



Dott. Francesco Avella, LL.M.

Milano, 20 marzo 2018

Spett.le

Ministero dell'Economia e delle Finanze

VIA E-MAIL: consultazionepubblicaTP@mef.gov.it

Si esprime vivo apprezzamento per l'iniziativa del Ministero dell'Economia e delle Finanze di avviare una consultazione in merito allo schema di decreto ministeriale previsto dal comma 7 dell'art. 110 del testo unico delle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR), recante linee guida per l'applicazione del suddetto comma in materia di prezzi di trasferimento.

In generale, si condividono i contenuti della bozza di articolato in consultazione, che si ritiene possano contribuire a favorire e migliorare la gestione concreto della tematica dei prezzi di trasferimento e i rapporti tra fisco e imprese. Tuttavia, alcune delle previsioni contenute in tale schema di decreto potrebbero comportare l'insorgere di contestazioni/controversie ovvero non risultare del tutto chiare. Si riportano pertanto, di seguito, alcune osservazioni e proposte di modifica, per ciascun articolo di interesse, auspicabilmente utili a favorire una maggiore chiarezza ed efficacia delle disposizioni.

* * * * *



Dott. Francesco Avella, LL.M.

Art. 2 Definizioni

2.a Tematica: nozione di “*imprese associate*”.

Paragrafi delle Linee Guida OCSE 2017 interessati: nessuno.

Finalità della richiesta: precisare ulteriormente la nozione di “*imprese associate*” e circoscrivere i casi rilevanti di controllo comune da parte di più persone.

Osservazioni:

- la definizione di “*imprese associate*” poggia sulla nozione di “*partecipazione nella gestione, nel controllo e nel capitale*” (peraltro coerente con l’art. 9 del Modello di Convenzione OCSE), che già contempla la partecipazione indiretta [esplicitamente al comma 1(b)(a) ed implicitamente al comma 1(b)(b)]. Per evitare ridondanze che potrebbero ingenerare dubbi, si osserva che sarebbe opportuno eliminare la locuzione “*direttamente o indirettamente*” presente ai comma 1(a)(1) e 1(a)(2), mantenendo invariati i commi 1(b)(a) e 1(b)(b). Con l’occasione, potrebbe altresì precisarsi se debba o meno tenersi conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo;
- il tenore letterale dei commi 1(b)(a) e 1(b)(b), laddove fanno riferimento a “*una persona o un’impresa*”, può ingenerare il dubbio che una “*impresa*” non sia anche una “*persona*”; ciò potrebbe impattare sull’interpretazione del comma 1(a)(2) che invece contempla soltanto l’ipotesi in cui “*la stessa persona o più persone partecipano*” e non invece il caso in cui “*la stessa persona o impresa o più persone o imprese partecipano*”. Per evitare di ingenerare dubbi, si osserva che sarebbe opportuno sostituire la locuzione “*una persona o un’impresa*” presente ai commi 1(b)(a) e 1(b)(b) con la locuzione “*una persona*”, e sarebbe opportuno dare una definizione del termine “*persona*” in modo che contempli espressamente persone



Dott. Francesco Avella, LL.M.

fisiche, imprese ed enti che non costituiscono imprese (seguendo, cioè, un approccio simile a quello del Modello di Convenzione OCSE);

