

I cinque fattori di comparabilità OCSE: centro dell'analisi di transfer pricing

di Gian Luca Nieddu

OneDay Master

Esercitazione pratica sul TP: analisi economiche e benchmark

Scopri di più

Negli ultimi contributi su queste pagine, abbiamo dapprima presentato gli **elementi caratterizzanti le disposizioni in materia di [Transfer Pricing documentation e penalty protection](#)**, per giungere poi a condividere **alcune considerazioni di natura operativa** e mettere così in luce la portata strategica che un **progetto sui prezzi di trasferimento può avere**.

Successivamente, si è voluto condividere alcune riflessioni aventi ad oggetto la **[mappatura delle transazioni infragruppo](#)**, la loro **eventuale aggregazione** per categorie omogenee e la necessità di procedere alla predisposizione di conti economici dedicati (anche detti *segregati* o *segmentati*), allo scopo di **addivenire al calcolo della marginalità** derivante dalle specifiche transazioni infragruppo in cui l'impresa associata è stata coinvolta, che può altresì richiedere – a seconda dei modelli di business – la **separazione dai risultati ottenuti dai business** condotti con soggetti terzi.

Ora, per poter mettere a **confronto i prezzi di trasferimento** applicati alla transazione controllata con quelli caratterizzanti le transazioni indipendenti (i *comparables*), è necessario prendere in considerazione i c.d. **cinque fattori di comparabilità**: nel presente contributo essi verranno dunque esaminati uno dopo l'altro al fine di coglierne gli elementi essenziali e di come essi siano – in ultima istanza – necessariamente **collegati al modello di business** della specifica transazione intercompany in esame.

La declinazione dei cinque fattori di comparabilità: dalla teoria alla pratica

L'applicazione del **principio di libera concorrenza** (o *arm's length principle* – ALP) richiede l'utilizzo di **dati comparabili** con quelli della società oggetto di analisi (i.e., dati provenienti da transazioni comparabili o da società comparabili). Affinché i risultati di tale comparazione siano affidabili, le caratteristiche economicamente rilevanti delle transazioni da confrontare devono essere **sufficientemente comparabili**.

In sostanza, “*essere comparabili*” significa che **nessuna delle differenze** (qualora ve ne siano) tra le condizioni oggetto del confronto possa effettivamente **incidere sulla transazione da esaminare** dal punto di vista della metodologia (ad esempio prezzi o margini), o che si possano **effettuare delle correzioni ragionevolmente eque** al fine di eliminare le conseguenze dovute a tali differenze.

Il comma 1, dell’articolo 3, D.M. 14.5.2018 (anche il “Decreto”) stabilisce che **un’operazione non controllata** si considera comparabile ad un’operazione controllata, ai fini dell’applicazione delle disposizioni del comma 7, dell’articolo 110, Tuir, quando:

- a) **non sussistono differenze significative** tali da incidere in maniera rilevante sull’indicatore finanziario utilizzabile in applicazione del metodo più appropriato;
- b) in presenza delle differenze di cui alla lettera a), sia possibile effettuare in modo accurato **rettifiche di comparabilità**, così da **eliminare o ridurre in modo significativo gli effetti di tali differenze** ai fini della comparazione.

Il Decreto richiama, fedelmente, quanto rappresentato al par. 1.33 delle Linee guida OCSE:

*«As stated in paragraph 1.6 a “**comparability analysis**” is at the **heart of the application of the arm’s length principle**. Application of the arm’s length principle is based on a comparison of the conditions in a controlled transaction with the conditions that would have been made had the parties been independent and undertaking a comparable transaction under comparable circumstances».*

E ancora al par. 3.47 delle medesime Linee guida si legge che *«**To be comparable** means that none of the differences (if any) between the situations being compared could materially affect the condition being examined in the methodology or that reasonably accurate adjustments can be made to eliminate the effect of any such differences».*

Le caratteristiche economicamente rilevanti, che devono essere identificate nelle relazioni commerciali o finanziarie tra le imprese associate per delineare in modo accurato l’effettiva operazione tra di loro intercorsa, nonché per **determinare se due o più operazioni siano comparabili tra loro**, sono definiti **fattori di comparabilità** (par. 1.36 delle Linee guida OCSE e art. 3 del Decreto). Più precisamente, essi sono:

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.

Alla luce, quindi, del grado di interazione di **questi cinque fattori** sarà anche possibile individuare il metodo più appropriato per la **determinazione dei prezzi** di trasferimento in relazione alla specifica transazione infragruppo in esame.

