



ASSO HOLDING

Assoholding

20 marzo 2018

Consultazione pubblica sui prezzi di trasferimento

Con riferimento allo schema di decreto ministeriale di cui al comma 7 dell'art. 110 del DPR n. 917/1986 (d'ora in poi, per brevità solo TUIR) ed allo schema di provvedimento direttoriale di cui all'art. 31-*quater* del DPR n. 600/1973, qui di seguito l'Associazione intende far pervenire le sue osservazioni, anche alla luce delle istanze raccolte presso i suoi associati interessati dalla normativa oggetto della presente disamina.

Tematica: Schema di decreto ministeriale contenente le linee guida per l'applicazione della normativa sui prezzi di trasferimento

In virtù del disposto dell'ultimo periodo, comma 7, dell'art. 110 del TUIR è stato pubblicato lo schema di decreto recante le linee guida per all'applicazione della disciplina sui prezzi di trasferimento previsto nel citato articolo sulla base delle Linee Guida OCSE, approvate dal Consiglio in data 10 luglio 2017, tenuto conto anche del contenuto del Rapporto finale sulle Azioni 8, 9 e 10 del Progetto OCSE/G20 denominato *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)* recanti la disciplina in materia di *transfer pricing*.

Osservazioni: Nozione di controllo (art. 2 dello schema di decreto ministeriale)

L'Associazione valuta positivamente l'ampliamento della nozione di controllo che appare più ampia rispetto alla nozione civilistica di cui all'art. 2359 c.c., accogliendo gli ultimi sviluppi giurisprudenziali a riguardo, tesi ad espandere il concetto ricomprendendovi "ogni ipotesi di



ASSO HOLDING

*influenza economica potenziale o attuale desumibile da singole circostanze*¹, ciò in considerazione del fatto che la norma fiscale non fa alcun rinvio alla disciplina civilistica ed inoltre che la norma tributaria facendo riferimento alla nozione di impresa, non riguarda solo i rapporti tra società ma può riguardare anche ipotesi di controllo individuale “*sorgendo lo stato di controllo in relazione alla natura ed al carattere dei rapporti economici, anche al di là dei vincoli contrattuali od azionari*”².

Tale disposizione va nella direzione di un riconoscimento della situazione economica di fatto del gruppo, a prescindere dall’assetto giuridico dei rapporti di controllo e dei contratti stipulati, con l’auspicio tuttavia che la disposizione non venga utilizzata per espandere arbitrariamente la nozione di impresa associata al fine di ricomprendere nella disciplina del *transfer pricing* anche situazioni magari temporanee di influenza, che nella gestione dinamica dei gruppi industriali potrebbero non avere un carattere permanente.

Al fine di circoscrivere la nozione di influenza dominante cui fa riferimento lo schema di decreto, onde evitare i suddetti rischi, si potrebbe far riferimento alla nozione di controllo dell’art. 23 del DLGS n. 385/1993 (Testo Unico Bancario). In tal modo, accanto al controllo giuridico derivante dalla partecipazione, la nozione di controllo potrebbe far riferimento alla sussistenza di rapporti di carattere finanziario od organizzativo tra imprese idonei a conseguire la trasmissione degli utili o delle perdite da un Paese ad un altro. Tale finalità di spostamento degli utili/perdite dovrebbe essere raggiunta attraverso una delle seguenti modalità:

- a) un coordinamento della gestione dell’impresa con quella delle altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune;
- b) l’attribuzione di poteri maggiori in una impresa rispetto a quelli derivanti dalle partecipazioni possedute;
- c) l’attribuzione a soggetti diversi da quelli legittimati in base alla titolarità delle partecipazioni, di poteri nella scelta degli amministratori dell’altra impresa.

Paragrafi Linee Guida OCSE interessati: 1.45 – 1.120 – da 6-116 a 6.129

¹ Cfr. C. Cass. 22.4.2016, n. 8130.

