

Milano, 21 marzo 2018

Paolo Ludovici
Pietro Piccone Ferrarotti

Michele Aprile
Loredana Conidi
Giammarco Cottani
Roberto Cusimano
Luca Formica
Andrea Iannaccone
Andrea Prampolini
Stefano Tellarini

Marta Ancona
Pietro Bricchetto
Daniel Canola
Andrea Gallizioli
Paolo Giuriani
Antonio La Marca Giordano
Ludovica Lorenzetto
Sergio Merlino
Giuseppe Moramarco
Marco Orlandi
Andrea Petrelli
Mariassunta Pica
Marco Striato
Michele Tarantino
Emanuele Tito
Barbara Valloncini
Edoardo Zaniboni

Gianluigi Bizioli
Raffaele Petruzzi
of counsel

Spett.le

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Email: consultazionepubblicaTP@mef.gov.it

Oggetto: Consultazione pubblica sul transfer pricing

Ludovici Piccone & Partners (di seguito "**L&P**"), ringraziando il Ministero dell'Economia e delle Finanze (di seguito, "**MEF**") per aver aperto la consultazione pubblica in materia di prezzi di trasferimento, sottopone i propri commenti:

1. in ordine ai contenuti dello schema di decreto (di seguito, "**Schema di Decreto**") richiamato dal comma 7 dell'articolo 110 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, "**TUIR**"), nonché alcune proposte relative a temi ivi non trattati;
2. in relazione ai contenuti dello schema di provvedimento direttoriale (di seguito, "**Schema di Provvedimento**") previsto dall'articolo 31-quater del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (di seguito, "**D.P.R. 600/73**"), nonché alcune proposte relative a temi ivi non trattati.

Per facilità di riferimento, i commenti, le osservazioni e le proposte vengono illustrati seguendo la numerazione dei documenti oggetto di consultazione pubblica. Per quanto possibile, è stato inoltre utilizzato lo schema proposto dal MEF per conferire efficienza al successivo processo di consolidamento dei contributi derivanti dalla consultazione pubblica.

In generale, si segnala che la novella normativa rappresenta un significativo passo avanti per garantire piena uniformità della disciplina dell'articolo 110, comma 7 del TUIR con le raccomandazioni sviluppate a livello internazionale (i.e. tanto in seno all'OCSE, quanto a livello di Nazioni Unite).

MILANO
Via Sant'Andrea, 19
20121 Milano
T + 39 02 30 32 311
F + 39 02 30 32 3190
milano@lptax.it

ROMA
Via Sicilia, 66
00187 Roma
T + 39 06 93 18 261
F + 39 06 93 18 2690
roma@lptax.it

LONDRA
Berkeley Square House
Berkeley Square
London W1J 6BD
T + 44 (0) 20 7887 1982
F + 44 (0) 74 7865 6807
london@lptax.it

1 COMMENTI IN ORDINE AI CONTENUTI DELLO SCHEMA DI DECRETO, NONCHÉ PROPOSTE RELATIVE A TEMI IVI NON TRATTATI

Tematica 1: articolo 2 - definizioni

- a) *Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: glossario - controlled transactions.*
- b) *Osservazioni / Contributi:*
- (i) articolo 2, comma 1, lettera b), b). Lo Schema di Decreto fa riferimento alla nozione di “*influenza dominante*”. Potrebbe essere utile chiarire tale definizione nel contesto del medesimo documento.
 - (ii) Osservazioni / Contributi: articolo 2, comma 1, lettera (d). Lo Schema di Decreto fa riferimento alla nozione di operazione “controllata”, termine che non trova rispondenza nel diritto commerciale e tributario. Si suggerisce pertanto di riconsiderare la traduzione di “*controlled transaction*” in “operazione infragruppo” ovvero “operazione intercorsa tra imprese associate”.
- c) *Finalità della richiesta:* chiarire la nozione di influenza dominante ed evitare traduzioni letterali dall’inglese che non trovano corrispondenza nella terminologia economico/giuridica italiana ordinariamente utilizzata al fine di rappresentare le transazioni intervenute tra imprese associate.

