

LA RIFORMA DELLA NORMATIVA ITALIANA SUL TRANSFER PRICING

INTRODUZIONE

Le recenti modifiche apportate all'art. 110 c. 7 del TUIR¹ (articolo 59, comma 1 del DL n. 50/2017 convertito con legge 21 giugno 2017, n. 96) ed il relativo decreto attuativo (di seguito il "Decreto"), firmato il 14 maggio 2018, hanno dato inizio ad un processo di adeguamento alla migliore prassi internazionale della normativa italiana applicabile nella determinazione dei prezzi di trasferimento.

Gli effetti reali della riforma, tuttavia, sono lontani e saranno concretamente apprezzabili soltanto quando sarà concluso il percorso di allineamento.

La nuova formulazione dell'art.110 c.7 del TUIR introduce il principio di libera concorrenza in linea con quanto disposto dall'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE, – in sostituzione del previgente concetto di "valore normale" regolato dall'art 9 del TUIR.

In altre parole, la determinazione dei componenti di reddito derivanti da operazioni commerciali e finanziarie compiute con imprese associate non residenti deve fare riferimento *alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili*.

Come correttamente posto in evidenza nella Circolare Assonime 17/2017, il principio di libera concorrenza trovava già da tempo applicazione nella prassi dell'Amministrazione finanziaria italiana, benché nel previgente testo normativo potessero iscriversi i soli metodi basati sul confronto del prezzo.

Maggiormente significative appaiono invece le modifiche che introducono la possibilità di rideterminare costi e ricavi anche se ne deriva una diminuzione del reddito imponibile.

¹ Testo Unico delle Imposte sui Redditi approvato con il Decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917

Tale riduzione potrà infatti essere riconosciuta, non solo in esecuzione di *Mutual Agreement Procedures* ed in esito a controlli congiunti effettuati nell'ambito di attività di cooperazione internazionale, ma anche a seguito di istanza presentata dal contribuente a fronte di una rettifica in aumento operata in un'altra giurisdizione con la quale sia in vigore una convenzione per evitare la doppia imposizione².

In esecuzione della delega ricevuta³ il Ministro dell'Economia e delle Finanze ha poi emanato il Decreto, con l'obiettivo di fornire chiarimenti in relazione all'ambito di applicazione della norma e di dettare le regole da seguire per applicare del principio di libera concorrenza.

Il presente documento ha lo scopo di fornire alcuni spunti di riflessione sulla portata di queste innovazioni normative nel contesto italiano.

Sebbene infatti nella pratica il comportamento dell'Amministrazione finanziaria in materia di *transfer pricing* fosse di fatto spesso allineato con la migliore prassi internazionale, il quadro normativo previgente era fonte di grande incertezza soprattutto a causa del fatto che la prassi nazionale era basata sulla Circolare n. 32/9/2267 del 22 settembre 1980 (di seguito la Circolare) e n. 42/12/1587 del 12 dicembre 1981, entrambe mutate dal Rapporto OCSE del 1979⁴ e mai aggiornate per tenere conto dei più recenti sviluppi della prassi internazionale⁵.

La necessità di un quadro normativo chiaro e coerente è infatti essenziale nella determinazione dei prezzi di trasferimento che, a causa della soggettività propria di qualsiasi processo valutativo, si presta ad interpretazioni difformi.

La medesima fattispecie viene spesso valutata in modo diverso non solo da contribuente e Amministrazione fiscale, ma anche da Amministrazioni fiscali appartenenti a diverse giurisdizioni che, a seguito dell'introduzione dell'obbligo di rendicontazione paese per paese e di procedure di scambio automatico di informazioni, dispongono oggi di strumenti molto più efficaci che in passato.

² Art. 31 quater DPR 600 del 29 settembre 1973, come introdotto dall'art 59 della legge n. 50 del 24 aprile 2017

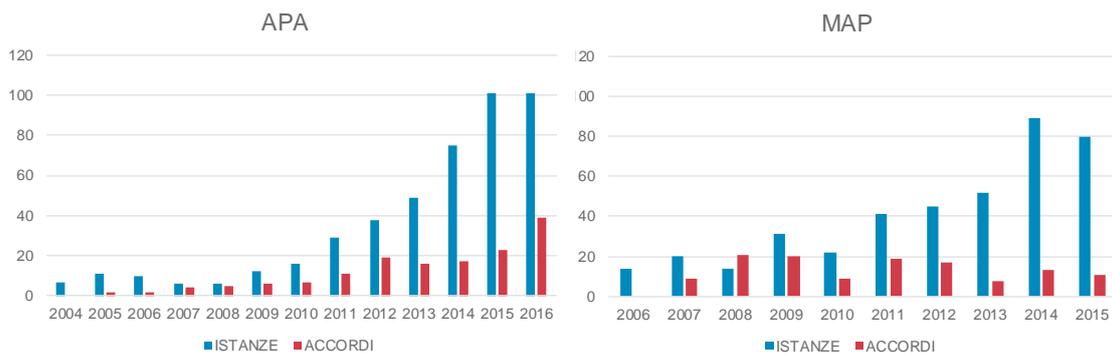
³ Art. 110 c. 7 del TUIR, *con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le linee guida per l'applicazione del presente comma.*

⁴ *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs*, 1979.

