

21 marzo 2018

Tax Team Grande Stevens

tax@grandestevens.it

Schema di decreto ministeriale richiamato dal comma 7 dell'art. 110 Tuir

Gent.mi,

ringraziando per l'opportunità, formuliamo nel seguito le seguenti osservazioni.

Commenti sul DM

Art. 2 - Definizioni

La definizione di *imprese associate* prevede due diversi casi:

- la partecipazione "verticale" (diretta o indiretta) alla gestione, controllo o capitale da parte di una delle due società tra cui intercorrano transazioni soggette alla disciplina transfer pricing nei confronti dell'altra (comma 1, n. 1);
- la partecipazione "orizzontale" (diretta o indiretta) nelle due società tra cui intercorrano transazioni soggette alla disciplina transfer pricing non solo da parte di imprese ma anche di una "o più persone" (comma 1, n. 2).

L'estensione del regime transfer pricing anche ai casi di partecipazione da parte di soggetti diversi dalle società travalica il dettato normativo di cui all'art. 110, comma 7, Tuir che limita il perimetro di applicazione ai soli casi di controllo societario.

L'estensione del regime anche ai casi di controllo da parte di soci diversi dalle società porrebbe problemi applicativi ai fini dell'individuazione dei casi in cui sussista una influenza dominante tale da alterare i prezzi tra società associate per ragioni fiscali.

In primo luogo, sorge il dubbio se la partecipazione di più persone debba intendersi riferita ai casi in cui le stesse siano correlate in ragione di un rapporto familiare, analogamente a quanto previsto dalla disciplina CFC di cui all'art. 167 Tuir. Un'applicazione generalizzata ad altre fattispecie quali, ad esempio, il caso dei patti parasociali, potrebbe attrarre al regime transfer pricing casistiche in cui, di per sé, non può ravvisarsi alcun rischio di manipolazione dei prezzi tra società associate in assenza di un'influenza dominante da parte di uno dei soci. I patti parasociali, infatti, regolano i rapporti tra soci che non necessariamente determinano un controllo di fatto o un'influenza dominante sulle decisioni commerciali o finanziarie delle imprese partecipate. Un distinguo sarebbe necessario, quanto meno, tra soci con poteri di amministrazione o meno. Soci senza poteri di amministrazione, infatti, non possono incidere sulle scelte gestionali delle società partecipate anche in ragione del rapporto di alterità tra soci e amministratori di società di capitali, cui è riservata *ex lege* la gestione aziendale. In assenza di elementi probatori dell'esercizio di poteri gestori da parte dei soci in punto di fatto, l'eventuale sussistenza di patti parasociali tra soci

non amministratori non sarebbe sufficiente ad alterare la corretta determinazione dei prezzi infragruppo tra le imprese associate.

Auspichiamo pertanto che la definizione di imprese associate sia rivista al fine di circoscrivere l'applicazione del regime transfer pricing in presenza di patti parasociali tra soci non amministratori ai soli casi di sussistenza di un'influenza dominante.

Art. 4 - Metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento

Il comma 6 dell'art. 4 vincola l'amministrazione finanziaria all'utilizzo del metodo transfer pricing adottato dall'impresa, se riconosciuto come il metodo più appropriato alle circostanze del caso in base al comma 1 dello stesso art. 4 e ai successivi commi.

Tuttavia, l'inclusione, tra due virgole, dell'inciso "*se le condizioni delle operazioni controllate sono coerenti con il principio di libera concorrenza*" solleva dubbi in merito al suo significato. Assumendo che l'inciso si limiti semplicemente a descrivere l'analisi richiesta ai fini transfer pricing, segnaliamo l'opportunità di eliminare le due virgole ad inizio e fine dell'inciso come segue:

Qualora (...), la verifica se le condizioni delle operazioni controllate sono coerenti con il principio di libera concorrenza si deve basare, da parte dell'amministrazione finanziaria, sul metodo applicato dall'impresa.

In tal modo si renderebbe esplicito che una mera divergenza sui criteri di selezione dei comparabili, o sulla loro effettiva comparabilità con l'impresa associata oggetto di controllo, non consente all'amministrazione finanziaria l'adozione di un diverso metodo transfer pricing, ferma restando la possibilità di sindacarne la scelta dimostrando che non costituisca quello più appropriato alle circostanze del caso.

