

**Tematica: Prezzi di Trasferimento**

**Osservazioni / Contributi: Commenti in merito agli articoli 2 e 6 dello schema di decreto ministeriale**

**RSM Studio Palea Lauri Gerla**

**Via Ettore de Sonnaz n. 19**

**10121 Torino**

**Alla cortese attenzione del Ministero dell'Economia e delle Finanze**

**Consultazione pubblica in merito allo schema di decreto ministeriale relativo al comma 7 dell'articolo 110 del TUIR**

Lo studio RSM Studio Palea Lauri Gerla, accoglie favorevolmente gli sforzi fatti dal Ministero dell'Economia e delle Finanze al fine di fornire chiarimenti in merito all'applicazione del comma 7 dell'articolo 110 del T.U.I.R. Si auspica che tali chiarimenti costituiscano un primo tentativo volto a dirimere numerosi dubbi generati da una normazione parziale del tema dei prezzi di trasferimento. La mancanza di norme univoche atte a disciplinare i diversi ambiti in cui le questioni relative ai prezzi di trasferimento possono incidere, così come l'assenza di un perfetto allineamento dell'operato interno con le disposizioni dettate a livello internazionale hanno generato, in particolar modo nell'ultimo decennio, notevoli difficoltà ed elevata incertezza per le società e le stabili organizzazioni italiane appartenenti a gruppi multinazionali.

Tale allineamento tra la normativa e la prassi interna con quanto stabilito dal Consiglio dell'OCSE è ad oggi sempre più necessaria anche in considerazione della volontà mostrata da parte di tale organo, e da tutti i Paesi Membri ad esso partecipanti, di regolare le numerose tematiche sorte in merito alla corretta applicazione delle norme che regolano la determinazione dei "*transfer price*", che ha portato alla pubblicazione del Rapporto finale sulle Azioni 8, 9 e 10 del progetto OCSE "*Base Erosion and Profit Shifting*" e alle novate Linee Guida OCSE approvate in data 10 Luglio 2017.

Alla luce di tale chiaro *input* atto a fornire delle linee guida univoche per l'applicazione della disciplina del *transfer pricing*, la pubblicazione da parte del Ministero di uno schema di decreto volto a dirimere le numerose questioni sorte sul tema, sono particolarmente benvenute al fine di porre termine ad approcci applicativi ed interpretazioni della norma contraddittori che a lungo hanno alimentato l'incertezza del diritto legata a tale tematica, indebolendo la posizione delle società italiane che operano con controparti estere con le quali sussiste un rapporto di controllo.

Stante quanto sopra riportato e in considerazione della volontà di RSM Studio Palea Lauri Gerla di collaborare nel processo di adeguamento delle disposizioni interne in tema di *transfer pricing* alle indicazioni fornite a livello sovranazionale e di delineare definizioni chiare ed univoche, di seguito sono riportate le osservazioni e i commenti scaturiti dall'analisi dello schema di decreto in oggetto.

#### **Commenti in merito all'Articolo 2.**

Appare, da una prima lettura del presente articolo, una interpretazione del concetto di "imprese associate" eccessivamente ampio e non esattamente allineato alla norma sottostante, l'articolo 110, comma 7, del DPR 917 /86 (T.U.I.R.).

In particolare, nel fornire la definizione di imprese associate lo schema di decreto amplia il concetto facendovi rientrare anche le imprese residenti nel territorio dello Stato e le società estere controllate o gestite, direttamente o indirettamente, *dalla stessa persona o gruppo di persone che controllano una società estera*. Trattasi quindi potenzialmente di soggetti che non svolgono attività di impresa in proprio, formando così un gruppo con le imprese controllate, ma che controllano le stesse in virtù di una mera partecipazione al capitale.

Tale circostanza, ad avviso degli scriventi, non appare invece tale da poter configurare *ex se* il controllo rilevante, sia sulla base della Legge sia ai sensi della circolare 32/1980 del Ministero delle Finanze. Il controllo basato sul possesso della maggioranza del capitale sociale, per poter essere considerato rilevante ai fini dei prezzi di trasferimento, deve essere accompagnato da ulteriori requisiti tali da configurare una *direzione economica unitaria di un gruppo da parte di una medesima impresa*, riconducendo così la fattispecie nell'alveo applicativo dell'articolo 110, comma 7, del T.U.I.R.

Alla lettera 1.a.2) il termine "persona o gruppo di persone" andrebbe quindi ricondotto ai termini "impresa" e "società". Il termine "persona" alla lettera 1.b.a) e 1.b.b) dovrebbe essere espunto, per lasciare esclusivamente il riferimento alla impresa, così come previsto dall'articolo 110, comma 7, del T.U.I.R.

