto
Avv. Riccardo Michelutti*
Avv. Marco Cerrato LL.M.
Dott. Andrea Parolini* LL.M.
Dott. Roberto Gianelli*
Dott. Marco Valdonio*
Dott. Aurelio Massimiano* LL.M.
Dott. Paola Marzetta*
Avv. Nicola Saccardo* LL.M.
Avv. Alessandro Bavila LL.M.
Dott. Mauro Messi*
Dott. Ernesto Sacchi*
Avv. Massimiliano Lovotti
Dott. Sara Montalbetti*
Dott. Andrea Annoni*
Dott. Luca Longobardi*
Avv. Roberto Zanni
Avv. Giulia Paroni Pini
Avv. Fausto Capello
Dott. Mario Tenore* LL.M.
Avv. Michele Toccaceli
Dott. Silvia Boiardi*
Dott. Giorgia Zanetti*
Avv. Francesco Morra
Avv. Cesare Silvani LL.M.
Avv. Alessandro Vannini
Avv. Francesco Nicolosi
Avv. Giulio Cuzzolaro
Dott. Alberto Brazzalotto*
Dott. Mirko Severi*
Avv. Filippo Maisto
Dott. Andrea Rottoli*
Dott. Arno Crazzolaro*
Dott. Irene Sarzi Sartori*
Avv. Noemi Maria Bagnoli
Avv. Biagio Izzo
Dott. Gabriele Colombaioni* LL.M.
Avv. Eleonora Finizio
Dott. Matteo Cataldi* LL.M.
Dott. Emanuela Buono*
Dott. Paolo Valacca
Dott. Michele Vannucci
Dott. Francesco Ricci
Dott. Francesco Nino Vetrone
Dott. Alice Bonini
Dott. Francesco Giovanni Angelini
Dott. Giulia Lubrano
Dott. Teresa Galluccio

Of Counsel

Dott. Gabriella Cappelleri
Prof. Paolo Arginelli
Avv. Maria Cristiana Felisi

* *Dottore Commercialista*

1. COMMENTI ALLO SCHEMA DI DECRETO MINISTERIALE RICHIAMATO DALL'ARTICOLO 110, COMMA 7 DEL TUIR

Procederemo nel seguito a fornire i nostri commenti separatamente per ciascun articolo del Decreto, indicando di volta in volta le finalità degli stessi e, ove rilevanti, i paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati.

Le modifiche al testo esistente del Decreto saranno esposte in **grassetto** per quanto riguarda le aggiunte e in ~~barrato~~ per quanto riguarda le eliminazioni.

1.1 Art. 1 – Ambito di applicazione

Si reputa opportuno formulare una considerazione preliminare con riferimento al collocamento del Decreto all'interno del sistema delle fonti che regolano la disciplina dei prezzi di trasferimento e, in particolare, al corretto rapporto esistente tra il Decreto e la prassi internazionale (*in primis* le Linee Guida OCSE¹). Infatti, come si evince dallo stesso articolo 110, comma 7 del TUIR, la finalità primaria del Decreto è fornire le linee guida per l'applicazione del predetto articolo “*sulla base delle migliori pratiche internazionali*” e dunque, indubbiamente, nel rispetto di quanto previsto dalle Linee Guida OCSE, come periodicamente modificate.

Da tale finalità discende che le disposizioni del Decreto non potranno che inserirsi organicamente nell'ambito dell'esperienza OCSE e riflettere i contenuti del documento (*i.e.* le Linee Guida OCSE) che sintetizza appieno tale esperienza e che, per consolidata prassi dell'Amministrazione finanziaria e della giurisprudenza nazionale, costituisce il punto di riferimento primario per ogni attività di valutazione, verifica o definizione dei prezzi di trasferimento in quanto rappresenta lo stato dell'arte del dibattito internazionale espressamente approvato e condiviso dall'Italia in sede OCSE. Non vi sono infatti dubbi che siano le Linee Guida OCSE a rappresentare le “*migliori pratiche internazionali*” menzionate dall'articolo 110, comma 7 del TUIR.

¹ OECD (2017), OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, OECD Publishing, Parigi.

Ciò premesso, il Decreto, che cita nel preambolo e nell'articolo 7 le Linee Guida OCSE come riferimento di cui “*tenere conto*”, dà l'impressione di voler semplicemente attingere alle stesse per elaborare norme funzionalmente e gerarchicamente autonome, che, sotto il profilo sostanziale, sintetizzino le definizioni ed i principi attualmente contenuti, appunto, nelle Linee Guida OCSE. Orbene, è evidente che tale approccio potrebbe comportare il rischio che il Decreto sia soggetto ad un'interpretazione che si discosti da quanto previsto dalle Linee Guida OCSE. Tale rischio potrebbe avere l'effetto – chiaramente non desiderato dal legislatore – di allontanare il sistema italiano dalle “*migliori pratiche internazionali*” in quanto, nella misura in cui il Decreto, come interpretato dagli operatori giuridici, si discosti dalle Linee Guida OCSE, un contribuente che abbia correttamente applicato le Linee Guida OCSE potrebbe vedersi mossa una contestazione riguardante i prezzi di trasferimento sulla base di una contrastante disposizione del Decreto. Tale risultato determinerebbe, sul piano sostanziale, una possibile violazione delle rilevanti Convenzioni per evitare le doppie imposizioni e, sul piano procedurale, un probabile aumento del contenzioso e delle procedure di risoluzione delle dispute a livello internazionale.

Inoltre, il fatto che il Decreto concerna solo alcune delle tematiche affrontate dalle Linee Guida OCSE e le trasponga sinteticamente in pochi articoli incrementa il rischio di ambiguità e fraintendimenti. Vi sono infatti diverse disposizioni del Decreto che, al fine di rispettare le dovute esigenze di sintesi, divengono apodittiche e perdono, invece, i benefici derivanti dai numerosi chiarimenti, indicazioni ed esemplificazioni che rendono le Linee Guida OCSE un documento interpretativo ed applicativo coerente e tendenzialmente esaustivo.

Al fine di evitare tali inconvenienti che, si ripete, non sembrano riflettere l'intento del legislatore (che – al contrario – mira a uniformare la prassi interpretativa ed applicativa dell'Amministrazione finanziaria italiana con gli orientamenti OCSE), si suggerisce di precisare all'interno del Decreto che le Linee Guida OCSE, come periodicamente modificate e condivise dall'Italia in sede istituzionale, costituiscono un punto di riferimento primario (i) ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione del Decreto e (ii) con riguardo ad ulteriori aspetti applicativi non direttamente disciplinati dallo stesso e/o dai futuri provvedimenti o documenti di prassi da emanarsi a cura dell'Agenzia delle Entrate. In tal modo si ritiene che le

Linee Guida OCSE potranno mantenere il loro valore di fonte interpretativa di rango preminente e, dunque, che sia così rispettata la finalità del novellato articolo 110, comma 7 del TUIR di fare riferimento alle migliori pratiche internazionali. In particolare, si suggerisce di apportare le seguenti modifiche:

1. Il presente decreto, tenuto conto delle migliori pratiche internazionali, fornisce le linee guida per l'applicazione delle disposizioni contenute nell'articolo 110, comma 7, del Testo Unico delle Imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito "TUIR"), ai fini del rispetto del principio di libera concorrenza ivi contenuto. ***Il presente decreto deve essere interpretato ed applicato tenendo conto di quanto previsto dalle Linee Guida dell'OCSE, come periodicamente modificate.***

1.2 Art. 2 – Definizioni

Si ritiene che, al fine di fornire chiarezza ai contribuenti, in coerenza con quanto già indicato *supra* in relazione all'articolo 1, le definizioni contenute nell'articolo 2 del Decreto debbano essere quanto più allineate ai termini utilizzati nell'articolo 110, comma 7 del TUIR e a quelli contenuti nelle Linee Guida OCSE, con particolare riferimento al relativo Glossario. Si propongono pertanto le seguenti modifiche:

- *Imprese associate*: al comma 1, lett. a) si propone di sostituire il termine "società non residenti" con il termine "imprese non residenti". Sebbene l'articolo 110, comma 7 del TUIR faccia letterale riferimento al termine "società non residenti", si rileva come tale nozione non possa essere intesa in maniera restrittiva. La stessa deve infatti necessariamente comprendere ogni sorta di ente giuridicamente riconosciuto nello Stato estero che eserciti un'attività di impresa, anche se privo del requisito della plurisoggettività. Inoltre, tale nozione dovrebbe così includere anche le stabili organizzazioni estere di imprese residenti. Si rileva inoltre come le lettere a) e b) dell'articolo 2, comma 1 del Decreto utilizzino, ai fini della definizione di "imprese associate", il termine "persona" senza introdurre alcuna definizione al

riguardo. Laddove l'intenzione fosse quella di utilizzare la definizione di "persona" di matrice convenzionale, si rileva che attraverso l'impiego di tale terminologia il Ministro dell'Economia e delle Finanze sembrerebbe avere ecceduto nell'esercizio della delega attribuitagli dal legislatore. Infatti, dall'utilizzo del termine "persona" deriverebbe l'attrazione nell'ambito di applicazione del comma 7 dell'articolo 110 del TUIR anche delle fattispecie riguardanti imprese controllate dalla stessa persona fisica (o dalle stesse persone fisiche). Si osserva che, invece, l'articolo 110, comma 7 del TUIR fa esclusivo riferimento al termine "società" in relazione alla fattispecie di imprese soggette a comune controllo. Il dettato dell'articolo 110, comma 7 del TUIR mal si concili con l'estensione sopra descritta. Si ritiene pertanto che, in assenza di una modifica dell'articolo 110, comma 7 del TUIR, l'utilizzo del termine "persona" nell'ambito del Decreto possa prestarsi a censure di legittimità;

- *Partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale*: al fine di evitare l'insorgere di conflitti interpretativi, si propone di sostituire l'espressione "partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale dell'altra impresa" di cui al comma 1, lett. a) del Decreto con il termine "controllo", già richiamato dal comma 7 dell'articolo 110 del TUIR. Contestualmente, si propone di definire la portata del termine "controllo" modificando la lett. b) del comma 1 del Decreto. In particolare, poiché tale nozione dovrebbe comprendere ogni ipotesi di influenza dominante attuale o potenziale esercitata da un'impresa su un'altra impresa, si propone di:
 - eliminare il riferimento al (mero) possesso del "50 per cento nel capitale" di un'impresa facendo piuttosto riferimento alla concreta possibilità di disporre della maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria. Ai fini della qualificazione del concetto di controllo dovrebbe infatti assumere rilevanza l'effettiva disponibilità dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria dell'impresa e non il semplice possesso di una partecipazione superiore al 50 per cento del capitale, che potrebbe non essere sempre sufficiente a garantire

l'effettivo esercizio di un'influenza dominante. Si pensi, ad esempio, al caso di possesso della nuda proprietà di una partecipazione superiore al 50 per cento del capitale di un'impresa. In tal caso non sarebbe il nudo proprietario, bensì l'usufruttuario, il soggetto chiamato ad esercitare i propri diritti e, dunque, in grado di influenzare in maniera dominante le decisioni dell'impresa;

- inserire l'espressione "attuale o potenziale" al comma 1, lett. b) del Decreto;
- sostituire l'espressione "decisioni commerciali o finanziarie" con il termine "gestione". Si ritiene infatti che l'influenza dominante debba essere verificata in relazione alla totalità delle decisioni afferenti la gestione di un'impresa e non solo a quelle commerciali o finanziarie;
- *Operazione controllata*²: al comma 1, lett. d), considerata la finalità definitoria dell'articolo 2 del Decreto, si ritiene necessario adottare una definizione di "operazione controllata" coerente con quella fornita dalle Linee Guida OCSE, lasciando qualunque considerazione relativa alla corretta individuazione e delineazione delle operazioni e a quanto precisato dalle Linee Guida OCSE stesse al paragrafo 1.119 e 1.120 (nell'ambito delle indicazioni in tema di applicazione dell'*arm's length principle*), ovvero – laddove ritenuto necessario – inserendo una specifica precisazione al successivo articolo 3 del Decreto;
- *Operazione non controllata*: al comma 1, lett. e) si propone di sostituire il termine "imprese" con il termine "parti". Possono infatti esistere operazioni di natura commerciale o finanziaria, concluse sul mercato tra soggetti indipendenti, meritevoli di essere prese a riferimento ai fini dell'applicazione dei metodi di cui all'articolo 4 del Decreto pur in presenza di soggetti contraenti non qualificabili come "imprese";

² Si evidenzia che l'utilizzo del termine "operazione", che si ritiene corretto, non è omogeneo al termine utilizzato nelle traduzioni delle Linee Guida OCSE ("transazione") che pertanto dovrebbero essere modificate di conseguenza.

- *Condizioni di un'operazione*: al comma 1, lett. f), si propone di eliminare il riferimento agli “indicatori finanziari utilizzati in applicazione di uno dei metodi di cui al successivo articolo 4”. Le Linee Guida OCSE (paragrafo 1.36), infatti, non indicano in maniera esplicita tra gli elementi economici rilevanti di una operazione anche gli indicatori finanziari utilizzati ai fini dell'applicazione dei metodi di cui al Capitolo II delle Linee Guida OCSE (peraltro raramente esplicitati nelle operazioni non controllate). Tali indicatori costituiscono, infatti, l'obiettivo dell'analisi condotta e non possono, quindi, essere posti sullo stesso piano logico delle condizioni delle operazioni, le quali, viceversa, delineano il percorso che conduce al raggiungimento di tale obiettivo.

Sulla base di quanto sopra esposto, l'articolo 2 del Decreto dovrebbe essere a nostro parere modificato nel modo seguente:

1. Ai fini del presente decreto si intende per:
- a) *imprese associate*: l'impresa residente nel territorio dello Stato e le ~~società~~ *imprese* non residenti allorché:
- 1) una di esse ~~partecipa~~ **controlla**, direttamente o indirettamente, ~~nella gestione, nel controllo o nel capitale dell'~~ **altra impresa**, o
 - 2) la stessa ~~persona~~ **impresa** o più ~~persone~~ **imprese** ~~partecipano~~ **controllano** direttamente o indirettamente, ~~nella gestione, nel controllo o nel capitale di~~ entrambe le imprese;
- b) ~~partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale~~ **controllo**:
- 1) a) ~~la~~ ~~partecipazione che una persona o un'impresa detiene, direttamente o indirettamente, per oltre il 50 per cento nel capitale di un'altra impresa~~ **che consenta alla suddetta persona o impresa di disporre della maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria dell'altra impresa;** ~~oppure/o~~
 - 2) b) **qualsiasi caso di influenza dominante attuale o potenziale** che ~~una persona o un'impresa~~ ha sulla ~~gestione~~ **decisioni commerciali o finanziarie** di un'altra impresa;
- c) *imprese indipendenti*: le imprese che non sono qualificabili come imprese associate;

- d) *operazione controllata*: qualsiasi operazione di natura commerciale o finanziaria 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 delle stesse;~~
- e) *operazione non controllata*: qualsiasi operazione di natura commerciale o finanziaria tra ~~imprese~~ **parti** indipendenti;
- f) *condizioni di un'operazione*: quelle condizioni che comprendono, ma non sono limitate a, ogni elemento economicamente rilevante **di un'operazione**, ~~ivi inclusi i relativi indicatori finanziari utilizzati in applicazione di uno dei metodi di cui al successivo articolo 4;~~
- g) *indicatore finanziario*: il prezzo, il rapporto tra il margine di profitto, lordo o netto, e un'appropriata base di commisurazione a seconda delle circostanze del caso (ivi inclusi i costi, i ricavi delle vendite e le attività), nonché la percentuale di ripartizione di utili o perdite.

1.3 Art. 3 – Nozione di comparabilità

Si ritiene che, sempre al fine di fornire un quadro di maggior chiarezza ed evitare conflitti interpretativi, la nozione di comparabilità definita al comma 1 dell'articolo 3 del Decreto debba essere informata alla definizione di "Analisi di comparabilità" fornita dal Glossario delle Linee Guida OCSE. Inoltre, con riferimento ai cinque fattori di comparabilità indicati al comma 2 del medesimo articolo, si propone di sostituire le parole "ivi inclusi" con le parole "che possono essere genericamente classificati come segue". Il paragrafo 1.36 delle Linee Guida OCSE utilizza infatti le parole "*can be broadly categorised as follows*".

1. Un'operazione non controllata si considera comparabile ad un'operazione controllata ai fini dell'applicazione delle disposizioni del comma 7 dell'articolo 110 del TUIR quando:
- a) non ~~sussistono~~ **esistono** differenze ~~significative~~ nelle relative condizioni ~~tali da incidere~~ **che potrebbero influenzare in maniera rilevante in modo sostanziale** sull'indicatore finanziario ~~utilizzabile~~ **selezionato** in applicazione del metodo più appropriato; o
- b) in presenza delle differenze di cui alla lettera a), sia possibile effettuare in modo accurato ~~rettifiche di comparabilità~~ **aggiustamenti**

alle condizioni dell'operazione non controllata, così da eliminare gli effetti *materiali* di tali differenze ai fini della comparazione.

