

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “G. D’ANNUNZIO”
CHIETI-PESCARA
FACOLTÀ DI SCIENZE MANAGERIALI

TESI DI LAUREA
IN
DIRITTO TRIBUTARIO COMPARATO

***“LE RETTIFICHE AL VALORE NORMALE DELLE
OPERAZIONI TRA IMPRESE ASSOCIATE IN MATERIA DI
TRANSFER PRICING”.***

Relatore:
Chiar.mo Prof.
Carlo Geronimo CARDIA

Candidato:
Gianfranco ROSSI
Matr. 3040857

Anno Accademico 2005-2006

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO

La disciplina generale del Transfer Pricing

1. Evoluzione della normativa tributaria italiana sui prezzi di trasferimento
pag.9
2. La disciplina vigente
pag. 17
3. Presupposto soggettivo
 - 3.1. Soggetti passivi della norma
pag. 19
 - 3.2. Il soggetto controllante l'impresa italiana e quello da essa controllata
pag. 21
 - 3.3. Il concetto di controllo
pag. 24
 - 3.3.1 Spunti della giurisprudenza sulla nozione di controllo
pag. 29
4. Presupposto oggettivo
pag. 35

CAPITOLO SECONDO

La determinazione del prezzo di trasferimento

1. Il principio di libera concorrenza (arm's length principle) e il valore normale
pag. 38
2. Metodi di calcolo tradizionali del Rapporto OCSE
Pag. 42

- 2.1. Il Comparable Uncontrolled Price Method (Confronto Di Prezzo)
pag. 43
- 2.2. Il resale price method (prezzo di rivendita)
pag. 44
- 2.3. Il cost plus method (costo maggiorato)
pag. 47
- 3. Metodi di calcolo reddituali o alternativi
pag. 50
 - 3.1. Profit split method (ripartizione dei profitti complessivi)
pag. 52
 - 3.2. Transaction Net Margin Method (comparazione dei margini netti delle transazioni)
pag. 54
- 4. I metodi alternativi secondo l'amministrazione finanziaria italiana
pag. 56

CAPITOLO TERZO

Le rettifiche al valore normale delle operazioni tra imprese associate.

- 1. Controlli ordinari e verifiche simultanee
pag. 60
 - 1.1 Le verifiche simultanee
pag. 61
 - 1.2 I criteri per la scelta dei casi
pag. 62
- 2. Regole di sicuro riferimento nell'ordinamento italiano
pag. 69
- 3. I pareri preventivi dell'Amministrazione finanziaria
pag. 70

4. L'accordo (APA) "unilaterale" sui prezzi di trasferimento ex art 8 DL 269/03
pag. 74
5. L'accertamento di maggior reddito
 - 5.1 L'accertamento in aumento e le rettifiche secondarie
pag. 84
 - 5.2 Sanzioni amministrative e penali
pag. 93
 - 5.3 Documentazione preventiva a supporto dei prezzi
pag. 104
 - 5.3.1 Regole generali stabilite dall'OCSE
pag. 105
 - 5.3.2 I documenti packages proposti dal PATA e dall'ICC
pag. 109
 - 5.3.3 Transfer pricing comunitario: il Joint Transfer Pricing Forum (JTPF) e la proposta per un Codice di Condotta
pag. 110
6. L'accertamento di minor reddito per l'applicazione di convenzioni internazionali (correlative adjustment)
 - 6.1 Le procedure amichevoli
pag. 113
 - 6.2 Le convenzioni arbitrali in ambito UE
pag. 119
7. Il transfer pricing interno
pag. 127

CAPITOLO QUARTO

Esperienze europee in materia di transfer pricing

1. La disciplina spagnola in materia di prezzi di trasferimento in Spagna
pag. 134

- 1.1 Le procedure ed i sistemi di rettifica adottati dall'amministrazione finanziaria
pag. 137
- 2. La disciplina belga in materia di prezzi di trasferimento
pag. 141
 - 2.1 Applicazione della convenzione dell'ordinamento belga
pag. 143
- 3. La disciplina francese in materia di prezzi di trasferimento
 - 3.1 Fonti normative
pag. 144
 - 3.2 Presupposto soggettivo
 - 3.2.1 La forma giuridica dei soggetti
pag. 145
 - 3.2.2 Il controllo
pag. 145
 - 3.3 Presupposto oggettivo
 - 3.3.1 Le operazioni sottoposte alla disciplina
pag. 146
 - 3.3.2 I principi di valutazione: il prezzo di libera concorrenza e i criteri alternativi
pag. 146
 - 3.4 Le rettifiche al reddito e l'onere della prova. Le rettifiche secondarie e quelle correlative
pag. 148
- 4. La disciplina inglese in materia di prezzi di trasferimento
 - 4.1 Norme in vigore dall'1.04.2004
pag. 149
 - 4.2 Presupposto soggettivo: soggetti destinatari
pag. 150
 - 4.3 Presupposto oggettivo: le operazioni sottoposte alla disciplina ed il criterio di valutazione
pag. 152

4.3.1 Le operazioni sottoposte alla disciplina

pag. 152

4.3.2 Il principio di valutazione: il prezzo di libera concorrenza e sua
determinazione

pag. 152

4.4 Le rettifiche al reddito e l'onere della prova. Le rettifiche secondarie e
quelle correlative

pag. 153

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

La sempre più accentuata globalizzazione dei mercati mondiali, oltre ai numerosi benefici derivanti dalla possibilità di operare su mercati emergenti, ha anche portato a far sì che le imprese dovessero affrontare un sempre crescente numero di complesse problematiche legate alla conseguente internazionalizzazione delle loro strutture aziendali.

Le operazioni transnazionali e la loro imponibilità tributaria assumono una posizione di rilievo nelle fattispecie che i vari gruppi di imprese devono avere sotto controllo, al fine di implementare una corretta pianificazione tributaria internazionale.

In particolare, le operazioni transnazionali infragruppo rientrano nell'ambito dell'insieme delle politiche tributarie aziendali – *cd. Tax planning* – volte alla razionalizzazione della distribuzione del reddito imponibile prodotto dalle varie imprese appartenenti ad un gruppo multinazionale, al fine di minimizzare l'onere tributario globale.

Il nostro ordinamento, come d'altronde la maggior parte degli ordinamenti tributari degli altri Paesi, ha sentito l'esigenza di mettere in pratica una specifica regolamentazione per tale fenomeno al fine di allontanare manovre di tipo elusivo attraverso l'imputazione di reddito fra le diverse società del gruppo individuate in Paesi dove il gravame tributario risulta essere molto ridotto rispetto ai propri Stati di appartenenza o, addirittura, pressoché nullo.

In questo contesto si inserisce la disciplina che il nostro legislatore tributario ha riservato ai *cd. prezzi di trasferimento* o "*Transfer Pricing*" nella determinazione della congruità dei prezzi applicati alle cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra società appartenenti allo stesso gruppo economico e che risiedono in Paesi differenti.

Un fenomeno che, come già accennato, soprattutto negli ultimi anni, ha attirato una particolare attenzione della gran parte delle Amministrazioni fiscali mondiali, tutte proiettate allo studio delle transazioni poste in essere dalle imprese multinazionali, intendendosi per tali, le società facenti parte di un gruppo multinazionale.

Le operazioni realizzate tra entità organicamente appartenenti al medesimo gruppo d'impresa, difatti, hanno spesso intenti prettamente elusivi, risolvendosi in una particolare canalizzazione del reddito al solo scopo di ottenere un indebito risparmio d'imposta multinazionale attuando politiche di alterazione del prezzo di trasferimento.

In effetti, se tra imprese indipendenti (*independent enterprises*) le condizioni dei rapporti commerciali e finanziari sono normalmente determinate dalle libere forze di mercato, quelle che intervengono tra imprese appartenenti al medesimo gruppo societario (*associated enterprises*) sono, molto spesso, esclusivamente finalizzate a logiche di mera redistribuzione del reddito e delle spese e, conseguentemente, degli utili imponibili.

