

Via della Moscova, 3
20121 Milano

T +39 02 806731
F +39 02 89010836

www.fieldfisher.com

Milano, 21 Marzo 2018

Al Ministero dell'Economie e delle Finanze

Via XX Settembre, 97

00187 ROMA

Via email: consultazionepubblicaTP@mef.gov.it

RIF: Consultazione pubblica sui prezzi di trasferimento

Egregi Signori,

desideriamo innanzitutto esprimere il nostro apprezzamento per l'avvio della consultazione pubblica in oggetto, azione che riteniamo pregevole nell'ottica di un proficuo rapporto di confronto e collaborazione tra Amministrazione finanziaria e contribuenti su una tematica, qual è quella del *transfer pricing*, che negli ultimi anni ha sperimentato profondi sviluppi in ambito internazionale e non solo.

Con riferimento allo schema di Decreto Ministeriale sulle "*Linee guida per l'applicazione delle disposizioni previste dall'art. 110, comma 7 del Testo Unico delle Imposte sui redditi approvato con d.P.R. 22 Dicembre 1986, n. 917, in materia di prezzi di trasferimento*" (nel prosieguo "*DM*") riportiamo di seguito le nostre osservazioni preliminari.

Belgio / Cina / Francia / Germania / Italia / Paesi Bassi / UK / US - Silicon Valley

Studio Associato Servizi Professionali Integrati, a Business Associate of Crowe Horwath International.

Avvocati: Francesco Accomando, Fabio Ambrosiani, Luca Antonetto, Andrea Bazzigaluppi, Alessandro Bolla, Ettore Bonaccorsi, Prof. Ruggiero Cafari Panico, Annalisa Capiello, Giovanni Caputi, Alessandro Caputo, Pietro Castronovo, Andrea Consolini, Alessandro De Giobbi, Marco Durante, Patrick Marco Ferrari, Fabrizio Fili, Alessandro Galante, Simone Gambuto, Andrea Gattamorta, Francesco Gerino, Patrizia Gozzoli, Francesca Gravili, Niccolò Massimo Gruppi, Thomas Heller, Giusi Lamicela, Diego Lorenzetti, Giuseppe Francesco Lovetere, Silvia Lucantoni, Gianvincenzo Lucchini, Alessandro Manca, Carlo Alberto Marchi, Francesco Marenzi, Giorgio Martorelli, Renato Martorelli, Alessandro Mulinacci, Prof. Angelo Pandolfo, Nicola Resta, Giovanni Ricco, Giuseppe Rigano, Diego Rigatti, Francesca Rosetti, Alessandro Scagliarini, Marco Franco Scalvini, Maria Lucrezia Turco, Prof. Armando Tursi; *Dottori Commercialisti:* Roberto Baudino, Emanuele Borgonovo, Flavio Brenna, Stefano Burighel, Ugo Campaner, Luigi Capriolo, Alessandra Cislaghi, Gennaro Di Noia, Daniele Di Paolo, Stefania Fregonese, Diletta Fuxa, Barbara Gado, Michele Ghiringhelli, Stefano Luvisutti, Massimo Miani, Roberto Munno, Fausto Piccinini, Roberto Romito, Stefania Saccone, Cristina Seregini, Antonio Sgroi, Andrea Turati; *Ragionieri:* Luciana Barbara Dolci, Gian Paolo Giannini, John A. Stewart; *Of Counsel:* Prof. Ben J.M. Terra, Prof. Tiziano Treu

Tematica: Sul concetto di “*Influenza dominante*” (Art. 2, comma 1, lett. b), punto b del DM)

Osservazioni

Ai fini della disciplina sui prezzi di trasferimento il “*controllo*” ha un’accezione più ampia di quella prevista dall’art. 2359 del Codice Civile in quanto il controllo tra due (o più) entità si realizza anche in presenza di situazioni che denotano un’influenza, anche solo potenziale, di un’entità sulle decisioni imprenditoriali dell’altra.

Infatti, secondo quanto disposto dall’Amministrazione finanziaria (si veda la Circolare Ministeriale n.32/1980 – nel proseguo la “*Circolare*”), il concetto di “*controllo*” deve essere esteso ad ogni ipotesi di **influenza economica**¹, potenziale o attuale, desumibile dalla singole circostanze; a tale riguardo, la Circolare elenca una serie di circostanze atte ad individuare una serie di forme di controllo di fatto di un’entità su un’altra.

