

L'analisi di comparabilità nel Transfer Price

Introduzione al concetto di “transazione” e valore di mercato in linea con il principio dell’arm’s length, alla luce della rivisitazione delle Linee Guida OCSE in tema di Transfer Price



Antonio De Francesco

Commercialista e Revisore legale in Milano,
Relatore tematiche di fiscalità nazionale
e internazionale

Negli ultimi decenni, anche per effetto delle accelerazioni tecnologiche che consentono di ridurre in modo considerevole le distanze, il concetto di azienda globale si è evoluto con la creazione di grandi gruppi industriali: ad un unico soggetto economico si contrappone la pluralità di soggetti giuridici e la ricerca continua di un vantaggio competitivo che spinge alla creazione di business models sempre più complessi. Il concetto di azienda globale si configura quale pluralità di imprese dislocate in differenti Paesi, dove ogni entità è portatrice di funzioni, rischi, assets, rapporti giuridici e scopi plurimi. Sotto il profilo strettamente microeconomico, le transazioni tra le diverse entità dovrebbero essere finalizzate alla massimizzazione del profitto globale dell'unico soggetto giuridico. Obiettivo del presente contributo è porre le basi per una valutazione della “transazione” tra parti correlate/consociate di un gruppo affinché la stessa possa soddisfare la condizione dell’arm’s length principle; valutazione considerata basilare per sviluppare ed affrontare preliminarmente aspetti di Transfer Price. Considerata la vastità del tema, saranno disposti approfondimenti successivi legati alle politiche di Transfer Price, ad oggi osservate con sempre maggiore attenzione dai gruppi che operano sui mercati internazionali.

I. Introduzione

Il presente contributo ha l’obiettivo di analizzare le logiche sottostanti le dinamiche che possono essere prese in considerazione al fine di giudicare una transazione tra parti correlate/consociate appartenenti ad un gruppo internazionale, in ambito *Transfer Price*, concentrandosi su aspetti quali l’analisi della comparabilità e il vantaggio competitivo, intesi come elementi distintivi alla base di una “neutrale” transazione.

Negli ultimi decenni, anche per effetto delle accelerazioni tecnologiche che consentono di ridurre in modo considerevole le distanze, il concetto di azienda globale si è evoluto con la creazione di grandi gruppi industriali: ad un unico soggetto economico si contrappone la pluralità di soggetti giuridici e la ricerca continua di un vantaggio competitivo che spinge alla creazione di *business models* sempre più complessi. Il concetto di azienda globale si configura quale pluralità di imprese dislocate in differenti Paesi, dove ogni entità è portatrice di funzioni, rischi, assets, rapporti giuridici e scopi plurimi. Sotto il profilo strettamente microeconomico, le transazioni tra le diverse entità dovrebbero essere finalizzate alla massimizzazione del profitto globale dell’unico soggetto giuridico.

II. L’azienda globale e i prezzi di trasferimento

L’azienda globale, comunemente intesa come “gruppo multinazionale”, tende generalmente ad utilizzare alcune leve per massimizzare gli obiettivi strategici alla base delle politiche di profitto. Queste ultime porterebbero a generare quote di profitto da una nazione all’altra, mediante apposite tecniche di *pricing* di prodotti e servizi coinvolti con l’implicita conseguenza di spostare base imponibile tra varie nazioni (entità del gruppo) per finalità di meri arbitraggi fiscali. Gli accordi per la fornitura di servizi nell’ambito di un gruppo (ad es. contratto di distribuzione, contratto di *cost sharing*, *service agreement*), normalmente gestiti dalla capogruppo o da un’associata a ciò delegata, potrebbero nascondere manovre elusive tendenti, al pari della manovra sui prezzi di trasferimento, allo spostamento di utili d’esercizio.

I. Introduzione.....	287
II. L’azienda globale e i prezzi di trasferimento.....	287
III. Il principio dell’arm’s length.....	288
IV. I fattori di comparabilità e analisi delle funzioni e dei rischi	289
V. Analisi funzionale ed economica della transazione ..	290
VI. Le metodologie di Transfer Pricing	291
A. Metodo CUP.....	291
B. Metodo Cost Plus	291
C. Metodo Resale Minus.....	291
D. Metodo TNMM	291
E. Metodo Profit Split.....	292
VII. La disciplina fiscale dei prezzi di trasferimento nel contesto italo-svizzero.....	293
VIII. Conclusioni.....	294

In genere, la società madre (multinazionale) che controlla e coordina le altre società figlie, residenti in vari Paesi, nella logica di gruppo sostiene una serie di spese (di coordinamento, di direzione, ecc.) che vengono poi ribaltate sulle società figlie. In quest'ambito, nel caso di specie della giurisdizione italiana, i verificatori, alla luce dell'art. 110 comma 7 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) possono contestare (alla società italiana) la violazione della normativa sul *Transfer Price*, che consente di controllare la congruità dei prezzi di trasferimento.

In tale contesto va collocato l'interesse per la disciplina dei prezzi di trasferimento che è stata sviluppata soprattutto dalle organizzazioni internazionali, ma anche i singoli ordinamenti tributari hanno elaborato o stanno iniziando ad elaborare disposizioni unilaterali in materia. La maggior parte dei Paesi industrializzati ha, infatti, posto l'accento sulla necessità che nelle operazioni tra soggetti facenti parte del medesimo gruppo (azienda globale) siano rispettate le regole del libero mercato e che il valore attribuito a dette operazioni non differisca da quello che si sarebbe pattuito in un rapporto tra soggetti indipendenti.