2. Per determinare se due o più operazioni siano comparabili tra loro, è necessario considerare gli elementi economicamente rilevanti delle stesse, o fattori di comparabilità, ~~ivi incluse~~ **possono essere genericamente classificati come segue:**

- a) ~~le~~ condizioni contrattuali delle operazioni;
- b) ~~le~~ funzioni svolte da **ciascuna delle parti coinvolte nelle operazioni** ~~ogni impresa in relazione alle operazioni~~, tenendo conto dei beni utilizzati e dei rischi assunti;
- c) ~~le~~ caratteristiche dei beni ~~e dei~~ **trasferiti** e o dei servizi prestati;
- d) ~~le circostanze~~ **condizioni** economiche delle parti e ~~le condizioni di~~ **del** mercato in cui esse operano;
- e) ~~le~~ strategie aziendali perseguite dalle parti.

1.4 Art. 4 – Metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento

Al fine di fornire maggior chiarezza circa il procedimento da seguire per la selezione del metodo più appropriato alle circostanze del caso, si propongono le seguenti modifiche al testo dell'articolo 4 del Decreto:

1. La valorizzazione di un'operazione controllata ~~in base al principio di libera concorrenza~~ **ai fini dell'applicazione delle disposizioni del comma 7 dell'articolo 110 del TUIR** è determinata applicando il metodo più appropriato alle circostanze del caso, **selezionato in ottemperanza alle disposizioni che seguono**. Ad eccezione di quanto previsto dal comma 5, ~~tale~~ **metodo più appropriato** deve essere selezionato ~~fra i metodi~~ **tra quelli** indicati al comma 2 del presente articolo, tenendo conto dei seguenti criteri:

- a) i punti di forza e di debolezza di ciascun metodo a seconda delle circostanze del caso;
- b) l'adeguatezza del metodo in considerazione ~~della natura e delle caratteristiche dell'operazione controllata, così come desunte dall'analisi delle funzioni svolte da ciascuna impresa nell'operazione controllata, tenendo conto dei beni utilizzati e dei rischi assunti~~ **degli elementi economicamente rilevanti dell'operazione controllata;**

- c) la disponibilità di informazioni affidabili, in particolare, in relazione a operazioni non controllate comparabili;
- d) il ~~grado~~ **livello** di comparabilità tra l'operazione controllata e l'operazione non controllata, considerando anche l'affidabilità di eventuali ~~rettifiche di comparabilità~~ **aggiustamenti alle condizioni dell'operazione non controllata** necessarie per eliminare gli effetti delle differenze tra le predette operazioni.

2. Ai fini dell'applicazione del comma 1 del presente articolo, i metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento ~~conformi al principio di libera concorrenza~~ sono:

- a) metodo del confronto di prezzo: 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;
- b) metodo del prezzo di rivendita: basato sul confronto tra il margine lordo che un acquirente in un'operazione controllata realizza nella successiva rivendita in un'operazione non controllata con il margine lordo realizzato in operazioni non controllate comparabili;
- c) metodo del costo maggiorato: basato sul confronto tra il margine lordo realizzato sui costi direttamente e indirettamente sostenuti in un'operazione controllata con il margine lordo realizzato in operazioni non controllate comparabili;
- d) metodo del margine netto della transazione: basato sul confronto tra il rapporto tra ~~utile~~ **margine** netto ed una base di commisurazione appropriata, (rappresentata, a seconda delle circostanze, da costi, ricavi o attività), realizzato da un'impresa in un'operazione controllata e il rapporto tra il ~~'utile~~ **'margine** netto e la medesima base realizzato in operazioni non controllate comparabili;
- e) metodo transazionale di ripartizione degli utili: basato sull'attribuzione a ciascuna impresa associata che partecipa ad un'operazione controllata della quota di utile, o di perdita, derivante da tale operazione, determinata in base alla ripartizione che sarebbe stata concordata in operazioni non controllate comparabili. Quando è possibile valorizzare secondo il principio di libera concorrenza alcune delle funzioni svolte dalle imprese associate in relazione all'operazione controllata, tenendo conto dei beni utilizzati e dei rischi assunti, sulla base di uno dei metodi descritti nelle lettere da a)

a d) che precedono, l'utile o la perdita da attribuire alle parti è costituito dalla quota parte dell'utile complessivo che residua dopo che le predette funzioni sono state in tal modo remunerate.

3. ***Ai fini del comma 1, deve essere applicato il metodo più appropriato, ossia il metodo che, tenendo conto dei criteri di cui al comma 1, risulta applicabile con il maggior grado di affidabilità.*** Se, tenendo conto dei criteri di cui al comma 1, può essere applicato con uguale ***grado di affidabilità*** un metodo descritto dalle lettere da a) a c) del comma 2, e un metodo descritto dalle successive lettere d) ed e), ~~la determinazione delle condizioni di libera concorrenza deve essere effettuata secondo~~***deve essere applicato*** il metodo descritto dalle citate lettere da a) a c). In ogni caso, se, tenendo conto dei criteri di cui al comma 1, può essere applicato con lo stesso grado di affidabilità il metodo ~~del confronto di prezzo~~ descritto dalla lettera a) del comma 2 e ~~ogniun qualsiasi~~ altro metodo descritto dalle lettere da b) ad e), ~~la determinazione delle condizioni di libera concorrenza deve essere effettuata secondo il metodo del confronto di prezzo~~***deve essere applicato il primo metodo.***

4. ***Ai fini del comma 1, Non*** è necessario applicare più di un metodo per valorizzare un'operazione controllata ~~in base al principio di libera concorrenza.~~

5. ***Ai fini del comma 1, Il*** contribuente può applicare un metodo diverso dai metodi descritti al comma 2, qualora dimostri che ***(i)*** nessuno di tali metodi può essere ~~ragionevolmente~~ applicato ***in maniera affidabile*** ~~per valorizzare un'operazione controllata in base al principio di libera concorrenza,~~ e che ***(ii)*** tale diverso metodo produce un risultato coerente con quello che otterrebbero imprese indipendenti nel realizzare operazioni non controllate comparabili.

6. Qualora un'impresa abbia ~~utilizzato~~ ***selezionato ed applicato*** un metodo ~~che rispetta le disposizioni dei~~ ***in ottemperanza ai*** commi da 1 a 5 per valorizzare un'operazione controllata in base al principio di libera concorrenza, la verifica, se le condizioni delle operazioni controllate sono coerenti con il principio di libera concorrenza, si deve basare, da parte dell'amministrazione finanziaria, sul metodo applicato dall'impresa.

1.5 Art. 5 – Aggregazione delle operazioni

Sempre al fine di evitare conflitti interpretativi, si propongono di seguito alcune modifiche al testo dell'articolo 5 del Decreto in modo tale da allineare lo stesso alla versione in lingua italiana delle Linee Guida OCSE (paragrafo 3.9):

Art. 5 Aggregazione delle ~~transazioni~~ operazioni

1. ***Il principio di libera concorrenza dovrebbe essere applicato operazione per operazione. Tuttavia, Sse un'impresa associata realizza due o più operazioni controllate che risultano tra loro economicamente strettamente eollegate o contigue e che formano un complesso unitario, talei da non poter essere valutate separatamente in maniera affidabile, tali operazioni ~~devono~~ dovrebbero essere aggregate in maniera unitaria ai fini dell'analisi di comparabilità di cui all'articolo 3 e dell'applicazione dei metodi di cui all'articolo 4.***

1.6 Art. 7 – Ulteriori disposizioni applicative

Infine, con riferimento all'articolo 7 del Decreto, si propone di sostituire le parole “pro tempore vigenti” con le parole “come periodicamente modificate”:

1. Con uno o più provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate sono emanate ulteriori disposizioni applicative, tenendo conto, in particolare, di quanto previsto dalle Linee Guida dell'OCSE ~~pro tempore vigenti~~ ***come periodicamente modificate.***

2. COMMENTI ALLO SCHEMA DI PROVVEDIMENTO DI ATTUAZIONE DELLE NUOVE DISPOSIZIONI NORMATIVE CONTENUTE NELL'ARTICOLO 31-QUATER DEL D.P.R. N. 600 DEL 1973

Riguardo al Provvedimento, si premette che l'introduzione dell'articolo 31-*quater*, comma 1, lett. c), D.P.R. n. 600 del 1973 (di seguito “**Art. 31-*quater***”) – e la sua attuazione – costituiscono una importante innovazione

dell'ordinamento tributario italiano. Tale disposizione, infatti, innova il precedente quadro normativo consentendo di richiedere il riconoscimento unilaterale, da parte dell'Agenzia delle Entrate, dell'aggiustamento in diminuzione del reddito di un'impresa residente (o di una stabile organizzazione italiana di un'impresa non residente) a fronte di una rettifica in materia di prezzi di trasferimento effettuata dall'amministrazione finanziaria di un altro Stato (cd. *corresponding adjustment*). Tale possibilità era preclusa dal previgente articolo 110, comma 7 del TUIR, il quale disponeva che le variazioni in diminuzione fossero ammesse soltanto in conseguenza di una procedura amichevole conclusa conformemente a una convenzione per evitare le doppie imposizioni.

