

SALVINI E SOCI

STUDIO LEGALE TRIBUTARIO
FONDATO DA F.GALLO

Webinar «Covid-19 e Transfer Pricing»– 12 maggio 2021

“Considerazioni pratiche”

Avv. Gianni Vivona



Catena del valore ai tempi del Covid-19



In alcune circostanze, la crisi pandemica da Covid-19 ha messo in luce la vulnerabilità della *supply chain* della cui esistenza, e dei cui impatti concreti, le stesse multinazionali non hanno potuto fare altro che prenderne atto.

Questo pone le multinazionali davanti l'urgente necessità di analizzare più in profondità la loro *supply chain* riuscendo così a configurarne gli aspetti critici e assumere più consapevolezza nei singoli *steps* che la compongono.

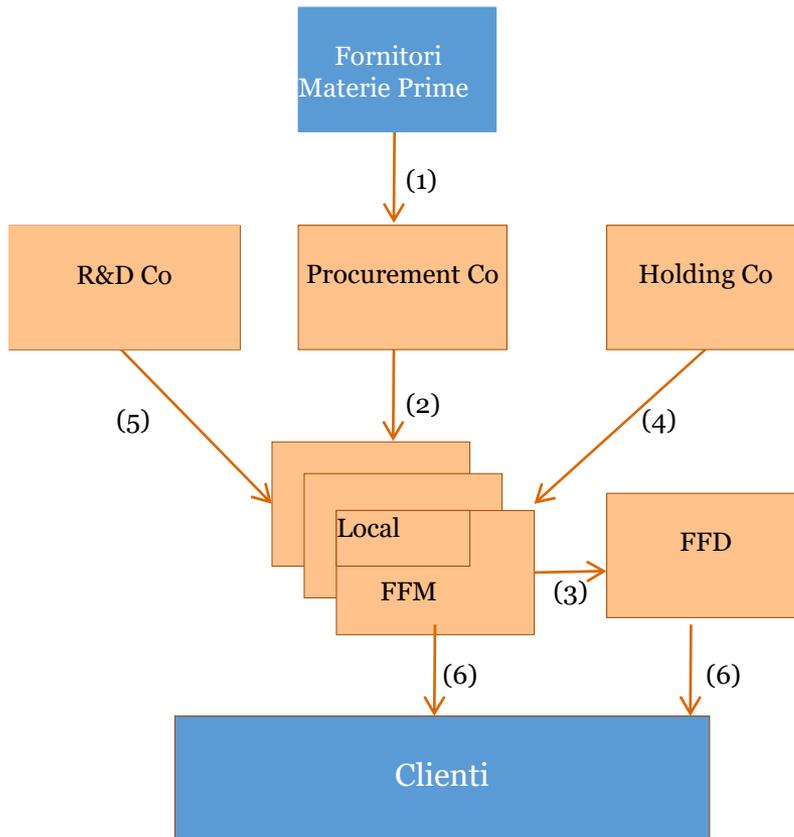
In tale scenario, l'impatto subito dal *business* ha inevitabilmente interessato anche la struttura funzionale ai fini del transfer pricing.



Allocazione delle perdite da Covid-19

– Fully Fledged Distributor (FFD) vs Limited Risk Distributor (LRD) –

Modello decentralizzato con c.d. Fully Fledged Distributor (FFD)