² Cfr. C. Cass. 15 novembre 2017, n. 27018.



ASSO HOLDING

Osservazioni: Nozione di comparabilità (art. 3 dello schema di decreto ministeriale)

In merito ai criteri da utilizzare ai fini dell'analisi di comparabilità tra operazione controllata ed operazione non controllata, a nostro modesto avviso, il testo del comma 2 dell'art. 3 dello schema di decreto ministeriale sembra accogliere solo parzialmente il rapporto tra gli elementi considerati rilevanti così come risulta dalle Linee Guida OCSE del luglio 2017. Da queste ultime emerge chiaramente un principio di prevalenza della sostanza economica sulla forma delle operazioni.

Nelle Linee Guida OCSE infatti si prevede espressamente la prevalenza dei profili economici della transazione rispetto ai profili contrattuali della medesima: il paragrafo 1.45 della Linee Guida espressamente recita: *“Se le caratteristiche economicamente rilevanti della transazione non sono coerenti con il contratto scritto esistente tra le imprese associate, ai fini dell'analisi dei prezzi di trasferimento si dovrà delineare l'effettiva transazione secondo quanto riflesso nel comportamento delle parti”*.

Tale concetto viene ribadito esplicitamente nel punto 1.120 delle Linee Guida che prevede: *“Nel compiere l'analisi, l'effettiva transazione tra le parti sarà stata desunta dai contratti scritti e dal comportamento delle parti. Le condizioni formali riconosciute nel contratto saranno state chiarite e integrate dall'analisi del comportamento delle parti e dalle altre caratteristiche economicamente rilevanti della transazione (si rinvia alla Sezione D.1.1). Quando le caratteristiche della transazione economicamente significative sono risultate in contrasto con il contratto scritto, l'effettiva transazione sarà stata delineata tenendo conto delle caratteristiche della transazione riflessa nel comportamento delle parti”*.

Nell'art. 2 dello Schema, rubricato *Definizioni*, quando si enuncia il concetto di *condizioni di una operazione* si fa riferimento a *“ogni elemento economicamente rilevante”* riconoscendo che per l'identificazione dell'operazione tutti gli elementi economicamente rilevanti vengono presi in considerazione; tuttavia, quando si passa poi, nell'art. 3 comma 2, ad identificare gli elementi che si prendono in considerazione al fine di determinare la comparabilità tra operazioni



ASSO HOLDING

controllate e non controllate, la prevalenza del comportamento tenuto dalle parti rispetto al dato contrattuale non viene evidenziata.

Ci si chiede se il silenzio su questo punto stia implicitamente a significare che nell'analisi vada comunque privilegiato il dato giuridico rispetto alla sostanza economica.

Nell'art. 3 manca qualunque riferimento agli elementi da prendere in considerazione per effettuare una analisi di comparabilità che riguardi i beni immateriali che presentano caratteristiche peculiari rispetto agli altri beni. In modo analogo a quanto fatto per i beni fisici sarebbe stata opportuna quantomeno una elencazione, sia pure non esaustiva, delle caratteristiche che possono rivelarsi determinati in una analisi di comparabilità: quali l'esclusività; l'ampiezza e la durata della protezione legale; l'ambito geografico; la vita utile; la fase dello sviluppo; i diritti su miglioramenti, revisione e aggiornamenti; le aspettative in termini di benefici futuri.³

Paragrafi Linee Guida OCSE interessati: 1.120 – 3.58 - 6.141 - 6.145 – da 6.153 a 6.178 - 7.45 – 7.61 - 1.129

Osservazioni: Metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento (art. 4 dello Schema di decreto ministeriale)

Assolutamente condivisibile il criterio di gerarchia per la scelta dei metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento che rispecchia quanto previsto dalle Linee Guida OCSE.