Tale operazione avviene fissando un prezzo-corrispettivo (definito appunto "*prezzo di trasferimento*" o "*transfer price*"), di beni ceduti e servizi prestati alle altre società dell'impresa multinazionale¹, di gruppo cui essa stessa appartiene, maggiore o minore rispetto al valore di mercato di quei beni e/o servizi.

¹ Mancando una precisa definizione giuridica di impresa multinazionale occorre fare riferimento al concetto economico di impresa desumibile dall'articolo 3, par. 1, lett. c), del Modello OCSE, che attribuisce carattere di Unità Imprenditoriale Multinazionale ad ogni entità economico-giuridica che presenti le seguenti connotazioni: a) forma societaria o diversa organizzazione anche se altrimenti qualificata; b) capitale privato, sia esso pubblico o misto; c) sede in uno Stato diverso da quello ove opera l'altra o le altre entità collegate; d) inquadramento di un'articolata struttura di centri di interesse sovente movimentata dall'influenza dominante della società c.d. madre, che opera come soggetto coordinatore delle valutazioni e delle scelte aziendali di gruppo.

Così facendo, modificando la base imponibile di reddito attribuibile alle società tra cui intercorrono i suddetti rapporti di cessione di beni o prestazioni di servizi, si determina l'imputazione di reddito a diverse società del gruppo situate in Stati con diverse pressioni fiscali che il più delle volte sono Paesi che hanno appunto, come già accennato, un livello impositivo abbastanza favorevole o pressoché nullo. Pensiamo un attimino a filiali dello stesso gruppo che sono localizzate in quegli Stati che vengono definiti "*paradisi fiscali*" o per usare un termine anglosassone "*tax havens*".

Paesi che pongono in essere regimi tributari estremamente favorevoli, dotati di una legislazione finanziaria e commerciale particolarmente agevolativi, che protegge gli affari, permettendo agli operatori economici di agire in condizioni di diffuso liberismo, con riguardo alla possibile costituzione di soggetti societari, senza grosse e costose formalità, nonché con l'appoggio di una rete bancaria ben sviluppata ed affidabile.

Il fenomeno del *transfer pricing* assume, dunque, alla luce delle considerazioni appena formulate, assoluta rilevanza oltre che per le Amministrazioni fiscali anche per il contribuente poiché, da un lato, vi è il legittimo diritto impositivo delle Amministrazioni fiscali dei vari Stati nazionali nei confronti degli utili derivanti da un'attività imprenditoriale svolta da un contribuente residente mentre, dall'altro, tale finalità deve coniugarsi con l'esigenza di evitare la duplicazione del prelievo fiscale della stessa voce di reddito a causa di più giurisdizioni fiscali.

Per tale motivo, allo scopo di evitare o dirimere le controversie derivanti dall'incertezza intrinsecamente connessa alla valutazione dei prezzi di trasferimento, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo

Economico (OCSE)² per mezzo del proprio Comitato Affari Fiscali, ha provveduto a sviluppare tale argomento nell'ambito dell'ultimo aggiornamento del *Rapporto sul transfer pricing* che si sostanzia in una serie di raccomandazioni alle Amministrazioni tributarie dei Paesi aderenti all'OCSE, contenute nel documento dal titolo "*Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administration*" (*Direttive sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali*) affinché procedano a uniformare le proprie normative interne di determinazione dei prezzi di trasferimento, al fine di scansare conflitti fra i diversi ordinamenti tributari.

Accenniamo poi che alla base della disciplina dei prezzi di trasferimento, c'è l'applicazione del principio di libera concorrenza (*cd. arm's length principle*) secondo cui il prezzo stabilito nelle transazioni commerciali fra imprese associate, deve corrispondere al prezzo che sarebbe stato convenuto tra imprese indipendenti per transazioni identiche o analoghe sul libero mercato. Un valore di prezzo che il nostro legislatore, all'interno del Testo Unico delle

² L'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) è stata istituita con una Convenzione firmata a Parigi il 14 dicembre 1960, ed entra in vigore il 30 settembre 1961, allo scopo di promuovere delle politiche che mirino a:

- ✦ Realizzare la maggiore espansione possibile dell'economia e dell'occupazione ed un innalzamento del livello di vita nei paesi membri, pur mantenendo la stabilità finanziaria, contribuendo così allo sviluppo dell'economia mondiale;
- ✦ Contribuire ad una sana espansione economica nei paesi membri, e non membri, in via di sviluppo economico;
- ✦ Contribuire all'espansione del commercio mondiale su una base multilaterale e non discriminatoria, in conformità agli impegni internazionali.

I membri originari dell'OCSE sono: Austria, Belgio, Canada, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Spagna, Stati Uniti, Svezia, Svizzera, Turchia. I Paesi seguenti sono successivamente diventati membri tramite adesione alle date qui appresso indicate: Giappone (28 aprile 1964), Finlandia (28 gennaio 1969), Australia (7 giugno 1971), Nuova Zelanda (29 maggio 1973), Messico (18 maggio 1994), la Repubblica Ceca (21 dicembre 1995), l'Ungheria (7 maggio 1996), la Polonia (22 novembre 1996), la Repubblica della Corea (12 dicembre 1996) e la Repubblica Slovena nel 2001.

La Commissione delle Comunità Europee partecipa ai lavori dell'OCSE (art. 13 della Convenzione dell'OCSE).

Imposte sui Redditi (da ora in poi TUIR) chiama "*valore normale*" (concetto che verrà approfondito nei prossimi capitoli).

Il Rapporto OCSE 1995 (Cap. I) affronta il tema generale dell'*arm's lenght* affermando (par. 1.6) che il principio del prezzo di libera concorrenza è contenuto nell'art. 9, primo comma, della Convenzione tipo dell'OCSE che recita testualmente: "*Allorché le due imprese associate...nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni accettate o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da una delle imprese ma che a causa di dette condizioni non lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza*".

Un'applicazione, quella del principio di libera concorrenza, che purtroppo incontra notevoli impedimenti nonostante il percorso intrapreso verso un processo di armonizzazione delle legislazioni tributarie nazionali, abbia fatto registrare positivi progressi nell'attuazione di varie iniziative e che, al tempo stesso, l'assistenza tributaria internazionale tra gli Stati membri, abbia assunto un ruolo sempre più centrale ed importante nell'azione di contrasto alla lotta contro la frode e all'evasione fiscale.

E' abbastanza chiaro, vista la complessità della materia ed i soggetti interessati, che il processo di armonizzazione delle diverse legislazioni tributarie nazionali su tale argomento richiederà alcuni anni e, pertanto, potranno permanere per il momento fenomeni di doppia imposizione internazionale.

Per tale motivo l'OCSE ha inteso manifestare un atteggiamento di favore nei confronti delle procedure basate su accordi preventivi fra contribuenti e

autorità tributarie dei Paesi interessati e fra le diverse autorità tributarie stesse.

Per ciò che concerne il panorama italiano, negli ultimi vent'anni il legislatore è spesso intervenuto sulla materia, introducendo parecchie variazioni. A tal riguardo, è significativo sottolineare come la disciplina “*de qua*” non abbia subito mutamenti di sorta per effetto dell'introduzione della nuova imposta sul reddito delle società (IRES), ad ulteriore riprova della centralità che l'istituto riveste nel contesto del corpus normativo afferente le imposte sui redditi.

In effetti, l'originario art. 76, comma 5, è stato interamente immesso nell'art. 110, comma 7, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 ad opera del D.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344³, mantenendo la propria collocazione nel contesto delle norme generali sulle valutazioni.

L'obiettivo ultimo della norma si identifica nel ricondurre, per presunzione assoluta, gli scambi transnazionali ad una situazione di libera concorrenza, tale da determinare l'attribuzione di valori quanto più prossimi a quello “*normale*”.