La nozione di "valore normale" si basa sul principio di libera concorrenza (cd. "*dealing at arm's length*") che fa riferimento, nella determinazione del reddito imponibile, alle condizioni che, *ceteris paribus*, sarebbero state pattuite tra soggetti indipendenti. Il principio del prezzo di libera concorrenza, infatti, richiede che i prezzi di trasferimento debbano essere pressoché analoghi ai prezzi che soggetti indipendenti hanno (o avrebbero) concordato in transazioni avvenute in circostanze ed a condizioni comparabili.

III. Il principio dell'*arm's length*

Quanto sopra induce alla definizione del prezzo di trasferimento quale valore definito per contabilizzare le transazioni di scambio relative a prodotti e servizi poste in essere da unità operative della medesima impresa, ciascuna delle quali è responsabile della propria performance economico-finanziaria. Ne sono elementi interconnessi: (i) la relazioni di scambio intragruppo; (ii) la politica di gruppo; (iii) la strategia di gruppo e (iv) la generazione di valore.

Tralasciando per un attimo le dinamiche sottostanti il concetto di gruppo e le sue evoluzioni, la generazione di valore rappresenta senza dubbio un elemento distintivo nelle strategie più o meno complesse dell'azienda globale orientate alla continua ricerca del vantaggio competitivo, inteso quale sfruttamento delle politiche nazionali, raggiungimento di economie di scala, che in un'ottica ristretta sarebbero di difficile conseguimento, e acquisizione di economie di scopo. Risultati che costituiscono valide fonti alla base della ricerca della massimizzazione del profitto: *mission* di un'entità economica orientata al mercato.

Premesso quanto sopra, è ora giustificato perché la disciplina dei prezzi di trasferimento è stata ed è sviluppata soprattutto dalle organizzazioni internazionali (come già sopra richiamato) e quanto il *dealing at arm's length* rappresenti l'elemento

distintivo per valutare se quell'operazione gestita tra due entità di uno stesso "gruppo" collocate in Paesi differenti sia stata conclusa in pari misura da due entità indipendenti. Questo concetto introduce un ulteriore aspetto valutativo: il "valore normale", ossia quel valore "figlio" della libera concorrenza che a sua volta consente di definire "di mercato" un prezzo attraverso la sua analisi di comparabilità, la quale va ricondotta ad un processo logico-analitico che, a sua volta, si compone di due fasi fondamentali:

- la prima fase (la cd. "*accurate delineation of transaction*") che consiste nell'inquadramento delle relazioni commerciali o finanziarie tra due imprese correlate e delle circostanze economicamente rilevanti ad esse associate;
- la seconda fase che consiste nella comparazione delle condizioni e delle circostanze economicamente rilevanti della transazione infragruppo considerata, così come accuratamente delineata, con le condizioni e le circostanze economicamente rilevanti relative a transazioni potenzialmente comparabili avvenute tra parti indipendenti.

In data 10 luglio 2017, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) ha pubblicato la versione aggiornata delle Linee Guida sui prezzi di trasferimento che implementa i risultati del Progetto *Base erosion and profit shifting* (BEPS), progetto lanciato dall'OCSE nel febbraio 2013 per identificare: (i) i fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva che comportano l'erosione della base imponibile nei vari Stati mediante lo spostamento dei profitti all'estero; (ii) la soluzione per contrastare gli stessi.

In merito all'*accurate delineation of transaction* e alla nuova analisi dei rischi, le Linee Guida OCSE, attraverso una revisione sostanziale del testo, hanno appunto evidenziato una duplice rilevanza:

- delineare accuratamente le effettive transazioni esistenti tra imprese consociate (*accurate delineation of transaction*);
- effettuare un'approfondita analisi dei rischi intesa come parte integrante dell'analisi funzionale svolta e collocata all'interno di un nuovo quadro analitico composto da distinte ma interconnesse fasi.

Le stesse Linee Guida OCSE individuano, inoltre, delle circostanze particolari ed eccezionali che possono determinare il mancato riconoscimento di una transazione (la cd. "*non-recognition*" descritta nel prosieguo) tra parti correlate/consociate, inquadrandola come fiscalmente rilevante allorché un mancato riconoscimento di una transazione tra due parti può dare luogo a fenomeni di doppia imposizione. In siffatta situazione, inquadrare in maniera accurata la natura della transazione assume un'importanza rilevante.

Gli aspetti principali e innovativi affrontati dalle Linee Guida OCSE sono:

- il riferimento a taluni casi in cui la transazione accuratamente delineata non può essere riconosciuta (dando luogo alla *non-recognition*);

- il concetto di “logica commerciale”;
- gli elementi da prendere in considerazione ai fini dell'individuazione di una transazione sostitutiva[1].

IV. I fattori di comparabilità e analisi delle funzioni e dei rischi

Le Linee Guida OCSE pongono come centrale, ai fini della definizione di una transazione come “riconosciuta” in ordine alla correttezza del *Transfer Price*, la disposizione di un'analisi di comparabilità che dev'essere identificata sulla base di cinque fattori ben delineati, che sono[2]:

- i termini contrattuali;
- l'analisi funzionale;
- le caratteristiche dei beni e dei servizi;
- le circostanze economiche;
- le strategie aziendali.

Inquadrando in modo specifico la filosofia delle Linee Guida OCSE in tema di *non-recognition*, nelle operazioni tra parti indipendenti, le condizioni contrattuali di una data operazione generalmente definiscono, esplicitamente o implicitamente, come sono ripartite le responsabilità, i rischi e i benefici.