Tematica 2: articolo 3 – nozione di comparabilità: identificazione delle relazioni commerciali e finanziarie versus comparabilità di una operazione

- a) *Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: 1.33.*
- b) *Osservazioni / Contributi:* articolo 3. Le Linee Guida OCSE evidenziano come ci siano “*due aspetti chiave in una [analisi di comparabilità]: il primo aspetto è identificare le relazioni commerciali e finanziarie tra le imprese associate e le condizioni e le circostanze economicamente rilevanti che caratterizzano dette relazioni in modo da delineare in maniera accurata la transazione tra di loro intercorsa; il secondo aspetto è paragonare le condizioni e le circostanze economicamente rilevanti della transazione tra le imprese associate accuratamente*

delineata con le condizioni e le circostanze economicamente rilevanti delle transazioni comparabili tra imprese indipendenti.” Pertanto, al fine di svolgere un’accurata analisi sui prezzi di trasferimento, sarà fondamentale, innanzitutto, delineare in maniera accurata la transazione tra imprese associate e, successivamente, confrontare le condizioni e le circostanze economicamente rilevanti applicate in tale transazione con quelle applicate in transazioni tra imprese indipendenti. Tale distinzione non risulta evidente dalle disposizioni dell’articolo 3 dello Schema di Decreto, che sembrano far riferimento alla seconda parte di questa analisi, senza richiamare anche la prima parte della stessa. Inoltre, potrebbe essere utile inserire maggiori dettagli sulla parte delle Linee Guida OCSE relativa al “*Riconoscimento delle transazioni accuratamente delineate*” (paragrafi 1.119-1.128).

- c) *Finalità della richiesta:* completo allineamento della normativa domestica alle raccomandazioni internazionali sviluppate in ambito OCSE.

Tematica 3: articolo 3 – nozione di comparabilità: la generazione del valore all'interno del gruppo multinazionale

- a) *Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati:* 1.36
- b) *Osservazioni / Contributi:* articolo 3, comma 2, lettera (b). Lo Schema di Decreto correttamente richiama l’analisi di “*funzioni svolte da ogni impresa in relazione alle operazioni, tenendo conto dei beni utilizzati e dei rischi assunti*” come parte dell’identificazione degli elementi economicamente rilevanti dell’analisi di comparabilità. Tuttavia, il capitolo I delle Linee Guida OCSE specifica che, in tale analisi, bisognerà tener conto del “*modo in cui queste funzioni si collegano alla più ampia generazione del valore all'interno del gruppo multinazionale cui le parti appartengono, le circostanze che caratterizzano la transazione e le consuetudini del settore*”. Con tale richiamo, le Linee Guida OCSE sembrano far riferimento all’analisi della *global value chain* del gruppo, aspetto rilevante nell’inquadramento dell’analisi funzionale della transazione. Tale aspetto è peraltro indirettamente richiamato nello Step 2 del paragrafo 3.4. delle Linee Guida OCSE in punto di descrizione generica dei vari passaggi di cui si compone l’analisi di comparabilità. Pertanto, parrebbe opportuno inserire tale richiamo anche all’interno dello Schema di Decreto.

- c) *Finalità della richiesta*: completo allineamento della normativa domestica alle raccomandazioni internazionali sviluppate in ambito OCSE.

Tematica 4: articolo 3 – nozione di comparabilità: analisi del rischio

- a) *Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati*: 1.60.
- b) *Osservazioni / Contributi*: articolo 3, comma 2, lettera (b). Lo Schema di Decreto correttamente richiama, all'articolo 2, comma 1, lettera (d), la "accurata individuazione e delineazione della transazione tra imprese associate sulla base dell'effettivo comportamento tenuto dalle parti". Tale disposizione rappresenta il fondamento del nuovo approccio delle Linee Guida OCSE basato sulla centralità della corretta analisi di tutti gli elementi economicamente rilevanti nello svolgimento dell'analisi di comparabilità (ivi inclusi le funzioni svolte, i beni utilizzati ed i rischi assunti). L'analisi dei rischi assunti, nel contesto delle funzioni svolte e dei beni utilizzati, ricopre una rilevanza sostanziale. Più in dettaglio, il paragrafo 1.60 del capitolo I delle Linee Guida OCSE individua le sei fasi necessarie per procedere all'individuazione della corretta allocazione del rischio nelle transazioni tra imprese associate. Ciononostante, l'articolo 3, comma 2 lettera (b) dello Schema di Decreto sembra non aver dato particolare risalto a tale processo logico. Alla luce di quanto esposto si suggerisce pertanto di:
- (i) inserire un comma aggiuntivo all'articolo 3 dello Schema di Decreto, laddove si richiama espressamente il processo di analisi del rischio, suddiviso in sei fasi, di cui al paragrafo 1.60 delle Linee Guida OCSE; ovvero
 - (ii) qualora l'ipotesi sub (i) sopra rappresentata non fosse ritenuta percorribile, di richiamare il paragrafo 1.60 delle Linee Guida OCSE all'articolo 2, comma 1, lettera (d) in punto di definizione di "operazione controllata".