La definizione prevista dallo schema di decreto introduce dunque una casistica di controllo del tutto nuova nell'ambito di applicazione della normativa del *transfer pricing*. In merito è opportuno richiamare come l'ambito soggettivo di applicazione dell'articolo 110 comma 7 del T.U.I.R. sia individuabile nelle transazioni intercorse tra "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...". Si può dunque osservare come già nella nozione normativa del concetto di controllo è unicamente richiamato quello esistente tra un'impresa italiana e una società estera. Tale concetto è stato successivamente richiamato ed esplicitato dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate, emanato in data 29 settembre 2010, nel quale vengono dettati gli oneri documentali in materia di prezzi di trasferimento e nell'identificare l'ambito soggettivo di applicazione della normativa viene chiarito che essa si applica alle holding, sub-holding e imprese appartenenti ad un gruppo multinazionale e che hanno rapporti di controllo con altre "società, imprese commerciali o altro soggetto dotato di personalità giuridica esercente attività commerciale".

Sebbene il concetto di "controllo" sia stato di per sé oggetto di numerosi dibattiti, volti ad individuare i limiti entro i quali esso doveva essere interpretato, il presupposto per il quale il controllo dovesse esistere tra due soggetti giuridici "imprenditori" (qualsivoglia fosse la loro forma) non è stato oggetto di discussione.

In merito al tema dell'estensione del concetto di controllo e alla volontà di superare i limiti imposti dalla nozione civilistica data dall'articolo 2359 del codice civile è anche intervenuta la cassazione con la sentenza 8130 del 22 Aprile 2016 la quale, rifacendosi alla circolare del Ministero delle Finanze n. 32 del 22/09/1980 chiarisce come il concetto di controllo contenuto nell'articolo 110 comma 7 del TUIR non sia riconducibile alle nozioni fornite dall'articolo 2359 del codice civile, chiaramente sottolineando in tale sede come "...per la identificazione del soggetto interno cui applicare la disciplina di contrasto al fenomeno del *transfer pricing* in presenza di una situazione di controllo, la norma usa il termine «**impresa**» (concetto ovviamente più ampio e comprensivo di società, cui mal si attaglierebbe dunque il concetto di controllo quale definito dall'art. 2359 cod. civ., facendo questo riferimento esclusivamente a rapporti tra due o più società)". Si rileva dunque come anche il dibattito sul tema del controllo non ha in alcun modo interessato o presupposto la possibilità per la quale il controllo sia esercitato da persone fisiche in quanto la norma non lo prevede.

In altre parole, l'articolo 110, comma 7, del T.U.I.R. correttamente riconduce sempre il "vertice decisionale" del gruppo ad un soggetto *che svolge attività di impresa*, poiché tale soggetto è quello che rappresenta il confine ultimo del gruppo inteso come "gruppo economico". A tale proposito, benché corretto non limitare il presupposto della norma richiamata alla esistenza del mero controllo codicistico, non si ritiene però conforme alle finalità ed alla lettera della norma l'assunto di ritenere applicabile automaticamente la disciplina dei prezzi di trasferimento sulla base di un mero controllo partecipativo da parte di un unico soggetto non imprenditore.

Stante quanto sopra riportato appare non solo incoerente ma addirittura in contrasto con le vigenti norme in tema di prezzi di trasferimento l'inclusione nella definizione di imprese associate delle imprese sottoposte ad un controllo individuale ovvero congiunto da parte di una o più persone fisiche. Si ritiene che tale definizione esuli dall'ambito soggettivo dettato a livello legislativo per l'applicazione della normativa sul *transfer pricing* e pertanto si raccomanda la revisione dell'articolo 2 al fine di attenersi alle disposizioni attualmente presenti.

In ogni caso, il termine "persona" utilizzato nell'articolo 2, non ulteriormente definito, pare includere tanto le persone fisiche quanto quelle giuridiche. Resta apparentemente incerto il confine da attribuire a tale termine. Si considerino le situazioni laddove il socio di ultimo livello è rappresentato da una società o ente privo di personalità giuridica e che non svolge attività di impresa ovvero, ad esempio, da un fondo comune di investimento.

Si sottolinea infine come una modifica repentina al perimetro di applicazione delle norme sul *transfer pricing* introdotta mediante tale decreto, senza apportare un'apposita modifica alla norma sottostante, genererebbe una notevole incertezza e darebbe adito a numerose contestazioni.

### **Commenti in merito all'Articolo 6.**

Le precisazioni fornite dall'articolo 6 dello schema di decreto erano particolarmente attese al fine di chiarire numerosi contrasti intervenuti tra i contribuenti e l'Amministrazione Finanziaria nello scegliere la grandezza statistica da prendere a riferimento per la determinazione del rispetto del principio di libera concorrenza nel contesto delle transazioni tra imprese associate.