Se con l'introduzione di tale nuova possibilità l'Italia si è avvicinata agli standard internazionali, conformandosi alle raccomandazioni dell'OCSE (cfr. il Rapporto finale relativo all'Action 14 del Progetto BEPS), occorre altresì tenere presente che la finalità della disposizione in commento è quella di ridurre i tempi di istruttoria e il numero complessivo delle procedure amichevoli con conseguente miglioramento dell'efficienza dell'attività della pubblica amministrazione e senza eccessivo appesantimento degli oneri a carico delle imprese³. Si osserva che tale finalità di deflazione delle procedure amichevoli in corso ha una rilevanza fondamentale sia per la pubblica amministrazione sia per le imprese e, dunque, deve, a nostro avviso, informare l'interpretazione delle disposizioni del Provvedimento che, fatte salve le ovvie esigenze di garanzia di legalità e parità di trattamento, potranno avere effetti sui tempi e sulle modalità di svolgimento della procedura. Per questo motivo, le considerazioni che seguono sono in larga parte ispirate a tale finalità dell'Art. 31-quater, e volte ad evitare che, per quanto possibile, la stessa non venga frustrata in fase di attuazione.

³ Cfr. relazione illustrativa e tecnica di accompagnamento al D.L. n. 50 del 24 aprile 2017.

2.1 Definizioni e ambito applicativo - Punto 1.1

Il punto 1.1 del Provvedimento contiene la definizione di “contribuente” che, ai sensi dell’Art. 31-quater, può presentare l’istanza per il riconoscimento della rettifica in diminuzione. Tale definizione individua in particolare due fattispecie:

- a) l’impresa residente che si trovi rispetto a società non residenti nelle condizioni di cui all’articolo 110, comma 7 del TUIR; e
- b) l’impresa non residente che esercita la propria attività nel territorio dello Stato attraverso una stabile organizzazione.

Si osserva, in merito, che il punto 1.1. del Provvedimento non comprende il caso dell’impresa residente che possa avere subito una rettifica in aumento effettuata da un altro Stato non già in ragione di operazioni intercorse con società non residenti, ma in relazione all’attribuzione degli utili alla stabile organizzazione che l’impresa residente ha nell’altro Stato e per la quale ha esercitato l’opzione di cui all’articolo 168-ter del TUIR (cd. *branch exemption*). Secondo quanto definito a livello OCSE, l’attribuzione di utili alla stabile organizzazione avviene applicando l’*arm’s length principle* così come del resto viene stabilito a livello domestico in base al riformulato articolo 152, comma 3 del TUIR⁴. Tanto premesso, si ritiene opportuno che l’ambito applicativo del Provvedimento sia esteso a tale fattispecie. È chiaro che, nell’ipotesi in cui il reddito della stabile organizzazione estera in regime di *branch exemption* dovesse essere rettificato in aumento dallo Stato estero (e laddove siano soddisfatti gli altri requisiti di cui all’Art. 31-quater), si verserebbe esattamente nelle medesime condizioni in cui si troverebbe un’impresa residente che abbia posto in essere operazioni controllate con società non residenti. Pertanto, si auspica che il Provvedimento sia modificato al fine di includere anche il caso di rettifica in aumento effettuata nello Stato di localizzazione di una stabile organizzazione estera in regime di *branch exemption*⁵.

⁴ Ciò è stato confermato, ad esempio, dall’articolo 7.5 del Provvedimento del 28 agosto 2017 attuativo della disciplina della cd. *branch exemption*.

⁵ Non si ritiene necessario invece estendere l’ambito applicativo del Provvedimento anche al caso di imprese residenti con una stabile organizzazione situata in uno Stato estero non in regime di *branch exemption* poiché, in relazione a tale fattispecie, l’eliminazione della eventuale doppia imposizione è regolata dall’art. 165 del TUIR.

Alla luce di quanto precede, si propone di modificare il testo del primo periodo del punto 1.1 del Provvedimento come segue:

1.1 Ai fini dell'applicazione del presente provvedimento, per contribuente deve intendersi l'impresa residente nel territorio dello Stato, qualificabile come tale ai sensi delle disposizioni in materia di imposte sui redditi, che si trovi, rispetto a società non residenti, in una o più delle condizioni indicate nel comma 7 dell'articolo 119 del testo unico delle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito "TUIR"), ***ovvero che operi in uno Stato estero per il tramite di una stabile organizzazione in relazione alla quale sia stata esercitata l'opzione di cui all'articolo 168-ter del TUIR.***"

2.2 Definizioni e ambito applicativo – Punto 1.2

Il punto 1.2 del Provvedimento prevede che, al fine di ottenere il riconoscimento in Italia di una variazione in diminuzione del reddito ai sensi dell'Art. 31-quater, la rettifica in aumento del reddito nell'altro Stato (con il quale sia in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni che consenta un adeguato scambio di informazioni) deve presentare le seguenti caratteristiche:

- (i) essere "effettuata" dallo Stato estero;
- (ii) essere "definitiva";
- (iii) essere "conforme al principio di libera concorrenza".

Con riferimento a tali caratteristiche, riteniamo che il Provvedimento dovrebbe delimitarne compiutamente il perimetro al fine di rendere certi ed identificabili i presupposti di accesso alla procedura. Si ritiene pertanto opportuno che il Provvedimento definisca le espressioni "*rettifica in aumento effettuata da uno Stato*", "*rettifica definitiva*" e "*rettifica conforme al principio di libera concorrenza*".

Con riferimento all'espressione (i) "*rettifica in aumento effettuata da uno Stato*" occorrerebbe chiarire che la stessa va interpretata in senso ampio, tale da denotare, oltre ai casi nei quali sia stato emesso un atto impositivo

dall'autorità fiscale estera⁶, anche le ulteriori fattispecie nelle quali, pur se ad esito di un diverso procedimento formale, il reddito dichiarato nello Stato estero dal contribuente (o dalla impresa con la quale il contribuente ha posto in essere operazioni controllate) sia stato oggetto di rideterminazione da parte del contribuente (o della impresa estera) a valle di una contestazione dell'autorità estera circa la non conformità al principio di libera concorrenza delle condizioni e dei prezzi pattuiti nelle operazioni controllate (ovvero ai fini della determinazione del reddito della stabile organizzazione).

In proposito, pare opportuno richiamare quanto previsto dal paragrafo 14 del Commentario all'articolo 25 del Modello OCSE, il quale definisce “*actions of one or both of the Contracting States*”:

“all acts or decisions, whether of a legislative or a regulatory nature, and whether of general or individual application, having as their direct and necessary consequence the charging of tax against the complainant contrary to the provisions of the Convention”.

Al fine di garantire che l'istituto introdotto dall'Art. 31-quater sia quanto più possibile conforme, con riferimento ai suoi presupposti applicativi, all'articolo 25 del Modello OCSE, si ritiene che la variazione in diminuzione debba essere riconosciuta anche nei casi in cui, pur in assenza di un atto impositivo formale dell'autorità fiscale estera, si sia in presenza di una delle seguenti fattispecie:

- a. una rideterminazione del reddito estero operata nel corso di una verifica da parte dell'autorità estera (fase di *audit*) o cristallizzata per effetto del perfezionamento di procedure deflative del contenzioso assimilabili, nella sostanza, all'accertamento con adesione, all'acquiescenza, alla presentazione di dichiarazione integrativa, alla (abrogata) definizione di inviti a comparire o processi verbali di constatazione, ovvero alla definizione di controversie tributarie mediante procedure assimilabili alla conciliazione giudiziale, al condono o alla rottamazione delle liti;

⁶ In tal caso, si farebbe riferimento ad atti omologhi all'avviso di accertamento di cui all'articolo 32 D.P.R. n. 600 del 1973.