- il tenore letterale del comma 1(a)(2), laddove fa riferimento a “*più persone partecipano*”, non chiarisce quale legame debba sussistere tra tali persone affinché, tutte insieme, possano integrare la partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale di entrambe le imprese; inoltre, non è pienamente coerente con i commi 1(b)(a) e 1(b)(b) che letteralmente contemplano il solo caso singolare. Si osserva che sarebbe opportuno rimuovere dal comma 1(a)(2) la locuzione “*o più persone*” ed inserire un nuovo comma 2 simile a quello già contenuto in altri decreti ministeriali (ad esempio il comma 3 dell’art. 1 del decreto 21 novembre 2001, n. 429 in materia di CFC) dove sia precisato che ai fini della verifica della sussistenza della partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all’art. 5, comma 5, del TUIR (ed eventualmente di altre casistiche specificamente individuate, quale, ad esempio, il caso di *joint venture*);
- il comma 1(b)(a) si riferisce soltanto alla partecipazione nel capitale (per oltre il 50%) e non contempla le ipotesi in cui sussista una partecipazione maggioritaria nei diritti di voto e/o nei diritti agli utili; è pur vero che la partecipazione maggioritaria nei diritti di voto potrebbe rientrare nell’ipotesi di “influenza dominante” di cui al comma 1(b)(b), ma non è chiaro se possa rientrarvi anche il caso di partecipazione maggioritaria nei diritti agli utili (nel consolidato fiscale nazionale, ad esempio, la partecipazione maggioritaria agli utili è considerata un fattore di controllo dall’art. 120 TUIR). Si osserva che sarebbe opportuno circoscrivere il significato di “influenza dominante” prevedendo una apposita definizione e, con l’occasione, chiarire l’eventuale rilevanza dei diritti di voto e/o dei diritti agli utili.



Dott. Francesco Avella, LL.M.

Art. 3 Nozione di comparabilità

3.a Tematica: differenze nelle condizioni delle operazioni e valori estremi (tra cui negativi).

Paragrafi delle Linee Guida OCSE 2017 interessati: par. 3.63 e seguenti.

Finalità della richiesta: precisare espressamente la non automatica esclusione di operazioni non controllate aventi indicatori finanziari negativi.

Osservazioni:

- il comma 1(a) prevede che un'operazione non controllata si considera comparabile ad un'operazione controllata quando non sussistono differenze significative nelle relative condizioni tali da incidere in maniera rilevante sull'indicatore finanziario utilizzabile in applicazione del metodo più appropriato. Si osserva che sarebbe opportuno precisare con apposita previsione, che la circostanza che gli indicatori finanziari relativi alle operazioni non controllate presentano valori estremi (tra cui valori negativi) non determina automaticamente una differenza significativa nelle relative condizioni. Ciò per risolvere un dibattito applicativo ricorrente nei rapporti con l'amministrazione finanziaria e rispettare le considerazioni sulla comparabilità svolte ai par. 3.63, 3.64 e 3.65 delle Linee Guida OCSE, secondo cui: *“Un risultato estremo può essere escluso a causa del fatto che un difetto di comparabilità significativo precedentemente ignorato sia stato portato alla luce, non unicamente a causa del fatto che il risultato proveniente dal "comparabile" proposto sembri semplicemente essere molto diverso dai risultati osservati per altri "comparabili" proposti”* e *“Un'impresa indipendente non manterrà attività in perdita a meno di avere ragionevoli aspettative di utili futuri. (...) ciò non significa che le transazioni in perdita non sono mai comparabili. In generale, tutte le informazioni rilevanti dovranno essere utilizzate e non ci dovrà essere nessuna regola predominante che*



Dott. Francesco Avella, LL.M.

porti all'inclusione o all'esclusione di comparabili in perdita. A dire il vero, sono i fatti e le circostanze riguardanti il soggetto sotto esame che dovranno determinare il suo status di soggetto comparabile, non i suoi risultati finanziari” e “I comparabili che generano perdite ma soddisfano l'analisi di comparabilità non dovranno, tuttavia, essere esclusi sulla sola base delle perdite conseguite”.

3.b Tematica: aggiustamenti di comparabilità.

Paragrafi delle Linee Guida OCSE 2017 interessati: par. 3.48 e seguenti.

Finalità della richiesta: contemplare espressamente la validità di aggiustamenti di comparabilità che non eliminano del tutto le differenze ai fini della comparazione, purché siano idonei a ridurle in modo significativo.