Siffatto compito, chiaramente, non sarebbe potuto essere assolto dal mero testo di legge. Assai più articolati e completi, infatti, si presentano sia i chiarimenti ministeriali, ancorché assai datati nel tempo (Circolare n. 32/9/2267 del 22 settembre 1980; circolare n. 42/12/1587 del 12 dicembre 1981; circolare n. 53/E del 26 febbraio 1999 e circolare n. 98/E del 17 maggio 2000), sia, soprattutto, la produzione dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), in particolare il già citato *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* del 1995 – il cosiddetto Rapporto OCSE del 1995 - che

³ Recante “*Riforma dell'imposizione sul reddito delle società, a norma dell'art. 4 della Legge 7 aprile 2003, n. 80.*”

integra e modifica i precedenti due Rapporti del 1979 (*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*) e del 1984 (*Transfer Pricing and Multinational Enterprises, Three Taxation Issues*), cui generalmente si rinvia all'atto di affrontare le tematiche in esame.

Scopo del presente lavoro, sarà quello di illustrare, dapprima, nei Capitoli I e II, i termini generali del complesso fenomeno del *Transfer Pricing*, i presupposti, soggettivi ed oggettivi, necessari all'applicazione della normativa, la disamina dei concetti di valore normale, così come inteso dal TUIR, e quello del principio di libera concorrenza; verrà dato necessario spazio anche ai criteri di calcolo del valore normale stabiliti dall'OCSE con il suo apposito Rapporto.

Nel III° Capitolo verranno invece prese in esame le rettifiche, in diminuzione ed in aumento, al valore delle transazioni operate all'interno dei gruppi di impresa da parte dell'Amministrazione finanziaria, al fine di ricondurre il corrispettivo di queste transazioni verso "*valori normali*", rettifiche il cui scopo, oltre che impedire un indebito risparmio d'imposta, è anche quello di impedire distorsioni alla concorrenza di libero mercato, soprattutto nei confronti di quelle imprese che non praticando, o non potendo attuare, pratiche di alterazione dei prezzi, si trovano in condizioni di svantaggio rispetto a quelle imprese che, invece, tramite questo processo di alterazione, riescono a consolidare la propria forza economica attraverso un indebito risparmio d'imposta.

Si cercherà, poi, di verificare quali siano le norme generali vigenti nell'attuale sistema sanzionatorio amministrativo e penale (D.Lgs. 471 e 472/97 e D.Lgs. N. 74/2004), che possano essere invocate per la repressione del fenomeno in esame. All'interno dello stesso Capitolo verrà dato anche ampio spazio

alla tematica concernente la documentabilità dei prezzi di trasferimento, la cui obbligatorietà potrebbe agevolare quel rapporto dialettico e collaborativo auspicato, ma mai pienamente raggiunto, tra contribuente ed Amministrazione fiscale.

Per ultima verrà presa in esame anche la possibilità di applicazione delle norme afferenti il *Transfer pricing*, per le operazioni infragruppo poste però in essere da società che fanno sì parte dello stesso gruppo, ma fiscalmente residenti nel territorio italiano.

L'ultima parte del lavoro, il IV Capitolo, sarà dedicata ad una breve disamina della disciplina praticata sul fenomeno dei prezzi di trasferimento, in alcuni dei Paesi europei maggiormente industrializzati.

Verranno prese in esame le discipline vigenti in Spagna, Belgio, Francia e per ultima quella della Gran Bretagna.

CAPITOLO PRIMO

Disciplina generale del Transfer Pricing

1. L'evoluzione della normativa tributaria sui prezzi di trasferimento

Agli inizi del secolo dottrina e giurisprudenza tributaria, in Italia, dibattevano il tema della localizzazione del reddito.

In un primo momento l'art. 3, lett. f), del T.U. 24.08.1877, n. 4201, stabiliva che i redditi non fondiari dovevano considerarsi esistenti nello Stato, e tassabili in Italia, se ivi prodotti.

Poi col Decreto 12.08.1927, n. 1463, l'imposta sulla ricchezza mobile veniva esclusa per il reddito prodotto all'estero mediante succursali dalla cui gestione, distinta da quella centrale, risultassero gli elementi necessari alla ripartizione dei redditi⁴.

Si volevano trovare criteri per dividere il reddito prodotto in Italia dalla stabile organizzazione, da quello complessivamente prodotto dall'impresa estera, e, per separare il reddito prodotto all'estero dalla stabile organizzazione, da quello complessivamente prodotto dall'impresa italiana.

Nella costituzione di società figlie si ravvisava un mezzo illecitamente adottato dalle società estere per sottrarre redditi imponibili in Italia, pur riconoscendosi che ciò non influiva sulla autonomia civilistica dei soggetti⁵.

Solo nel 1936 è stato introdotto un criterio per determinare i redditi derivanti da operazioni transnazionali.

⁴ Cfr. MAISTO, *Il transfer price nel diritto tributario italiano e comparato*, Padova, 1985, pag. 39 e 40.

⁵ Vedi nota che precede

L'art. 17 della legge 8.6.1936, n. 1231, stabiliva che: *"Nel reddito delle società anonime e in accomandita per azioni, che esplicano la loro attività nel Regno, per conto di società, ditte o associazioni estere, mercé la vendita o collocamento di materie prime, o fabbricazione di prodotti, sono computate in attivo tutte le somme delle medesime indebitamente caricate al passivo sotto forma di maggiorazione dei prezzi di materie prime, prodotti e merci ad esse vendute dalla società, ditta, o associazione estera, o sotto forma di provvigioni, compartecipazioni agli incassi, commissioni, premi e simili"*.

I punti critici della norma riguardavano:

- a. applicabilità alle sole società anonime e in accomandita per azioni;
- b. l'incerta definizione del criterio di collegamento tra soggetto residente e soggetto non residente, essendo prevista la nozione di *"esplicazione dell'attività nel Regno per conto del soggetto estero"*;
- c. la statuizione di sola indeducibilità dei costi con impossibilità di rettifica dei ricavi.

L'art. 17 della legge n. 1231 dell'8.06.1936 è stato trasfuso nell'art. 113 del Testo Unico delle Imposte Dirette del 1958 (D.P.R. 29.01.1958, n. 645).

L'art. 113 del Testo Unico, il cui titolo era *"Società italiane operanti per conto di società o ditte estere"*, stabiliva che: *"Nel reddito dei soggetti che esplicano la loro attività nel territorio dello Stato per conto di società, ditte e associazioni estere, mediante la vendita e il collocamento di materie prime e di merci o mediante la fabbricazione di prodotti, sono computate anche le somme corrisposte a società, ditta o associazione estera, sotto forma di maggiorazione dei prezzi delle materie, prodotti e merci o sotto forma di*

provvigioni, compartecipazione agli incassi, di commissioni, di premi e simili, sempre che si tratti di pagamenti non soggetti alle disposizioni dell'art. 128".

Rispetto alla normativa precedente vi era una maggior accuratezza nel fissare i prezzi da sottoporre a rettifica, ed il criterio per verificarne l'eventuale anomalia.

Il testo legislativo disponeva, infatti, l'indeducibilità delle somme pagate a titolo di maggiorazione del prezzo che intuitivamente si doveva considerare "*prezzo normalmente praticato*".

L'indeducibilità di commissioni, provvigioni e simili era disposta solo per quelle diverse dai:

- ✦ compensi per arti o professioni esercitate in Italia;
- ✦ diritti d'autore, canoni o proventi per cessione o concessione in uso di brevetti, processi, marchi di fabbrica e simili, assoggettabili a ritenuta d'acconto a carico di stranieri o italiani domiciliati all'estero (art. 128, TUIR 645/1958).

Tuttavia ritroviamo nella norma del T.U. del 1958 i limiti di una disposizione inefficace per la rettifica dei ricavi, incerta sul nesso di collegamento tra soggetto estero e italiano, e, sul criterio di definizione di un prezzo che poteva considerarsi normale. Con la successiva riforma tributaria, in tema di prezzi di trasferimento, venivano emanati gli art. 53, 5° comma, lett. b), e 56, 2° comma, del D.P.R. 597 del 29.9.1973.

