

LA NECESSARIA COMPARABILITÀ DELLE TRANSAZIONI IN MATERIA DI TRANSFER PRICING

Con il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 14 maggio 2018 sono state fornite le linee guida per l'applicazione della nuova normativa in materia di *transfer pricing*.

In merito, si ricorda che la disciplina dei prezzi di trasferimento in Italia è contenuta nel settimo comma dell'art. 110 del TUIR e recentemente ha subito delle modifiche (1) (2).

Tale norma, rubricata "Norme generali sulle valutazioni", disponeva, nella versione precedente a quella attualmente in vigore, che: «I componenti di reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato che, direttamente o indirettamente, controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva un aumento del reddito; la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri ... La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e di collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti».

Con l'art. 59, primo comma, del D.L. 24 aprile 2017, n. 50 (convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96), il settimo comma dell'art. 110 è stato modificato.

La versione attuale prevede che le maggiori componenti di reddito siano determinate con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili.

Da una semplice lettura del nuovo dettato normativo, si evince che è stato reso più esplicito, rispetto alla versione precedente, il fatto che uno degli elementi fondamentali dell'analisi delle transazioni è quello della comparabilità.

Tale nozione viene disciplinata dall'art. 3 del citato decreto ministeriale 14 maggio 2018.

In particolare, in tale disposizione viene specificato che, tra le transazioni prese a riferimento, non ci devono essere differenze significative, che possono incidere sui prezzi delle transazioni analizzate o su altri indicatori finanziari; ma qualora si dovessero constatare alcune diversità, si dovrà procedere ad effettuare delle opportune rettifiche.

Inoltre, per determinare se due operazioni siano comparabili è necessario fare riferimento ad alcuni fattori rilevanti, quali:

(1) Per un maggiore approfondimento su questo argomento si rinvia alla circ. Assonime n. 17 del 2017.

(2) Anche la circ. della Guardia di finanza n. 1 del 2018, in *Boll. Trib. On-line*, si è occupata delle modifiche normative alla normativa in esame.

1. i termini contrattuali delle operazioni;
2. le funzioni svolte da ciascuna delle parti coinvolte nelle operazioni, tenendo conto dei beni strumentali utilizzati e dei rischi assunti, inclusi il 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 l'operazione e le consuetudini del settore;

3. le caratteristiche dei beni ceduti e dei servizi prestati;

4. le circostanze economiche delle parti e le condizioni di mercato in cui esse operano;

5. le strategie aziendali perseguite dalle parti.

Pertanto, da tale decreto si evince che il concetto di "prezzo giusto", definito legislativamente, si uniforma al principio di libera concorrenza consigliato in via primaria dall'OCSE per la determinazione della congruità del prezzo di trasferimento. Detto valore, pertanto, deve essere uguale o simile a quello che sarebbe stato pattuito per transazioni assimilabili da terze imprese indipendenti.

A questo punto è necessario ricordare che, al fine di verificare la correttezza della determinazione dei prezzi di trasferimento, sono stati elaborati alcuni criteri: i metodi basati sulla transazione (quello del confronto del prezzo, quello del costo maggiorato e quello del prezzo di rivendita) e i metodi basati sugli utili (quello della ripartizione dei profitti globali, quello della comparazione dei profitti, quello della redditività del capitale investito) (3).

Quasi tutti tali metodi sono stati richiamati dall'art. 4 del citato decreto ministeriale, il quale esprime una preferenza per il metodo del confronto del prezzo, stabilendo, però, che, in caso di maggiore affidabilità nelle analisi delle transazioni, è possibile per il contribuente utilizzare anche un criterio diverso da quelli elencati.

In ogni caso, il decreto ministeriale conferma di fatto un principio fondamentale, ovvero che l'analisi dei prezzi di trasferimento si deve basare su elementi comparabili.

Infatti, viene sancito che, qualsiasi sia il metodo utilizzato, compreso quelli basati sugli utili, è necessario che le transazioni prese a riferimento siano confrontabili.

In caso contrario, la comparabilità dei prezzi non è possibile.