A tal fine, l'analisi di comparabilità si compone allora di **due fasi** cruciali (par. 1.33):

1. *«the first aspect is to identify the commercial or financial relations between the associated enterprises and the conditions and economically relevant circumstances attaching to those relations in order that the controlled transaction is **accurately delineated**».*
2. *«the second aspect is to compare the conditions and the economically relevant circumstances of the controlled transaction as accurately delineated with the conditions and the economically relevant circumstances of comparable transactions between independent enterprises».*

Giova, a questo punto, andare ad esaminare più da vicino i tratti caratterizzanti di ciascun fattore di comparabilità.

I termini contrattuali della transazione

Le Linee guida OCSE affermano (par. 1.42) che una transazione è la conseguenza o l'espressione delle **relazioni commerciali o finanziarie esistenti tra le parti**.

Inoltre, le transazioni tra le imprese associate possono essere state formalizzate in **contratti scritti** che rispecchiano l'intento delle parti al tempo in cui il contratto fu concluso in relazione agli **aspetti della transazione coperti dalle pattuizioni**, inclusi tipicamente la divisione delle responsabilità, gli obblighi ed i diritti, l'assunzione di determinati rischi e gli accordi sul prezzo.

Pertanto, nel caso in cui la transazione sia stata **formalizzata dalle imprese associate** tramite contratto scritto, quest'ultimo costituisce il punto di partenza per l'esame della transazione e di come **le parti abbiano inteso dividersi**, al momento della conclusione del contratto, le responsabilità, i **rischi e gli utili attesi** derivanti dalla transazione.

L'OCSE sottolinea anche come **ulteriori informazioni potranno essere ottenute considerando l'evidenza fornita dalle relazioni commerciali e finanziarie** rivelate dalle condizioni economicamente rilevanti espresse dagli altri quattro fattori, anche e soprattutto quando **non è prevista alcuna pattuizione in forma scritta**.

In conclusione, quindi, è sicuramente utile sottolineare come – ai fini della rilevazione dei termini contrattuali della transazione infragruppo e della verifica della conformità dei *transfer*

prices al principio di libera concorrenza – si debba fare riferimento alla **realtà effettiva che le società del gruppo** hanno voluto porre in essere, andando così al di là delle **mere pattuizioni rinvenibili dagli accordi** (se in forma scritta) e **dalle fatture**.

L'analisi funzionale

L'analisi funzionale (par. 1.51 delle Linee guida OCSE) mira a **identificare le attività economicamente significative e le responsabilità assunte, i beni utilizzati o apportati ed i rischi assunti** dalle parti che realizzano le transazioni: l'analisi, quindi, si focalizza su cosa effettivamente facciano le parti e sulle capacità che esprimono.

È importante acclarare **come venga generato valore da parte del gruppo nel suo complesso, l'interdipendenza tra le funzioni svolte** dalle imprese associate nei rapporti con il resto del gruppo, nonché il contributo apportato dalle singole imprese associate **alla creazione di tale valore**.

Allora, l'analisi funzionale dovrà prendere in considerazione (par. 1.54) la tipologia di **beni utilizzati**, come impianti e attrezzature, l'utilizzo di beni immateriali di valore, le attività finanziarie etc., nonché la **natura dei beni utilizzati**, come la vetustà, il valore di mercato, l'ubicazione, la possibilità di tutelare i diritti di proprietà e altre caratteristiche rilevanti.

La stessa analisi funzionale ha poi un momento fondamentale nella identificazione dei principali **rischi assunti** da ciascuna controparte, poiché l'effettiva assunzione dei rischi influenzerà i prezzi e le altre condizioni delle transazioni tra le imprese associate. Infatti, **sul libero mercato, l'assunzione di maggiori rischi è compensata da un aumento dei rendimenti attesi**, sebbene il rendimento reale possa più o meno aumentare **a seconda dell'effettivo grado di realizzazione di tali rischi**.

Questa maggiore centralità dei rischi nell'ambito della analisi funzionale (frutto della elaborazione che ha avuto luogo in sede del Progetto BEPS e che ha trovato espressione a partire dalle Linee guida OCSE del luglio 2017) emerge in tutta chiarezza dalla formulazione di alcuni passaggi delle stesse Linee guida (sezione "**D.1.2.1. Analysis of risks in commercial or financial relations**"):

*«1.56 A **functional analysis is incomplete unless the material risks assumed by each party have been identified** and considered since the actual assumption of risks would influence the prices and other conditions of transactions between the associated enterprises. Usually, in the open market, **the assumption of increased risk would also be compensated by an increase in the expected return**, although the actual return may or may not increase depending on the degree to which the risks are actually realised. The level and assumption of risk, therefore, are economically relevant characteristics that can be significant in determining the outcome of a transfer pricing analysis».*