Secondo il DM, il controllo (che definisce il concetto di “*imprese associate*” di cui al precedente comma 1, lett. a)) si realizza quando si ha una partecipazione, diretta o indiretta, nella gestione, nel controllo o nel capitale di un’impresa nell’altra (o da parte di un’impresa in altre due). Tale partecipazione, a sua volta, si realizza se:

- un’entità detiene, direttamente o indirettamente, una partecipazione maggiore del 50% del capitale di un’altra entità, oppure
- un’entità esercita un’**influenza dominante sulle decisioni commerciali e finanziarie**² di un’altra.

Finalità della richiesta

Si ritiene che, considerata l’importanza di circoscrivere in modo puntuale il concetto di controllo, debba essere chiarita la portata applicativa della nozione di “*influenza dominante sulle decisioni commerciali e finanziarie*” ovvero se tale principio sia assimilabile a quello di “*influenza economica*” così come previsto dalla Circolare dovendo ricomprendere nella nozione di controllo, per esempio, le *Joint Venture* (che per loro natura e caratteristiche non prevedono un’influenza dominante di una parte sull’altra).

Tale chiarimento si ritiene altresì necessario se si considera che la Circolare n.42/1981, a commento delle disposizioni in tema di prezzi di trasferimento *medio tempore* introdotte (i.e., a far data dal 30.12.1980) aveva chiaramente evidenziato che “*con la nuova disposizione il legislatore fiscale ha inteso porre fine ad ogni dubbio interpretativo circa il legame che deve esistere tra le due entità che pongono in essere la transazione, adeguandosi, sotto il profilo testuale, al concetto (“influenza dominante”) già chiaramente*

¹ Enfasi aggiunta.

² Enfasi aggiunta.

espresso e definito nei suoi tratti essenziali dalla circolare n. 9/2267 in sede di interpretazione dall'allora vigente nozione di "controllo"³.

Tematica: Rettifiche di comparabilità (Art. 3, comma 1, lett. b) del DM)

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: §§ 3.47 e ss.

Osservazioni

Le *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (nel proseguo le "*Transfer Pricing Guidelines*") dispongono che due transazioni risultano comparabili quando siano soddisfatte le seguenti condizioni:

- Nessuna delle differenze tra le situazioni oggetto di confronto può obiettivamente incidere sulla condizione da esaminare dal punto di vista del metodo utilizzato;
- Correzioni/aggiustamenti economicamente accettabili possono essere effettuati al fine di eliminare le conseguenze/gli effetti imputabili a tali differenze.

Pertanto, secondo le *Transfer Pricing Guidelines*, è possibile procedere ad aggiustamenti nel caso in cui esistano differenze significative tra la *tested party* e i soggetti terzi, lasciando intendere che tali aggiustamenti possono essere effettuati tanto sulla *tested party* che sui soggetti indipendenti.

La lett. b) del comma 1 dell'art. 3 del DM sembra, al contrario, disporre che gli aggiustamenti per rendere comparabile l'operazione controllata con quella non controllata possano riguardare solo quest'ultima operazione.

Finalità della richiesta

Considerando che gli aggiustamenti possono essere effettuati solo nel caso in cui gli stessi siano affidabili e dettagliatamente documentati nonché le (relative) informazioni da utilizzare siano disponibili, la circostanza che gli aggiustamenti possano riguardare, stante il disposto letterale del DM (*omissis (...)* "*sia possibile effettuare in modo accurato rettifiche di comparabilità alle condizioni dell'operazione non controllata*"), unicamente la transazione non controllata potrebbe creare difficoltà nella reperibilità e affidabilità della documentazione appropriata da utilizzare per i suddetti aggiustamenti.

Si chiede, pertanto, che sia riformulata la disposizione in esame al fine di poter considerare anche gli aggiustamenti della transazione controllata al fine di renderla comparabile con quella non controllata. Tale approccio risulterebbe in linea con la migliore prassi e le raccomandazioni⁴ formulate a livello internazionale.

³ Enfasi aggiunta.

⁴ Il riferimento è *inter alia* ai lavori dell'European Joint Transfer Pricing Forum (EU JTPF).

Tematica: Sui metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento (Art. 4, comma 3 del DM)

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: §§ 2.1 e ss.

Osservazioni

In tema di metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento, le *Transfer Pricing Guidelines* emanate a luglio 2010 hanno introdotto il principio del *Most appropriate method*, riformando profondamente il principio della “*gerarchia dei metodi*” fino ad allora in vigore, così come previsto dalle precedenti versioni delle Linee Guida OCSE.

Il § 2.3 delle *Transfer Pricing Guidelines* prevede che, nel caso in cui sia possibile applicare in maniera ugualmente affidabile un metodo tradizionale e uno reddituale, il primo è preferibile in quanto più diretto nel verificare se i prezzi di trasferimento sono allineati all’*arm’s length principle*. Analogamente, il metodo del CUP è preferibile nell’ambito dei metodi tradizionali, quando questo o uno degli altri due metodi (i.e., metodo del prezzo di rivendita e metodo del costo maggiorato) siano ugualmente affidabili.