In merito si rileva come, generalmente, i risultati derivanti dalle analisi di *benchmark* condotte siano sintetizzati mediante apposite misure statistiche volte a creare un intervallo di valori atto a rappresentare congiuntamente le osservazioni derivanti dal campione individuato. È prassi comune in tal senso ricorrere all'intervallo interquartile in quanto esprime il 50% delle osservazioni del campione, e precisamente include il 25% delle osservazioni immediatamente al di sopra ed il 25% delle osservazioni immediatamente al di sotto della mediana: gli estremi, inferiore e superiore, dell'intervallo

interquartile sono quindi costituiti dal primo quartile e dal terzo quartile dell'intervallo esteso delle osservazioni. L'utilizzo dell'intervallo interquartile al fine di definire la remunerazione "normale" di un'attività d'impresa consente di meglio neutralizzare l'effetto di eventuali differenze nel profilo funzionale e di rischio delle società comparabili, rispetto ad altre grandezze statistiche quali la media semplice e la deviazione *standard*, essendo queste ultime più sensibili all'effetto di singoli valori estremi (molto "alti" o molto "bassi") riscontrati tra il totale delle osservazioni.

Secondo quanto riportato dall'articolo 6 in questione "*Si considera conforme al principio di libera concorrenza l'intervallo di valori risultante dall'indicatore finanziario selezionato in applicazione del metodo più appropriato ai sensi dell'articolo 4, qualora gli stessi siano riferibili a un numero di operazioni non controllate, ognuna delle quali risulti parimenti comparabile all'operazione controllata...*". Tale definizione chiarisce ogni dubbio in merito alle grandezze statistiche cui fare riferimento per la determinazione della correttezza dei prezzi *intercompany* accogliendo l'approccio seguito dalle Linee Guida OCSE le quali nel paragrafo §3.60 specificano che "*if the relevant condition of the controlled transaction (e.g. price or margin) is within the arm's length range, no adjustment should be made*" e, con riferimento ai valori dell'intervallo a cui fare affidamento specificano al §3.62 che "*where the range comprises results of relatively equal and high reliability, it could be argued that any point in the range satisfies the arm's length principle*".

Il nuovo approccio dettato dallo schema di decreto sembra dunque ritenere che, qualora tutte le transazioni prese a riferimento risultino parimenti comparabili all'operazione controllata, tutti i valori ricompresi nell'intervallo statistico siano conformi al principio di libera concorrenza.

In merito si sottolinea quanto riportato dalle Linee Guida dell'OCSE le quali evidenziano che, poiché il *transfer pricing* non è una scienza esatta, nei casi in cui sia stato fatto il possibile per eliminare le società che presentano un minor grado di comparabilità con la *tested party*, il risultato che si ottiene è un insieme di risultati attendibili<sup>1</sup>. Non è, di norma, tuttavia possibile escludere che, dato il processo utilizzato per la selezione dei *comparables* e la limitatezza delle informazioni disponibili, possano permanere alcuni difetti di comparabilità che non è possibile identificare e/o quantificare. In questi casi, l'OCSE afferma che *se l'intervallo comprende un numero sufficiente di osservazioni*, gli strumenti statistici che tengono conto della tendenza centrale per restringere l'intervallo (ad esempio, l'intervallo interquartile) potrebbero contribuire a migliorare l'affidabilità dell'analisi<sup>2</sup>. Quindi, conformemente alle raccomandazioni OCSE (e alla miglior prassi in materia), l'intervallo interquartile è generalmente preferito come riferimento di libera concorrenza, in presenza delle sopra richiamate circostanze.

Il paragrafo 6.2. precisa infine che qualora i valori riscontrati non si collochino all'interno dell'intervallo di libera concorrenza "*l'amministrazione finanziaria effettua una rettifica al fine di riportare il predetto indicatore all'interno dell'intervallo di cui al comma 1*".

Tale previsione appare quindi confermare quanto auspicato dagli operatori, ovvero che la rettifica debba essere effettuata fino a concorrenza del valore sufficiente per rientrare nell'intervallo di confidenza e non ad un qualsivoglia valore puntuale compreso nell'intervallo (e.g. la mediana).

L'approccio più volte riscontrato da parte dai verificatori fiscali in caso di accertamento consiste invece nel fare riferimento unicamente alla mediana della distribuzione statistica dei risultati ottenuti dal *benchmark*. Tale modifica è quindi accolta favorevolmente, soprattutto in ragione dell'errore logico sottostante la scelta di considerare corretto un unico valore di riferimento (in quanto sottende l'idea secondo la quale una società debba marginare un preciso valore senza potersene discostare anche in misura marginale).

Con osservanza.

RSM Studio Palea Lauri Gerla

---

<sup>1</sup> Cfr. § 3.55, OECD TPG.

<sup>2</sup> Cfr. § 3.62, OECD TPG.