Pertanto, i termini contrattuali riferibili alla “*controlled transaction*”, ove esistenti, di fatto rappresentano il punto di partenza per delineare la transazione stessa nonché l'allocazione dei rischi e delle responsabilità. Tuttavia, detti termini contrattuali non sono, da soli, in grado di fornire tutte le informazioni necessarie per una valutazione completa ed aderente alla realtà fattuale della transazione infragruppo posta in essere. Risulta, altresì, necessario integrare con informazioni ulteriori, che vengono fornite: dalle funzioni poste in essere in concreto dalle parti, nonché dai rischi sostenuti e dagli *assets* utilizzati; dalle caratteristiche fisiche dei beni trasferiti o dei servizi prestatati; dalle circostanze economiche dei mercati di riferimento in cui operano le parti; dalle strategie aziendali perseguite. Grazie ad una valutazione complessiva e integrata di tali informazioni, risulterà possibile inquadrare concretamente la transazione posta in essere e, quindi, poter procedere ad una corretta analisi di comparabilità.

In aggiunta, da non sottovalutare, la remunerazione tra due soggetti indipendenti riflette generalmente le funzioni svolte, i rischi assunti e i beni utilizzati da ciascuna delle due controparti. Pertanto, nel determinare se due transazioni possono essere comparabili, è necessario analizzare le funzioni, i rischi e i beni per ciascuno dei soggetti coinvolti. Quest'analisi contribuisce ad identificare il valore che ciascuna delle due parti apporta alla transazione. L'analisi è focalizzata prevalentemente sull'attività effettivamente svolta dalle parti e

sul contributo fornito. Tale contributo ed attività includono, ad es., le fasi decisionali relative al *business*, nonché relative all'assunzione dei rischi.

Le nuove Linee Guida OCSE danno molta importanza all'analisi dell'allocazione dei rischi. A tal riguardo, viene delineato un processo di analisi distinto in sei fasi, al fine di valutare i rischi sostenuti in una transazione “controllata”. Generalmente, nel libero mercato l'assunzione di rischi crescenti è compensata da un maggiore profitto atteso, in base al livello di rischio effettivamente sostenuto. Le fasi che vengono identificate per la valutazione del rischio connesso alla transazione sono[3]:

- 1) individuazione dei rischi economicamente significativi;
- 2) assunzione contrattuale dei rischi;
- 3) analisi funzionale con riferimento ai rischi;
- 4) interpretazione dei risultati delle fasi dalla 1 alla 3;
- 5) allocazione dei rischi (fase finale);
- 6) determinazione del prezzo della transazione tenendo in considerazione l'allocazione dei rischi.

Per quanto attiene alle caratteristiche dei beni o dei servizi, è chiaro che le differenze nelle caratteristiche dei beni e dei servizi possono comportare discrepanze/diversità di valore in un mercato aperto. Tra gli aspetti specifici da considerare per quanto riguarda le caratteristiche di un prodotto vi sono: (i) caratteristiche fisiche del prodotto; (ii) qualità e affidabilità; (iii) disponibilità e (iv) volumi della fornitura.

Relativamente alle condizioni economiche, i prezzi di libera concorrenza possono variare a seconda dei mercati di riferimento, anche per operazioni aventi ad oggetto i medesimi beni o servizi. Ai fini della comparabilità è, pertanto, necessaria un'analisi delle circostanze economiche che caratterizzano i mercati nei quali le operazioni tra parti correlate/consociate e non correlate sono concluse. A tal fine, è importante innanzitutto individuare il mercato o i mercati rilevanti, considerando i beni e servizi sostitutivi disponibili. In particolare, le circostanze economiche con un possibile effetto sulla comparabilità dei mercati comprendono: posizione geografica, dimensione dei mercati, livello di concorrenza in un mercato e posizione competitiva relativa degli acquirenti e dei venditori; disponibilità di beni sostitutivi, livelli di offerta e domanda in un dato mercato complessivamente e in una regione, potere di acquisto dei consumatori, costo della manodopera dei trasporti e dei capitali, differenze normative tra i mercati.

Infine, relativamente alle strategie aziendali, è necessario considerare numerosi aspetti di un'impresa, quali l'innovazione e lo sviluppo di nuovi prodotti, il grado di diversificazione, l'avversione al rischio, i rischi politici/Paese e altri fattori che influenzino le attività quotidiane dell'impresa stessa. Le strategie aziendali comprendono anche piani di penetrazione di mercato che possono comportare perdite temporanee. L'obiettivo strategico aziendale pone al centro di ogni funzione

[1] “*The structure that for transfer pricing purposes, replaces that actually adopted by the taxpayers should comport as closely as possible with the facts of the actual transaction undertaken whilst achieving a commercially rational expected*” (OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi, 10 luglio 2017, par. 9.35, in: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm> [consultato il 13.06.2019]).

[2] OCSE (nota 1), par. 1.36.

[3] Le fasi del processo di analisi dei rischi in una transazione tra imprese associate al fine di delineare accuratamente l'effettiva transazione sotto il profilo dei rischi (OCSE [nota 1], par. 1.60).

il "valore aziendale" inteso per singola funzione quale capacità di generare *cash flows/WACC*, tramutandosi in: (i) efficienza nelle operazioni correnti, (ii) innovazione e apprendimento, (iii) gestione dei rischi^[4]. Questi elementi costituiscono la base, appunto, degli obiettivi strategici del gruppo.

Poter "valutare" una transazione tra parti correlate/consociate all'interno di un perimetro ben definito, i cui lati sono rappresentati dai fattori di comparabilità come sopra delineati, rappresenta senza dubbio un elemento distintivo che consente di supportare politiche di gruppo di fronte a potenziali rischi fiscali associati ai prezzi di trasferimento.