Del resto, come chiarito dalla stessa Agenzia delle entrate in provvedimenti precedenti a quello in esame (4), l'analisi della comparabilità è l'elemento essenziale del modo di procedere, valido per ogni modalità di

(3) Il Ministero delle finanze ha fornito utili indicazioni sul fenomeno del "transfer pricing" nelle ormai datate circ. 22 settembre 1980, n. 32/9/2267, in *Boll. Trib.*, 1980, 1644; e 12 dicembre 1981, n. 42/12/1587, *ivi*, 1982, 133. Anche la Guardia di finanza, come già indicato, ha emesso le proprie istruzioni con circ. n. 1/2018, cit.

(4) Successivamente sono stati emessi il provv. 29 settembre 2010, n. 137654, in *Boll. Trib.*, 2010, 1444; la circ. 15 dicembre 2010, n. 58/E, *ivi*, 2011, 54; e la circ. 6 novembre 2015, n. 16/D, in *Boll. Trib. On-line*.

controllo adottata.

In particolare, tale analisi, secondo l'Amministrazione finanziaria deve avere per oggetto:

- a) le caratteristiche dei beni e dei servizi,
- b) le funzioni svolte, i rischi assunti ed i beni strumentali utilizzati,
- c) i termini contrattuali,
- d) le condizioni economiche ed in particolare i lineamenti generali dei mercati di riferimento, siano essi di approvvigionamento, transito o sbocco,
- e) le strategie d'impresa.

Pertanto, secondo l'Agenzia delle entrate l'analisi deve essere basata su elementi comparabili, altrimenti non è possibile effettuare le eventuali rettifiche.

La stessa giurisprudenza (5) ha stabilito che l'Ufficio finanziario, per addivenire alle proprie conclusioni, deve scegliere un metodo di determinazione del prezzo più idoneo al caso, scegliere un mercato rilevante e scegliere i prodotti; scegliere degli indici di rilievo; effettuare i calcoli.

Inoltre, è stato altresì affermato (6) che l'Ufficio precedente non svolga correttamente l'analisi delle transazioni allorquando abbia posto a fondamento delle proprie determinazioni una pluralità di soggetti che nulla avevano in comune con le società controllate dalla ricorrente. Infatti, per la determinazione del prezzo di trasferimento delle transazioni controllate, sarebbe stata necessaria la comparazione di operazioni similari in termini di prodotto e mercato, mentre non è stato sufficiente affermare che vi fosse un'analogia funzionale, senza, peraltro, dimostrarla (7).

Recentemente, altre sentenze di merito hanno dichiarato l'infondatezza della pretesa erariale ogniqualvolta l'analisi effettuata dall'Agenzia delle entrate, per rettificare i prezzi, non fosse stata fondata su elementi comparabili (8).

In caso contrario, infatti, l'Ufficio finanziario sarebbe incorso in una violazione della normativa contenuta nell'art. 110, settimo comma, del TUIR.

Tali conclusioni sono confermate anche dalle linee guida dell'OCSE, aggiornate al mese di luglio dell'anno 2017. In particolare, analizzando quanto riportato nel paragrafo 2.29, si ricava che: «Sulla base dei principi menzionati al capitolo 1, la transazione sul libero mercato può essere paragonata a una transazione controllata (costituisce cioè una transazione comparabile sul libero mercato) ai fini del metodo del prezzo di rivendita se viene soddisfatta una delle due seguenti condizioni» e cioè non esistono differenze tra le transazioni comparate o sono possibili correzioni ragionevolmente adeguate per eliminare gli effetti di dette differenze.

Nella Direttiva 2.47 si legge anche che «come nel caso del metodo del prezzo di rivendita, (vedasi paragrafo 2.34), quando esistono differenze sostanziali che incidono ulteriormente sui costi plus mark up ottenuti nel corso delle transazioni controllate sul libero mercato dovrebbero essere apportate le correzioni per tener

conto di tale differenze. La misura e l'affidabilità di dette correzioni influenzeranno la relativa affidabilità delle analisi effettuate secondo il metodo del costo maggiorato applicato in determinati casi».