⁵ *OECD Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administration*, luglio 1995, successivamente modificate a luglio 2010 e luglio 2017.

Non sono disponibili statistiche sugli accertamenti conclusi dall'Amministrazione finanziaria italiana in materia di *transfer pricing* ma si tratta certamente di un numero estremamente elevato, probabilmente la fattispecie più contestata nel corso degli ultimi anni.

Le statistiche relative alle procedure di *ruling* (*Advance Pricing Agreements* o APA) e di composizione amichevole delle controversie internazionali (*Mutual Agreement Procedures* o MAP), che rappresentano peraltro solo la punta dell'iceberg perché generalmente riferite ai casi di più grandi dimensioni e/o complessi, mostrano non solo una crescita impressionante ma indicano altresì una evidente difficoltà da parte dell'Amministrazione finanziaria italiana nel far fronte alle richieste dei contribuenti.



Fonte: Agenzia delle Entrate; OECD Mutual Agreement Procedure Statistics

Le linee guida introdotte dal Decreto

L'ambito di applicazione

L'art. 110 c. 7 del TUIR si applica a qualsiasi operazione attuata con società non residenti che, direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa.

Il Decreto chiarisce che l'impresa residente e le società non residenti si considerano imprese associate allorché si verifica una delle seguenti situazioni:

- una di esse partecipa nella gestione, nel controllo o nel capitale dell'altra;
- lo stesso soggetto partecipa nella gestione, nel controllo o nel controllo di entrambe le imprese.

Il Decreto inoltre stabilisce inoltre che *partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale* significa:

- *partecipazione per oltre il 50% nel capitale, nei diritti di voto o negli utili;*
- *influenza dominante sulla gestione di un'altra impresa sulla base di vincoli azionari o contrattuali.*

Il concetto di controllo che emerge dalla lettura delle nuove disposizioni, pur essendo più ampio di quanto definito dall'art 2359 cc., sembrerebbe tuttavia escludere le ipotesi – previste invece dalla risalente Circolare – in cui un soggetto è in grado di esercitare *un'influenza economica potenziale o attuale* che trovi il suo presupposto *nel potere di una parte di incidere sull'altrui volontà in dipendenza degli interessi di una sola delle parti contraenti o di un gruppo.*

Il Decreto richiede infatti l'esercizio di una influenza dominante attraverso vincoli contrattuali od azionari, anche se rimane da chiarire che cosa si debba intendere per vincoli contrattuali (si pensi ad es. ai contratti di esclusiva commerciale).

La normativa sul *transfer pricing* sembrerebbe inoltre applicabile anche alle situazioni di controllo congiunto da parte di persone fisiche. Questa conclusione appare coerente con quanto i chiarimenti della circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 28 del 21 giugno 2011, paragrafo 4.1, laddove consente l'accesso al regime degli oneri documentali⁶ a due società sottoposte a comune controllo da parte di una persona fisica residente in Italia, *rientrando tale fattispecie tra i presupposti soggettivi previsti dall'art. 110 c.7, che ricomprende anche il caso di società non residenti nel territorio dello Stato che sono controllate dalla stessa.*

Il Decreto definisce poi il concetto di *operazione controllata*, ovvero *qualsiasi operazione di natura commerciale o finanziaria intercorrente tra imprese associate accuratamente delineata sulla base dei termini contrattuali, ovvero dell'effettivo comportamento tenuto dalle parti se divergente dai termini contrattuali o in assenza degli stessi.*

In altre parole, il Decreto richiede di valutare le operazioni controllate facendo prevalere la sostanza sulla forma, così come previsto nel Par. D.1 delle Linee Guida OCSE (*Identifying the commercial or financial relations*).

⁶ Art. 1, comma 2-ter del decreto legislativo 471/1997

Appare interessante rilevare che il Decreto non richiama invece in alcun modo il concetto di “razionalità commerciale” dell’operazione e dell’eventuale possibilità di disconoscere l’operazione così come strutturata dal contribuente⁷.