Osservazioni:

- il comma 1(b) prevede che siano ammissibili aggiustamenti di comparabilità “*così da eliminare gli effetti*” delle differenze ai fini della comparazione. Le Linee guida OCSE, invece, sottolineano che il fine ultimo degli aggiustamenti è di ottenere migliori condizioni di comparabilità (par. 3.49) e, quindi, non necessariamente di eliminare del tutto le differenze; invero, il par. 3.51 evidenzia che alcune differenze tra operazioni sono ineliminabili, in quanto *ab origine* la determinazione dei prezzi di trasferimento non è una scienza esatta (par. 3.55) e che l'applicazione del principio di libera concorrenza permette di ottenere solo un'approssimazione delle condizioni che sarebbero stabilite tra imprese indipendenti. Si osserva che sarebbe opportuno modificare la locuzione nel senso di rendere ammissibili aggiustamenti di comparabilità “*così da eliminare o ridurre in modo significativo gli effetti*” delle differenze ai fini della comparazione.



Dott. Francesco Avella, LL.M.

3.c Tematica: fattori di comparabilità.

Paragrafi delle Linee Guida OCSE 2017 interessati: par. 1.36 e seguenti.

Finalità della richiesta: chiarire che l'elencazione dei cinque fattori di comparabilità è esaustiva, in linea con quanto desumibile dalle Linee guida OCSE.

Osservazioni:

- il comma 2 dispone che è necessario considerare gli elementi economicamente rilevanti delle stesse, o fattori di comparabilità, “*ivi inclusi: ...*”. La locuzione “*ivi inclusi*” lascia aperta la possibilità che esistano altri elementi rilevanti diversi dai cinque fattori di comparabilità indicati al par. 1.36 delle Linee guida OCSE 2017, contrariamente a quanto lascia intendere detto paragrafo delle Linee guida. Si osserva che sarebbe opportuno sostituire la locuzione “*ivi inclusi*” con una diversa locuzione che sottintenda l'esaustività dell'elencazione successiva, come ad esempio “*è necessario considerare i seguenti elementi economicamente rilevanti delle stesse, o fattori di comparabilità: ...*”.



Dott. Francesco Avella, LL.M.

Art. 4 Metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento

4.a Tematica: metodo prescelto e affidabilità delle informazioni.

Paragrafi delle Linee Guida OCSE 2017 interessati: par. 3.68 e seguenti.

Finalità della richiesta: chiarire a quale data deve sussistere la “*disponibilità*” delle informazioni affinché esse possano ritenersi “*affidabili*”.

Osservazioni:

- il comma 1(c) stabilisce che, per la scelta del metodo più appropriato, deve esservi “*disponibilità di informazioni affidabili*”, ma nulla viene precisato in merito al significato dei termini contenuti in tale locuzione; in particolare, non viene precisato se il termine “*disponibilità*” debba essere inteso anche secondo una accezione temporale, per cui le informazioni devono essere disponibili ad una determinata data. Si osserva che sarebbe opportuno precisare che la disponibilità deve sussistere ad una determinata data, da individuare secondo i criteri sulla “*data di raccolta*” dei parr. 3.69 e seguenti delle Linee guida OCSE, e che le informazioni disponibili a tale data devono ritenersi “*affidabili*” per la corretta applicazione di un metodo; questo, anche se, alla data di riferimento, non sono ancora disponibili informazioni relative al periodo d’imposta oggetto di osservazione. Ciò sarebbe rispettoso del primario criterio di ragionevolezza dei costi posti in capo al contribuente per il reperimento delle informazioni, come sancito dal par. 3.80 delle Linee guida OCSE, e consentirebbe di mitigare il ricorrente problema pratico, per cui i metodi sono spesso applicati dalle imprese sulla base delle informazioni relative ai periodi d’imposta precedenti a quello oggetto di analisi (ad esempio, l’analisi del periodo d’imposta 2018 viene effettuata utilizzando i dati del triennio precedente 2015-2017 poiché i dati 2018 delle operazioni comparabili non sono