In aggiunta, parrebbe opportuno indicare che, nel contesto della sopra richiamata analisi funzionale, i maggiori dettagli forniti sull'analisi della corretta allocazione del rischio non indicano necessariamente una maggior importanza dei rischi assunti rispetto alle funzioni svolte e ai beni utilizzati.

- c) *Finalità della richiesta*: completo allineamento della normativa

domestica alle raccomandazioni internazionali sviluppate in ambito OCSE.

Tematica 5: articoli 2 e 4 – Indicatori finanziari

- a) *Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: 2.105-2.108.*
- b) *Osservazioni / Contributi: articolo 2, comma 1, lettera (g) e articolo 4, comma 2, lettera (d). Correttamente, ed in maniera conforme rispetto alle indicazioni delle Linee Guida OCSE, lo Schema di Decreto attuativo richiama i diversi indicatori finanziari utilizzabili in ragione dei diversi metodi applicati per determinare la conformità al principio di libera concorrenza dei prezzi di trasferimento utilizzati. Tuttavia, lo Schema di Decreto attuativo definisce il metodo del margine netto della transazione (c.d. *Transactional Net Margin Method* o TNMM) come quello “basato sul confronto tra il rapporto tra margine netto ed una base di commisurazione appropriata, rappresentata, a seconda delle circostanze, da costi, ricavi o attività, realizzato da un'impresa in una operazione controllata e il rapporto tra il margine netto e la medesima base realizzato in operazioni non controllate comparabili”. La definizione appare più restrittiva rispetto a quella codificata dalla Linee Guida OCSE che, proprio al fine di ottenere la più elevata corrispondenza dell'indicatore di profitto rispetto al profilo funzionale del contribuente, riconoscono: (i) la possibilità di utilizzare altri indicatori di utile netto, quali, ad esempio “superficie dei punti di vendita al dettaglio, peso dei prodotti trasportati, numero dei dipendenti, tempo, distanze eccetera” (paragrafo 2.105); e (ii) la possibilità di utilizzare il rapporto tra l'utile lordo e le spese operative (c.d. *Berry ratio*), ritenuto dalle Linee Guida OCSE utile per verificare la congruità dei prezzi nell'ambito delle “attività intermedie qualora un contribuente acquisti beni da un'impresa associata e li rivenda ad altre imprese associate” (paragrafi 2.106 e ss.).*
- c) *Finalità della richiesta: completo allineamento della normativa domestica alle raccomandazioni internazionali sviluppate in ambito OCSE ai fini dell'applicazione del TNMM.*

Tematica 6: articolo 6 – Intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza

- a) *Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati: 3.62.*

- b) *Osservazioni / Contributi:* articolo 6, commi, 1, 2 e 3. Lo Schema di Decreto attuativo considera conforme al principio di libera concorrenza l'intervallo di valori risultante dall'indicatore finanziario selezionato con il metodo più appropriato, qualora gli stessi siano riferibili a operazioni con soggetti terzi indipendenti, ognuna delle quali sia parimenti comparabile all'operazione infragruppo. Ne consegue che un'operazione infragruppo si considera conforme al principio di libera concorrenza se il relativo indicatore finanziario è compreso nell'intervallo. A tal proposito si osserva che nelle interlocuzioni con gli organi accertatori sovente la rettifica di prezzi o margini infragruppo che non sono considerati conformi al principio di libera concorrenza comporta il posizionamento sui valori "centrali" dell'intervallo (generalmente la mediana), ancorché tale principio non sia espressamente codificato da alcuna disposizione, né dalle stesse Linee Guida OCSE. Quest'ultime prevedono infatti al paragrafo 3.62 che *«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»* mentre nel caso in cui *«rimangano dei difetti di comparabilità (...) 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 imprevisti o non quantificabili»*.

Sarebbe quindi auspicabile che, nel caso in cui l'indicatore finanziario del contribuente si posizioni al di fuori dell'intervallo di valori di libera concorrenza identificato dall'Agenzia in esito di un'attività di controllo, sia consentito un aggiustamento: (i) assumendo il valore dell'intervallo più favorevole al contribuente; o (ii) ad un altro valore, se e nella misura in cui l'organo verificatore dimostri che tale diverso valore è quello di libera concorrenza alla luce dei fatti e delle circostanze del caso.

