

Spett.le
Ministero dell'Economia e delle Finanze
via XX Settembre, 97
00187 - ROMA

Milano, 21 marzo 2018

OGGETTO: Consultazione pubblica in materia di prezzi di trasferimento - Linee guida per l'applicazione delle disposizioni contenute nell'articolo 110, co. 7 del TUIR

Premessa

Gentili Signori,

ringraziamo codesto Spett.le Ministero dell'Economia e delle Finanze per aver offerto l'opportunità di fornire commenti in ordine ai contenuti dello schema di decreto ministeriale (di seguito anche "il Decreto") richiamato nel comma 7 dell'articolo 110 del TUIR (come riformulato dall'articolo 59 del D.L. n. 50 del 2017, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 96 del 2017) che contiene gli elementi a fondamento dell'applicazione delle disposizioni del predetto articolo e coerenti con quanto previsto dall'articolo 9 del Modello OCSE di Convenzione contro le Doppie Imposizioni e le Linee Guida OCSE in materia di Prezzi di trasferimento.

Il presente memo, che non riflette necessariamente l'opinione o l'idea di clienti di BDO Tax & Law, intende commentare alcuni aspetti della bozza di decreto e suggerire aree di maggiori approfondimenti e chiarimenti, nell'auspicio che tale contributo possa essere considerato quale utile supporto al miglioramento e all'effettività delle disposizioni commentate con particolare riferimento alle problematiche pratiche che possano derivare dalla loro applicazione e dal decreto.

1. Tematica: Art. 3 - Nozione di comparabilità

L'art. 3, co. 2, del decreto individua le caratteristiche economicamente rilevanti che devono essere identificate nelle relazioni commerciali o finanziarie tra imprese associate al fine di delineare in modo accurato l'effettiva transazione controllata tra di loro intercorsa. In generale, per stabilire se c'è comparabilità tra le transazioni confrontate occorre valutare le differenze nelle caratteristiche economicamente rilevanti tra l'accordo avvenuto tra imprese associate e quelle di un ipotetico accordo tra parti indipendenti.

I fattori di comparabilità individuati dalle Guidelines dell'OCSE includono, tra gli altri, *“The functions performed by each of the parties to the transaction, taking into account assets¹ used ...”*.

Al riguardo, all'Art. 3 del Decreto, che individua i fattori di comparabilità, il comma 2, lett. b) si riferisce testualmente a: *“Le funzioni svolte da ogni impresa in relazione alle operazioni, tenendo conto dei **beni** utilizzati e dei rischi assunti”*.

1.1. Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati

Nell'ambito delle Linee Guida dell'OCSE, gli argomenti interessati dal presente intervento sono contenuti nel paragrafo 1.36 e nei paragrafi da 1.51 a 1.55.

1.2. Osservazioni

Nel linguaggio economico, il termine *“asset”* è generalmente riferito a qualunque voce attiva di un bilancio, quali immobilizzazioni materiali e immateriali, beni di proprietà, liquidità, crediti, ecc..

Nell'ambito delle Linee Guida dell'OCSE, la rilevanza degli *“assets”* viene esaltata dall'analisi funzionale delle parti coinvolte nella transazione infragruppo, come componente essenziale per la scelta dei *comparables* e della metodologia di determinazione del prezzo di libera concorrenza da adottare. Alla base di tale

¹ Nel vocabolario Treccani, *“asset”* è definito come: *termine inglese che indica, in senso molto ampio, ogni entità materiale o immateriale suscettibile di valutazione economica per un certo soggetto. In assenza di una classificazione soddisfacente, si può ricorrere alla distinzione classica fra attività materiali e immateriali (anche attività patrimoniale). Fra le prime si annoverano terreni, coltivazioni (vigneti, frutteti ecc.), edifici a uso residenziale (abitazioni), industriale (fabbriche, magazzini) o commerciale (negozi, uffici), macchinari, strumenti, materie prime, semilavorati, prodotti; fra le seconde, marchi, brevetti, concessioni.*

procedimento vi è l'esistenza del principio economico afferente una necessaria relazione tra il rischio (quale insieme di funzioni, rischi e assets coinvolti) e la remunerazione corrispondente.

Gli assets utilizzati, quindi, caratterizzano ed influenzano l'insieme delle funzioni e dei rischi, tanto che al paragrafo 1.54 le stesse Guidelines specificano che: *“The functional analysis should consider the type of assets used, such as plant and equipment, the use of valuable intangibles, financial assets, etc., and the nature of the assets used, such as the age, market value, location, property right protections available, etc”*.