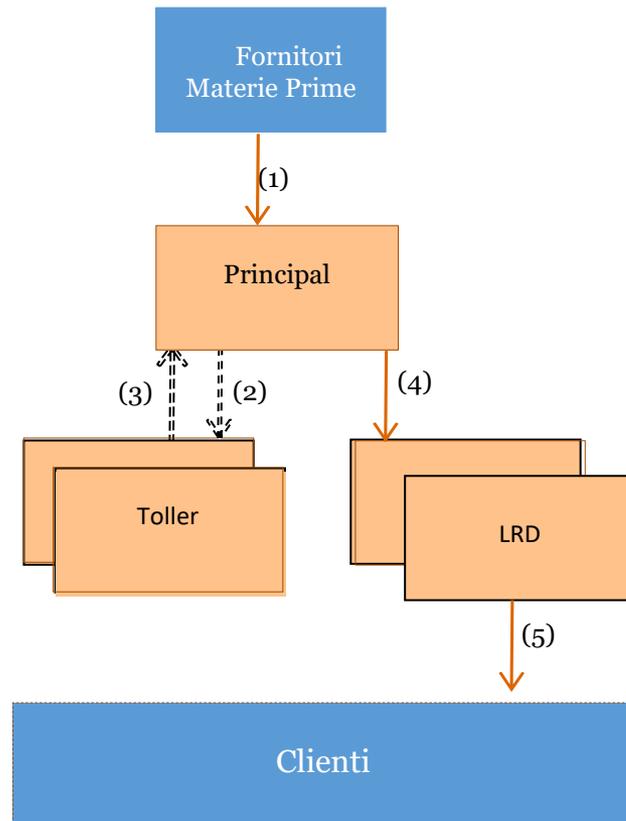
Descrizione:

- (1) Acquisto materie prima da parti indipendenti (ALP)
- (2) Vendita infragruppo di materie prime
- (3) Vendita infragruppo di prodotti finiti
- (4) Management fees
- (5) R&D contribution/Product licensee fees
- (6) Vendita dei prodotti finiti ai clienti terzi (ALP)



Allocazione delle perdite da Covid-19 – Fully Fledged Distributor (FFD) vs Limited Risk Distributor (LRD) –

Modello centralizzato con c.d. Limited Risk Distributor (LRD)



Descrizione:

- (1) Acquisto materie prime da parti indipendenti (ALP)
- (2) Materie prime consegnate al produttore sulla base di un contratto di *tolling manufacturer*
- (3) Prodotti finiti consegnati al Principal - tolling fee
- (4) Vendita infragruppo dei prodotti finiti dal Principal al Distributore (TNMM / ROS)
- (5) Vendita dei prodotti finiti a clienti terzi (ALP)

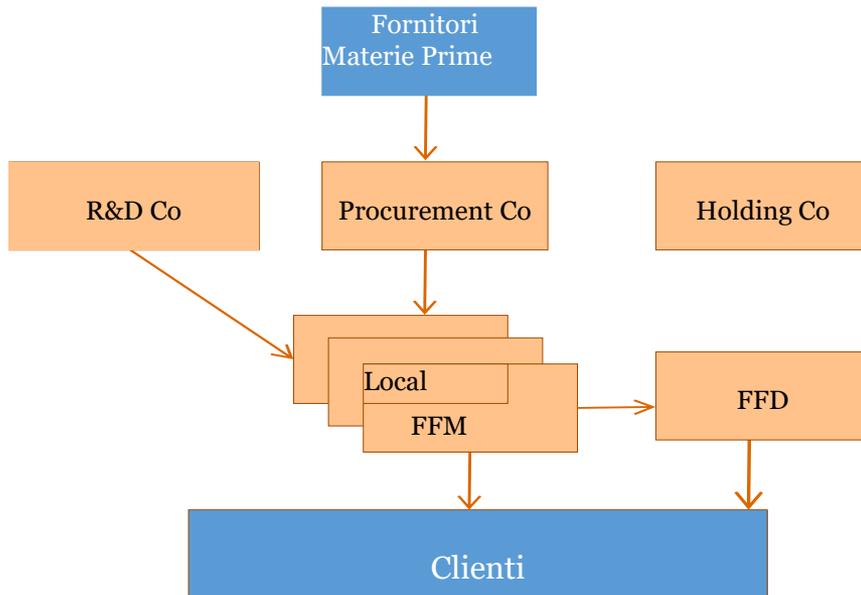
Con questo modello:

- Per il distributore: solo un fornitore (Principal)
- Per il produttore/toller: non più materie prime acquistate, non più vendita dei prodotti finiti, etc.