L'art. 53, 5° comma, lett. b), stabiliva che: "*Si comprende tra i ricavi, la differenza tra il valore normale dei beni e dei servizi e i corrispettivi delle cessioni e delle prestazioni effettuate a società non aventi nel territorio dello Stato la sede legale o amministrativa, né l'oggetto principale, che controllano*

direttamente o indirettamente l'impresa o che sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa".

L'art. 56, 2° comma, disponeva che: "*Il costo di acquisizione dei beni ceduti e dei servizi prestati dalle predette società è diminuito della eventuale eccedenza rispetto al valore normale; alla stessa disposizione vengono, inoltre, assoggettati anche i beni ceduti e i servizi prestati da società non aventi nel territorio dello Stato la sede legale o amministrativa o l'oggetto principale, per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o di lavorazione dei prodotti*".

Le novità erano legate al fatto che:

- rettificabili divenivano non solo i costi ma anche i ricavi;
- il controllo, quale nesso di collegamento tra soggetto estero e soggetto italiano, poteva essere sia diretto che indiretto e perciò faceva riferimento alla nozione civilistica del controllo;
- si esplicitava finalmente che la rettifica costituiva una differenza tra un valore normale (definito dall'art. 9 sempre del D.P.R. 597) ed il prezzo che effettivamente veniva praticato.

La norma però funzionava nell'unico senso di permettere la verifica della sola impresa italiana controllata dal soggetto estero, mentre non trovava applicazione nel caso in cui fosse stata l'impresa italiana a controllare quella estera.

Inoltre il soggetto estero era identificato col termine di società (escludendosi le altre forme, anche se l'Amministrazione finanziaria, in sede applicativa, ricomprendeva nella nozione i Groupements d'intérêt économique francesi, L'Arge tedesco, i Trusts del diritto anglosassone, gli Stiftung e le Anstalten).

L'art. 9 del D.P.R. 597/73 poi, nel definire il valore normale, era concepito quale norma di applicazione generale del diritto tributario e non per la specifica applicazione nei confronti dei prezzi di trasferimento con imprese estere.

L'ultimo comma della norma statuiva che: *"Per valore normale si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per beni e servizi della stessa specie o similari, in condizione di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i corrispettivi e i proventi si considerano conseguiti e gli oneri e le spese si considerano sostenuti ai fini della determinazione del reddito, e in mancanza nel tempo e nel luogo più prossimi.*

Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile ai listini o alle tariffe dell'impresa che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio, alle tariffe professionali e ai listini di borsa, tenendo conto degli sconti d'uso".

Perciò, nel caso in cui non esistevano, o non erano disponibili, tali listini richiamati nella norma e non sussistevano le condizioni di tempo e luogo previste dal dettato normativo, sembravano preclusi altri metodi di determinazione del valore normale.

Per trovare una soluzione alla iniquità della rettifica per i soli prezzi praticati dalla controllante estera di soggetto italiano, che costituiva violazione al principio di non discriminazione previsto da numerosi trattati internazionali stipulati dall'Italia sul modello OCSE, l'art. 38 del D.P.R. 897 del 30.12.1980

aboliva la lett. b), ultimo comma, dell'art. 53 e l'ultimo comma dell'art. 56 del D.P.R. 597/73, ed istituiva l'ultimo comma dell'art. 75 stesso decreto⁶.

Il testo era il seguente: *"I componenti del reddito d'impresa derivanti da operazioni con soggetti non residenti che per i loro rapporti diretti o indiretti con l'impresa ne subiscono l'influenza dominante o dispongono di influenza dominante su di essa sono valutati, se ne deriva aumento del reddito imponibile, in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati o dei beni o servizi ricevuti. La disposizione si applica anche quando l'impresa e il non residente sono sottoposti all'influenza dominante di uno stesso soggetto"*.

La norma era oramai applicabile:

- sia alle imprese italiane che a quelle estere, controllanti, rispettivamente, filiali estere e italiane;
- non solo alle società ma anche ai soggetti non residenti;
- oltre ai costi e ai ricavi anche a qualunque altro genere di componente positivo o negativo del reddito d'impresa (sopravvenienze, plusvalenze, minusvalenze, ecc.); solo per derivarne aumento del reddito imponibile.

Inoltre per effetto della influenza dominante, non ci si riferiva più al concetto di controllo (di cui all'art. 2359 del Codice Civile), ma ad una nozione autonoma del diritto tributario⁷ meno stabile di quella civilistica (basata ad esempio sulle relazioni di famiglia, sulla presenza di membri comuni negli organi di Amministrazione, sul diritto di nomina di consiglieri, sulla stipula di contratti di esclusiva per la vendita di prodotti, come esplicitato nella Circolare del Ministero delle Finanze 32/9/2267 del 1980).

⁶ Cfr CATERINA, *I prezzi di trasferimento nelle transazioni internazionali*, Milano, 1990, pag. 59

⁷ Cfr MAISTO, *Il transfer price....cit.* pag. 68

Con l'entrata in vigore del T.U. D.P.R. 917 del 22.12.1986 dall'1.01.1988, il 5° comma dell'art. 76 sostituiva l'art. 75 D.P.R. 597/73.

Esso recitava testualmente: "I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato che controllano direttamente o indirettamente l'impresa o che sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati o dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del secondo comma se ne deriva aumento del reddito.

La 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 collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti".

Le modifiche sostanziali riguardavano perciò:

- ✦ il ritorno al concetto di controllo, di chiara derivazione civilistica, da parte di società non residente, ritenendosi marginale l'ipotesi di controllo tramite soggetti diversi dalle società;
- ✦ la limitazione della possibilità di rettifica alle sole ipotesi in cui il controllo si esercitava da parte del soggetto estero su quello italiano e non viceversa.

Col D.P.R. 4.02.1988, n. 42, in rispetto alle norme pattizie internazionali stipulate dall'Italia che vietano la discriminazione tra persona residente e persona non residente, si era introdotta al 5° comma dell'art. 76 la seguente locuzione: *"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 a seguito delle speciali procedure*

amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi".

Con i D.L. 27.04.1990, n. 90 e 15.09.1990, n. 261 (art. 1, 1° comma, lett. L - bis, e art. 3, 1° comma), si è voluto riportare la possibilità di rettifica dei redditi sia alle forme di controllo da parte di un soggetto italiano su quello estero, sia ai casi in cui il controllo sussiste ad opera di una terza società, e perciò le due imprese, estera ed italiana, che realizzano l'operazione in verifica, restano in una posizione intermedia della catena di comando del gruppo.

Infine con il D.Lgs. 344/03 l'art. 76, 5° comma è stato "*trasposto*" nell'art. 110, 7° comma D.P.R. 917/86, senza modifiche.

La versione definitiva dell'art. 110 del TUIR, ora vigente, è riportata integralmente nel paragrafo successivo ai fini della disamina della disciplina attuale.

Inoltre con l'art. 11, 12° comma, legge 30.12.1991, n. 413, è stata disposta l'indeducibilità (comma 7-bis, art. 76, D.P.R. 917/86) per i costi riferiti ad operazioni con società del gruppo residenti in Stati extra CE a bassa fiscalità, a meno che tali operazioni non rispondano ad un effettivo interesse economico delle parti.

Infine il cosiddetto "*collegato*" alla finanziaria 2000 (legge n. 342 del 21.11.2000) ha novellato la disciplina indicata abrogando il requisito di appartenenza allo stesso gruppo e introdotto una normativa sulle "*controlled foreign companies*" (art. 127 bis, D.P.R. 917/86), con effetto, per coloro che hanno il periodo d'imposta coincidente con l'anno solare, per i redditi del 2002.

Il D.Lgs. 344/03 ha anche "trasposto" la disciplina dell'art. 76, comma 7-bis nell'art. 110, 10° comma, D.P.R. 917/86 e quella dell'art. 127-bis, nell'art. 167 D.P.R. 917/86 senza modifiche di sostanza.

Il D.Lgs. 344/03 ha istituito l'art. 168 D.P.R. 917/86, estendendo il regime "controlled foreign companies", anche alle partecipazioni non di controllo in società paradisiache.