E ancora:

*«1.57 (...) **Identifying risks** goes hand in hand with identifying functions and assets and **is integral to the process of identifying the commercial or financial relations** between the associated enterprises and of accurately delineating the transaction or transactions».*

Di conseguenza, *«1.58 (...) in making comparisons between controlled and uncontrolled transactions and between controlled and uncontrolled parties it is necessary to analyse what risks have been assumed, what functions are performed that relate to or affect the assumption or impact of these risks and which party or parties to the transaction assume these risks».*

Per rendere ancora più concrete le **indicazioni metodologiche** concernenti l'analisi delle funzioni aziendali (svolte dalle consociate coinvolte nella transazione) sotto il profilo dei rischi connessi e della effettiva attribuzione degli stessi in considerazione della effettiva capacità economica, finanziaria e patrimoniale di farvi fronte al loro manifestarsi, le Linee guida OCSE (par. 1.60 e seguenti) indicano **un approccio di analisi da articolarsi in sei momenti distinti** (*six steps approach*). Più in dettaglio:

- **Identificare i rischi** economicamente significativi in modo specifico (sezione D.1.2.1.1).
- **Determinare in che modo** i rischi specifici ed economicamente significativi **sono contrattualmente assunti** dalle imprese associate secondo i termini della transazione (sezione D.1.2.1.2).
- Determinare attraverso un'analisi funzionale come le imprese associate (che sono parti della transazione) operano in relazione **all'assunzione e alla gestione dei rischi specifici** ed economicamente significativi, e in particolare quale impresa o imprese svolgono funzioni di controllo e funzioni di mitigazione del rischio, quale impresa o imprese subiscono conseguenze positive o negative dei risultati del rischio e quale impresa o imprese hanno la capacità finanziaria di assumersi il rischio (sezione D.1.2.1.3).
- Avendo i passaggi 2-3 identificato le informazioni relative all'assunzione e alla gestione dei rischi nella transazione controllata, il passaggio successivo consiste nell'interpretare le informazioni e determinare se l'assunzione contrattuale del rischio è coerente con la condotta delle imprese associate e altri fatti del caso analizzando (i) se le imprese associate **seguono i termini contrattuali** secondo i principi della Sezione D.1.1; e (ii) se la parte che assume il rischio, come analizzato al punto (i), **eserciti il controllo sul rischio** e abbia la capacità finanziaria di assumersi il rischio (sezione D.1.2.1.4).
- Qualora la parte che assume il rischio ai sensi dei passaggi da 1 a 4(i) **non controlli il rischio** o non abbia la capacità finanziaria per assumerlo, si dovranno **applicare le linee guida sull'allocazione del rischio** (sezione D.1.2.1.5).
- La transazione effettiva, come accuratamente delineata considerando l'evidenza di tutte le caratteristiche economicamente rilevanti della transazione come stabilito nelle Linee guida nella Sezione D.1, dovrà, quindi, essere valutata **tenendo conto delle conseguenze finanziarie e di altro tipo dell'assunzione del rischio**, come

opportunamente allocato, e compensando adeguatamente le funzioni di gestione del rischio (sezione D.1.2.1.6).

-

Beni ceduti e Servizi prestati

Per quanto riguarda le caratteristiche dei beni e dei servizi oggetto della transazione intercompany, è importante, in primo luogo, tenere in considerazione che le differenze nelle caratteristiche specifiche di beni o servizi possono spiegare, almeno in parte, le **differenze del loro valore sul libero mercato**.

Di conseguenza, il confronto di queste caratteristiche potrebbe essere utile nel **delineare la transazione** e nel determinare la comparabilità di transazioni tra imprese associate e transazioni tra parti indipendenti (par. 1.127). Ecco, dunque, che tra le caratteristiche da considerare nel caso di **trasferimento della proprietà di un bene materiale** vi sono senz'altro: le **caratteristiche fisiche del bene**, la sua qualità e la sua affidabilità, nonché la disponibilità di approvvigionamento e il **volume della fornitura**.

Nell'ipotesi della **prestazione di servizi**, poi, sono senz'altro da considerare: la **natura e l'entità dei servizi**; nel caso di beni immateriali, la forma giuridica della transazione (contratto di concessione in licenza o di vendita), la tipologia del bene (ad esempio, brevetti, marchi o know-how), la **durata e il livello di protezione legale**, nonché i **vantaggi attesi dall'utilizzo del bene in questione**.