- b. una rettifica della dichiarazione effettuata in buona fede dal contribuente (cd. “*bona fide taxpayer-initiated adjustment*”) al fine di conformarsi a contestazioni mosse dall’ autorità fiscale estera con riferimento alla stessa o ad altre annualità o a fattispecie similari,⁷ ovvero la rettifica dei prezzi di trasferimento relativi ad annualità precedenti al fine di allinearsi alle condizioni definite nell’ ambito di un accordo preventivo sui prezzi di trasferimento (APA unilaterali con lo Stato estero, ovvero bilaterali) concluso per annualità successive (cd. *roll-back*)⁸.

Con riferimento al requisito della (ii) “*definitività*” della rettifica in aumento effettuata nello Stato estero, è a nostro avviso necessario introdurre una definizione che richiami la nozione di definitività rilevante ai fini dell’ applicazione dell’ articolo 165 del TUIR, come declinata da ultimo nella circolare del 5 marzo 2015, n. 9/E, secondo la quale “*la definitività dell’ imposta pagata all’ estero coincide con la sua irripetibilità, ossia con la circostanza che essa non è più suscettibile di modificazione a favore del contribuente*”. Per tener conto delle peculiarità dell’ istituto in commento, tuttavia, la predetta nozione andrebbe declinata in termini di non modificabilità della base imponibile a favore del contribuente (o dell’ impresa estera), piuttosto che di irripetibilità dell’ imposta.

Occorre poi definire il momento in cui deve verificarsi tale “*definitività*”. Premesso che la condizione della “*definitività*” della rettifica nello Stato estero è imposta dalla normativa primaria, tuttavia andrebbe chiarito che

⁷ Cfr. il paragrafo 14 del Commentario all’ articolo 25 del Modello OCSE, come modificato a seguito delle conclusioni raggiunte in seno all’ Azione 14 del Progetto BEPS: “[*actions of one or both of the Contracting States that will result in a taxation not in accordance with the Convention*] may also be understood to include the *bona fide taxpayer-initiated adjustments which are authorised under the domestic laws of some countries and which permit a taxpayer, under appropriate circumstances, to amend a previously-filed tax return in order to report a price in a controlled transaction, or an attribution of profits to a permanent establishment, that is, in the taxpayer’s opinion, in accordance with the arm’s length principle*”.

⁸ La possibilità di richiedere il *roll-back* esiste ad esempio in Canada, Germania, India, Regno Unito e Stati Uniti. A tal fine si tenga presente che, nell’ ambito del report “*Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Italy (Stage 1) Inclusive Framework on BEPS: Action 14*”, l’ Italia è stata destinataria di una specifica raccomandazione con riferimento alla necessità di consentire il *roll-back* nell’ ambito di APA bilaterali in casi in cui ciò sia possibile.

detto requisito possa essere integrato anche successivamente alla presentazione dell'istanza da parte del contribuente, di guisa che il fatto che la rettifica estera non sia ancora divenuta definitiva all'atto di presentazione dell'istanza non costituisca un motivo ostativo all'accesso alla procedura. Al riguardo, in considerazione della già citata (quantomeno parziale) sovrapposizione sistematica della procedura di cui all'Art. 31-quater con le procedure amichevoli di matrice convenzionale, si ritiene che l'ammissione alla procedura interna di richiesta di aggiustamento unilaterale debba essere subordinata a requisiti analoghi a quelli previsti ai fini dell'attivazione delle procedure amichevoli, tra i quali non rientra la definitività della rettifica estera⁹.

Una diversa interpretazione limiterebbe peraltro la possibilità di poter accedere, in caso di esito negativo del procedimento interno, alle procedure amichevoli previste da diverse convenzioni concluse dall'Italia, le quali prevedono che le variazioni di imposte in conformità alle procedure amichevoli possono essere effettuate soltanto prima della determinazione definitiva di tali imposte¹⁰. In tali casi, la richiesta della definitività della rettifica al momento di presentazione dell'istanza precluderebbe la possibilità di poter accedere in una fase successiva (ad esempio in caso di rigetto dell'istanza ex Art. 31-quater) alla procedura amichevole sulla base della convenzione.

Andrebbe infine chiarito che l'istituto richiede la definitività della rettifica estera e non del pagamento delle imposte estere. L'aggiustamento corrispondente deve, infatti, essere concesso anche quando dalla rettifica nello Stato estero non discenda un obbligo di immediato pagamento di maggiori imposte come ad esempio nei casi di utilizzo di crediti o eccedenze di imposta, ovvero di perdite fiscali pregresse ovvero quando il contribuente estero abbia optato per un pagamento rateale.

Con riferimento al requisito di (iii) "*conformità della rettifica al principio di libera concorrenza*", il Provvedimento dovrebbe, al fine di evitare

⁹ Tale interpretazione è coerente con la circolare n. 21/E del 5 giugno 2012 nella quale è stato chiarito che le procedure amichevoli possono essere attivate anche solo in presenza di un processo verbale di constatazione.

¹⁰ Si veda, a titolo esemplificativo, il punto 6 dello scambio di note tra Italia e Regno Unito relativo alla Convenzione tra il Governo del Regno Unito e il Governo della Repubblica Italiana per evitare le doppie imposizioni, conclusa il 21 ottobre 1988 e ratificata con L. n. 329 del 1990.

incertezze interpretative, rinviare alle condizioni di cui all'articolo 110, comma 7 del TUIR e al Decreto, ovvero alle diverse condizioni previste dalle disposizioni convenzionali.

Al riguardo, siamo dell'avviso che la conformità al "principio di libera concorrenza" possa essere documentata dal contribuente anche sulla base di analisi e considerazioni differenti rispetto a quelle utilizzate dallo Stato estero a fondamento della sua rettifica, purché rispettose delle condizioni previste dall'articolo 110, comma 7 del TUIR, dal Decreto, ovvero dalle disposizioni convenzionali applicabili. In tal modo, sarebbe possibile per un contribuente accedere alla procedura di cui all'Art. 31-quater anche a fronte di rettifiche effettuate da Stati esteri sulla base di criteri difformi rispetto a quelli elaborati dalle Linee Guida OCSE, laddove sia possibile dimostrare che il risultato concretamente raggiunto sia conforme al "principio di libera concorrenza".

Sarebbe, infine, opportuno l'inserimento di una specifica definizione di "autorità fiscale estera" che ricomprenda tutte le autorità fiscali (federali, nazionali, o locali) che possano attivare una rettifica in aumento del reddito.

Alla luce di quanto precede si propone di riformulare il punto 1.2 come segue:

1.2 I contribuenti di cui al punto 1.1. possono accedere alla procedura, disciplinata nel presente provvedimento, al fine di ottenere il riconoscimento in Italia di una variazione in diminuzione di reddito a fronte di una rettifica in aumento definitiva e conforme al principio di libera concorrenza, effettuata da uno Stato estero con il quale è in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni sui redditi che consenta un adeguato scambio di informazioni, in applicazione del secondo periodo dell'art. 110, comma 7, del TUIR. ***Qualora la rettifica in aumento non sia ancora definitiva alla data di accesso alla procedura, il riconoscimento della suddetta variazione in diminuzione è subordinato alla prova della definitività successivamente intervenuta.***

Ai fini del presente Provvedimento:

1. una rettifica in aumento si considera "definitiva" quando essa non è più modificabile a favore del contribuente, a prescindere dall'effettivo pagamento di maggiori imposte;

2. *una rettifica in aumento si considera “conforme al principio di libera concorrenza” quando essa porta ad un risultato economico che, a prescindere dal metodo adottato per la sua determinazione da parte dell’autorità fiscale estera, soddisfa le condizioni di cui al primo periodo dell’articolo 110, comma 7, del TUIR, come declinate dal Decreto del Ministro dell’economia e delle finanze emanato in ottemperanza a detto articolo, ovvero le condizioni recate dalle rilevanti convenzioni per evitare le doppie imposizioni;*

3. *una rettifica in aumento si considera “effettuata da uno Stato estero”:*

a) quando essa consegue (i) ad un atto impositivo o di riscossione emesso da un’autorità fiscale di tale Stato estero, ovvero da una sentenza pronunciata da un’autorità giurisdizionale del medesimo Stato estero o dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea o altro organo giurisdizionale sovranazionale, o (ii) ad un accordo transattivo o conciliativo, ivi inclusa l’acquiescenza o la definizione mediante accertamento con adesione o istituti simili, intervenuto tra il contribuente e l’autorità fiscale estera;

b) quando il contribuente provvede ad effettuare tale rettifica in aumento al fine di regolarizzare la propria posizione tributaria nello Stato estero adeguandosi ad eventuali contestazioni mosse dall’autorità fiscale dello Stato estero, ancorché con riferimento a periodi d’imposta o operazioni differenti;

c) quando il contribuente provvede ad effettuare la rettifica in aumento per allineare il risultato economico di una o più operazioni controllate alle risultanze di un accordo preventivo sui prezzi di trasferimento concluso con l’autorità fiscale dello Stato estero, ancorché con riferimento a periodi d’imposta precedenti a quello di efficacia di tale accordo.