2. La disciplina vigente

Il nostro ordinamento disciplina la materia nel comma 7 dell'art. 110 del D.P.R. n. 917/1986, che recita: *“” I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente od 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 a seguito delle speciali "procedure amichevoli" previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. 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 collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti. ””*

La norma va collegata al 2° comma dello stesso articolo: *"Per la determinazione del valore normale dei beni e dei servizi e, con riferimento alla data in cui si considerano conseguiti o sostenuti, per la valutazione dei*

corrispettivi, proventi, spese e oneri in natura o in valuta estera, si applicano, quando non è diversamente disposto, le disposizioni dell'art. 9; tuttavia i corrispettivi, i proventi, le spese e gli oneri in valuta estera, percepiti o effettivamente sostenuti in data precedente, si valutano con riferimento a tale data".

L'art. 9 del D.P.R. 917/86 al 3° e 4° comma, dispone che: *"Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma quarto per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore.*

Il valore normale è determinato:

- a. per le azioni, obbligazioni e altri titoli negoziati in mercati regolamentati italiani o esteri, in base alla media aritmetica dei prezzi rilevati nell'ultimo mese;*
- b. per le altre azioni, per le quote di società non azionarie e per i titoli o quote di partecipazione al capitale di enti diversi dalle società, in proporzione al valore del patrimonio netto della società o ente, ovvero, per le società o enti di nuova costituzione, all'ammontare complessivo dei conferimenti;*

c. *per le obbligazioni e gli altri titoli diversi da quelli indicati alle lettere a. e b., comparativamente al valore normale dei titoli aventi analoghe caratteristiche negoziati in mercati regolamentati italiani o esteri e, in mancanza, in base ad altri elementi determinabili in modo obiettivo*".

I punti cruciali di tali norme risultano essere da un lato l'interpretazione del "concetto di controllo", per determinare l'ambito soggettivo di applicazione, dall'altro la *determinazione del "valore normale"*, i cui concetti saranno meglio esposti nel prosieguo del lavoro.

Ai fini della trattazione della materia in questione, è opportuno soffermarsi distintamente sui requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla norma in esame, al fine della sua applicazione.

3. Il presupposto soggettivo

3.1 Soggetti passivi della norma

Occorre anzitutto evidenziare che i soggetti passivi della disposizione, sono le "imprese" residenti che pongono in essere operazioni del tipo descritte nella norma in esame.

L'uso del termine impresa, prescindendo da ogni qualificazione di tipo formale del soggetto agente, comporta l'estensione della portata della norma a tutti i soggetti – persone fisiche e non, che esercitano un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi, secondo la disposizione civilistica d'impresa contenuta nell'art. 2082 del Codice Civile; l'imprenditore non è qualificato dalla forma giuridica ma solo dall'attività svolta.

Occorre rilevare come tale interpretazione, per quanto ampia, rispetti fedelmente il dato letterale dell'art. 110, comma 7 del TUIR ed è stata accolta

dalla stessa Amministrazione finanziaria nella Circolare Ministeriale nr. 32 del 1980, secondo la quale nel termine vanno ricomprese: *”Oltre che i vari tipi di società di capitali e di persone, anche le imprese individuali e le stabili organizzazioni di società estere operanti in Italia riconosciute fiscalmente autonome dall’art. 20 del TUIR (ora art. 23)”*. Le argomentazioni presentate dall’Amministrazione finanziaria per supportare l’interpretazione estensiva del termine *“impresa”*, sembrano essere pienamente condivisibili.

La Circolare, infatti, spiega come: *“ Un’interpretazione restrittiva...., che comprenda soltanto le società di capitali nella considerazione che trattandosi di imprese controllate occorra far riferimento ai soggetti sottoposti al controllo di cui all’art. 2359 del Codice Civile, non trova supporto nell’ampia formulazione della norma e, oltre che sottrarre ingiustificatamente alla speciale disciplina una notevole quantità di transazioni, incentiverebbe l’utilizzazione di talune forme organizzative imprenditoriali a scapito di altre facendo venir meno, così, il criterio di neutralità cui devono ispirarsi, preferibilmente, le leggi fiscali”*

L’assunto logico è che ai fini dell’applicazione della disciplina deve essere verificata la sussistenza di un’attività imprenditoriale tassabile ex DPR 917/86.

Non rivestendo particolare importanza (se non al fine delle considerazioni da effettuare in merito al rapporto di dipendenza delle parti contraenti) la forma e la natura del soggetto che la svolge.

3.2 Il soggetto controllante l'impresa italiana e quello da esso controllato

La norma individua col termine "società" il soggetto non residente che controlla l'impresa italiana, ne è controllato, ovvero controlla la società non residente e l'impresa italiana.

Con la già richiamata circolare 32/9/2267 del 22.09.1980 il Ministero delle Finanze aveva già ampliato la nozione di società non residente che controlla l'impresa italiana.

La precisazione riguardava l'allora vigente art. 53, 5° comma, lett. b), del D.P.R. 597/73, che prevedeva il solo controllo del soggetto estero su quello italiano, tuttavia è pacificamente applicabile anche all'attuale formulazione del 7° comma dell'art. 110 (tenendo conto che ora il controllo può sussistere parimenti da parte del soggetto italiano su quello estero).

La circolare (cap. I "Presupposti soggettivi punto 2") recita: *"Sebbene l'art. 53 faccia letterale riferimento a società e sembri, quindi, escludere dal suo ambito le stabili organizzazioni, deve, tuttavia, considerarsi che la stabile organizzazione non localizzata in Italia di una società estera è sprovvista di autonomia giuridica distinta dalla casa madre, sicché le operazioni da essa poste in essere sono riconducibili direttamente alla società dalla quale promana. Il termine "società" è riferibile cioè alle operazioni compiute dal soggetto estero indipendentemente dalla entità (sede centrale o stabile organizzazione) che le ha poste in essere.*

Né tale assunto può ritenersi contrastante con le caratteristiche di autonomia fiscale che, nei vari paesi, è generalmente riconosciuta alla stabile organizzazione, in quanto, ai fini di cui all'art. 53, occorre risalire all'effettivo soggetto controllante, non a quello apparente, mentre l'elemento

determinante su cui è fondata l'autonomia fiscale è costituito esclusivamente dalla localizzazione dell'attività esercitata".

La circolare esclude dalla verifica le operazioni tra stabile organizzazione localizzata in Italia (e svolgente attività d'impresa) di società non residente e impresa italiana associata, anche se il tenore della legge potrebbe far propendere per il contrario.

L'interpretazione dell'Amministrazione dovrebbe risultare conforme alla ratio della norma poiché, diversamente argomentando, si attrarrebbe entro la disciplina una fattispecie ove le operazioni sono effettuate da soggetti entrambi tassati, ex D.P.R. 917/86, sul reddito d'impresa, in contrasto col principio vigente nel nostro ordinamento che impedisce una valutazione "normale" delle operazioni tra società associate residenti (dell'argomento si discuterà nel terzo capitolo 7° paragrafo) .

Va però considerato che il trasferimento dei profitti anche tra soggetti entrambi tassati in Italia sul reddito d'impresa non è senza incidenza sul gettito tributario nazionale (ad esempio per il sostenimento di perdite da parte di una delle entità) e l'orientamento ministeriale (successivamente mutato nei principi generali, come è riscontrabile da ultimo nella circolare n. 53/99) condurrebbe a trascurare tale aspetto.

Può causare problemi applicativi la presenza, quale soggetto non residente, di una stabile organizzazione di una società italiana⁸.

La fattispecie non è prevista dalla circolare n. 32/9/2267 del 1980, poiché a quel tempo, gli artt. 53 e 56 del D.P.R. 597/73, non consentivano la rettifica

⁸ Cfr. MAISTO, *Transfer pricing in Italy*, pag. 10, in "Tax treatment of transfer pricing", IBFD, Amsterdam, 1996.

al valore normale delle transazioni tra soggetti italiani controllanti e soggetti stranieri controllati.