Allocazione delle perdite da Covid-19 – Fully Fledged Distributor (FFD) vs Limited Risk Distributor (LRD) –

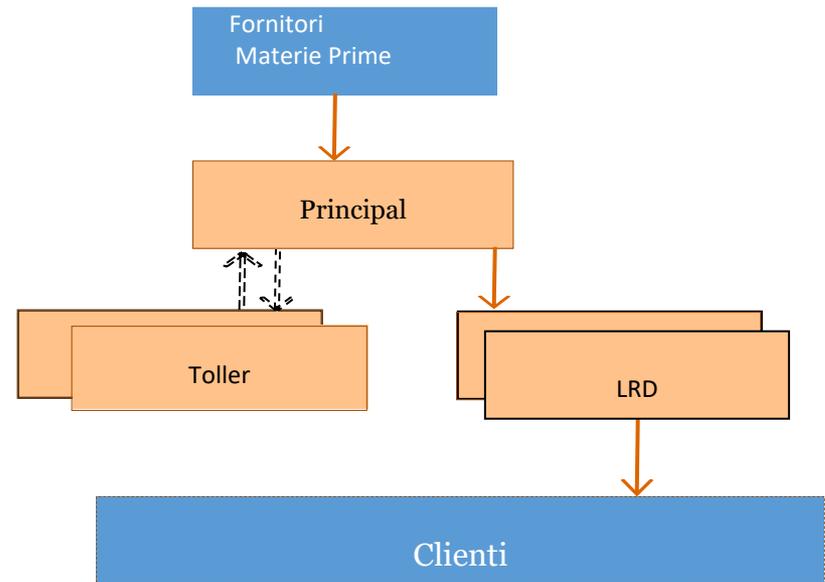
FFD: Entrepreneur company



- (1) Principali assets materiali ed immateriali
- (2) Funzioni principali
- (3) Rischi più significativi e strategici

- Margine o perdite “residuali”

LRD: Routine company

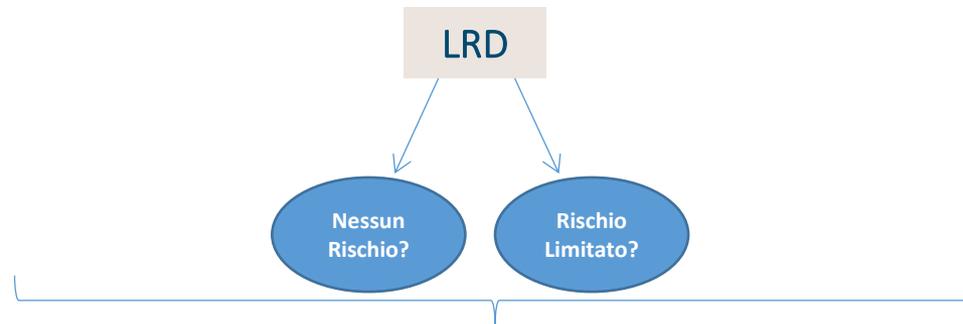


- (1) Assets materiali ed immateriali limitati
- (2) Funzioni routinarie
- (3) Rischi meno significativi e strategici

- Margine basso e stabile (no perdite)

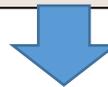


Allocazione delle perdite da Covid-19 –Limited Risk Distributor (LRD) –



- Il concetto di «rischio» è inerente all’attività di business (TPG 1.57)
- Il rischio è definito come l’effetto dell’incertezza sugli obiettivi del business (TPG 1.71)
- Non vi è invece alcuna definizione sul concetto di «*limited risk*»

Tuttavia, al fine di individuare il «rischio» e la sua corretta e reale allocazione tra le parti associate occorre preliminarmente verificare che la transazione infragruppo sia «*accurately delineated*» (FAR analysis) e, quindi, svolgere l’analisi di allocazione del rischio seguendo i 6-steps indicati dall’OECD TPG



Approccio *Case-by-Case*



Allocazione delle perdite da Covid-19 –Limited Risk Distributor (LRD) –

Categorie dei rischi (TPG 1.72)