Facendo riferimento ai metodi che prendono in considerazione l'utile, il paragrafo 2.64 del commentario OCSE afferma che «il metodo basato sul margine netto della transazione opera in maniera simile ai metodi del costo maggiorato e del prezzo di rivendita. Tale similarità sta ad indicare che, ai fini di un'applicazione affidabile, il metodo basato sul margine netto della transazione deve seguire in maniera conforme i parametri di applicazione dei metodi del costo maggiorato e del prezzo di rivendita».

Tali criteri, come è stato già esposto, richiedono un'analisi di comparabilità fondata su elementi simili tra le società prese a riferimento, compresa quella basata sulla similarità dei prodotti.

Lo stesso paragrafo 2.75 richiede un elevato livello di similarità in relazione a numerosi aspetti dell'impresa associata e dell'impresa indipendente coinvolte nelle transazioni, affinché le transazioni collegate siano comparabili; sussistono vari fattori diversi, sia dai prodotti, che dalle funzioni, che possono influenzare gli indicatori di utile netto in modo significativo.

In sostanza l'OCSE fa presente che, se le differenze fra i beni da confrontare sono molto rilevanti, si può far luogo a modesti interventi correttivi, ma che se questi sono di grande misura, le analisi non possono essere considerate come affidabili.

Tali considerazioni valgono anche nel caso in cui le attività esercitate dalle società prese a confronto siano comprese nello stesso codice ATECO (9) (10).

Inoltre, tale tesi non cambierebbe neppure quando vengono utilizzati metodi alternativi a quelli tradizionali, quale quello del TNMM (11) (12).

Sulla necessità della comparabilità delle transazioni, si è espressa, infine, anche la Corte di Cassazione (13) che ha cassato la sentenza di secondo grado che non aveva tenuto in debito conto le differenze oggettive tra i prodotti presi a riferimento nell'accertamento fondato sul *transfer pricing*.

Avv. Fabio Gallio

(9) Cfr. Comm. trib. reg. della Lombardia, sez. XXXIV, 9 luglio 2015, n. 3165, in *Boll. Trib. On-line*.

(10) La classificazione delle attività economiche ATECO (ATTività ECONomiche) è una tipologia di classificazione adottata dall'Istituto Nazionale di Statistica italiano (ISTAT) per le rilevazioni statistiche nazionali di carattere economico e costituisce la traduzione italiana della Nomenclatura delle Attività Economiche (NACE) creata dall'Eurostat, adattata dall'ISTAT alle caratteristiche specifiche del sistema economico italiano. Attualmente è in uso la versione ATECO 2007, entrata in vigore dal 1° gennaio 2008, che sostituisce la precedente ATECO 2002, adottata nel 2002 ad aggiornamento della ATECO 1991.

(11) Cfr. Comm. trib. reg. della Lombardia, sez. I, 28 gennaio 2016, 539; e Comm. trib. prov. di Milano, sez. XXV, 7 giugno 2016, n. 4904; entrambe in *Boll. Trib. On-line*.

(12) Il valore normale delle operazioni esaminate può essere rideterminato sulla base del metodo di comparazione dei margini di utile netto (*Transactional Net Margin Method*, in sigla Tnmn), calcolato sulla base di un indice di redditività collegato allo stato patrimoniale (*Return on Assets*, Roa) anziché su quello inizialmente utilizzato in sede di verifica, collegato al conto economico (*Return on Sales*, Ros).

(13) Così Cass., sez. trib., 21 luglio 2015, n. 15282, in *Boll. Trib. On-line*.

(5) Cfr. Comm. trib. reg. della Lombardia, sez. VII, 7 giugno 2011, n. 69, in *Boll. Trib. On-line*.

(6) Cfr. Comm. trib. reg. della Lombardia, sez. XXX, 15 giugno 2016, n. 3591, in *Boll. Trib. On-line*.

(7) Dello stesso tenore ved. Comm. trib. prov. di Milano, sez. XXIII, 22 novembre 2016, n. 8905, in *Boll. Trib. On-line*.

(8) Cfr. Comm. trib. prov. di Milano, sez. V, 18 dicembre 2017, n. 7038; e Comm. trib. prov. di Milano, sez. I, 18 aprile 2017, n. 2961; entrambe in *Boll. Trib. On-line*.