Tuttavia, le nuove Linee Guida OCSE individuano delle circostanze in cui transazioni poste in essere tra parti correlate non sono riconosciute (*non-recognition*) ai fini dell'applicazione della disciplina di *Transfer Pricing*. Poiché il mancato riconoscimento di una transazione può essere controverso e dare luogo a fenomeni di doppia imposizione, è necessario in primo luogo delineare in maniera accurata la natura della transazione. Quando una stessa transazione può essere identificata tra parti indipendenti in circostanze comparabili, la transazione può essere oggetto di *non-recognition*. Inoltre, il semplice fatto che non si possa individuare una transazione comparabile tra parti indipendenti non significa che la transazione infragruppo non possa essere riconosciuta o che quest'ultima non sia in linea con il principio dell'*arm's length*. Infatti, l'aspetto centrale di tale analisi è la logica commerciale sottesa alla transazione che sarebbe stata oggetto di accordo tra parti non correlate in circostanze economiche comparabili e non, pertanto, se la stessa transazione ha realmente avuto luogo tra parti indipendenti.

V. Analisi funzionale ed economica della transazione

L'analisi economica comporta, da un lato, la comparazione tra i prezzi dell'operazione infragruppo con quelli dell'operazione comparabile (si veda il caso del metodo *Comparable Uncontrolled Price* [CUP]), dall'altro, la comparazione tra i margini di profitto dell'operazione infragruppo e quelli del soggetto comparabile (ad es., nel prezzo di rivendita e nel costo maggiorato si comparano i margini relativi ad operazioni similari conseguiti da soggetti comparabili).

In particolare, se l'analisi di comparabilità ha portato all'individuazione di un comparabile interno, si procederà ad una comparazione dei prezzi o dei margini (in relazione alla metodologia applicata) della transazione infragruppo con quelli relativi alla transazione individuata come comparabile. Se, invece, non è stato possibile identificare un comparabile interno, si procederà all'effettuazione di un'analisi di *benchmarking* al fine di identificare soggetti comparabili (nei casi di applicazione di metodi basati sul confronto dei margini) o accordi comparabili (nei casi di applicazione di metodi basati sul confronto del prezzo).

[4] Le strategie aziendali devono essere considerate nel delineare la transazione e nel determinare la comparabilità ai fini dei prezzi di trasferimento (OCSE [nota 1], par. D.1.5).

In relazione ai risultati dell'analisi economica si procederà alla verifica della conformità delle condizioni economiche della transazione infragruppo al principio di libera concorrenza (*arm's length principle*).

Ciascuno dei fattori sopra menzionati è più o meno rilevante per la selezione di una o più metodologie di *Transfer Pricing* (di cui si dà solo cenno in tale trattazione). L'esatta uguaglianza nelle caratteristiche fisiche di bene e servizi è fondamentale, ad es., solo ai fini dell'applicazione del metodo CUP. La stretta comparabilità delle funzioni è, invece, necessaria ai fini dell'applicazione del CUP e dei metodi basati sulla comparazione dei margini lordi, mentre non è strettamente essenziale ai fini della comparazione effettuata con l'applicazione del *Transactional Net Margin Method* (TNMM).

Ai fini dell'analisi nel campo del *Transfer Pricing* si identificano il^[5]:

- metodo del confronto del prezzo (cd. "CUP");
- metodo del costo maggiorato (cd. "Cost Plus");
- metodo del prezzo di rivendita (cd. "Resale Minus" o "RPM");
- metodo del margine netto della transazione (cd. "TNMM");
- metodo di ripartizione degli utili (cd. "Profit Split").

La selezione del metodo di *Transfer Price* si pone l'obiettivo di identificare una metodologia che consenta di determinare i prezzi da applicare nelle transazioni tra parti correlate/collegate nell'ambito appunto dell'azienda globale, oltre che consentire di verificare che i prezzi siano stati determinati nel rispetto del principio della libera concorrenza, ossia seguendo le logiche che sarebbero state previste in un rapporto tra soggetti terzi indipendenti. Nel prossimo capitolo si descrivono sommariamente le particolarità delle differenti metodologie di *Transfer Pricing* sopra indicate, preso atto che le Linee Guida OCSE lasciano aperta la possibilità di utilizzare metodi diversi da quelli di seguito elencati e descritti, ove il contribuente riesca a dimostrare che^[6]:

- nessuno dei metodi previsti può essere applicato in maniera affidabile a supporto del principio di libera concorrenza;
- il "diverso" metodo adottato produce risultati coerenti con quanto avrebbero previsto soggetti indipendenti.

[5] Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) del 14 maggio 2018, art. 5, comma 2; sono stati indicati i metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento conformi ai principi di libera concorrenza, in linea con quanto previsto dall'OCSE per la selezione del metodo più appropriato al caso di specie tenendo principalmente conto in particolare della natura dell'operazione, le caratteristiche economicamente rilevanti della stessa e la presenza di operazioni "non controllate" comparabili.

[6] Possibile per l'uso di più di un metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento si applicano a questioni che riguardano il trasferimento di beni immateriali o di diritti sui beni immateriali (OCSE [nota 1], par. 2.9). In base ai fatti specifici, uno dei cinque metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento descritti nel Cap. II (OCSE [nota 1]) potrebbe costituire il metodo più appropriato alle circostanze del caso di specie, qualora la transazione riguardi un trasferimento di uno o più beni immateriali tra imprese associate. L'uso di altri metodi alternativi può anche essere appropriato.

VI. Le metodologie di Transfer Pricing

A. Metodo CUP

Il metodo del confronto del prezzo permette di confrontare il prezzo di beni trasferiti nel corso di una transazione tra imprese associate con il prezzo concordato per beni trasferiti nel corso di una transazione comparabile sul libero mercato in circostanze comparabili.