Tuttavia, nel comma 4, in ossequio a quanto previsto dal quarto periodo del punto 1.120 della Linee Guida in base al quale *“per i casi di difficile trattazione, dove nessun approccio è decisivo, un approccio flessibile consentirebbe di utilizzare congiuntamente i risultati derivanti da più metodi”*, ancorché non sia vietato, forse sarebbe opportuno esplicitamente ammettere la possibilità per il contribuente di utilizzare più di un metodo anche al fine di arrivare ad un



ASSO HOLDING

intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza. Peraltro, la possibilità di ottenere un intervallo di valori in presenza dell'applicazione di più di un metodo è riconosciuto dalle Linee Guida OCSE stante il contenuto del punto 3.58 delle medesime il quale precisa: *“Si può ugualmente ottenere un intervallo di valori quando si applica più di un metodo per valutare una transazione tra imprese associate. Per esempio, due metodi che ottengono risultati con livelli analoghi di comparabilità potranno essere utilizzati per valutare la congruità di una transazione tra imprese associate. Ogni metodo potrà produrre un intervallo di valori differente per differenze nella natura del metodo e nella diversità dei dati utilizzati nell'applicazione dello stesso. Tuttavia, ciascun intervallo, generato separatamente, potrà essere utilizzato per definire un intervallo accettabile di valori comparabili. I dati di tali intervalli potranno essere utili per definire un intervallo di prezzi comparabili, ad esempio in presenza di un intervallo comune a entrambi gli intervalli, oppure, quando gli intervalli non coincidono, per riconsiderare l'accuratezza dei metodi utilizzati”*.

Un discorso a parte quanto alla gerarchia dei metodi (tradizionali e reddituali) andrebbe fatto rispetto ai beni immateriali: per essi infatti le Linee Guida OCSE prediligono il metodo del confronto di prezzo e quello di ripartizione degli utili⁴, mentre il metodo del prezzo di rivendita e quello del margine netto della transazione vengono considerati non affidabili per valutare direttamente i beni immateriali⁵, per cui la prevalenza dei metodi tradizionali rispetto a quelli reddituali non può essere accolta come regola generale. Ben altro valore hanno in tema di beni immateriali le altre tecniche di valutazione, che per questa particolare tipologia di beni possono presentarsi con maggiore frequenza (vedasi a riguardo i paragrafi da 6.153 a 6.178 delle Linee Guida OCSE).

Altro tema su cui il decreto tace e che andrebbe considerato anche in una ottica di semplificazione riguarda i servizi infragruppo considerati a basso valore aggiunto. Secondo il

³ Cfr. punti da 6.116 a 6.129 delle Linee Guida OCSE.

⁴ Cfr. punto 6.145 della Linee Guida OCSE.

⁵ Cfr. punto 6.141 delle Linee Guida OCSE.



ASSO HOLDING

paragrafo 7.45 delle Linee Guida OCSE si tratta di quei “servizi svolti da una o più entità di un gruppo multinazionale per conto di una o più entità del medesimo gruppo e che:

- abbiano natura di supporto;
- non siano parte dell'attività principale del gruppo multinazionale (ossia non favoriscano la creazione di attività profittevoli o contribuiscano ad attività economicamente significative del gruppo multinazionale);
- non richiedano l'uso di beni immateriali unici e di valore e non portino alla creazione di beni immateriali unici e di valore;
- non comportino l'assunzione o il controllo di un rischio sostanziale o significativo da parte del fornitore del servizio né tantomeno generino in capo al medesimo l'insorgere di un rischio significativo”

A titolo esemplificativo, secondo le Linee Guida OCSE, rientrano nell'ambito di questa categoria:

- attività di contabilità e revisione;
- lavorazione e gestione dei crediti e debiti;
- attività connesse alle risorse umane (procedure di assunzione, assistenza nella valutazione dei candidati, valutazione della performance; assistenza nelle procedure volte al licenziamento del personale; attività di formazione e crescita del personale; servizi connessi alla retribuzione; sviluppo e monitoraggio di procedure volte alla salute dei lavoratori, sicurezza e rispetto di standard ambientali adeguati;
- monitoraggio e predisposizione di dati connessi alla salute, alla sicurezza;
- servizi informativi (*information technology*) che non rientrino nell'attività principale del gruppo (installazione, manutenzione e aggiornamento di sistemi informativi usati nell'ambito dell'attività, ecc.);
- servizi di comunicazione interni ed esterni e supporto all'area delle pubbliche relazioni;
- servizi legali (servizi legali generali svolti internamente da consulenti legali, come stesura e revisione di contratti, accordi e altri documenti legali, riunioni legali e pareri, rappresentanza della società (in contenziosi legali, procedimenti arbitrali, procedure amministrative); ricerca



ASSO HOLDING

legale e servizi legali e amministrativi per la registrazione e protezione della proprietà intellettuale;

- attività afferenti agli obblighi tributari, (acquisizione e predisposizione delle informazioni necessarie per l'elaborazione delle dichiarazioni dei redditi (imposte sui redditi; imposta sulle vendite; imposta sul valore aggiunto; imposte sul patrimonio; dazi e accise) e pagamento delle tasse; assistenza ai controlli dell'autorità fiscale e predisposizione di pareri in materia fiscale;
- servizi generali di natura burocratica o amministrativa.

Per essi, le Linee Guida OCSE, consentono un calcolo semplificato per gli addebiti, senza impiegare tempo e risorse in complicate analisi di comparabilità: nel determinare il riaddebito di tali servizi il fornitore del servizio a basso valore aggiunto applica un margine di profitto pari al 5% dei costi relativi (vedi paragrafo 7.61).

Da ultimo, scendendo più nel dettaglio dell'analisi di comparabilità, un profilo che non viene considerato nell'ambito dello schema di decreto è l'ipotesi che una impresa sia in perdita. La circostanza che questo si verifichi nell'ambito di un gruppo anche per diversi esercizi non è indice necessariamente di una situazione patologica. A riguardo il punto 1.129 della Linee Guida OCSE nell'ultima versione approvata prevede: *“Qualora un'impresa associata realizzi costantemente perdite mentre il gruppo multinazionale nel suo complesso risulta in attivo, bisogna esaminare con particolare attenzione la questione dei prezzi di trasferimento. Ovviamente le imprese associate, come le imprese indipendenti, possono sostenere perdite effettive dovute ad elevati costi di avviamento, condizioni economiche sfavorevoli, inefficienze o altri validi motivi commerciali. Tuttavia, un'impresa indipendente non tollererebbe perdite per un periodo di tempo indefinito. Un'impresa indipendente che subisca perdite ricorrenti, infatti, finirà col cessare le sue attività in queste condizioni. Al contrario, un'impresa associata che realizza perdite può restare in attività se le sue attività commerciali apportano benefici al gruppo multinazionale considerato nel suo insieme”*.

Nella individuazione dei *comparables* non sembra opportuno escludere sempre e comunque società che presentino in qualcuno degli anni presi a riferimento (tre o cinque) dei risultati in



ASSO HOLDING

perdita. Atteso che la perdita non sempre rappresenta un indice negativo (si pensi alle imprese in fase di *start up*), specie in contesti di gruppi multinazionali. Sarebbe opportuno prevedere nel decreto, la possibilità di considerare tra i soggetti *comparable* anche quelli che presentino situazioni in perdita per non più di due esercizi, dandone adeguata motivazione nell'analisi.

Paragrafi Linee Guida OCSE interessati: 3.60 – 3.61 – 3.62

Osservazioni: Intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza (art. 6 dello schema di decreto ministeriale)

Lo schema di decreto riprende il principio sancito al punto 3.60 delle Linee Guida OCSE in base al quale se l'indicatore finanziario scelto quale parametro si trova all'interno dell'intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza non deve essere eseguita nessuna rettifica. Tale principio viene salutato con favore dalle associate anche perché non dovrebbe più consentire agli uffici finanziari di procedere a rettifiche per riportare la transazione ad un valore fisso. Di contro, tuttavia, sembra eccessivamente penalizzante e scarsamente preciso il disposto del comma 3 dell'art. 6, in base al quale se l'indicatore finanziario, prescelto quale parametro di comparabilità, non rientra nell'intervallo di libera concorrenza, *“l'amministrazione finanziaria effettua una rettifica al fine di riportare il predetto indicatore all'interno dell'intervallo”*.