Ai fini del presente Provvedimento, per “autorità fiscale estera” o “autorità fiscale dello Stato estero” si intende qualsivoglia ufficio o ente deputato al controllo, all’accertamento o alla riscossione delle imposte nello Stato estero (a livello federale, o statale) o in una sua suddivisione politica o territoriale.

2.3 Accesso alla procedura – Punto 2.3

Con riferimento alla lettera c) del punto 2.3, si suggerisce di precisare che con lo Stato estero deve essere in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni che consenta un adeguato scambio di informazioni. Si suggerisce, inoltre, di integrare la disposizione al fine di coordinarla con il punto 1 del Provvedimento:

c) indicare chiaramente l'oggetto, ossia la richiesta di eliminazione della doppia imposizione generata da una rettifica in aumento, definitiva e conforme al principio di libera concorrenza, effettuata ~~dallo~~ ~~dall'~~ ~~autorità~~ ~~fiscale~~ ~~dello~~ Stato estero con il quale è in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni sui redditi *che consenta un adeguato scambio di informazioni. Qualora alla data di presentazione dell'istanza la rettifica in aumento effettuata dallo Stato estero non sia ancora definitiva, l'istanza deve fornire indicazione della fase in cui si trova la rettifica in aumento e delle possibili circostanze in dipendenza delle quali la rettifica in aumento diventerà definitiva.*

Con riferimento alla lettera d) del punto 2.3, al sotto-punto i) il Provvedimento indica che all'istanza devono essere allegati gli “atti impositivi dai quali scaturisce la rettifica in aumento, emessi dall'autorità fiscale estera”. Al riguardo, in coerenza con quanto già evidenziato in relazione all'ambito di applicazione del Provvedimento, si rende necessario distinguere i seguenti casi.

Per quanto riguarda il caso di rettifica conseguente a un atto impositivo, si ritiene che nell'espressione “atti impositivi” debbano intendersi ricompresi non solo gli atti che accertano il maggior imponibile o liquidano la maggiore imposta (e i relativi interessi), e che ad essi debbano essere aggiunte anche le eventuali sentenze di organi giurisdizionali che confermino, in tutto o in parte, la contestazione. Resta inteso che nella definizione di “atti impositivi” debbano essere ricompresi anche gli atti di accertamento del maggior imponibile e di liquidazione dell'imposta emessi al termine di procedure deflative del contenzioso (assimilabili, ad esempio, agli istituti di accertamento con adesione o di conciliazione giudiziale).

Quanto ai casi diversi dai precedenti, il Provvedimento dovrebbe prevedere l'allegazione dei documenti da cui si evinca l'effettuazione della rettifica da parte del contribuente (o dell'impresa estera) e degli atti dell'autorità fiscale estera (ad esempio atti di controllo) sulla base dei quali il contribuente (o l'impresa estera) abbia posto in essere detta rettifica. Fa eccezione a tale regola generale il caso di *roll-back* effettuato a seguito della conclusione di un APA unilaterale con l'amministrazione dello Stato estero. In questo caso, infatti, l'allegazione da parte del contribuente dell'accordo concluso con l'amministrazione dello Stato estero può avvenire esclusivamente nei casi in cui la stessa non comporti una violazione di eventuali accordi di confidenzialità presenti nell'accordo stesso¹¹. L'Agenzia delle Entrate potrebbe in ogni caso ottenere copia o informazioni sul contenuto dell'accordo attraverso le applicabili procedure di scambio di informazioni spontaneo (ad esempio nell'ambito dell'Unione europea), o su richiesta.

Alla luce di quanto sopra si propone di modificare il predetto sotto-punto *i*) come segue:

i. copia degli atti impositivi o delle sentenze dai quali scaturisce la rettifica in aumento, emessi dall'autorità fiscale estera, o degli eventuali atti di definizione conclusi con l'autorità fiscale estera ovvero, nei casi di cui alle lettere b) e c) del punto 1.2, sotto-punto 3., l'evidenza dell'effettuazione della rettifica in aumento da parte del contribuente (o dell'impresa estera), assieme ad un estratto degli atti da cui risulti la contestazione di una violazione del principio di libera concorrenza, ancorché con riferimento a diverse annualità o operazioni ovvero, nel caso di allineamento a periodi d'imposta precedenti con le risultanze di un accordo preventivo, un estratto di tale accordo preventivo ove non sussistano obblighi di confidenzialità. I citati documenti dovranno essere allegati con annessa traduzione di cortesia in lingua italiana o, in alternativa, in lingua inglese. È fatta salva la facoltà da parte dell'Ufficio di richiedere una traduzione giurata in italiano dei suddetti atti, ove sia ritenuto opportuno.

¹¹ Si pensi a quei casi in cui uno Stato estero include nell'accordo di APA una clausola simile a quella che solitamente l'Agenzia delle Entrate include negli accordi preventivi.

Con riferimento alla lettera d) del punto 2.3, al sotto-punto *ii*), alla luce dei commenti relativi al punto 1.2 andrebbe a nostro avviso chiarito che il contribuente può dimostrare la corrispondenza al principio di libera concorrenza della rettifica operata dallo Stato estero anche tramite analisi differenti da quelle elaborate dall'amministrazione finanziaria estera, ed, in particolare, attraverso studi appositamente predisposti dal contribuente successivamente a detta rettifica.

Alla luce di quanto sopra si propone di modificare il sotto-punto *ii*) come segue:

ii. tutti gli elementi di diritto e di fatto, ***ivi incluse eventuali analisi economiche appositamente predisposte***, che consentano di ***verificare*** ~~valutare~~ che la rettifica in aumento, effettuata ~~nel Paese~~ ***dallo Stato*** estero, sia conforme al principio di libera concorrenza.

Con riferimento alla lettera d) del punto 2.3, al sotto-punto *iii*), si ritiene che subordinare l'ammissibilità dell'istanza alla produzione di una certificazione da parte dell'autorità estera costituisca un onere non proporzionato per il contribuente. Per quest'ultimo potrebbe, infatti, essere particolarmente gravoso (se non impossibile) ottenere da una autorità estera una certificazione attestante che la rettifica in aumento è "definitiva". Peraltro, la nozione di "definitività" delineata dal Provvedimento potrebbe essere diversa dalla corrispondente nozione vigente nello Stato estero e, dunque, sconosciuta all'autorità estera. La difficoltà di ottenimento di una tale certificazione pare ancor più oneroso nei casi di rettifica alla dichiarazione estera operata dal contribuente (o dall'impresa estera).

La non proporzionalità discende, inoltre, dalla possibilità per l'Ufficio di attivare una procedura di scambio di informazioni al fine di confermare la veridicità di quanto attestato dal contribuente.

Alla luce di quanto precede, si suggerisce di eliminare il sotto-punto *iii.* o, in subordine, di integrarlo come segue:

iii. certificazione rilasciata da parte dell'autorità fiscale estera dalla quale risulti la definitività della rettifica in aumento effettuata. ***In assenza della produzione della predetta certificazione, l'Ufficio richiederà l'attivazione***

degli strumenti di cooperazione internazionale tra amministrazioni fiscali di cui al punto 4.2 con la conseguente sospensione del termine di conclusione della procedura.

2.4 Individuazione del termine decadenziale per la presentazione dell'istanza – Punto 2

Quanto ai termini per la presentazione dell'istanza, si osserva che l'attuale bozza del Provvedimento non prevede alcun termine di decadenza entro il quale il contribuente possa proporre l'istanza per il riconoscimento della variazione in diminuzione prevista dall'Art. 31-quater. Al riguardo, si ritiene opportuno, al fine di garantire la certezza dei rapporti giuridici fra contribuenti ed Amministrazione finanziaria e di prevenire il formarsi di inutili contenziosi, chiarire quale sia il termine di decadenza applicabile ai fini di presentazione dell'istanza.