Per transazioni avvenute in circostanze comparabili si intendono transazioni (i) aventi per oggetto i medesimi beni; (ii) aventi condizioni e termini contrattuali analoghi; (iii) effettuate al medesimo stadio di commercializzazione; (iv) nello stesso mercato (o in un mercato comparabile) e (v) in condizioni economiche simili.

L'applicazione di questo metodo comporta il dover applicare alle transazioni oggetto di verifica i medesimi prezzi concordati fra le parti nelle transazioni "giudicate" comparabili.

Il metodo del CUP può essere interno o esterno^[7]. Si ha un confronto interno ogni volta che il prezzo applicato alla transazione oggetto di verifica è comparato al prezzo applicato in transazioni fra una società parte della transazione oggetto di verifica ed una società terza indipendente. Si ha confronto esterno qualora il prezzo applicato alla transazione oggetto di verifica sia confrontato con il prezzo applicato in transazioni fra parti terze tra loro indipendenti.

Il metodo della comparazione interna, tradizionalmente più attendibile rispetto a quello della comparazione esterna, può essere applicato con riferimento a transazioni effettuate sia dall'impresa associata alienante, sia dall'impresa associata cessionaria.

B. Metodo Cost Plus

Il metodo del costo maggiorato (*Cost Plus*) considera innanzitutto i costi sostenuti dal fornitore di beni nell'ambito di una transazione controllata, per quei beni trasferiti ad un acquirente collegato. Un'adeguata percentuale di ricarico relativa al costo di produzione (*cost plus mark up*) viene poi aggiunta a detto costo, così da ottenere un utile adeguato, tenuto conto delle funzioni svolte e delle condizioni di mercato. Il risultato di tale operazione può essere considerato come prezzo di libera concorrenza della transazione controllata originaria.

In sostanza, l'applicazione del metodo del costo maggiorato comporta che la comparazione abbia come oggetto il margine di utile lordo (*mark up* sul costo del venduto) conseguito dall'impresa associata alienante (in altre parole, l'impresa che, nella transazione oggetto di verifica, vende determinati beni ad un'altra impresa associata). Per *mark up* sul costo del

[7] *Confronto di prezzo interno*: comparazione tra il prezzo praticato nelle operazioni infragruppo ed il prezzo che sarebbe stato praticato per analoghe o identiche operazioni intercorse tra una società del gruppo ed un soggetto terzo, in un determinato mercato; *confronto di prezzo esterno*: comparazione tra il prezzo praticato nelle operazioni infragruppo ed il prezzo che sarebbe stato praticato per analoghe/stesse operazioni intercorse tra soggetti terzi, tra loro indipendenti, in un determinato mercato.

venduto si intende la differenza tra il prezzo di vendita ed il costo di produzione di ciascun bene espressa in forma di percentuale di ricarico sul costo del venduto.

Anche il metodo del *Cost Plus* può essere interno o esterno. In particolare, l'applicazione del metodo del *Cost Plus* interno comporta che il margine d'utile lordo conseguito dall'impresa associata alienante nella transazione oggetto di verifica sia confrontato col margine d'utile lordo conseguito sempre dall'impresa associata in transazioni comparabili concluse con terze parti indipendenti. In questo caso, il contribuente dovrà determinare i prezzi di trasferimento nella transazione oggetto di verifica applicando la medesima percentuale di ricarico (*mark up*) sui costi applicata nelle transazioni con terze parti.

C. Metodo Resale Minus

Il metodo del prezzo di rivendita prende in considerazione i margini di profitto lordi conseguiti in operazioni comparabili tra entità indipendenti in modo da verificare il rispetto delle condizioni di libera concorrenza per quanto riguarda i prezzi praticati in un'operazione infragruppo.

Questo metodo parte dal prezzo a cui un prodotto che è stato acquistato da un'impresa collegata è rivenduto a un'impresa terza indipendente. Questo prezzo (di rivendita) viene, quindi, ridotto di un adeguato margine lordo che rappresenta l'ammontare con il quale il rivenditore cerca di coprire le proprie spese di vendita e di gestione e trarre un adeguato profitto. Le Linee Guida OCSE stabiliscono che questo metodo è probabilmente il più utile quando ci si trova di fronte ad attività di marketing e commercializzazione.

Come i metodi del CUP e del *Cost Plus*, anche il metodo del prezzo di rivendita può essere interno o esterno. La sua applicazione interna comporta che il margine lordo conseguito dall'impresa acquirente nella transazione in verifica sia comparato a quello conseguito dall'impresa stessa in transazioni in cui quest'ultima acquista e vende altri prodotti da società terze svolgendo, di fatto, le medesime funzioni ed assumendosi gli stessi rischi.

D. Metodo TNMM

Il metodo del margine netto della transazione si applica comparando il profitto/margine netto conseguito da un'impresa associata in una transazione oggetto di verifica con quello conseguito da operatori indipendenti in transazioni comparabili. Oggetto della comparazione è il profitto/margine netto relazionato ad una base appropriata quale vendite, costi totali o *assets*.

L'applicazione del TNMM è fondata sul concetto che l'utile conseguito da imprese operanti nello stesso settore ed in condizioni simili dovrebbe tendere ad essere simile entro un ragionevole periodo (breve periodo). Questo concetto è fondato su consolidate teorie economiche in base alle quali qualora un'impresa riesca a conseguire profitti maggiori dei suoi concorrenti, essa dovrebbe, nel lungo periodo, essere in grado di espandere produzione e vendite ai danni dei concorrenti meno efficienti. A quest'ultimi non resterebbe che

abbandonare il mercato (ovviamente nel lungo periodo) o diventare più efficienti e, pertanto, più profittevoli.