Se da un lato il primo comma dell’art. 4 risulta allineato allo standard delle *Transfer Pricing Guidelines* in termini di selezione del metodo (“*La valorizzazione di un’operazione controllata in base al principio di libera concorrenza è determinata applicando il metodo più appropriato alle circostanze del caso*⁵”), dall’altro il DM, invece, sembrerebbe introdurre un obbligo (“(...) *la determinazione delle condizioni di libera concorrenza deve essere effettuata (...)*”) di scelta dei metodi tradizionali rispetto a quelli reddituali, e del CUP nell’ambito di quelli tradizionali, in presenza di due metodologie ugualmente affidabili (reintroducendo, pertanto, una sorta di gerarchia nella selezione dei metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento).

Il dettato letterale del DM (con l’utilizzo del verbo “*dovere*”) sembra quindi porsi in contraddizione con quanto previsto dalle Linee Guida OCSE, laddove queste ultime stabiliscono che “(...) *where ... a traditional transaction method and a transactional profit method can be applied in an equally reliable manner, the traditional transaction method is preferable*⁶ to the transactional profit method. (...)”.

Finalità della richiesta

Si chiede di meglio precisare la portata del verbo “*deve*”, ovvero se il disposto letterale del DM prevede una gerarchia dei metodi e, pertanto, se il CUP debba **in ogni caso** essere esplorato al fine di poter applicare una metodologia differente per la determinazione dei prezzi di trasferimento.

⁵ Enfasi aggiunta.

⁶ Enfasi aggiunta.

Tematica: Sul concetto di “altri metodi” (Art. 4, comma 5 del DM)

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: § 2.9

Osservazioni

L'art. 4, comma 5 del DM prevede la possibilità di utilizzo di metodi alternativi a quelli tradizionali e reddituali (come da elenco al comma 2 del medesimo articolo) per la determinazione dei prezzi di trasferimento.

Tale impostazione risulta coerente con quanto previsto dalle *Transfer Pricing Guidelines* laddove l'utilizzo di altri metodi è considerato, in relazione alle circostanze del caso di specie, la migliore soluzione (“*better solution*”).

Finalità della richiesta

In primis, si chiede di meglio precisare a quali metodologie il DM intende fare riferimento (ad esempio, metodologie utilizzate per la determinazione del valore degli intangibili, e/o metodologie utilizzate nella valutazione d'azienda, e/o metodologie selezionate dal contribuente sulla base delle alternative realisticamente disponibili).

In secondo luogo, come debba essere dimostrato (senza che ciò si risolva in una sorta di *probatio diabolica* a carico dei contribuenti) che i risultati prodotti con i metodi alternativi siano coerenti con quelli che otterrebbero imprese indipendenti nel realizzare operazioni non controllate comparabili (tenuto conto delle difficoltà che si incontrerebbero dovendo reperire dati pubblicamente disponibili e affidabili) stante, da un lato, i principi generali dell'OCSE che governano la predisposizione della documentazione e, dall'altro, i principi che sottendono agli oneri documentali di cui al Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 29.09.2010.

Tematica: Aggregazione delle operazioni (Art. 5 del DM)

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: §§ 3.9 e ss.

Osservazioni

Il DM dedica l'art. 5 al tema delle aggregazione delle transazioni. Il menzionato articolo, nella sua formulazione, si presenta scarno rispetto a quanto previsto sul tema dalle *Transfer Pricing Guidelines*, che forniscono diversi esempi (contratti a lungo termine che hanno ad oggetto *commodities* o servizi, diritti di sfruttamento di *intangibles*, beni *closely linked*) e approcci (*portfolio vs. package deal*).

Nella pratica, la scelta del contribuente di analizzare le transazioni su base aggregata può essere influenzata da una serie di fattori tra i quali si citano, *inter alia*:

- l'identificazione degli intangibili presenti nelle diverse transazioni oggetto di aggregazione;
- la disponibilità e la qualità delle informazioni relative a transazioni comparabili;
- la comparabilità funzionale delle transazioni;
- i (potenziali) costi ulteriori associati alla conduzione di un'analisi su base separata.

Tali fattori rappresentano, nella sostanza, il contraltare per lo svolgimento della FAR (*Functional, Asset and Risks analysis*) e la selezione del metodo di *transfer pricing* più appropriato in relazione alle circostanze del caso di specie.

Finalità della richiesta

Si chiede di meglio precisare quali sono i criteri utilizzabili in sede di controllo sull'affidabilità dell'aggregazione (e sul conseguente risultato *at arm's length* delle transazioni aggregate).