Si è sostenuto⁹ che *"in caso non si considerassero rettificabili le transazioni tra casa madre italiana e sua stabile organizzazione estera vi sarebbero:*

- a. *distorsioni al doveroso principio di neutralità delle leggi fiscali rispetto alle forme giuridiche nelle quali è condotta la medesima attività economica;*
- b. *discriminazioni tra residenti e non residenti poiché le stabili organizzazioni sfuggirebbero alla verifica delle transazioni cui sono soggette le società controllate".*

Sempre nell'opinione ministeriale il termine società, comprende anche gli organismi societari giuridicamente riconosciuti nello stato estero, pur se difettanti del requisito della plurisoggettività, quali i *Groupements d'Intérêt Economique* francesi, l'*Arge* tedesco, i *Trust* anglosassoni, gli *Stiftung*, le *Anstalten*.

E' opportuno anche sottolineare, tuttavia, come parte della dottrina ritenga che il termine non possa essere interpretato nel senso di ricomprendere soggetti non aventi struttura societaria¹⁰, un'interpretazione che fa riferimento all'evoluzione storica cui la norma sui prezzi di trasferimento è stata oggetto.

La normativa si applica anche alle transazioni tra membri di un GEIE (società-estere) e la stabile organizzazione di questo ultimo come precisato dall'Agenzia delle Entrate con risoluzione n. 18/E del febbraio 2005.

Venendo infine al soggetto che controlla sia la società non residente che l'impresa italiana, il disposto legislativo si riferisce ancora alla nozione di

⁹ Cfr. MAISTO, *Transfer pricing...cit.*, pag.10

¹⁰ Cfr. LEO, MONACCHI, SCHIAVO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 1993, pag. 1082

"società": la circolare n. 32/9/2267 del 1980 riteneva che essa dovesse essere una società estera.

Tuttavia la dottrina non considera più applicabile l'orientamento¹¹, poiché, il D.L. 261/1990 ha ricompreso nell'ambito della disciplina le posizioni di controllo dei soggetti italiani su quelli esteri. Attualmente la verifica dei *transfer prices* dovrebbe effettuarsi anche quando la società estera e l'impresa italiana sono controllate da una terza società italiana. Relativamente alla forma di questa terza società, trattandosi di soggetto estero, valgono tutte le considerazioni sinora espresse per ampliarne il concetto.

3.3 Il concetto di controllo.

Ai fini dell'applicazione dell'art. 110, 7° comma, è necessario che l'impresa italiana e la società estera, tra le quali le transazioni hanno luogo, siano tra loro legate da rapporti di controllo.

Nell'esaminare il concetto di controllo dobbiamo fare riferimento, sebbene poi non sia esplicitamente richiamato, all'art. 2359 del Codice Civile, dove, appunto, viene definita la nozione di "controllo".

"Sono da considerarsi controllate:

- a. le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;*
- b. le società in cui un'altra società dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;*

¹¹ Vedi nota che precede

c. le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione delle lettere a. e b. del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti, ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa”

Il concetto di controllo così come delineato in sede civilistica è piuttosto ampio, ma non tanto da poter includere ogni ipotesi di controllo.

Il legislatore fiscale in altre disposizioni fiscali¹², ha espressamente richiamato la definizione di controllo dettata dall'art. 2359 del Codice Civile, facendo così concludere che il concetto di controllo di cui all'art. 110 del TUIR, non debba essere poi circoscritto al pur sempre ampio concetto di controllo previsto in sede civilistica.

Tale impostazione, accolta dalla maggior parte della dottrina¹³, trova poi conferma nella stessa Circolare ministeriale 32/9/2267 del 1980, la quale prevede che: *“In relazione ai fini perseguiti dal legislatore fiscale – che ben divergono da quelli del legislatore civilistico – il controllo di cui trattasi deve essere contrassegnato da esigenze di elasticità e trovare collocazione in un contesto economico dinamico, tenendo presente, cioè, che le variazioni di prezzo nelle transazioni commerciali trovano spesso il loro presupposto fondamentale nel potere di una parte di incidere sull'altrui volontà non in base al meccanismo del mercato, ma in dipendenza degli interessi di una sola delle parti contraenti o di un gruppo”*

¹² Si veda ad esempio l'art 96 del TUIR in tema di tassazione di dividendi di fonte estera, ovvero l'art. 1, comma 3 del D.Lgs. 8 settembre 1997, n. 358, in materia di riorganizzazioni delle attività produttive.

¹³ Cfr. LEO, MONACCHI, SCHIAVO, cit., pag. 1182

Sempre la stessa Circolare elenca poi delle singole circostanze in cui è riscontrabile proprio la sussistenza di un'influenza economica dominante, e di conseguenza, una situazione di controllo.

In particolare:

- a. *vendita di prodotti fabbricati dall'altra impresa;*
- b. *impossibilità di funzionamento dell'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'altra impresa (fattispecie comprensiva delle joint-ventures);*
- c. *diritto di nomina dei membri del consiglio di amministrazione o degli organi direttivi della società;*
- d. *presenza di membri comuni del consiglio di amministrazione o degli organi direttivi della società;*
- e. *relazioni di famiglia tra le parti;*
- f. *concessione di ingenti crediti o prevalente dipendenza finanziaria;*
- g. *partecipazione da parte delle imprese a centrali di approvvigionamento o vendita;*
- h. *partecipazione delle imprese a cartelli o consorzi, in particolare se finalizzati alla fissazione dei prezzi;*
- i. *controllo di approvvigionamento o di sbocchi;*
- l. *sussistenza di contratti che modellino una situazione monopolistica;*
- m. *in generale tutte le ipotesi in cui venga esercitata potenzialmente o attualmente un'influenza sulle decisioni imprenditoriali.*

La nozione di controllo, così elaborata, è inoltre analoga all'orientamento espresso in sede UE, con la settima direttiva del 13.06.1983 sui conti consolidati¹⁴, ovvero dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia relativamente all'abuso di posizione dominante sul mercato ex art. 86 del Trattato Istitutivo della Comunità¹⁵.

Il Ministero, perciò, ritiene che l'istituto civilistico debba essere superato, *"poiché il meccanismo di alterazione dei prezzi di trasferimento è costituito spesso dall'influenza di un'impresa sulle decisioni dell'altra, che va ben oltre i vincoli contrattuali od azionari, sconfinando in considerazioni di fatto di carattere meramente economico"*.

La tesi era stata formulata sotto la vigenza dell'iniziale versione del D.P.R. 597/73, ed era ovviamente ritenuta applicabile con la modifica dell'art. 32 del D.P.R. 30.12.1980 n. 897 (Circolare ministeriale del 12.12.1981, n. 42) al nuovo dettato legislativo che prevedeva espressamente il concetto di *"influenza dominante"*¹⁶.

Ci si è chiesti se il ritorno della norma alla formula del *"controllo"* dovesse voler significare l'adozione di un'interpretazione maggiormente restrittiva, riguardo al carattere del legame tra i soggetti dell'operazione.

Alcuni ritengono che la scomparsa della locuzione *"influenza dominante"* non dovrebbe essere priva di significato¹⁷.

Tuttavia il Ministero sembra aver mantenuto l'interpretazione più ampia, come confermato da ultimo dalle istruzioni alla dichiarazione dei redditi del 1995¹⁸.

A sostegno di questo orientamento si può osservare che se la lettera della legge al primo capoverso dell'art. 76, 5° comma (ora 110, 7° comma), riprende la

¹⁴ Cfr. LEO, MONACCHI, SCHIAVO, cit., pag. 1083

¹⁵ Cfr. MAISTO, *Transfer pricing...cit.*, pag.12

¹⁶ Vedi nota che precede

¹⁷ Così GRIFONI, *Transazioni tra consociate e prezzi di trasferimento*, "le società", 1991, pag. 1567

¹⁸ Ministero delle Finanze, istruzioni ufficiali al Mod. 760/96 e 750/96 in relazione alla spiegazione delle caselle da barrare per i soggetti che direttamente o indirettamente controllano società non residenti o ne sono controllati.

nozione di controllo, al secondo capoverso, invece, continua a nominare, tra i soggetti tenuti all'osservanza del valore normale, anche coloro che esercitano attività di vendita o produzione per conto di altri; lo svolgimento di attività economica per conto di altri è concetto ben più elastico ed ampio di quello di controllo.