- c) *Finalità della richiesta:* codificare i criteri con cui operare le rettifiche in materia di prezzi di trasferimento.

Tematica 7: articolo 6 – intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza

- a) *Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati:* 3.68, 3.75-3.79.

- b) *Osservazioni / Contributi*: articolo 6, commi, 1, 2 e 3. Lo Schema di Decreto non affronta le tematiche connesse ai criteri con cui individuare (e verificare) i dati dei soggetti comparabili assunti a campione. Ci si riferisce in particolare: (i) all'intervallo temporale di riferimento, e cioè se sia necessario assumere l'anno oggetto di analisi e/o se sia possibile considerare le media (semplice o ponderata) di dati pluriennali; e (ii) al momento in cui rilevare i dati, concetto che, dal punto di vista operativo, può riguardare anche la versione del database utilizzato per la selezione dei soggetti comparabili e da utilizzare per condurre la successiva verifica. Tali tematiche assumono particolare rilevanza pratica giacché, pur in presenza di una analisi condotta nel pieno rispetto delle indicazioni delle Linee Guida OCSE e della normativa domestica, l'assunzione di basi di analisi statistica difformi può condurre a dati divergenti e, quindi, a potenziali controversie. Sarebbe quindi opportuno che lo Schema di Decreto affronti la tematica, precisando che se il contribuente ha selezionato correttamente il campione statistico, questo debba essere verificato assumendo a riferimento i medesimi dati disponibili secondo i medesimi criteri e avendo a mente il medesimo periodo di riferimento preso in esame da quest'ultimo.
- c) *Finalità della richiesta*: prevedere criteri il più possibile certi per l'individuazione e la determinazione dei valori volti a verificare la conformità al principio di libera concorrenza.

Tematica 8: Utilizzo tecniche di valutazione

- a) *Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati*: 6.153.
- b) *Osservazioni / Contributi*: nell'applicazione della disciplina dei prezzi di trasferimento in fattispecie specifiche, come ad esempio quelle emergenti in sede di implementazione di trasferimenti infragruppo di funzioni e beni (tangibili e, soprattutto, intangibili) – c.d. *business restructurings* – è frequente la necessità di dover utilizzare tecniche di valutazione economica quali, ad esempio, quelle collegate all'attualizzazione di flussi di cassa futuri (c.d. *discounted cash flow analysis*). A tale proposito, le Linee Guida OCSE precisano che, nell'ambito del trasferimento di beni intangibili e in assenza di transazioni comparabili tra soggetti terzi indipendenti, il ricorso a tecniche di valutazione di carattere reddituale può essere di particolare

ausilio tanto come supporto all'utilizzo dei cinque metodi espressamente riconosciuti a livello OCSE, quanto come vero e proprio metodo alternativo. Nella prassi della interlocuzione con gli organi accertatori sovente l'utilizzo delle tecniche di valutazione dà luogo a posizioni divergenti potenzialmente idonee a generare controversie. Parrebbe di ausilio, pertanto, prevedere che nello Schema di Decreto venga ammessa la legittimità dell'utilizzo di tecniche valutative in conformità a quanto indicato dalla Linee Guida OCSE (paragrafi 6.153-6.157).

- c) *Finalità della richiesta*: rendere certe le modalità e le condizioni di utilizzo delle tecniche di valutazione economico-finanziaria.

2 OSSERVAZIONI IN RELAZIONE AI CONTENUTI DELLO SCHEMA DI PROVVEDIMENTO, NONCHÉ PROPOSTE RELATIVE A TEMI IVI NON TRATTATI

Tematica 1: svolgimento del procedimento (punto 4.4 dello Schema di Provvedimento)

- a) *Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati*: non applicabile al caso di specie.
- b) *Osservazioni / Contributi*: con riferimento allo svolgimento del procedimento previsto dall'articolo 31-quater del D.P.R. 600/73, l'articolo 4.4. dello Schema di Provvedimento dispone che “[...] La procedura si perfeziona con un provvedimento del Direttore dell’Agenzia che dispone il rimborso dell’imposta calcolata sull’imponibile corrispondente alla rettifica effettuata a titolo definitivo nell’altro Stato e ne dà comunicazione al competente ufficio dell’Agenzia delle Entrate che espleta tutte le formalità necessarie ad erogare il rimborso”. A tal riguardo si osserva che l'utilizzo del solo meccanismo del rimborso ai fini del perfezionamento della procedura non permetterebbe alle società che non hanno mai pagato imposte (ad esempio società in fase di start-up che hanno generato solo perdite) di godere dei benefici derivanti dalla procedura. Non solo, anche le società che potrebbero richiedere un rimborso, otterrebbero dei significativi vantaggi dal poter richiedere un maggior credito in termini di minori tempistiche e oneri amministrativi. A tal fine si propone di valutare, oltre al meccanismo del rimborso, anche l'utilizzo del credito

d'imposta come modalità di perfezionamento della procedura.