Il paragrafo 7 TPG Covid-19 indica testualmente quanto segue:

la pandemia Covid-19 costituisce un *hazard risk* e, in quanto tale, ha determinato un inusuale esito degli altri rischi per alcuni contribuenti, tra i quali:

- *Market place risk*
- *Operational risk*
- *Financial risks*

- Rischi strategici o di mercato
- Rischi operativi
- Rischi finanziari
- Transactional risks*
- Hazard risks*

Question marks:

- Siamo sicuri che la materializzazione dell'*hazard risk* sia la causa scatenante («*source of risk*») per una inusuale materializzazione degli altri rischi. Se così fosse, basterebbe ripercorrere l'analisi funzionale pre-esistente al Covid-19.
- Non si tratta piuttosto di conseguenze economiche da Covid-19 che hanno determinato effetti sulle transazioni infragruppo strettamente e direttamente connesse con la sola materializzazione dell'*hazard risk* in quanto tale (il crollo delle vendite dovuto alle chiusure governative dei punti vendita come possono essere legate all'ordinario *market risk*?)
- E poi, siamo sicuri che l'*hazard risk* da pandemia sia davvero inquadrabile nell'*hazard risk* già previsto nelle OECD TPG? Non si tratta piuttosto di uno straordinario «*hazard risk*» diverso dall'ordinario «*hazard risk*» contemplato dalle OECD TPG?
- L'*hazard risk* non può legittimare un *reshuffle* della analisi funzionale pre-Covid-19



Allocazione delle perdite da Covid-19 –Limited Risk Distributor (LRD)–

Ipotesi A

Allocazione degli altri rischi entro l'esistente TP policy



Pro:

- TP policy inalterata
- Coerenza della TP policy tra pre-Covid e post-Covid
- Allocazione delle perdite al LRD se e nella misura in cui sia coerente con la TP policy pre-Covid.
- Nessuna *challenge* sarebbe attesa sia da parte del paese di residenza del Principal che del paese di residenza del LRD

Contro:

- Potenzialmente più perdite e costi in capo al Principal (*challenge*?)
- Recupero delle perdite da Covid-19 in capo al LRD, negli anni successivi, potrebbe risultare problematico e creare *disputes* con le autorità fiscali locali

Ipotesi B

«*hazard risk*» straordinario



Pro:

- TP policy inalterata
- Costi straordinari da Covid-19 considerati come costi *one-off*
- Allocazione dei costi operativi (*opex*) solo in capo al LRD nella fase di *lockdown* (perdita)

Contro:

- Recupero delle perdite da Covid-19 in capo al LRD, negli anni successivi, potrebbe risultare problematico e creare *disputes* con le autorità fiscali locali

Ipotesi C

Allocazione degli altri rischi oltre l'esistente TP policy



Pro:

- Allocazione delle perdite e costi straordinari in capo al LRD
- Nessuna *challenge* da parte delle autorità fiscali del paese di residenza del Principal

Contro:

- TP policy alterata
- Coerenza della TP policy interrotta
- Potenziali *audits* anche per gli anni precedenti al Covid-19
- Conseguenze fiscali tipiche della *business restructuring* (OECD TPG Covid-19 Para 41)



Allocazione delle perdite da Covid-19 –Limited Risk Distributor (LRD)–



Conto Economico	2020 Actual
Turnover	500
Cost of Goods Sold (COGS)	250
Margine Lordo (ML)	250
Costi per personale	200
Costi per affitti	120
Costi di pubblicita'	40
Costi Operativi (OPEX)	360
Margine Operativo (MO)	- 110
TP adjustment	50
Final Operating Margin	-60
LOSSES	- 60