In tale fattispecie, perciò, potrebbero essere ricompresi anche quei casi che esulano da una visione restrittiva del modello, ancorata alla norma civilistica.

Va poi specificato che il Ministero (Circolare 32/9/2297 del 1980), ha ritenuto che con la presenza di una delle circostanze prima delineate con le lettere dell'alfabeto che vanno da a. ad m. si possa solo presumere l'esistenza della dipendenza di una società da un'altra; con più elementi riuniti non si dovrebbe invece dubitarne.

Il concetto di "controllo" è stato poi utilizzato per cercare di impedire la verifica delle transazioni tra divisioni della stessa impresa.

Si è così osservato che nei rapporti tra stabile organizzazione e casa madre (di cui la prima è emanazione), non esiste un legame intersoggettivo, proprio perché mancano due entità diverse, e perciò non può neanche sussistere il controllo di una sull'altra¹⁹.

Tuttavia la tesi è minoritaria anche in dottrina visto che si ritiene tra i più, facendo riferimento alla posizione dell'OCSE espressa nel Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni, che i valori normali siano applicabili nei trasferimenti interdivisionali, cioè all'interno dello stesso soggetto, tra due sezioni che hanno un'autonomia solo contabile e non certo giuridica²⁰.

¹⁹ Cfr. CARATTOZZOLO, Commentario al Testo Unico delle Imposte sui Redditi – vol.1, Milano 1988

²⁰ Cfr. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, "Il Sole 24 Ore", Milano 1997 pag. 323.

La posizione è fondata "sulle esigenze di non discriminazione" che la legislazione tributaria dovrebbe rispettare per favorire lo sviluppo economico, e di conseguenza, la diversa forma con la quale viene svolta un'attività imprenditoriale (nel nostro caso stabile organizzazione rispetto a società controllata), non può ammettere un differente trattamento fiscale.

3.3.1 Spunti della giurisprudenza sul concetto di controllo

Come già detto, la posizione ministeriale sulla individuazione delle posizioni di controllo, amplifica fortemente la visione civilistica dell'istituto, quasi tanto da istituzionalizzare rispetto a qualunque transazione con l'estero la verifica a valore normale, almeno quando le operazioni con non residenti siano svolte in maniera continuativa.

Prendendo spunto da una giurisprudenza intervenuta in argomento ed in seguito riportata (Commissione trib. 1° grado Alessandria sez. 1 del 28.11.95 n. 1416), vengono citate alcune valutazioni al fine di poter verificare tale impostazione.

Gran parte della dottrina condivide la posizione ministeriale sulla autonomia²¹, in campo tributario, del concetto di controllo rispetto all'analoga nozione di tipo civilistico, soprattutto se ciò voglia condurre ad un'indagine per accertare quando il potere di incidere "sull'altrui volontà non sia basato sul meccanismo di mercato"²².

Tuttavia la nozione fiscale, ancorché indipendente da quella civilistica, dovrà essere chiaramente delimitata per evidenti ragioni di certezza, ma soprattutto per ricostruire questo istituto in maniera logica, a prescindere dalla

²¹ Si veda POZZO, *Sui presupposti per l'applicazione della normativa sul Transfer pricing*, in "Diritto e pratica tributaria" III, 1997, pag. 655.

²² Così Circolare 32/9/2267 del 1980

suggerimento che possono avere esemplificazioni e casistiche che si riscontrano nella prassi ministeriale.

In primo luogo occorre innanzitutto partire dal concetto civilistico e perciò verificare se sia riconoscibile una situazione prevista ai numeri 1 e 2 del 1° comma dell'art. 2359 del Codice Civile, mediante l'indagine sul possesso dei diritti di voto esercitabili nelle assemblee (ordinarie) di nomina degli amministratori.

In caso sia raggiunta la prova del possesso della maggioranza dei voti o di una influenza dominante nelle assemblee, la fattispecie del controllo fiscale va considerata esistente.

Riguardo alla terza ipotesi prevista dall'art. 2359 codice civile (1° comma, n. 3), che si sostanzia nell'influenza dominante in virtù di vincoli contrattuali (influenza dominante, cosiddetta "*esterna*" per differenziarla da quella assembleare, denominata "*interna*"), vi è da dire che tanto la dottrina che la giurisprudenza civilistica, hanno difficoltà ad inquadrare la fattispecie e, in sede fiscale, parrebbe opportuno trascurarne, atteso che risulterebbe più conveniente valutare direttamente in quale modo, vincoli di natura contrattuale, ma anche di natura extracontrattuale, possano rappresentare l'autonoma nozione tributaria di controllo.

Va anche sottolineato che quando si afferma che il concetto tributario deve essere autonomo rispetto a quello civilistico, appare opportunistico affermare che esso è comunque più ampio (cioè alle ipotesi civilistiche vanno ad aggiungersi anche altre ipotesi) poiché, ribadiamo, bisognerebbe invece cercare prima di ricostruire in maniera coerente l'istituto e successivamente verificare se questo possa configurare una nozione più ampia o solo diversa.

Perciò, al di fuori delle ipotesi previste ai numeri 1 e 2, 1° comma, art. 2359 del Codice Civile, occorre verificare se le due società, nel caso concretamente sottoposto ad indagine, siano governate da un comune interesse che determina l'alterazione dei prezzi.

L'esemplificazione della circolare n. 32/9/2267 del 1980, ove si considera controllata una società italiana legata a contratto con un soggetto straniero che fissa il prezzo di acquisto o di rivendita praticato dalla prima e che, oltre a rendere conto delle sue operazioni commerciali, è tenuta a versare considerevoli diritti di licenza alla società estera titolare del marchio, va sottoposta a analisi critica.

Quando si potesse identificare con chiarezza un interesse contrapposto a quello della società estera, interesse che risale agli azionisti di rischio della società italiana che ne hanno espresso l'organo di governo, la fissazione dei prezzi delle transazioni prima indicate sarebbe riconducibile al potere del mercato, anche se con una parte in posizione di forza rispetto all'altra: i prezzi avrebbero sì valenza fiscale ma non sarebbero originati da convenienze tributarie.

Se con le citate affermazioni la circolare intendeva proteggere l'Erario ove le condizioni imposte dall'estero lasciassero il contribuente italiano con modesta capacità contributiva, va osservato che, anche se si considerasse in quel modo raggiunta la prova del controllo, il Fisco italiano non avrebbe comunque grande spazio di manovra per rettificare il reddito; poiché la società italiana dell'esempio svolge ridotte funzioni economiche, avrebbe diritto ad una bassa remunerazione del capitale investito, giustificando l'eventuale sovrapprofitto derivante dalle operazioni integralmente al soggetto estero; in altre parole non deve considerarsi corretto attribuire, per

soli fini opportunistici, situazioni di controllo ove invece sussistano, nei fatti concreti, delle semplici ipotesi di collaborazione che comunque mantengono un reale conflitto di interessi tra le parti, proprio perché la valutazione obiettiva della forza contrattuale degli interessi può confermare la debolezza dell'impresa residente, titolata a ricevere una modesta remunerazione per il servizio svolto.

Questa debolezza può essere causata dai soli meccanismi di mercato e non certo da volontà elusive rispetto al Fisco italiano.

La correttezza dell'impostazione proposta, trova ulteriore conferma dall'analisi dell'art. 31 bis del D.P.R. 600/73, introdotto dal D.Lgs. 358/97 per contrastare la cosiddetta elusione fiscale, fenomeno generale col quale normalmente si definiscono anche le pratiche di *transfer pricing*.

La normativa in esame, infatti, distingue, a motivo dell'agire imprenditoriale, tra valide ragioni economiche e mere ragioni connesse a vantaggi fiscali.