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

L'art. 6 adotta il principio OCSE secondo cui l'amministrazione finanziaria può rettificare i prezzi infragruppo soltanto se l'indicatore finanziario relativo alla società oggetto di verifica sia al di sotto dell'intervallo dei valori di mercato individuati (OCSE, 3.62).

Pur se desumibile *a contrario* dal comma 3 dell'art. 6, auspichiamo che sia precisato espressamente che qualsiasi posizionamento all'interno (o al di sopra) dell'intervallo dei valori di mercato non possa dar luogo a rettifica da parte dell'amministrazione finanziaria in assenza di discordanze sul profilo funzionale della società oggetto di verifica rispetto ai comparabili selezionati.

Proposte su temi non trattati nel DM

Segnaliamo nel seguito alcuni dei principali punti controversi emersi nella nostra esperienza professionale che auspichiamo siano chiariti dal DM o, se più indicato, da appositi decreti ministeriali come previsti dall'art. 110, comma 7, Tuir.

Nuovi principi contabili OIC

L'eliminazione della classe E sulle voci straordinarie del conto economico in base ai nuovi principi OIC può ostacolare la corretta individuazione del margine operativo effettivo. Si pone quindi la necessità di identificare e analizzare le componenti positive e negative derivanti da operazioni straordinarie o comunque estranee alla gestione caratteristica.

Rispetto ai comparabili riteniamo che l'unica fonte ai fini dell'individuazione di eventuali voci straordinarie sia costituita dalla sezione *Ricavi o costi eccezionali* di cui alla nota integrativa dei bilanci d'esercizio.

Sarebbe auspicabile, tuttavia, il riconoscimento esplicito della possibilità di sterilizzare le componenti estranee alla gestione caratteristica in un'apposita sezione dello schema di documentazione nazionale ai fini transfer pricing, indipendentemente dai dati desumibili dai bilanci delle società selezionate come comparabili.

Ammortamento avviamento e svalutazioni o accantonamenti rischi

Le Linee Guida OCSE prevedono che le “*voci eccezionali di natura non ricorrente dovranno in linea generale essere escluse*” (OCSE, 2.86) in sede di applicazione del metodo reddituale TNMM.

Nella prassi, tuttavia, tale principio è spesso disatteso. L'adozione di specifiche linee guida sui casi in cui considerare le voci eccezionali ridurrebbe il contenzioso sul punto.

In particolare, rispetto all'avviamento, sarebbe opportuno esplicitare la possibilità di adottare il criterio dell'Ebitda in luogo dell'Ebit in presenza di divergenze significative al riguardo tra la società oggetto di verifica ed i comparabili selezionati.

Una generale sterilizzazione dell'ammortamento dell'avviamento, ove presente soltanto nel bilancio dei comparabili o, alternativamente nel bilancio della società oggetto di verifica, consentirebbe inoltre di comparare società soggette ai principi OIC rispetto a quelle soggette ai principi IFRS, che non consentono l'ammortamento dell'avviamento.

Inoltre, la prassi contabile italiana adotta politiche di ammortamento variegata, passando dal criterio prudenziale dei 5 anni a periodi ben più lunghi fino a 18 o 20 anni. Il criterio prudenziale può essere scarsamente rappresentativo della rilevanza economica dell'avviamento nel tempo e, pertanto, riteniamo sia inidoneo ai fini transfer pricing.

In ogni caso, l'ammortamento dell'avviamento può anche avere natura indeducibile, se emerso a seguito di fusioni, scissioni o conferimento di azienda in assenza di affrancamento volontario. La mancata sterilizzazione delle poste indeducibili, in tal caso, produce un effetto di doppia tassazione.

Auspichiamo pertanto, quanto meno, un chiarimento sulla sterilizzazione di poste indeducibili in via permanente.

Analogamente, la prassi rispetto agli accantonamenti è variegata. Alcuni gruppi utilizzano criteri omogenei per la gestione degli accantonamenti su rischi crediti adottando politiche identiche in più Paesi. Nella nostra esperienza riscontriamo che la prassi dei gruppi può divergere significativamente da quella adottata da imprese indipendenti non appartenenti a gruppi, operanti in Italia. L'adozione di politiche contabili restrittive in tema di accantonamenti rischi da parte di gruppi rispetto a scelte più in linea con la prassi italiana rende disomogenei i dati utilizzati ai fini della comparazione degli indicatori finanziari. Auspichiamo pertanto l'adozione di linee guida ai fini dell'individuazione di parametri idonei a rendere omogenei i dati da comparare.