In relazione a quanto precede, si evidenzia preliminarmente che il termine decadenziale per la proposizione dell'istanza e il conseguente riconoscimento della variazione in diminuzione dovrà necessariamente prescindere dai termini di decadenza per l'azione di accertamento previsti dalla disciplina interna¹². Se così non fosse, e se dunque si dovesse ritenere non più esperibile la procedura di cui all'Art. 31-quater in relazione a periodi d'imposta non più accertabili, ne conseguirebbe una sostanziale vanificazione delle finalità della norma, volta, come detto, a ridurre i tempi e il numero delle procedure amichevoli (che invece, come noto, possono essere esperite anche dopo lo spirare dei termini di decadenza previsti per l'esercizio della potestà accertativa). La questione ha ricadute pratiche estremamente rilevanti, in quanto si verifica di frequente, analogamente a quanto accade in Italia, che le rettifiche operate dagli Stati esteri siano

¹² In senso analogo, la Convenzione Arbitrale (Convenzione Relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate, 90/436/CEE) prevede che l'accordo amichevole si applica a prescindere dai termini previsti dal diritto interno degli Stati contraenti interessati (Articolo 6, comma 2, ultimo paragrafo). Parimenti, l'articolo 25 del Modello OCSE, al secondo comma, prevede espressamente che qualsiasi accordo raggiunto deve essere implementato nonostante eventuali gli eventuali termini decadenziali previsti dalla legislazione interna degli Stati contraenti.

effettuate a ridosso dei termini decadenziali esteri, che potrebbero essere equivalenti o superiori a quelli italiani.

In considerazione della natura della procedura di cui all'Art. 31-quater, si ritiene che al fine di individuare un congruo parametro di riferimento per stabilire la durata del termine decadenziale per la presentazione dell'istanza possa farsi riferimento al termine recato dall'articolo 38 del D.P.R. n. 602 del 1973 ai fini del rimborso di imposte versate in eccesso. Infatti, con l'istanza di cui all'Art. 31-quater si richiede una variazione in diminuzione nella determinazione del reddito dichiarato in relazione a precedenti periodi d'imposta e, conseguentemente, il rimborso delle eventuali imposte versate in eccesso. Alla luce di tale similarità, si suggerisce che il Provvedimento fissi in 48 mesi il termine decadenziale ai fini della presentazione dell'istanza. Tale termine non può che decorrere dalla data in cui la rettifica operata dallo Stato estero sia divenuta definitiva, essendo questo il momento a partire dal quale viene ad esistenza il documento che la procedura recata dall'Art. 31-quater mira ad eliminare. Alla luce di quanto precede, si suggerisce di inserire al termine del punto 2.1 del Provvedimento il seguente periodo:

L'istanza deve essere presentata entro il termine di quarantotto mesi dalla data in cui la rettifica in aumento effettuata dallo Stato estero diviene definitiva.

2.5 Ammissibilità dell'istanza – Punto 3.3

Al fine di non limitare eccessivamente la possibilità per il contribuente di esperire la procedura, si suggerisce di precisare che, anche qualora l'istanza sia stata dichiarata inammissibile, il contribuente possa reiterare la presentazione dell'istanza entro i termini di decadenza sopra specificati. A tal fine, si suggerisce di inserire al termine del punto 3.3. il seguente periodo:

In caso di dichiarazione di inammissibilità, al contribuente non è preclusa la presentazione – entro i termini di decadenza di cui al punto 2.1 – di una nuova istanza relativa alla medesima fattispecie, contenente gli elementi che erano stati considerati mancanti in sede di presentazione dell'istanza originaria. In tal caso, l'istanza presentata nuovamente dal

contribuente viene considerata una nuova istanza ai fini della procedura di ammissibilità di cui al presente punto 3 e ai fini del computo dei termini per la risposta di cui al punto 4.

2.6 Svolgimento del procedimento – Punti 4.1 e 4.3

La procedura di cui al punto 4.1 prevede un termine per la conclusione del procedimento (fissato in 180 giorni) senza specificare quali siano le conseguenze della mancata emissione del provvedimento (di accoglimento o di rigetto) entro tale termine. Tale formulazione potrebbe portare a ritenere che il termine di 180 giorni sia meramente ordinatorio, frustrando così l'effettività della procedura e le tutele per il contribuente che, in mancanza di un provvedimento di accoglimento o di rigetto, non si troverebbe nelle condizioni per procedere ad un'eventuale impugnazione (si vedano i commenti che seguono) e si troverebbe costretto, laddove ancora possibile, ad attivare una procedura amichevole.

Sarebbe pertanto necessario specificare il carattere perentorio del termine di 180 giorni e stabilire se la mancata risposta entro i 180 giorni si qualifichi come silenzio-assenso (cui il contribuente potrebbe far seguire la richiesta di emissione del provvedimento di cui al punto 4.4), o silenzio-rigetto (che il contribuente potrebbe impugnare, v. *infra*).

Tra le due alternative, chi scrive ritiene preferibile la prima (ossia la qualificazione della mancata risposta nei termini quale silenzio-assenso), che potrebbe evitare aggravii all'attività dell'Amministrazione finanziaria (la quale potrebbe concentrare le proprie attenzioni alla stesura delle motivazioni nei casi di rigetto) e prevenire il proliferare di contenziosi e procedure amichevoli in caso di inerzia dell'Ufficio.

2.7 Svolgimento del procedimento – Punto 4.2

Al punto 4.2 il Provvedimento prevede un periodo di sospensione per l'ipotesi (eventuale) in cui l'Ufficio richieda l'attivazione degli strumenti di cooperazione internazionale tra amministrazioni fiscali. Al riguardo, si ritiene opportuno formulare due considerazioni:

- pur avendo ben compreso la necessità di una disposizione che sospenda il periodo di 180 giorni per la fase in cui l'Ufficio è in attesa dell'effettuazione dello scambio di informazioni, si ritiene che la disposizione, così come attualmente formulata, conferisca

- un'assoluta discrezionalità all'Ufficio circa la tempistica di svolgimento dell'istruttoria. Al fine di prevenire che tale discrezionalità si traduca nel tentativo di procrastinare *sine die* la durata della procedura, si ritiene opportuno prevedere l'obbligo per l'Ufficio di comunicare formalmente al contribuente la richiesta di attivazione degli strumenti di cooperazione internazionale tra amministrazioni fiscali e il contenuto delle informazioni richieste, nonché la data di successivo ottenimento delle informazioni;
- quanto al periodo di sospensione del termine si ritiene che la limitazione di tale periodo al solo tempo intercorrente tra la richiesta di attivazione dello scambio di informazioni e la risposta delle autorità estere possa portare ad erodere il tempo utile per una ponderata valutazione della fattispecie da parte dell'Ufficio. Si ritiene, pertanto, opportuno che il periodo di sospensione sia procrastinato di 30 giorni rispetto al tempo intercorrente tra la richiesta di attivazione dello scambio di informazioni e la risposta delle autorità estere.

2.8 Svolgimento del procedimento – Punto 4.3

Il Provvedimento nulla dispone in merito alle conseguenze dell'emissione di un atto motivato di rigetto. Al riguardo, si ritiene necessario che sia chiarito che tale atto di rigetto costituisce un atto impugnabile.

Considerata la già menzionata similarità tra la procedura recata dall'Art. 31-quater e quella di rimborso (confermata anche dalla circostanza che il punto 4.4. precisa che *“la procedura si perfeziona con un provvedimento del Direttore dell'Agenzia che dispone il rimborso dell'imposta calcolata sull'imponibile corrispondente alla rettifica effettuata a titolo definitivo nell'altro Stato”*), si ritiene che l'eventuale atto di rigetto sia assimilabile al *“rifiuto espresso o tacito della restituzione di tributi”* identificato quale atto impugnabile dall'art. 19, lett. g) del D.Lgs. n. 546 del 1992.

Pertanto, si reputa opportuno che il punto 4.3 preveda espressamente che il contribuente possa ricorrere all'impugnazione del rigetto¹³ ai sensi

¹³ Espresso o tacito, nell'ipotesi in cui si dovesse introdurre anche un istituto di silenzio-rifiuto (v. sopra).

dell'articolo 21 del D.Lgs. n. 546 del 1992, ossia entro 60 giorni dalla notifica dell'atto.

Si ritiene inoltre che la Commissione Tributaria Provinciale territorialmente competente sia quella dell'Ufficio che ha rigettato l'istanza (e cioè la Commissione Tributaria Provinciale di Roma).

Infine, il punto 4.3 dovrebbe chiarire che l'accoglimento dell'istanza da parte dell'Amministrazione finanziaria può essere anche solo parziale¹⁴.