In particolare, si ritiene che possano essere oggetto di ulteriori precisazioni le seguenti circostanze (riportate a titolo esemplificativo e non certamente esaustivo):

- criteri per la valutazione del grado di integrazione tra le transazioni/beni (*case specific vs. industry practice*);
- criteri per la determinazione del valore dei beni *closely-linked* (i.e., criteri di analisi del valore come unica risultanza dell'aggregazione);
- *business rationale* della transazione;
- caratteristiche del settore di riferimento (caratteristiche dell'aggregazione effettuata dal contribuente rispetto alla "*normal industry practice*", comportamento dei *competitors*, ecc.);
- criteri per la valutazione della "*struttura*" (aggregata vs. segregata) che consente di ottenere le migliori informazioni per la determinazione dell'*arm's length price*.

Tematica: Intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza (Art. 6 del DM)

Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: §§ 3.55 e ss.

Osservazioni

L'art. 6 del DM introduce nel sistema normativo dei prezzi di trasferimento la disposizione riguardante gli intervalli di valori idonei a rappresentare il principio di libera concorrenza.

Il menzionato articolo prevede, infatti, in linea con quanto contenuto nel § 3.55 e seguenti delle *Transfer Pricing Guidelines*, che un'operazione controllata si considera realizzata in conformità al principio di libera concorrenza, qualora l'indicatore finanziario selezionato sia compreso nell'intervallo selezionato (considerato che l'applicazione del principio di libera concorrenza permette di ottenere solo un'approssimazione delle condizioni che sarebbero stabilite tra imprese indipendenti).

In sostanza, tale previsione è conforme alla disciplina OCSE laddove afferma che, in presenza di un *range* di valori formato da soggetti comparabili, qualsiasi punto dell'intervallo è idoneo a esprimere il prezzo di libera concorrenza (principio stabilito, oltre che dall'OCSE, anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza in diverse recenti sentenze, quali, per esempio, la n. 1670/50/2015 della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia o la n. 4073/9/2016 della Commissione Tributaria Provinciale di Milano).

Finalità della richiesta

A fronte di quanto precede, si ritiene che debba essere precisato:

- cosa si debba intendere per "*intervallo di valori*" (ovvero se per intervallo di valori si intende l'ampiezza interquartile in senso statistico e, quindi, il *range* compreso tra il 25° e il 75° percentile). A tale proposito si ritiene di dover rilevare che, nella pratica, il *full range* non può essere escluso *a priori* laddove lo stesso includa valori/osservazioni caratterizzate dallo stesso grado di affidabilità (*results of equal and high reliability*);
- quale sia l'adeguamento da apportare qualora l'indicatore finanziario utilizzato ricada al di fuori dell'intervallo (se sotto il 25° percentile, l'aggiustamento deve essere fatto a tale valore, o se sopra il 75°, l'aggiustamento debba essere fatto a tale valore);
- quale criterio debba essere utilizzato per la determinazione del *range* (media semplice, media ponderata o altre tipologie di medie statisticamente rilevanti).

Si ritiene che il DM (o una successiva circolare ministeriale) dovrebbe regolamentare altre problematiche emerse in questi anni dal confronto con l'Amministrazione finanziaria in sede di verifica (e spesso oggetto di contestazione e di contenziosi lunghi e inutili) quali, a mero titolo di esempio:

- a) la possibilità di considerare nel campione di comparabili anche società che, per uno o due periodi di osservazione, risultino in perdita (considerando a tale riguardo che le *Transfer Pricing Guidelines*, al § 3.64, affermano che “(...) *Indeed, it is the facts and circumstances surrounding the company in question that should determine its status as a comparable, not its financial result.*”). Sul punto la giurisprudenza, come noto, si è espressa a sfavore di alcuni comportamenti dell’Amministrazione finanziaria (ad es. l’eliminazione *in toto* dal set di comparabili di società in perdita o di società con bilancio in *break-even*);
- b) l’utilizzo, da parte dell’Amministrazione finanziaria, della stessa base informativa e di analisi a disposizione del contribuente al *timing of collection* (i.e., stessa versione della banca dati utilizzata dal contribuente per l’individuazione del set di società comparabili e l’estrazione dei dati economico-finanziari per la determinazione del *range* di libera concorrenza, documenti pubblicamente disponibili, *web sites*, ecc.).

Rimaniamo a disposizione qualora voleste discutere in modo più dettagliato le osservazioni presentate in questo documento. Si prega di contattare Michele Ghiringhelli (michele.ghiringhelli@fieldfisher.com), Stefano Luvisutti (stefano.luvisutti@fieldfisher.com) o Diletta Fuxa (diletta.fuxa@fieldfisher.com) per ulteriori informazioni.