Inoltre, i prezzi di libera concorrenza possono variare in diversi mercati anche **per transazioni riguardanti gli stessi beni o servizi**. Quindi, **per ottenere la comparabilità**, è necessario che i mercati nei quali operano le imprese indipendenti e quelle associate **non presentino differenze che abbiano un effetto significativo** sul prezzo o presentino differenze per le quali possano essere effettuate rettifiche adeguate. Nell'ambito di tali considerazioni, sarà sicuramente necessario identificare il mercato o i **mercati rilevanti**, tenendo conto di beni o servizi sostitutivi disponibili.

-

Circostanze economiche e condizioni di mercato

Le Linee guida OCSE (par. 1.130) forniscono alcune esemplificazioni quanto alle **condizioni economiche** che possono essere rilevanti nella determinazione della comparabilità dei mercati:

- la **localizzazione** geografica;
- la **dimensione dei mercati**;
- il **grado di concorrenza** sui mercati e le relative posizioni concorrenziali degli acquirenti e dei venditori;

- la disponibilità (e relativi rischi) di beni e servizi sostitutivi;
- i **livelli dell'offerta** e della domanda nel mercato nel suo complesso e, se del caso, in zone particolari;
- il potere d'acquisto dei consumatori;
- la **natura e la portata della regolamentazione pubblica** del mercato;
- i costi di produzione, compresi il costo di terra, lavoro e capitale;
- i costi legati ai trasporti;
- la **fase di commercializzazione** (per esempio dettaglio o ingrosso);
- la **data e il tempo** in cui sono state effettuate le transazioni.

I fatti e le circostanze proprie di ciascun caso determineranno se le differenze delle **condizioni economiche** hanno un effetto significativo sui prezzi e se possono essere **compiuti aggiustamenti** al fine di eliminare gli effetti di tali differenze.

-

Le strategie aziendali

Anche le strategie aziendali perseguite dalle parti coinvolte nelle transazioni infragruppo devono essere prese in considerazione, al fine di **delineare le caratteristiche della transazione** e, quindi, determinare **la comparabilità ai fini dei prezzi di trasferimento**.

Le strategie aziendali (par. 1.134) dovranno, ad esempio, tener conto dei **numerosi aspetti di un'impresa**, quali ad esempio:

- **l'innovazione e lo sviluppo** di nuovi prodotti;
- il **grado di diversificazione**;
- **l'avversione all'assunzione del rischio**;
- la **valutazione dei cambiamenti politici**;
- il ruolo della **normativa giuslavorista** in vigore e in fase di programmazione;
- la **durata degli accordi** e altri fattori che influenzano il funzionamento quotidiano delle imprese.

Allo stesso modo, le strategie aziendali possono anche riguardare le **modalità di ingresso in un nuovo mercato** (e.g., applicazione temporanea di prezzi inferiori a quelli di mercato allo scopo di sottrarre quote ai *competitors*) che possono indurre a considerare una fase iniziale di "start-up" ed una successiva fase di consolidamento della posizione competitiva.

A conclusione di questo breve contributo, in merito alla presentazione dei tratti salienti dei cinque fattori di comparabilità, si vuole porre nuovamente l'accento su un **elemento caratterizzante l'intera disciplina** delle transazioni infragruppo e dei prezzi di trasferimento: ovvero, la **necessità di partire da una attenta ricognizione** e disamina degli elementi effettivi che definiscono le diverse tipologie di operazioni intercompany nelle quali le società del gruppo sono coinvolte.



Si tratta di **elementi distintivi di natura economica, legale, aziendale, finanziaria**, di *business strategy* ed organizzativa che devono essere necessariamente colti in un esercizio di continua messa a fuoco passando da una dimensione *macro* (quella del gruppo e della sua *value chain*) ad **una dimensione micro** (quella della singola impresa associata e delle specifiche transazioni intercompany nelle quali è coinvolta) **e ritorno**.

Così facendo, infatti, si avrà modo di **cogliere i drivers fondamentali delle operazioni infragruppo**, di individuare eventuali incongruenze tra sostanza e forma, e infine di valutare i possibili correttivi alle *transfer pricing policies* per renderle maggiormente in linea con il modello operativo e di business del gruppo. Un simile approccio fornirà, allora, la possibilità non solo di limitare le possibili contestazioni di natura tributaria in sede di verifica fiscale, bensì anche di **migliorare i risultati del gruppo attraverso una valorizzazione degli elementi di forza** ed una correzione dei punti di debolezza in una visione integrata delle singole entità.