Valutazione *ex ante* vs *ex post*

Le Linee Guida OCSE riconoscono la legittimità di metodi transfer pricing basati sui dati disponibili al momento della conclusione delle transazioni (OCSE, 3.69).

Nella nostra esperienza l'amministrazione finanziaria contesta i prezzi di trasferimento basati sull'approccio preventivo sulla base di una verifica dei dati a consuntivo, ove discordanti al ribasso.

Sarebbe auspicabile che l'adozione dell'approccio *ex ante* sia sconosciuto soltanto a seguito della dimostrazione di una sua applicazione incongrua.

Gli anni di riferimento e l'anno oggetto di verifica

Salvo il caso dell'adozione del metodo CUP, di regola l'analisi di comparabilità adottata in sede di preparazione della documentazione transfer pricing raffronta l'anno oggetto di verifica con i dati relativi ad anni precedenti, non essendo in tale momento disponibili i dati dei comparabili per l'anno corrente.

Nella nostra esperienza l'amministrazione finanziaria contesta la congruità dei margini conseguiti da società oggetto di verifica semplicemente sostituendo il più risalente degli anni presi in considerazione dalle società con i risultati dell'anno corrente, in quanto disponibili al tempo della verifica.

Sarebbe auspicabile l'individuazione di parametri idonei a circoscrivere tali forme di rettifica a casi in cui sussistano altri elementi di incongruità e non soltanto un maggior margine inserendo l'anno corrente in luogo di un anno precedente. Specularmente, sarebbe utile chiarire anche i casi in cui le società possano utilizzare l'anno corrente come metodo corroborativo dei dati risultanti adottando il criterio basato sugli anni precedenti.

Criteri di ricerca banche dati

Riteniamo che l'adozione di linee guida sui criteri di ricerca da adottare nella selezione dei comparabili su banche dati contribuirebbe a ridurre il rischio di contestazioni.

In particolare, fermo restando che i criteri devono essere selezionati caso per caso in base al profilo funzionale della società oggetto di verifica ai fini transfer pricing, riteniamo che sarebbero opportune linee guida di riferimento sui seguenti punti:

- **bilanci semplificati**: i bilanci previsti dall'art. 2435-bis c.c. non contengono informazioni idonee ad un compiuto giudizio di comparabilità; auspichiamo pertanto che siano esclusi ai fini della selezione di comparabili, salvo il caso in cui oggetto di verifica sia una società che adotti lo stesso bilancio in forma semplificata;
- **società in perdita**: nella nostra esperienza, assistiamo ad una aprioristica esclusione di società in perdita: auspichiamo al riguardo l'adozione di criteri di esclusione correlati al profilo funzionale oggetto di verifica e, in ogni caso, che tale restrizione sia controbilanciata dalla esclusione di società che abbiano risultati positivi anomali ed abnormi;
- **gruppi italiani**: uno dei punti controversi in sede di verifica attiene all'esclusione o meno di società appartenenti a gruppi italiani che operano soltanto sul mercato italiano; abbiamo riscontrato prassi diametralmente opposte al riguardo; l'adozione di linee guida sul punto assicurerebbe la necessaria uniformità; tendenzialmente, considerate le difficoltà nell'individuazione di un numero adeguato di comparabili in diversi settori, riteniamo che un'esclusione aprioristica dei gruppi italiani ostacoli l'attività di ricerca; sarebbe opportuna una loro inclusione in sede di selezione automatica, salvo successiva eliminazione in presenza di risultati anomali come riscontrabili in sede di analisi qualitativa sui bilanci delle società del gruppo;
- **mercato di riferimento**: altro punto controverso attiene al perimetro geografico di selezione dei comparabili; sarebbe opportuna l'individuazione di una casistica in cui l'adozione di una ricerca specifica per Paese sia strettamente necessaria atteso che più settori commerciali presentano caratteristiche omogenee sul mercato dell'Unione Europea o in determinate sub-aree; un approccio omogeneo per area geografica è spesso dettato non solo da politiche di contenimento di costi ma anche per ragioni correlate all'individuazione degli obiettivi commerciali alle singole società operanti sui diversi mercati e i relativi parametri di valutazione.

Auspicando di aver fornito elementi utili ai fini della revisione del DM e dell'individuazione di ulteriori temi suscettibili di approfondimento, restiamo a disposizione per ogni ulteriore informazione o chiarimento.

Con osservanza,

Gaetano Pizzitola

Daniele Sabatini