La valutazione delle operazioni controllate

Riprendendo le indicazioni fornite nelle Linee Guida OCSE, il Decreto sintetizza in cinque articoli i principali aspetti da considerare nella determinazione del valore di libero mercato:

- **Per delineare in modo accurato un’operazione controllata**, e per determinare se un’operazione non controllata può essere considerata comparabile, **devono essere considerate le caratteristiche economicamente rilevanti** dell’operazione⁸.

Due operazioni si considerano comparabili se non sussistono differenze tali da incidere in modo rilevante sull’indicatore finanziario utilizzato per valutare le operazioni messe a confronto oppure se, pur in presenza di tali differenze, sia possibile effettuare rettifiche affidabili in grado di eliminare o ridurre in modo significativo il loro effetto.

Le Linee Guida OCSE, nella versione pubblicata a luglio 2017, dedicano oltre 30 pagine alla nozione di accurata delineazione della transazione e, in tale contesto, l’analisi dei rischi viene ampiamente riscritta rispetto alla versione precedente del luglio 2010.

Se nel libero mercato l’assunzione di maggiori rischi è generalmente remunerata con un incremento del ritorno atteso, allora è necessario verificare se chi si assume contrattualmente il rischio lo controlla effettivamente ed ha la capacità finanziaria di farvi fronte.

Nella misura in cui l’allocazione dei rischi non fosse coerente con questi principi, l’Amministrazione finanziaria potrebbe procedere ad una diversa valutazione.

- **La selezione del metodo di valutazione deve essere effettuata in base alle circostanze del caso**, ponderando i punti di forza e di debolezza di

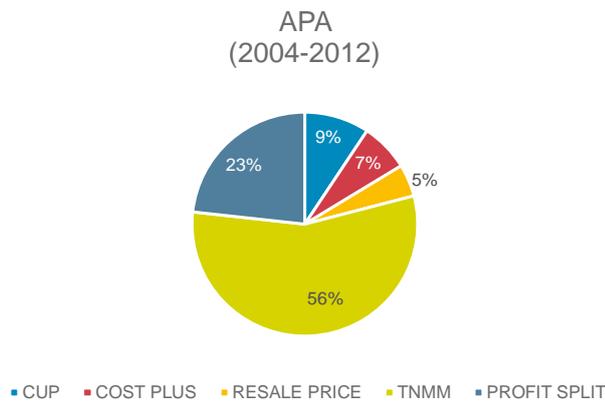
⁷ Par. D.2 delle Linee Guida OCSE - Recognition of the accurately delineated transaction

⁸ Termini contrattuali, funzioni svolte, rischi assunti e beni strumentali utilizzati dalle parti, caratteristiche dei beni ceduti e dei servizi prestati, circostanze economiche e condizioni di mercato in cui operano le parti, strategie commerciali perseguite dalle parti.

ciascun metodo, tenendo in considerazione le caratteristiche economicamente rilevanti dell'operazione e la disponibilità di informazioni affidabili rispetto alle operazioni comparabili.

I cosiddetti metodi tradizionali⁹ sono tuttavia preferibili ai metodi basati sugli utili¹⁰ nella misura in cui essi siano applicabili in modo altrettanto affidabile rispetto agli altri metodi. Il metodo del confronto del prezzo, quando applicabile in modo altrettanto affidabile, è preferibile rispetto a tutti gli altri metodi.

La rigida gerarchia dei metodi prevista nella Circolare è dunque del tutto superata anche dal punto normativo. Nella pratica, i metodi basati sugli utili erano peraltro già ampiamente adottati, come indicano ad es. le statistiche sui metodi adottati dall'Amministrazione finanziaria nell'ambito degli accordi raggiunti nelle procedure di APA.



Ai fini della certezza del diritto, infine, il Decreto dispone che, se un'impresa ha utilizzato in modo appropriato un metodo previsto dal Decreto stesso, la verifica dell'Amministrazione finanziaria deve basarsi su quel metodo e se vuole disconoscere la scelta operata dal contribuente deve fornire adeguata motivazione.

- **Il principio di libera concorrenza dovrebbe essere applicato a ciascuna singola operazione, ed eccezione dei casi in cui le operazioni sono così**

⁹ Confronto del prezzo, Prezzo di rivendita e Costo maggiorato.

¹⁰ Margine netto della transazione o TNMM, Ripartizione degli utili o Profit Split

strettamente correlate da non poter essere valutate separatamente in modo affidabile.

Le Linee Guida OCSE¹¹ forniscono numerosi esempi di situazioni in cui può essere o meno opportuno valutare le operazioni in modo aggregato.