Nel caso di specie, il termine generico “bene” utilizzato nell'art. 3, co. 2, lett. b), potrebbe non corrispondere in maniera univoca al concetto di “cespite” ovvero di “immobilizzazione materiale” oppure ancora di “immobilizzazione immateriale”, per come riportato (a titolo di esempio) dal paragrafo 1.54 delle Linee Guida OCSE sopra citato, ben potendosi invece riferire altresì ai “bene merce”.

Una qualificazione più specifica del termine, quindi, potrebbe essere ritenuta necessaria specialmente laddove l'analisi di comparabilità coinvolga delle entità caratterizzate da una similarità stretta tra i beni merce e i cespiti.

Tale esigenza, peraltro, sembra essere stata avvertita in passato dall'Amministrazione Finanziaria in alcune fonti di prassi di fondamentale rilevanza nella disciplina dei prezzi di trasferimento, tra cui le seguenti:

- Provvedimento del Direttore dell'Agenzia Delle Entrate 2010/137654 (di seguito anche solo il “Provvedimento”), recante le disposizioni concernenti la documentazione idonea ai sensi della disciplina di cui all'art. 1, comma 2-ter del D.Lgs. 471/1997;
- Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 58/E del 2010 (di seguito anche solo la “Circolare”), recante chiarimenti al provvedimento di cui sopra.

In entrambi i documenti, al termine generico “bene” è stato sempre affiancato l'aggettivo qualificativo “strumentale”. Ad esempio:

- all'articolo 2.1 (Masterfile) del Provvedimento, laddove si chiarisce che “...dovrà essere fornita una descrizione generale delle funzioni svolte, dei **beni strumentali** impiegati...”;
- al paragrafo 4 della Circolare, laddove si afferma che “Il capitolo 6 accoglie informazioni in merito alle funzioni svolte, ai **beni strumentali** impiegati...”.

Tali osservazioni potrebbero trovare un riscontro anche in ottica comparata, andando ad analizzare in che modo gli altri paesi hanno recepito nelle fonti interne le indicazioni contenute nelle linee guida OCSE in materia di Prezzi di Trasferimento.

Ad esempio nell'ordinamento spagnolo, nell'articolo 17² del Real Decreto 634/2015 (quest'ultimo recante tra le altre, le norme in materia di prezzi di trasferimento) è stato preferito il termine più specifico “*activos*” a quel ben più generico di “*bien*”. Similmente, all'articolo L13 AA³ del *Livre des procédures fiscales*, il Legislatore Francese ha optato per il termine “*actif*” rispetto a quello generico “*bien*”.

1.3. Finalità della richiesta

Tutto quanto sopra premesso e considerato, si chiede se codesto Spett.le Ministero voglia valutare la possibilità, alternativamente, di:

- a) sostituire il termine “bene” con quello più specifico di “asset”, garantendo una connessione diretta a quanto contenuto nelle Linee Guida OCSE;
- b) integrare il termine “bene” con l'aggettivo qualificativo “strumentale”, in continuità con l'orientamento dell'Agenzia delle Entrate.

Ciò al fine di rispettare il principio di certezza del diritto e di leale collaborazione con l'Amministrazione finanziaria, di fondamentale importanza in una materia delicata come quella dei prezzi di trasferimento.

² Artículos 17, co. 2, lett. b): “Para determinar si dos o más le operaciones son equiparables se tendrá en cuenta... las funciones aumidas por las partes en relación con las operaciones objeto de análisis, identificando los riesgos asumidos y ponderando, en su caso, los *activos* utilizados”.

³ Article L13 AA, co. II, lett. f): “La documentation mentionnée au I comprend deux parties... Le fichier principal comprend... Une analyse fonctionnelle décrivant les principales contributions des différentes entités du groupe à la création de valeur, c'est-à-dire les fonctions-clés exercées, les risques importants assumés et les *actifs* importants utilisés;

2. Tematica: Art. 6 - Intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza

L'art. 6, co.3, del decreto prevede l'ipotesi di effettuazione di una rettifica da parte dell'Amministrazione Finanziaria nel caso in cui l'indicatore finanziario di un'operazione tra imprese associate non rientri nell'intervallo di libera concorrenza.