Dott. Francesco Avella, LL.M.

ancora disponibili), mentre l'amministrazione finanziaria spesso verifica i prezzi di trasferimenti delle imprese includendo dati del periodo d'imposta oggetto di analisi che si sono resi disponibili solo in un secondo momento (nell'esempio, la verifica sul periodo d'imposta 2018 viene effettuata utilizzando i dati del triennio precedente 2016-2018). Ciò sarebbe altresì rispettoso del par. 3.68 delle Linee guida OCSE, ove si afferma l'utilità, ma non l'obbligatorietà, di considerare le informazioni delle operazioni comparabili effettuate nel medesimo periodo delle operazioni tra imprese associate, riconoscendo che *“la disponibilità di informazioni contemporanee sulle transazioni tra imprese indipendenti potrebbe essere limitata al momento della raccolta”*.



Dott. Francesco Avella, LL.M.

Art. 6 Intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza

6.a Tematica: intervallo di valori di libera concorrenza e valori estremi (tra cui negativi).

Paragrafi delle Linee Guida OCSE 2017 interessati: par. 3.55 e seguenti.

Finalità della richiesta: chiarire la nozione di intervallo di valori di libera concorrenza in rapporto alla presenza di valori estremi.

Osservazioni:

- i commi 1 e 2 specificano che l'intervallo di valori risultante dall'indicatore finanziario selezionato si considera conforme al principio di libera concorrenza – e, quindi, che un'operazione controllata si considera realizzata in conformità al principio di libera concorrenza – qualora il relativo indicatore finanziario è compreso in detto intervallo. Si osserva che sarebbe opportuno precisare che l'intero intervallo di valori è conforme al principio di libera concorrenza. La precisazione sarebbe opportuna, in quanto il comma 1 rimarca che i valori dell'intervallo sono validi se riferibili ad un numero di operazioni non controllate “ognuna delle quali risulti parimenti comparabile all'operazione controllata”: questa locuzione potrebbe ingenerare dubbi applicativi, sul se i valori estremi (tra cui i valori negativi) siano “parimenti comparabili”, o meno; dubbio applicativo teoricamente giustificato nell'ottica di quanto precisato ai parr. 3.56 e 3.57 delle Linee guida OCSE, secondo cui “In taluni casi, non tutte le transazioni comparabili avranno livelli relativamente equivalenti di comparabilità. Qualora sia possibile stabilire che alcune transazioni tra parti indipendenti presentino un grado inferiore di comparabilità, esse dovranno essere eliminate” e “È anche possibile che, dopo che ogni sforzo è stato fatto per escludere i valori che presentano un livello inferiore di comparabilità, ciò che si ottiene è un intervallo di



Dott. Francesco Avella, LL.M.

valori per i quali si considera che, data la metodologia utilizzata per la selezione dei comparabili e i limiti riguardanti le informazioni disponibili a proposito di tali comparabili, permangono dei difetti di comparabilità che non possono essere identificati e/o quantificati e che non sono quindi rettificati. In tali casi, se l'intervallo comprende un numero significativo di osservazioni, strumenti statistici che tengano conto della tendenza ad accorpare al centro i valori per restringere l'intervallo (come l'intervallo interquartile o altri percentili) potrebbero contribuire a rafforzare l'affidabilità dell'analisi"; ma che, tuttavia, non dovrebbe tramutarsi in una automatica esclusione dei valori estremi, posto che al par. 3.63 delle Linee guida OCSE si afferma ulteriormente che: "Un risultato estremo può essere escluso a causa del fatto che un difetto di comparabilità significativo precedentemente ignorato sia stato portato alla luce, non unicamente a causa del fatto che il risultato proveniente dal "comparabile" proposto sembri semplicemente essere molto diverso dai risultati osservati per altri "comparabili" proposti".

