

Oggetto: Osservazioni sullo schema di decreto ministeriale concernente le 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

*A cura di Sandro Maria Galardo**

1. Premessa

L'articolo 59 del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni dalla legge 21 giugno 2017, n. 96, ha modificato l'articolo 110, comma 7, del testo unico delle imposte sui redditi di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (nel seguito "TUIR"), recante la disciplina dei prezzi di trasferimento.

Il novellato ultimo periodo del citato comma 7 stabilisce che con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le linee guida per la sua applicazione.

In tale ambito, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha avviato una consultazione pubblica in materia di prezzi di trasferimento, invitando i soggetti interessati a fornire osservazioni in relazione, tra l'altro, ai contenuti dello schema di decreto ministeriale richiamato nel citato comma 7 dell'articolo 110 (nel seguito lo "**Schema**"), nonché eventuali proposte relative a temi ivi non trattati.

Con il presente documento, si formulano alcune osservazioni sullo Schema relative al requisito soggettivo del controllo, in presenza del quale si applica la disciplina sui prezzi di trasferimento.

2. Osservazioni in merito al requisito soggettivo del controllo rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina sui prezzi di trasferimento

La disciplina in tema di prezzi di trasferimento, sulla base del disposto dell'art. 110, comma 7, del TUIR, si rende applicabile alle società non residenti nel territorio dello Stato che *"direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa"*.

2.1 Il contesto di riferimento

La previsione del requisito soggettivo del controllo, in presenza del quale si applica la disciplina

* Dottore Commercialista - Of Counsel Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners - Già responsabile dell'ufficio di coordinamento delle attività di controllo nei confronti dei grandi contribuenti e dei gruppi societari.

sui prezzi di trasferimento, risulta immutata nel testo a decorrere dal 1990¹; la formulazione risultava analoga sin dall'entrata in vigore del TUIR nel 1988².

In merito, nell'art. 2 dello Schema, rubricato "Definizioni", si prevede che ai fini del decreto si intende per:

"a) imprese associate: *l'impresa residente nel territorio dello Stato e le società non residenti allorché:*

1) una di esse partecipa, direttamente o indirettamente nella gestione, nel controllo o nel capitale dell'altra, o

2) la stessa persona o più persone partecipano direttamente o indirettamente, nella gestione, nel controllo o nel capitale di entrambe le imprese;

b) partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale:

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; oppure

b) l'influenza dominante che una persona o un'impresa ha sulle decisioni commerciali o finanziarie di un'altra impresa".

2.2 La problematica

Sulla base di quanto previsto nello Schema, resta attuale la questione circa l'eventuale riconducibilità della definizione di controllo, per cui è applicabile la disciplina sui prezzi di trasferimento, al controllo di diritto e al controllo di fatto la cui definizione è prevista dall'art. 2359 del codice civile (nel seguito "**art. 2359 c.c.**").

L'art. 2359 c.c., nel comma 1 n. 1, disciplina il c.d. controllo di diritto, che si configura nei confronti di società "*in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria*". L'art. 2359 c.c., inoltre, definisce il c.d. controllo di fatto, sia azionario sia contrattuale: "*sono considerate società controllate: [...] 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa*".

Il dubbio circa la sovrapposibilità della definizione di controllo rilevante ai fini del *transfer pricing* con il disposto dell'art. 2359 c.c., si pone in quanto lo Schema non chiarisce se

¹ Art. 76, comma 5 (attualmente art. 110, comma 7), del TUIR in vigore dal 22 luglio 1990, come modificato dall'art. 3 del decreto legge 21 luglio 1990, n. 192.

² "Controllano direttamente o indirettamente l'impresa o che sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa" (art. 76, comma 5, del TUIR, in vigore dal 1 gennaio 1988).

“l’influenza dominante che una persona o un’impresa ha sulle decisioni commerciali o finanziarie di un’altra impresa” si configuri solo in presenza di vincoli azionari o contrattuali.

In merito, si è espressa la circolare ministeriale 22 settembre 1980, n. 32, ad oggi unico documento di prassi che ha fornito chiarimenti sul tema. In tale circolare è stato escluso che la nozione di controllo sia riferibile esclusivamente al dettato di cui all’art. 2359 del codice civile, dovendo essa ricomprendere *“ogni ipotesi di influenza economica potenziale o attuale desumibile dalle singole circostanze”*³. In particolare, la circolare ha precisato che *“il criterio di collegamento che determina l’alterazione dei prezzi di trasferimento è costituito spesso dall’influenza di un’impresa sulle decisioni imprenditoriali dell’altra, che va ben oltre i vincoli contrattuali od azionari sconfinando in considerazioni di fatto di carattere meramente economico”*.

In altre parole, in considerazione di quanto affermato nella circolare, anche se estremamente datata, la questione che si pone è se per l’applicazione delle disposizioni in tema di prezzi di trasferimento debba farsi riferimento all’influenza dominante scaturente da particolari vincoli contrattuali o azionari di cui all’art. 2359 c.c. o anche qualora derivi da *“considerazioni di fatto di carattere meramente economico”*.

3. Osservazioni

Secondo i principi generali, la disciplina sui prezzi di trasferimento ha la funzione di ripartire equamente le basi imponibili tra i vari Stati, garantita dall’applicazione del principio di libera concorrenza. Appare chiaro che fintanto vi sia una contrapposizione di interessi tra i soggetti coinvolti nelle transazioni, i prezzi praticati sono per definizione a valore di mercato.