- OECD TPG al para. 3.65 non escludono che una *routine entity* (come un LRD) possa essere in perdita
- OECD TPG al para 3.64 precisa che un “*simple or low risk function (...)* are not expected to generate losses for a long period of time” (vedi anche para 39 OECD TPG Covid-19)
- Questo ci porta ad interrogarci sul *timing* tollerabile per recuperare le perdite da Covid-19 e ritornare a garantire al LRD quel margine stabile, seppur basso, ma coerente con il suo ordinario profilo funzionale.
 - Al riguardo, il TNMM è sufficiente/capiente?
 - Se non fosse capiente (perchè *high interquartile range* non sufficiente) in un range di annualità tra 2-3, si potrebbero creare *disputes* con le autorità fiscali domestiche del LRD?
 - In tal caso, potrebbe venire in aiuto l’applicazione del PSM o altro metodo (anche con sola funzione corroborativa)?
 - In alternativa, il Principal potrebbe riconoscere una remunerazione addizionale e temporanea per accelerare il ritorno alla profittabilità del LRD?
 - Se questo avvenisse attraverso lo *shift of profits* (come nel caso dell’*e-commerce*) potrebbe creare problemi di incoerenza con la TP policy e quindi indebolirla?
 - Se fatto sotto forma di supporto ai *marketing costs*, questo non potrebbe aprire a nuovi scenari come un aumento della percentuali di *royalties* da pagare al Principal?





SALVINI E SOCI
STUDIO LEGALE TRIBUTARIO
FONDATO DA F.GALLO

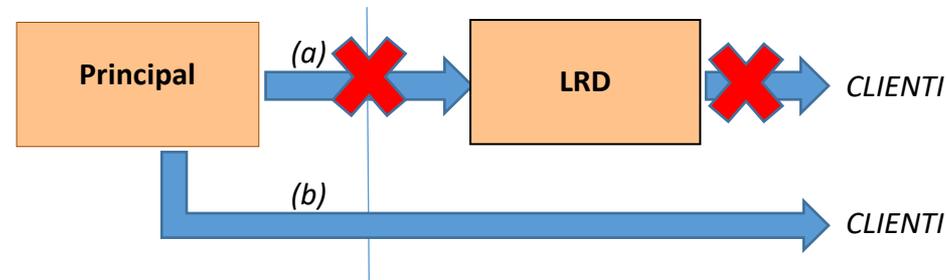
Allocazione delle perdite da Covid-19 – Limited Risk Distributor (LRD) –



(a) *No Business as usual*



(b) *E-commerce*



- Allocazione dei profitti da *e-commerce*:

✓ **Caso 1:** profitti parzialmente spostati dal Principal sul LRD per la specifica geografia interessata

- Tale circostanza non potrebbe qualificarsi, di fatto, come uno *shift of profits* senza una ragione di sostanza economica visto che il LRD non ha, in concreto, contribuito alla creazione di valore durante il lockdown?
- Sarebbe un extra profitto che di fatto lascerebbe le perdite solo (o parzialmente) sul Principal? In tal caso, le autorità fiscali del Principal?
- Alternativamente, sarebbe un extra profitto con cui remunerare il LRD (per via della chiusura da lockdown) e visto che ci si rivolge verosimilmente sempre al suo *client portfolio*?

✓ **Caso 2:** profitti interamente lasciati in capo al Principal

- Tale circostanza potrebbe configurare una ipotesi di *business restructuring* o solo un nuovo canale di business? 10



Costi Straordinari

Pre-lockdown

- *Business as usual* In linea con il *budget*

Lockdown

- *No Business as usual*
- Costi originati da decisioni Principal:
 - ✓ Non beneficiare dei contributi governativi per aspetti reputazionali del gruppo e del suo *brand*
 - ✓ Adozione di specifiche misure restrittive imposte da linee guida del Principal
- Costi originate da decisioni LRD:
 - ✓ Sconti ai clienti (minor profitti = più costi)
 - ✓ Dilazione dei termini di pagamento

Post-lockdown

- *Business looks as start-up company*

Ipotesi A

Ipotesi A

Ipotesi A

Ipotesi B

Ipotesi B



Costi Straordinari

- Le perdite da Covid-19 non sono legate solo ad una drastica riduzione o, in alcuni casi, azzeramento delle vendite ma anche a costi non ricorrenti e, in quanto tali, straordinari:
 - a) Costi per Dispositivi di Protezione Individuale (DPI) come mascherine, etc.
 - b) Costi IT per lo smart working
 - c) Costi per la riconfigurazione degli spazi negli uffici in linea con le norme sul distanziamento