Per quanto concerne la rilevanza dell'intervallo di valori (*i.e. arm's length range*), le Linee Guida OCSE osservano che *"...in general the application of the arm's length principle only produces an approximation of conditions that would have been established between independent enterprises. It is also possible that the different points in a range represent the fact that independent enterprises engaged in comparable transactions under comparable circumstances may not establish exactly the same price for the transaction"*.

Nel caso di specie, la bozza di decreto prevede che *"Se l'indicatore finanziario di un'operazione controllata ... non rientra nell'intervallo di libera concorrenza, l'amministrazione finanziaria effettua una rettifica al fine di riportare il predetto indicatore all'interno dell'intervallo..."*.

2.1. Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati

Nell'ambito delle Linee Guida OCSE, gli argomenti qui trattati sono contenuti nei paragrafi da 3.55 a 3.62.

2.2. Osservazioni

In linea del tutto generale, l'intervallo di valori ai fini del giudizio di conformità degli indicatori finanziari di operazioni controllate al principio di libera concorrenza, dovrebbe essere considerato quale indizio del prezzo di libera concorrenza e non dovrebbe essere assunto, secondo le Linee Guida Ocse, alla stregua di "prova empirica"⁴.

⁴ Paragrafo 3.55 Linee Guida Ocse: *"because transfer pricing is not an exact science, there will also be many occasions when the application of the most appropriate method or methods produces a range of figures all of which are relatively equally reliable"*.

Al riguardo, da una lettura meramente testuale della disposizione contenuta all'art. 6, co. 3, del decreto, potrebbe quasi emergere un meccanismo automatico di rettifica nel caso in cui il range inter-quartile non venga rispettato.

Tuttavia, occorre osservare come l'eventuale instaurazione di una tale automaticità eliminerebbe la funzione valutativa dell'Amministrazione Finanziaria nonché la possibilità, per il contribuente, di dimostrare che nonostante si sia in presenza di un discostamento rispetto al range di valori di libera concorrenza, comunque l'*arm's length principle* della transazione sia stato rispettato.

Peraltro, sulla tematica in questione, sono le stesse Linee Guida⁵ a chiarire che *“the taxpayer should have the opportunity to present arguments that the conditions of the controlled transaction satisfy the arm's length principle...”* al fine di consentire all'Amministrazione Finanziaria di valutare l'opportunità di effettuare una rettifica dei prezzi di trasferimento.

Alla stessa conclusione si giunge se si tiene in considerazione quanto contenuto nell'Art. 9 del Modello di Convenzione OCSE, richiamato dallo stesso Decreto, dove si afferma al paragrafo 1 che la rettifica resta una possibilità in capo allo Stato Contraente⁶.

2.3. Finalità della richiesta

Alla luce delle osservazioni fin qui riportate, si chiede se codesto Spett.le Ministero voglia considerare la possibilità di sostituire la locuzione *“effettua una rettifica”* con una locuzione che garantisca la possibilità di dimostrazione in ogni caso del rispetto del principio di libera concorrenza (es.: *“valuta l'effettuazione di una rettifica”*).

Ciò nell'ottica di un giusto temperamento tra l'esigenza del rispetto del valore di libera concorrenza e la necessità di celerità delle relazioni commerciali tra imprese.

Si verrebbe a instaurare, infatti, un principio di sana e leale collaborazione con l'Amministrazione finanziaria, idoneo da un lato a garantire la possibilità di addurre

⁵ Paragrafo 3.61 Linee Guida Ocse: *“If the relevant condition of the controlled transaction (e.g. price or margin) falls outside the arm's length range asserted by the tax administration, the taxpayer should have the opportunity to present arguments that the conditions of the controlled transaction satisfy the arm's length principle, and that the result falls within the arm's length range (i.e. that the arm's length range is different from the one asserted by the tax administration)”*.

⁶ Art. 9, paragrafo 1, Modello Convenzione OCSE: *“any profits which would, but for those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly”*.

tutte le argomentazioni necessarie alla dimostrazione del rispetto del principio di libera concorrenza e, dall'altro lato, a consentire comunque un meccanismo di rettifica, ancorché non automatico e in via residuale.

* * * * *

Rimaniamo a disposizione per qualsiasi tipo di chiarimento che Codesto spett.le Ministero dovesse ritenere opportuno ovvero per discutere in maggior dettaglio i contenuti della presente nota.

Per maggiori informazioni, Vi preghiamo di considerare i seguenti contatti:

- **Avv. Ciro Pisacane** - Ciro.Pisacane@bdo.it

- **Dott. Gianluca Di Maita** - Gianluca.DiMaita@bdo.it

Distinti saluti.