6.b Tematica: rettifiche dell'amministrazione finanziaria per riportare l'indicatore all'interno dell'intervallo di valori di libera concorrenza.

Paragrafi delle Linee Guida OCSE 2017 interessati: par. 3.55 e seguenti.

Finalità della richiesta: chiarire che le rettifiche da parte dell'amministrazione finanziaria non possono automaticamente basarsi su valori mediani o medi.

Osservazioni:

- il comma 3 dispone che, se l'indicatore finanziario di un'operazione controllata o di un insieme di operazioni aggregate in base all'articolo 5 non rientra nell'intervallo di libera concorrenza, l'amministrazione finanziaria effettua una rettifica al fine di



Dott. Francesco Avella, LL.M.

riportare il predetto indicatore all'interno dell'intervallo di valori di libera concorrenza. Tale disposizione è da accogliere con favore, in quanto implica che:

- se l'indicatore finanziario di un'operazione controllata rientra nell'intervallo di libera concorrenza, l'amministrazione finanziaria non è legittimata ad operare alcuna rettifica. Ciò in linea con quanto precisano le Linee guida OCSE al paragrafo 3.60 *“Se il parametro significativo della transazione tra imprese associate (come il prezzo o il margine) si trova all'interno dell'intervallo dei prezzi di libera concorrenza, non si dovrebbe eseguire nessuna rettifica”*. Tuttavia, è opportuno che tale principio venga applicato avendo riguardo per l'intero intervallo di valori (e non già avendo riguardo per una parte ridotta di esso quale, ad esempio, l'intervallo interquartile) e la precisazione suggerita più sopra, nella sezione 6.a, è vieppiù opportuna in tal senso;
- se l'indicatore finanziario di un'operazione controllata non rientra nell'intervallo di libera concorrenza, l'amministrazione finanziaria è legittimata ad operare una rettifica. Si osserva che sarebbe opportuno precisare che l'amministrazione finanziaria non è legittimata a basare automaticamente detta rettifica sul valore mediano dell'intervallo di libera concorrenza, ma può farlo soltanto laddove sussistano difetti di comparabilità che l'amministrazione stessa possa motivare. Ciò in conformità a quanto precisato al par. 3.62 delle Linee guida OCSE, secondo cui *“l'amministrazione fiscale determinerà il valore all'interno dell'intervallo dei prezzi di libera concorrenza con cui rettificare la transazione tra imprese associate. 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*



Dott. Francesco Avella, LL.M.

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 (sottolineatura aggiunta).



Dott. Francesco Avella, LL.M.

Art. 7 Ulteriori disposizioni applicative

7.a Tematica: disposizione applicative e loro emanazione da parte del Ministro dell'economia e delle finanze.

Paragrafi delle Linee Guida OCSE 2017 interessati: nessuno.

Finalità della richiesta: mantenere l'emanazione delle linee guida in capo al Ministro dell'economia e delle finanze per maggiore conformità all'art. 110 comma 7, TUIR.

Osservazioni:

- l'art. 110, comma 7, TUIR sancisce che *“Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le linee guida per l'applicazione del presente comma”*. L'art. 7 dello schema di decreto ministeriale di fatto subdelega all'Agenzia delle entrate parte dei poteri attribuiti al Ministro dell'economia e delle finanze, peraltro facendo riferimento a *“disposizioni applicative”* mentre la norma primaria utilizza il termine *“linee guida”*. Si osserva che sarebbe opportuno, per maggiore conformità all'art. 110, comma 7, TUIR, che uno o più successivi provvedimenti siano emanati direttamente dal Ministro dell'economia e delle finanze sotto forma di decreti, eventualmente di concerto con il Direttore dell'Agenzia delle entrate, ma pur sempre sotto forma di decreti del Ministro dell'economia e delle finanze. Ciò eviterebbe di esporre eventuali provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle entrate a potenziali censure di conformità al dettato della norma primaria.