Nei casi a) e c) si è per lo più assistito ad una centralizzazione della negoziazione e del *procurement*. Quindi, il costo complessivo dovrebbe essere poi ripartito – se coerente con l’analisi funzionale - tra tutte le associate. A tal fine, si pongono almeno tre temi:

1. **Criteri di ripartizione del costo:**

- (i) il numero dei pezzi acquistati
- (ii) il numero di dipendenti o
- (iii) i m2 degli uffici.

2. **Mark-up o c.d. “pass-through”:** il *cost saving* dovuto al *procurement* centralizzato dovrebbe essere remunerato? La risposta è legata alle risultanze dell’analisi di comparabilità (OECD TPG para. 2.99)

3. Tale **recharge** si qualifica come servizio o come cessione di beni (IVA?)



- I costi straordinari vanno esclusi in sede di analisi di comparabilità e di determinazione della profittabilità (TNMM)



- Se questi costi originariamente “straordinari” diventano “permanenti”?



Analisi di Comparabilità: *Timing issue*

- *Timing issue* tra la transazione infragruppo 2020 e la disponibilità delle informazioni relative a transazioni indipendenti poste in essere nel 2020.
- Le OECD TPG Covid-19 indicano alcune soluzioni pratiche che potrebbe essere di supporto in merito alla *timing issue*:
 - ✓ *Reasonable commercial judgement*: in tal caso è cruciale che il contribuente compia una appropriata *due diligence* sugli effetti causati dal Covid-19 e documentarli accuratamente.
 - ✓ Applicazione di un modalità *ex-post* come l'*outcome testing approach* (vs il *price-setting approach*) che tenga conto di informazioni rese disponibili dopo la chiusura del periodo di imposta.
 - ✓ Questo approccio, seppur in teoria accolto dalle autorità fiscali italiane, non risulta facilmente percorribile in concreto laddove non sia consentito un *downward adjustment* nella dichiarazione dei redditi sia per rigidità nelle procedure domestiche di documentazione (vedi la neo introdotta “marca temporale” ai fini della documentazione TP in Italia).
 - ✓ Utilizzare frazioni di annualità: questa soluzione appare in concreto difficile da implementare perchè richiederebbe una ripartizione del periodo di imposta in più sotto-periodi per i quali occorrerebbero dettagli dei *comparables* non facilmente individuabili.

Analisi di Comparabilità:

Le OECD TPG (para 1.129) riconoscono che le imprese associate possono trovarsi in una situazione di perdite “genuine” legate all’andamento del *business* e, coerentemente, riconoscono che per la selezione dei comparabili di funzioni a basso rischio, le transazioni in perdita possono considerarsi validi comparabili (para. 3.64 e 3.65).

Le OECD TPG Covid-19 (para 33) conferma che le società in perdita, laddove presentino il medesimo profilo di rischio rispetto alla *tested party*, sono validi comparabili.

L’amministrazione fiscale italiana normalmente non accetta la selezioni di comparabili in perdita così come li esclude dalle analisi di *benchmark* svolte nell’ambito di un APA relativo a *limited-risk entities*.

Tuttavia, la giurisprudenza italiana ha recente accolto (tra le tante, si ricorda la Commissione Tributaria Regionale della Lombardia n. 3828/2019) la possibilità di utilizzare comparabili in perdita soprattutto con riferimento a situazioni di crisi economica come quella del 2008 e , quindi, applicabile anche a quella attuale da Covid-19.

CONTATTI

ROMA

Piazza Venezia, 11
00187 Roma
roma@salviniesoci.it
Tel. (+39) 06 83753001

MILANO

Foro Buonaparte, 12
20121 Milano
milano@salviniesoci.it
Tel. (+39) 02 82990010

WWW.SALVINIESOCI.IT