In conseguenza di quanto sopra detto, si ritiene che il concetto di controllo rilevante ai fini dell’applicazione della disciplina del *transfer pricing* non debba ricomprendere situazioni di soggezione economica in cui versi una società nei confronti di un’altra in assenza di vincoli azionari o contrattuali. Tale soggezione, infatti, basandosi sulla posizione di mercato di un determinato soggetto, salvo eventuali violazioni delle normative antitrust di cui certo non può farsi carico la normativa fiscale, riflette comunque condizioni di mercato.

La diversa posizione assunta dalla Corte di Cassazione nella sentenza del 22 aprile 2016,

³ In tal senso, la circolare individua una serie di ipotesi che potrebbero far presumere l’esistenza di un controllo, quali in particolare: a) vendita esclusiva di prodotti fabbricati dall’altra impresa; b) impossibilità di funzionamento dell’impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell’altra impresa (fattispecie comprensiva delle *joint ventures*); c) diritto di nomina dei membri del Consiglio di Amministrazione o degli organi direttivi della società; d) membri comuni del Consiglio di Amministrazione; e) relazioni di famiglia tra le parti; f) concessione di ingenti crediti o prevalente dipendenza finanziaria; g) partecipazione da parte delle imprese a centrali di approvvigionamento o vendita; h) partecipazione delle imprese a cartelli o consorzi, in particolare se finalizzati alla fissazione di prezzi; i) controllo di approvvigionamento o di sbocchi; l) serie di contratti che modellino una situazione monopolistica; m) in generale tutte le ipotesi in cui venga esercitata potenzialmente o attualmente un’influenza sulle decisioni imprenditoriali.

n. 8130, trova la sua fonte in una supposta *ratio* antielusiva della disciplina sul *transfer pricing* che escluderebbe che si possa adottare un concetto di controllo circoscritto “a vincoli contrattuali od azionari”. Secondo la Suprema Corte la disposizione sui prezzi di trasferimento rappresenta “una deroga al principio per cui, nel sistema di imposizione sul reddito, questo viene determinato sulla base dei corrispettivi pattuiti dalle parti della singola transazione commerciale” e tale deroga si giustifica nell’ipotesi in cui i corrispettivi risultino “scarsamente attendibili e possano essere manipolati in danno del Fisco italiano, come nel caso degli scambi transnazionali tra soggetti i cui processi decisionali sono condizionati, poiché funzionali ad un unitario centro di interessi”.

La posizione sopra richiamata discende dalla circostanza che la Corte di Cassazione individua una *ratio* antielusiva delle disposizioni sui prezzi di trasferimento. Pertanto, secondo la Suprema Corte, poiché la norma ha una funzione antielusiva deve essere applicabile ogniqualvolta un unitario centro di interessi sia in grado di manipolare i corrispettivi nei rapporti transnazionali. Nella sentenza in argomento si legge infatti che “la normativa sul *transfer pricing* ha la finalità [...] di evitare che vi siano aggiustamenti artificiali di tali prezzi, determinati dallo scopo di ottimizzare il carico fiscale di gruppo, ad esempio, canalizzando il reddito verso le società dislocate in aree o giurisdizioni caratterizzate da una fiscalità più mite”.

Tuttavia, come detto, la disciplina sui prezzi di trasferimento ha la funzione di ripartire equamente le basi imponibili tra i vari Stati anche nelle ipotesi in cui non sussista una disparità del carico impositivo tra gli stessi. Se dunque le norme interne e convenzionali sul *transfer pricing* possiedono una funzione antielusiva, questa è nel senso di contrastare, a svantaggio di uno Stato ma non necessariamente a supporto di un’ottimizzazione del carico fiscale del contribuente, una non corretta ripartizione dei redditi tra le diverse giurisdizioni.

In tale ottica, in assenza di vincoli contrattuali, appare difficile ipotizzare che i corrispettivi, pur in presenza di una soggezione economica, possano formarsi in maniera diversa da quanto avverrebbe tra ciascun operatore del mercato in condizioni simili o analoghe.

Una diversa interpretazione, tra l’altro, potrebbe condurre a richiedere imposte su margini operativi più elevati di quelli effettivamente realizzati, nei confronti, ad esempio, di un soggetto residente produttore su commessa, effettivamente terzo ai sensi del 2359 c.c. rispetto al committente non residente, che verrebbe considerato associato a quest’ultimo per effetto di una soggezione economica nella fissazione dei prezzi. In tali circostanze, il “terzista”, oltre a subire una posizione di soggezione nel mercato, dovrebbe corrispondere imposte su margini non effettivi e che difficilmente potrà in qualche modo ‘recuperare’, non sussistendo vincoli contrattuali con il soggetto non residente. Quanto descritto non sembra essere in linea con le finalità della disciplina sui prezzi di trasferimento.

Diverse, invece, sono le situazioni in cui, pur in assenza di partecipazioni di controllo,

sussistano vincoli contrattuali. In tali ipotesi, si ritiene pacifico considerare sussistente il requisito soggettivo per l'applicazione della disciplina sui prezzi di trasferimento.

PROPOSTA

Definizione di partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale

Si propone di chiarire puntualmente il disposto di cui all'art. 2 dello Schema, prevedendo che la partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale sia definita come:

“l'influenza dominante che una persona o un'impresa ha sulle decisioni commerciali o finanziarie di un'altra impresa, sulla base di vincoli azionari o contrattuali”.

Sandro Maria Galardo