Il TNMM segue le stesse logiche del metodo del *Cost Plus* e del prezzo di rivendita tanto da essere appunto definito anche metodo del "*Cost Plus modificato*" o metodo del "prezzo di rivendita modificato". L'unica differenza si ritrova con riferimento all'oggetto della comparazione che, nel caso del TNMM, è il profitto netto inteso come profitto lordo meno spese operative. Alla stregua dei metodi sin qui illustrati, anche il TNMM può essere applicato sia tramite comparazione interna, sia con riferimento a transazioni esterne.

E. Metodo Profit Split

Nel caso di transazioni in cui le funzioni coinvolte siano strettamente collegate fra loro, è possibile che esse non possano essere valutate separatamente e ciò potrebbe indurre le imprese indipendenti a costituire una sorta di società (di persone) e concordare su una forma di ripartizione degli utili. Allo stesso modo, il metodo del *Profit Split* tenta di eliminare gli effetti sugli utili derivanti dalle condizioni speciali convenute o imposte in una transazione controllata, determinando la ripartizione degli utili che le imprese indipendenti avrebbero previsto di realizzare se fossero state coinvolte in quella o in quelle transazioni.

Il metodo del *Profit Split* si utilizza ripartendo il profitto derivante da una transazione oggetto verifica come lo avrebbero ripartito imprese indipendenti impegnate in una transazione comparabile. L'indicatore di profittabilità da utilizzarsi per la ripartizione dev'essere il margine operativo (margine d'utile lordo meno spese operative) anche se, in alcuni casi, può essere necessario utilizzare il margine d'utile lordo. Il *Profit Split* fa parte dei metodi basati sul profitto ed anch'esso ha un'applicazione residuale limitata a tre ipotesi principali:

- 1) il *Profit Split* può essere applicato allorché le transazioni siano più d'una, strettamente collegate e così complesse per cui non sia possibile individuare sul libero mercato nessuna forma di transazione o insieme di transazioni nemmeno parzialmente comparabile;
- 2) il *Profit Split* può essere applicato anche quando le funzioni, i rischi e gli *assets* impiegati nella transazione in verifica siano equamente divisi fra le parti e, pertanto, non sia possibile individuare un cd. "*principal*" della transazione;
- 3) il *Profit Split* può essere applicato allorché entrambe le parti impegnate nella transazione detengano beni immateriali di produzione o commerciali particolarmente rilevanti al punto che sia difficile individuare sul libero mercato società comparabili.

In riferimento a quest'ultima metodologia di *Transfer Pricing*, recentemente l'*EU joint transfer pricing forum* (JTPF) – comitato di esperti istituito dalla Commissione europea con finalità consultive in materia di *Transfer Pricing* – ha pubblicato un documento dal titolo "*The application of the profit split method within the EU*".

Il documento si propone di esaminare come viene applicato il metodo di ripartizione degli utili all'interno dell'UE e di

lavorare verso un approccio comune per affrontare le sfide pertinenti derivanti dall'attuale quadro OCSE.

Il metodo di ripartizione degli utili è stato già oggetto di analisi da parte dell'OCSE. Infatti, nel giugno 2018 l'OCSE ha pubblicato una relazione sull'applicazione della ripartizione degli utili che ha notevolmente ampliato le linee guida su quanto potrebbe essere considerato maggiormente appropriato il metodo di trasferimento dei prezzi. Il metodo del *Profit Split* rappresenta uno dei metodi di *Transfer Pricing* più discussi e controversi tra quelli previsti dalle Linee Guida OCSE.

In generale, il metodo del *Profit Split* permette di ripartire il profitto derivante da una transazione tra parti correlate sulla base di un rationale economico valido, al fine di ottenere un risultato in linea con quello che parti indipendenti avrebbero raggiunto in circostanze comparabili. Le Linee Guida OCSE enfatizzano il principale vantaggio del metodo del *Profit Split*: offrire soluzioni nei casi in cui tutte le parti rilevanti apportano contributi unici in termini di valore e/o vi è un alto grado di integrazione. Inoltre, laddove le parti condividono l'assunzione di rischi economicamente significativi o assumono rischi strettamente correlati, la flessibilità del metodo consente la determinazione di un utile di libera concorrenza per le parti in base all'effettiva assunzione dei rischi.

Le difficoltà nell'applicare il metodo di ripartizione degli utili sono chiaramente circoscritte nella capacità di poter misurare le entrate ed i costi rilevanti tra tutte le imprese associate che partecipano alle transazioni controllate, nonché identificare i fattori di ripartizione del profitto appropriati.

Il recente studio del JTPF intende integrare gli orientamenti dell'OCSE, al fine di chiarire:

- 1) quando usare tale metodo (*i.e.* in quali circostanze può essere considerato il metodo di *Transfer Pricing* più appropriato) e
- 2) come utilizzarlo per ripartire il profitto.

Con riferimento al primo punto oggetto di analisi, il documento redatto dal JTPF riporta delle brevi domande e risposte e propone alcuni esempi pratici, disposti sotto forma di sondaggio, sulla base delle esperienze dei membri del JTPF nell'applicazione pratica del metodo del *Profit Split* (Riunione del JTPF dell'8 marzo 2018; ricevute 17 risposte dagli Stati membri e 11 da membri non governativi).

Il sondaggio non ha rilevato alcuna correlazione diretta tra il metodo e lo specifico settore merceologico. Viene applicato in diversi settori, anche se in misura limitata. Ad es., il settore delle attività finanziarie, industriali, automobilistiche, IT, commercio di beni di consumo, farmaceutico, chimico e alimentare.