- c) *Finalità della richiesta*: rendere più efficiente e rapido il perfezionamento del procedimento di cui all'articolo 31-*quater* del D.P.R. 600/73.

Tematica 2: rapporti con le procedure amichevoli e disposizioni finali (punto 6.1 dello Schema di Provvedimento)

- a) *Paragrafi delle Linee Guida OCSE interessati*: non applicabile al caso di specie.
- b) *Osservazioni/Contributi*: con riferimento ai rapporti tra il procedimento di cui all'articolo 31-*quater* del D.P.R. 600/73 e le procedure amichevoli, l'articolo 6.1. dello Schema di Provvedimento dispone che “Con riferimento alle rettifiche in aumento definitive operate all'estero, generatrici di doppia imposizione e da cui trae origine l'istanza, resta ferma, in caso di rigetto, la facoltà per il contribuente di richiedere l'attivazione delle procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi o dalla Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate, con atto finale e dichiarazioni, fatta a Bruxelles il 23 luglio 1990, resa esecutiva con legge 22 marzo 1993, n. 99”. Ai fini di garantire una maggiore efficacia all'istituto sarebbe auspicabile che vengano chiariti:
- (i) gli effetti prodotti dalla sospensione di cui all'articolo 4.2 dello Schema di Provvedimento sul decorso dei termini procedurali propri delle procedure amichevoli. In particolare, una prolungata sospensione del termine di conclusione della procedura indicato al punto 4.1 (e non, come nello Schema di Decreto, probabilmente a causa di un refuso, “*al punto 3.1*”) potrebbe determinare il decorso dei termini per l'attivazione di una procedura amichevole (c.d. “MAP”), come previsto dai relativi trattati. A tale riguardo si potrebbe prevedere che l'attivazione di una MAP in pendenza di una procedura ex art. 31-*quater*, non determina la revoca o l'annullamento di quest'ultima;
- (ii) se la rettifica in diminuzione di cui all'articolo 31-*quater* del D.P.R. 600/73 debba intendersi pari all'integrale rettifica in aumento subita dal contribuente nello Stato estero oppure se possano essere previste rettifiche in diminuzione “parziali”. A tale

LUDOVICI PICCONE & PARTNERS

proposito si ravvisano due ipotesi: la prima, dove la rettifica parziale dovrebbe essere concessa e, la seconda, nella quale la rettifica parziale sarebbe comunque preferibile.

- (i) Caso 1: la rettifica estera ha ad oggetto due transazioni distinte. Ipotizzando che l'Agenzia delle Entrate concordi pienamente con una sola di queste e non concordi o concordi parzialmente con l'altra, la rettifica in diminuzione dovrebbe essere riconosciuta perlomeno con riferimento alla prima. Non si ravvisano, infatti, ragioni per attivare una MAP con riferimento a una transazione con cui l'Agenzia delle Entrate concorda con la posizione assunta dall'amministrazione estera.
- (ii) Caso 2: la rettifica estera ha ad oggetto un'unica transazione e l'Agenzia delle Entrate ritiene corretta solo una parte di tale rettifica. A nostro avviso, anche in tal caso la possibilità di ottenere una rettifica parziale sarebbe preferibile.

A conferma dell'opportunità di ammettere rettifiche in diminuzione parziali, si valuti che in molti casi il contribuente potrebbe considerare soddisfacente una parziale riduzione della doppia imposizione e ritenere non economico attivare la procedura amichevole per la restante parte. Considerato il rilevante inventario di MAP pendenti, questo meccanismo potrebbe agevolare l'Amministrazione Finanziaria nella gestione e nello smaltimento delle pratiche ed una maggiore appetibilità dello strumento per i contribuenti.

- c) *Finalità della richiesta*: rendere l'istituto più efficiente ed efficace tanto a beneficio del contribuente quanto dell'Amministrazione Finanziaria.

(Ludovici Piccone & Partners)