2.9 Svolgimento del procedimento – Punto 4.4

Al punto 4.4 viene disciplinata la modalità operativa con la quale viene riconosciuta la variazione in diminuzione, nell'ipotesi in cui vi sia stato l'accoglimento da parte dell'Ufficio. A tale riguardo, si formulano i seguenti commenti:

- in primo luogo, si ritiene opportuno disciplinare anche il caso in cui il riconoscimento della variazione in diminuzione non determini la spettanza di un diritto a un rimborso, ma la rideterminazione (o l'emersione) di una perdita fiscalmente rilevante, conformemente a quanto accade già per le procedure amichevoli. Pertanto, si rende necessario prevedere che il provvedimento del Direttore dell'Agenzia possa avere ad oggetto la disposizione del rimborso e/o la quantificazione di perdite riportabili.
- si ritiene infine necessario che sia stabilito un termine perentorio entro il quale deve essere emesso il provvedimento del Direttore dell'Agenzia a seguito dell'accoglimento dell'istanza. La previsione di tale termine appare, peraltro, coerente con quanto si afferma nella relazione tecnica all'articolo 59 del D.L. n. 50 del 2017, convertito dalla L. n. 96 del 2017, in cui si legge che la norma apporterà un beneficio in termini di minori interessi che lo Stato dovrà corrispondere sulle somme da rimborsare. È evidente che in presenza

¹⁴ L'accoglimento parziale dell'istanza può prevedere diverse fattispecie. Oltre ovviamente al caso in cui l'Amministrazione finanziaria ritenga che l'ammontare della rettifica effettuata nello Stato estero dovesse essere inferiore senza disconoscerla completamente, si può verificare anche il caso in cui l'istanza abbia ad oggetto una pluralità di transazioni. In tal caso l'Ufficio potrebbe, ad esempio, ritenere che la rettifica in aumento sia conforme al principio di libera concorrenza solo con riferimento ad alcune di esse.

di lunghi tempi di rimborso, tale risparmio, in termini di minori interessi, verrebbe meno. A tal fine, si suggerisce l'introduzione di un termine di 60 giorni dalla notifica dell'atto motivato di accoglimento.

Alla luce di quanto precede si suggerisce di riformulare il punto 4 come segue:

4.1 L'Ufficio, ultimata l'attività istruttoria di cui al punto 3, procede all'esame dell'istanza e della relativa documentazione e, **anche** al fine di verificare la completezza delle informazioni fornite e di formulare eventuale richiesta di ulteriore documentazione, può invitare **il contribuente** ~~l'impresa~~ a comparire per mezzo del legale rappresentante ovvero di un procuratore. Di tale attività, svolta in contraddittorio, è redatto processo verbale, copia del quale è rilasciata al soggetto istante. Il procedimento si conclude entro 180 giorni dal ricevimento dell'istanza.

4.2 L'Ufficio, ove necessario, potrà richiedere l'attivazione degli strumenti di cooperazione internazionale tra amministrazioni fiscali; in tali casi, ***l'Ufficio comunica al contribuente l'avvio di tale procedura di cooperazione internazionale e l'elenco delle informazioni richieste alle autorità fiscali dello Stato estero nonché, al ricevimento delle informazioni richieste, l'avvenuto completamento della fase di cooperazione internazionale e il termine di conclusione della procedura*** indicato al precedente punto 3.1 deve intendersi sospeso per un periodo di tempo pari a quello necessario per l'ottenimento delle informazioni richieste alle ***autorità fiscali dello Stato estero*** ~~all'Amministrazione fiscale del Paese~~ a cui si è chiesta la collaborazione, ***maggiorato di 30 giorni***.

4.3 Al termine dell'istruttoria, la procedura si conclude con l'emissione di un atto motivato di accoglimento, ***anche parziale***, o di rigetto da parte dell'Ufficio. ***In caso di mancata emissione di tale atto entro il termine di cui ai punti 4.1 e 4.2, l'istanza si considera accolta integralmente. Avverso l'atto di rigetto è ammessa impugnazione ai sensi dell'articolo 21 del d.lgs. n. 546 del 1990.***

4.4 In caso di accoglimento, l'Ufficio comunica all'Autorità fiscale dello Stato estero la ~~rettifica~~ ***variazione*** in diminuzione riconosciuta. La procedura si perfeziona con un provvedimento del Direttore dell'Agenzia,

da emettersi entro 60 giorni dall'emissione dell'atto motivato di accoglimento, che dispone *la quantificazione delle perdite riportabili* o il rimborso dell'imposta calcolata sull'imponibile corrispondente alla rettifica effettuata a titolo definitivo nell'altro Stato e ne dà comunicazione al competente ufficio dell'Agenzia delle Entrate che espleta tutte le formalità necessarie ad erogare il rimborso.

2.10 Cause di esclusione del procedimento – Punto 5.2

Con riferimento al punto 5.2, si osserva che il richiamo alla “*trasparenza, fiducia e collaborazione*” sembra incoerente con la natura della procedura in esame. Infatti, la possibilità di ottenere il riconoscimento in Italia di una variazione in diminuzione del reddito a fronte di una rettifica in aumento effettuata in uno Stato estero altro non è che un diritto del contribuente leso da una doppia imposizione internazionale.

Si consideri che la regola di estinzione della procedura in caso di “*sopravvenuta conoscenza, da parte dell'Ufficio, di elementi e notizie relativi a fatti e circostanze che fanno venir meno il rapporto di trasparenza, fiducia e collaborazione*” è stata introdotta dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate n. 2016/42295 contenente le disposizioni per l'attuazione degli accordi preventivi per imprese con attività internazionale di cui all'Art. 31-*ter* del D.P.R. 600 del 1973. In tale ultimo contesto, questa disposizione si colloca a pieno titolo poiché finalizzata a regolamentare una procedura a carattere prettamente partecipativo e ad incentivare, al tempo stesso, le forme di collaborazione tra fisco e contribuente volte al raggiungimento e al rispetto di un accordo; dialogo che, invece, risulta essere meno incisivo e forse superfluo, nel mero riconoscimento di un diritto in capo al contribuente da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Si suggerisce dunque di eliminare il punto 5.2.

2.11 Rapporti con le procedure amichevoli e disposizioni finali –

Punto 6.2

Con riferimento al punto 6.1, si ritiene opportuno chiarire il significato dell'inciso “*resta ferma, in caso di rigetto, la facoltà per il contribuente di richiedere l'attivazione delle procedure amichevoli*”. Infatti, una interpretazione letterale della previsione citata, potrebbe indurre –

erroneamente – a concludere che esista una alternatività tra la procedura qui in esame e le procedure amichevoli, attivabili solo in caso di rigetto dell'istanza¹⁵. Tale interpretazione potrebbe anche portare alla conseguenza di rendere inattivabile la procedura amichevole, a causa della decorrenza dei termini per l'attivazione della stessa al momento del rigetto dell'istanza presentata ai sensi del Provvedimento. Si propone pertanto di eliminare l'inciso “*in caso di rigetto*” anche al fine di allinearne il contenuto con il testo dell'Art. 31-quater.

Con riferimento al paragrafo 6.2, occorrerebbe chiarire il decorso degli effetti della nuova disciplina. Il fatto che la stessa trovi la sua genesi nella modifica di una norma sostanziale, quale l'articolo 110 comma 7 del TUIR, potrebbe far ritenere che la disciplina recata dall'Art. 31-quater sia applicabile esclusivamente alle rettifiche effettuate dallo Stato estero in relazione ai redditi dei periodi di imposta 2017 e seguenti. Questo significherebbe tuttavia posticipare l'effettiva applicazione della norma di diversi anni, visto che le verifiche di *transfer pricing* difficilmente avvengono prima di due o tre anni dalla chiusura del rilevante periodo di imposta. Tuttavia, in considerazione della natura procedimentale della disciplina in oggetto, è auspicabile che il Provvedimento chiarisca che la stessa si applica anche a rettifiche riguardanti periodi di imposta precedenti all'entrata in vigore delle rilevanti disposizioni legislative.

Alla luce di quanto precede si suggerisce di riformulare il punto 6 come segue:

6.1 Con riferimento alle rettifiche in aumento definitive operate all'estero, generatrici di doppia imposizione e da cui trae origine l'istanza, resta ferma, ~~in caso di rigetto~~, la facoltà per il contribuente di richiedere l'attivazione delle procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi o dalla Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate, con atto finale e dichiarazioni, fatta a Bruxelles il 23 luglio 1990, resa esecutiva con legge 22 marzo 1993, n. 99.

¹⁵ Tale alternatività sarebbe totalmente ingiustificata ben potendo il contribuente ad esempio attivare la procedura amichevole all'estero e presentare istanza ai sensi dell'Art. 31-quater in Italia.

6.2 Il presente Provvedimento trova applicazione dalla data della sua pubblicazione sul sito internet dell'Agenzia delle Entrate, *fermo restando il termine per la presentazione dell'istanza fissato dal punto 2.1.*

* * *

Si ringrazia nuovamente per l'opportunità offerta e si rimane a disposizione per qualsiasi chiarimento ed approfondimento.

Cordiali saluti,


(Maisto e Associati)