Con riferimento alle modalità di ripartizione del profitto (secondo punto oggetto di analisi), il documento riporta una lista di chiavi di allocazione, raggruppate nelle seguenti categorie (di cui sono riportati alcuni pro e contro negli allegati):

fattori basati sul personale (ad es. numero di dipendenti, remunerazione); fattori basati sulle vendite o altri indicatori di volume (ad es. ricavi, volume degli scambi); fattori basati sui beni immobilizzati (ad es. valore dei principali *asset* operativi, degli *asset* gestiti, dei tassi di *royalty* o *franchise fee*); fattori basati sui costi (ad es. spese operative, costo del venduto, costi di *marketing*, spese di sviluppo della proprietà intellettuale, costi di ricerca e sviluppo); altri fattori (ad es. fattori di ponderazione assegnati alla catena del valore, *benchmark* esterni o modelli di *hedge fund*).

In conclusione, il documento pone in evidenza che il metodo di ripartizione degli utili viene utilizzato raramente al momento, benché considerato dal Comitato sempre più rilevante.

Il metodo pare essere principalmente utilizzato nel contesto delle procedure di accordo sui prezzi preventivi. Infatti, dalla lettura delle conclusioni del documento emerge che il sondaggio indica che il metodo *Profit Split* non è usato molto spesso al momento e che il suo utilizzo e la sua applicazione è riscontrabile nel contesto delle procedure *Advance Pricing Agreement* (APA), probabilmente per il livello elevato di soggettività posto in essere nella definizione del meccanismo per l'allocazione dei profitti. Quindi, questo metodo potrebbe non necessariamente garantire "certezza" fiscale e quindi esporre a rischi di contenzioso.

Fermo restando questo aspetto, c'è la possibilità che il metodo *Profit Split* possa essere applicato più spesso in futuro a causa dell'emergere di nuovi modelli di *business*, come, ad es., nel caso delle economie digitali. Alla luce di quanto emerso dal sondaggio/studio disposto dalla JTPF ci saranno successive evoluzioni in tema di applicazione del metodo *Profit Split*.

VII. La disciplina fiscale dei prezzi di trasferimento nel contesto italo-svizzero

Volendo inquadrare la disciplina fiscale dei prezzi di trasferimento in un contesto come quello tra Italia e Svizzera, per ragioni geografiche caratterizzato da stretti rapporti commerciali e importanti investimenti *cross-border*, è sempre più necessario che le imprese abbiano piena consapevolezza della direzione cui sta tendendo l'evoluzione normativa in riferimento al contesto internazionale in tema di prezzi di trasferimento e le conseguenti *policy* di gruppo che prestano una sempre maggiore attenzione onde mappare un rischio, non più tanto implicito, di adottare modelli organizzativi *non compliant* con una disciplina particolarmente insidiosa.

Dev'essere senza dubbio segnalato che, a seguito delle attività accertative condotte dall'Amministrazione finanziaria italiana, emergono, sempre più spesso, rilievi in materia di prezzi di trasferimento infragruppo su base transfrontaliera.

Di conseguenza, nel corso degli ultimi anni, è stato registrato un aumento progressivo sia del contenzioso interno, avente per oggetto tali contestazioni, sia delle cd. "procedure amichevoli" (*Mutual Agreement Procedure*), instaurate per provare a rimediare a fenomeni di doppia imposizione, ivi comprese quelle da convenzione arbitrale, attivabili in ambito

comunitario ai fini dell'eliminazione dei fenomeni di doppia imposizione riconducibili a rettifiche da *Transfer Price*.

Ad es., nell'ordinamento italiano, in passato gli unici strumenti amministrativi messi a disposizione del contribuente volti alla risoluzione delle controversie internazionali in materia di *Transfer Pricing* erano i seguenti:

- le procedure amichevoli previste dall'art. 25 del Modello OCSE di Convenzione fiscale (M-OCSE);
- le procedure amichevoli (EAC) previste nell'ambito del Modello di Convenzione Arbitrale (Convenzione n. 436/90/CEE tra gli Stati membri dell'Unione europea [UE]).

Tale contesto normativo è cambiato a partire dal 2017. In particolare, il Decreto Legge (D.L.) n. 50/2017 ha introdotto talune modifiche in materia di rettifiche ai prezzi di trasferimento al fine di favorire un adeguamento della normativa nazionale agli *standard* OCSE.

La concorrente instaurazione del contenzioso ai sensi della legislazione interna e di una procedura amichevole determina però talune complessità procedurali, nonché diversi profili di criticità.

Volendo rinviare ad una successiva trattazione aspetti legati alla *dispute resolution*, al *tax ruling*, ai profili sanzionatori e alla modalità di regolazione di eventuali controversie che sorgono in materia di *Transfer Price* con le Amministrazioni finanziarie, si evidenzia l'attenzione che anche l'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) sta prestando al *Transfer Price*, confermando come il tema in oggetto sia attuale e non vada assolutamente sottovalutato a parere dello scrivente[8].

A tal proposito si osserva che recentemente l'AFC ha dichiarato di aver trasmesso un primo lotto di 82 segnalazioni a un totale di 41 Stati, tra cui Francia, Germania, Regno Unito, Paesi Bassi e Russia[9]. Queste relazioni riguardano chiarimenti e *ruling*, quindi intese che erano ancora in vigore il 1° gennaio 2018. Le informazioni[10] sono state trasmesse in linea con quanto previsto dall'applicazione della Convenzione sulla reciproca assistenza amministrativa in materia fiscale (RS 0.652.1), entrata in vigore in Svizzera il 1° gennaio 2017, e in conformità all'Azione 5 del progetto BEPS. I firmatari della Convenzione hanno concordato, tra le altre cose, di scambiare spontaneamente il contenuto dei *ruling* fiscali preventivi, il che significa che nessuna richiesta di informazioni è stata fatta dallo Stato *partner* cui sono ora destinati. Tuttavia, l'AFC ha affermato che le informazioni trasmesse sono state presentate, e inviate, sotto forma di modello e che, quindi, i contenuti

[8] OCSE, Switzerland Dispute Resolution Profile, in: <https://www.oecd.org/tax/dispute/Switzerland-Dispute-Resolution-Profile.pdf> (consultato il 13.06.2019).