In primo luogo, procedere *tout court* a rettifica del valore posto all'esterno dell'intervallo di valori considerati conformi al principio di libera concorrenza, appare in controtendenza all'impianto normativo e interpretativo volto a favorire la *compliance* che ha caratterizzato questi anni, soprattutto nei confronti dei contribuenti di grandi dimensioni, quali sono spesso i soggetti interessati dalla disciplina del *transfer pricing*. Peraltro, tale disposizione sembra anche in contrasto con quanto previsto al punto 3.61 delle Linee Guida OCSE che riconosce un diritto di replica al contribuente. Esso infatti prevede *“Se il parametro significativo della transazione tra imprese associate (come il prezzo o il margine) si trova all'esterno dell'intervallo dei prezzi di libera concorrenza identificato dall'amministrazione fiscale, il contribuente dovrà*



ASSO HOLDING

presentare le argomentazioni a sostegno del fatto che le condizioni della transazione tra imprese associate soddisfino il principio di libera concorrenza e che il risultato è situato all'interno dell'intervallo di libera concorrenza (ad esempio, perché l'intervallo dei prezzi di libera concorrenza risulta divergente da quello definito dall'amministrazione fiscale). Se però il contribuente non è in grado di dimostrare ciò, l'amministrazione fiscale determinerà il valore all'interno dell'intervallo dei prezzi di libera concorrenza con cui rettificare la transazione tra imprese associate”.

Si potrebbe quindi prevedere ad esempio la possibilità per il contribuente di avviare una procedura simile all'accertamento con adesione ovvero formulando un espresso rinvio a detta disciplina contenuta nel DLGS n. 218/1997.

In secondo luogo, proprio per il fatto di far riferimento ad un intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza piuttosto che ad un valore puntuale, andrebbe meglio precisato il valore della rettifica da parte dell'Ufficio. Nella riformulazione di tale passaggio potrebbe soccorrere il contenuto del punto 3.62 delle Linee Guida OCSE in base al quale: *“Nella determinazione di tale valore, quando l'intervallo comprenda risultati con un livello di affidabilità omogeneo ed elevato, si potrebbe sostenere che qualunque valore all'interno dell'intervallo soddisfi il principio di libera concorrenza. Quando rimangano dei difetti di comparabilità, come discusso al paragrafo 3.57, potrebbe essere appropriato utilizzare misure tendenti ad accorpate al centro tali valori (ad esempio, la mediana, la media aritmetica o la media ponderata ecc. a seconda delle specifiche caratteristiche dell'insieme dei dati), al fine di minimizzare il rischio di errore causato da difetti di comparabilità residui imprevedibili o non quantificabili”.* In alternativa, in un'ottica *pro* contribuente, si potrebbe adottare il primo valore utile all'interno dell'intervallo di conformità, più vicino alla determinazione del contribuente.

Osservazioni: entrata in vigore delle disposizioni ministeriali

Da ultimo appare opportuno, dando valenza interpretativa alle disposizioni in esame, prevedere esplicitamente che esse trovino applicazione anche per gli accertamenti in corso non ancora



ASSO HOLDING

divenuti definitivi ovvero per gli *advanced price agreement*, bilaterali o multilaterali, non ancora conclusi (art. 31-ter, comma 1, lett. a), del DPR n. 600/1973).