L'esempio forse più comune è quello relativo all'approccio di portafoglio, ovvero *una strategia nell'ambito della quale un soggetto considera le transazioni effettuate nel loro insieme, con l'obiettivo di ottenere un rendimento adeguato sul portafoglio nel suo complesso, piuttosto che su ogni singolo prodotto all'interno del portafoglio. Ad esempio, alcuni prodotti possono essere commercializzati con un basso margine di profitto o addirittura in perdita, perché creano una domanda di altri prodotti che sono poi venduti con elevati margini di profitto (ad es. stampanti e toner, macchine per caffè e capsule).*

- **Qualsiasi punto all'interno dell'intervallo di valori determinato in esito all'analisi economica può essere considerato un valore di mercato**, a condizione che tutte le operazioni comparabili selezionate nel campione siano parimenti comparabili.

Questa disposizione dovrebbe sperabilmente porre fine all'approccio spesso assunto dall'Amministrazione finanziaria italiana ovvero di considerare la mediana quale valore di mercato rispetto al quale verificare la congruità dei prezzi applicati dal contribuente e determinare l'eventuale rettifica.

È tuttavia evidente che diventerà cruciale l'interpretazione del concetto di "operazioni parimenti comparabili". Le Linee Guida OCSE richiedono a tale proposito di valutare il livello di affidabilità delle operazioni selezionate quale comparabili¹²: se tale livello è elevato la rettifica dell'Amministrazione finanziaria dovrebbe essere effettuata prendendo a riferimento il valore dell'intervallo più prossimo (ad es. minimo o massimo).

Solo in presenza di campioni composti da numerose operazioni comparabili che possono presentare ineliminabili difetti di comparabilità l'OCSE

¹¹ Par. 3.9 – 3.12

¹² Capitolo III, sezione A.7.2, Selecting the most appropriate point in the range, Linee Guida OCSE, luglio 2017

suggerisce di assumere valori di tendenza centrale (ad es. intervallo interquartile).

- Viene introdotta una **disciplina semplificata per la valorizzazione dei servizi a basso valore aggiunto**, ovvero servizi di supporto (e non operativi), che non comportano l'uso di beni immateriali né l'assunzione di rischi significativi.

L'approccio prevede che, se il contribuente predispone apposita documentazione, può determinare il valore applicando una maggiorazione del 5% al costo sostenuto per lo svolgimento dei servizi stessi.

Le Linee Guida OCSE oltre a fornire alcuni esempi di tali servizi, indicano anche quali elementi di costo possono essere considerati nel calcolo¹³ e i documenti che il contribuente dovrebbe predisporre¹⁴ per accedere al regime semplificato (descrizione della tipologia di servizi e dei benefici attesi, identità dei beneficiari e criteri di ripartizione, prospetti di calcolo, contratti).

Ai fini della deducibilità del costo risulta inoltre cruciale il cosiddetto *benefit test*, che si intende superato nell'ipotesi in cui il contribuente – se indipendente – sarebbe disposto ad acquistare il servizio oppure a produrlo internamente.

Il rapporto tra Decreto e Linee Guida OCSE

Il Decreto fornisce le linee guida per l'applicazione dell'art. 110 c.7 del TUIR, “**tenuto conto**” delle migliori pratiche internazionali (art. 1) e, nei successivi sei articoli, sintetizza alcuni dei principi contenuti nelle 600 pagine delle Linee Guida OCSE (versione luglio 2017).

Nel Decreto non esiste infatti alcun riferimento esplicito al fatto che le Linee Guida OCSE debbano costituire il punto di riferimento ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione del Decreto, e con riguardo ad ulteriori argomenti non trattati dallo stesso.

Il percorso di allineamento alla migliore prassi internazionale non sarà infatti automatico ma, come disposto dall'Art. 9 del Decreto, saranno emanate –

¹³ Par. 7.56, Linee Guida OCSE, luglio 2017

¹⁴ Par. 7.64, Linee Guida OCSE, luglio 2017

mediante uno o più provvedimenti del Direttore dell’Agenzia delle Entrate - ulteriori disposizioni applicative, tenendo conto in particolare di quanto previsto dalle Linee Guida dell’OCSE come periodicamente aggiornate.

A parere dell’Amministrazione finanziaria italiana questo approccio trova giustificazione nel fatto che le stesse Linee Guida OCSE, in taluni passaggi, non individuano misure di contrasto chiare e univoche, ma ne rimettono la scelta alla discrezionalità degli Stati.

In tale contesto, il rischio di un ulteriore aumento del contenzioso e delle procedure di risoluzione delle dispute a livello internazionale diventerà reale nella misura in cui le disposizioni applicative che saranno emanate, si discosteranno dalle Linee Guida OCSE.

* * *