[9] AFC, L'AFC trasmette per la prima volta agli Stati partner informazioni relative agli accordi fiscali preliminari, Comunicato stampa, Berna, 8 maggio 2018, in: <https://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/comunicati-stampa.msg-id-70686.html> (consultato il 13.06.2019).

[10] Si tratta di dati e profili conoscitivi essenziali relativi agli *advance tax ruling*, accordi preventivi, che l'AFC ha siglato con decine di multinazionali.

completi delle stesse decisioni in materia di imposte non sarebbero stati scambiati^[11].

In Italia, la disciplina nazionale in materia di prezzi di trasferimento è contenuta nell'art. 110, comma 7, TUIR modificato diverse volte nel corso degli anni. Da ultimo, il D.L. n. 50/2017 ha modificato l'art. 110, comma 7, TUIR al fine di adeguare la normativa interna ai principi riconosciuti e raccomandati in sede OCSE e alle *best practices* internazionali. In particolare, l'art. 59 del suddetto Decreto ha modificato la normativa del TUIR prevedendo che la determinazione dei prezzi di trasferimento debba avvenire "sulla base delle condizioni e dei prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili", in luogo del precedente riferimento al principio di valore normale. Ulteriore novità introdotta dal D.L. n. 50/2017 concerne l'introduzione del nuovo art. 31-*quarter* nel Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) n. 600/1973, il quale amplia le ipotesi di riconoscimento delle variazioni in diminuzione del reddito imponibile derivanti dalla corretta applicazione del principio di libera concorrenza. Il MEF ha poi firmato (in data 14 maggio 2018) il decreto contenente le Linee Guida ai fini dell'applicazione delle disposizioni relative ai prezzi di trasferimento.

Per quanto riguarda le Convenzioni in essere in Italia per evitare le doppie imposizioni (CDI), si osserva che le stesse entrano a far parte dell'ordinamento giuridico all'esito di un procedimento di ratifica da parte del Parlamento seguito con legge ordinaria, che conferisce piena e integrale esecuzione al trattato. La CDI entra in vigore a seguito dello scambio degli strumenti di ratifica tra i Paesi contraenti che è resa nota attraverso la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Ad oggi sono diversi i trattati che l'Italia ha definito per evitare le doppie imposizioni. Il MEF pubblica le CDI esistenti con le specifiche caratteristiche, finalizzate a recepire le raccomandazioni vincolanti del progetto BEPS.

Di recentissima sottoscrizione si segnala la nuova CDI tra Italia e Cina, firmata a Roma il 23 marzo 2019.

VIII. Conclusioni

In conclusione, preso atto della rilevanza che le Linee Guida OCSE attribuiscono al concetto dell'analisi della comparabilità, ai fini della corretta identificazione e della finalità da attribuire ad una transazione tra entità parti di un'azienda globale come sopra definita, si deve considerare che la determinazione dei prezzi di trasferimento non è una scienza esatta, ma per poter essere definita necessita di un'attenta valutazione da parte dell'Amministrazione finanziaria e del contribuente^[12]. Attribuire un riflesso fiscale al concetto "corretta determinazione dei prezzi" richiede, come visto, di avere consapevolezza di quanto segue: "nel caso in cui due imprese, nelle loro relazioni

commerciali o finanziarie siano vincolate da condizioni, convenute o imposte, diverse da quelle che sarebbero state praticate tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni, sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che a causa delle stesse non sono stati realizzati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza (art. 9 Modello di Convenzione OCSE). Il progetto BEPS («Base Erosion and Profit Shifting») elaborato dall'OCSE su incarico degli Stati del G20 è stato presentato il 12 febbraio 2013, mediante la pubblicazione del rapporto «Addressing Base Erosion and Profit Shifting», nel quale si riportano dati e studi relativi alle pratiche di erosione della base imponibile fiscale, nonché il loro effetto in termini di tassazione transfrontaliera e si forniscono delle linee guida per mettere a punto contromisure volte ad arginare il fenomeno della pianificazione fiscale «aggressiva». Aspetto disciplinato dall'Azione 12 del BEPS, *Disclosure of aggressive tax planning*, in cui vengono fornite raccomandazioni dirette all'obbligo di divulgazione di operazioni relative a progetti di pianificazione aggressiva.

Entro il 2020, i Paesi OCSE hanno l'obbligo di rivederne i contenuti e stabilire l'eventuale necessità di modifiche, per imporre la rendicontazione di dati aggiuntivi o differenti. L'OCSE, infatti, con una nota programmatica (*Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note*) si è proposta di intervenire con misure volte a ridurre l'evasione della base imponibile e il trasferimento degli utili ad opera delle grandi multinazionali.

[11] La base legale in Svizzera per lo scambio spontaneo è data in particolare dagli artt. 1 e 22a ss. della Legge federale sull'assistenza amministrativa internazionale in materia fiscale (LAAF; RS 651.1) dagli artt. 5 ss. dell'Ordinanza sull'assistenza amministrativa internazionale in materia fiscale (OAAF; RS 651.11).

[12] OCSE (nota 1), par. 1.13.