Tematica: Schema di decreto direttoriale contenente la procedura volta al riconoscimento in Italia di una variazione in diminuzione del reddito a fronte di una rettifica in aumento effettuata in altro Stato

Osservazioni: art. 4 dello schema di provvedimento direttoriale – entità della rettifica in diminuzione

L'art. 4, al punto 4.4, dello schema prevede che in caso di accoglimento, l'ufficio comunica all'Autorità fiscale dello Stato estero la rettifica in diminuzione riconosciuta. Qualora il competente ufficio italiano, non concordi pienamente con la ripresa in aumento fatta dall'amministrazione fiscale straniera appare opportuno prevedere la possibilità di una rettifica in diminuzione parziale.

Osservazioni: art. 4 dello schema di provvedimento direttoriale – rimborso dell'imposta

L'art. 4, al punto 4.4, dello schema statuisce che la procedura si perfezioni con un provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate che dispone il rimborso dell'imposta. Si potrebbe prevedere, in caso di accoglimento, accanto al rimborso da parte dell'Ufficio, la possibilità, per il contribuente di maturare un credito di imposta da portare in compensazione secondo il disposto dell'art. 17 del DLGS n. 241/1997 e successive modifiche e integrazioni ovvero da utilizzare per il pagamento delle somme iscritte a ruolo di cui all'art. 31 del DL n. 78/2010.

Osservazioni: artt. 5 e 6 dello schema di provvedimento direttoriale – termine di chiusura della procedura



ASSO HOLDING

La regolamentazione della procedura di riconoscimento in Italia di una variazione in diminuzione del reddito a fronte di una rettifica in aumento definitiva intervenuta nell'altro Paese con cui è in vigore una Convenzione contro le doppie imposizioni è da salutare con favore. Tuttavia, lo schema di decreto dovrebbe prevedere un termine entro il quale, a condizione che non intervengano cause di estinzione del procedimento (art. 5 dello Schema), la procedura di rettifica si deve chiudere.

Ciò appare opportuno anche in virtù dei rapporti con le procedure amichevoli (c.d. *MAP*) previste dall'art. 25 delle Convenzioni interazionali contro le doppie imposizioni o, nel caso di Paese che non ha stipulato con l'Italia una convenzione contro le doppie imposizioni, dalla Convenzione arbitrale sottoscritta a Bruxelles il 23.7.1990 e reca esecutiva in Italia dalla L. 22.3.1993, n. 99. Infatti, ai sensi dell'art. 6 dello Schema del provvedimento direttoriale, è disposto che *“resta ferma, in caso di rigetto, la facoltà per il contribuente di richiedere l'attivazione delle procedure amichevoli”* previste dalla Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata con il Paese in cui è stata accertata una rettifica in aumento o dalla Convenzione arbitrale di cui sopra: il testo, ad una interpretazione letterale, sembra prevedere una sorta di gerarchia delle procedure, prima occorre attivare la procedura interna e in caso di rigetto il MAP.

In questo caso occorre tener presente, come precisato dalla C.M. 5.6.2012, n. 21/E, par. 4.2.3 - relativa alla *“Composizione delle controversie fiscali internazionali”* - che *“per la corretta individuazione dei termini entro i quali il contribuente può produrre istanza di apertura di una procedura amichevole, deve farsi riferimento a quanto previsto nella singola Convenzione bilaterale applicabile al caso di specie. Infatti, anche se il Modello OCSE individua come **termine finale** per la presentazione dell'istanza il **terzo anno dalla prima notifica** della misura che comporta un'imposizione non conforme alle disposizioni della Convenzione, la maggior parte delle Convenzioni bilaterali stipulate dall'Italia individuano termini più brevi (generalmente **due anni**).*

Pertanto, sarebbe opportuno precisare che la procedura interna, qualora non sopravvengano cause di estinzione, deve concludersi entro due anni dalla presentazione dell'istanza, per dar modo al contribuente di attivare il MAP in caso di rigetto da parte dell'Ufficio Accordi



ASSOHOLDING

preventivi e controversie internazionali, secondo quanto disposto dall'art. 6 dello Schema di decreto direttoriale.