Anche nei presunti casi di *transfer pricing* occorre riconoscere che costituisce valida ragione economica un potere che si basa sulle forze del mercato. Infatti, quando un prezzo è fissato tra due soggetti portatori di interessi contrapposti non si deve considerarlo elusivo, a meno che non si riesca a dimostrare che, nei fatti, un unico intento ha governato i due soggetti col risultato di deliberare ingiusti valori di scambio, al solo fine di sottrarre imponibile per un indebito risparmio di imposta.

Infatti, solo la collusione dei "*soci privati*" (di maggioranza e di minoranza), a danno del "*socio pubblico*" (il Fisco), con l'accordo di spartizione dell'eventuale risparmio d'imposta, giustifica un intervento statale di rettifica dei prezzi di trasferimento al fine di ricondurlo verso il "*valore normale*".

Sembra riferirsi ad analoghe considerazioni la Commissione Tributaria di 1° grado di Alessandria sez. I del 28.11.1995 nr. 1416, quando ha ritenuto insussistente l'ipotesi di controllo di una società italiana rispetto alla partecipata inglese al 50% che commercializzava nel Regno Unito i prodotti fabbricati in Italia.

L'ufficio imposte riteneva esistente il comune controllo sulla base delle argomentazioni svolte dalle circolari ministeriali in materia che, come abbiamo potuto vedere, ampliano la nozione civilistica e trovano riscontro anche nella 7° direttiva CEE del 13.6.1993.

Per l'Ufficio, poiché ricorreva concretamente una partecipazione al 50% da parte della società italiana in quella estera, un contratto di esclusiva per il commercio dei prodotti italiani da parte del soggetto straniero e un finanziamento della società italiana rispetto a quella estera, la sussistenza di una situazione di controllo sembrava poter essere agevolmente riscontrata.

Metodologicamente i giudici hanno invece affermato che l'indagine sulla esistenza di un comune controllo deve essere svolta rigorosamente nei fatti e proprio l'estensione presentata dall'ufficio in merito alla nozione civilistica, deve comportare un'uguale estensione ed utilizzazione di tutti i riscontri, rinvenibili in ambito nazionale ed estero, per riscontrare effettivamente i dati salienti dell'operazione commerciale, nel suo sorgere, divenire e concludersi.

Dopo aver posto in essere questa indagine, la Commissione piemontese ha ritenuto che nel caso concreto ci si trovasse di fronte ad *"una forma partecipativa di collaborazione, assunta a rango societario, del che ne era riprova la compartecipazione paritaria al 50% del soggetto inglese e del soggetto italiano nella joint venture"*.

Nel caso specifico la Commissione non ha dunque ravvisato la presenza di un comune interesse che governava entrambi i soggetti, poiché le due soggettività giuridiche mantenevano *"ben ferma la loro autonomia ed indipendenza, anzi a volte si manifestavano problematiche opposte a quelle ipotizzate dal Fisco italiano e che hanno condotto a rilevanti conflitti societari nell'ambito della joint venture"*.

In appello la Commissione Tributaria Regionale del Piemonte, Sez. 35²³, ha sostanzialmente confermato la decisione di 1° grado sul punto, ritenendo non dimostrata la ricorrenza del controllo della società italiana su quella inglese.

La motivazione ha rilevato la presenza *"di una struttura paritaria di collaborazione commerciale internazionale"*; né, prosegue l'Appello, può valere a stabilire la presenza di un controllo *"la sola circostanza che la società italiana abbia concesso un finanziamento a quella inglese altrimenti tutte le forme di prestiti internazionali ricadrebbero nell'ambito del 5° comma dell'art. 76. D.P.R. 917/86"*.

E' possibile ritenere perciò che, al di fuori delle ipotesi di un controllo realizzato con il dominio delle assemblee ordinarie (competenti nella nomina dell'organo di governo) societarie (art. 2359,1° comma, numeri 1 e 2), tutti i rapporti contrattuali di dominio, ovvero extracontrattuali di varia natura (di dominio ma anche di comunanza di interessi), che vengono menzionati dalla prassi ministeriale per giustificare l'applicazione della normativa, debbano essere considerati solamente come dei meri indizi e non la prova certa della ricorrenza *"sicura"* di un comune controllo.

Al di là di elencazioni casistiche che, come abbiamo detto, devono avere solo valore indiziario, l'autonoma figura del controllo a motivo fiscale richiesta

²³ Sent. N. 164 del 18.11.99, in "Boll.Trib.", 5/2000, pag 377

dall'art. 110, 7° comma, D.P.R. 917/86, va individuata nella presenza di un comune interesse, constatabile al governo di entrambe le imprese, che conduce ad un'alterazione dei prezzi.

In altri ordinamenti ove la tutela civilistica delle minoranze societarie è forse più pregnante di quella che viene offerta nel nostro Paese, anche il possesso del 51% del capitale non determina automaticamente una situazione di controllo per la verifica del *transfer pricing*, poiché, nei fatti, può essere accertato che il 49% degli azionisti di minoranza della società licenziataria non avrebbe accettato un carico eccessivo di royalty da pagare alla società licenziante e azionista di maggioranza²⁴.

4. Presupposto oggettivo

A differenza di quanto è accaduto per i presupposti soggettivi, non si è avuta un'evoluzione a tappe così serrate della normativa riguardante i presupposti oggettivi.

L'articolo 53, quinto comma, lett. b), del D.P.R. 597/1973, comprendeva tra i ricavi anche *“la differenza tra il valore normale dei beni e dei servizi e i corrispettivi delle cessioni e delle prestazioni effettuate [...]”*.

L'art. 56, secondo comma, dal canto suo, trattando dei costi, stabiliva che *“il costo di acquisizione dei beni ceduti e dei servizi prestati [...] è diminuito dell'eventuale eccedenza rispetto al valore normale”*.

L'art. 75, quarto comma, del D.P.R. 597/1973 (che fu introdotto dal D.P.R. n. 897/1980 per raccogliere la disciplina dei soppressi artt. 53, quinto comma, lett. b), e 56, secondo comma) disponeva, a sua volta, che *“i componenti del reddito d'impresa derivanti da operazioni con i soggetti non residenti [...]”*

²⁴ Così negli Stati Uniti la sentenza del 1973 R.T. French co, 60 T.C. 836

sono valutati, se ne deriva un aumento del reddito imponibile, in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati o dei beni o servizi ricevuti”.

La formulazione di tale articolo porta un'innovazione, quanto ai presupposti oggettivi, nella parte in cui sostituisce al rigido riferimento ai “ricavi” (art. 53) e ai “costi” (art. 56), quello ai “componenti del reddito d'impresa”, facendo, quindi, rientrare nell'oggetto della rettifica anche altri componenti quali le plusvalenze, le minusvalenze, le perdite, ecc., che prima ne rimanevano esclusi.

La norma in questione non muta molto neppure nella formulazione dell'art. 110, settimo comma, del vigente Testo Unico delle Imposte sui Redditi, salvo che per l'esplicito riferimento all'applicabilità dell'art. 9 del T.U. medesimo. Sancisce, dunque, l'art. 110, settimo comma, del TUIR., che i componenti del reddito d'impresa derivanti dalle operazioni con i soggetti non residenti che abbiano le caratteristiche di cui si è già parlato *“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 (che rinvia all'art. 9 TUIR, n.d.r.), se ne deriva un aumento del reddito”.*

Pertanto, l'elemento la cui sussistenza è indispensabile per l'applicazione della disciplina del *transfer pricing* è lo scostamento tra il prezzo concordato dai soggetti collegati e il “valore normale” dell'operazione oggetto della rettifica.

In questo modo, l'introduzione della nozione di “valore normale” di una transazione, pone, a sua volta, un'ulteriore incombenza, ovvero quella di dover necessariamente stabilire il “valore normale” al quale rapportarsi nella rettifica di un'operazione.

A tal proposito, il criterio adottato nella maggior parte dei Paesi per valutare lo scostamento dei valori delle operazioni in verifica rispetto alle operazioni campione si basa sul “*prezzo di libera concorrenza*” (il cosiddetto *arm's length principle*) stabilito dal Rapporto O.C.S.E. del 1995 (cfr. Capitolo I, paragrafo 2).

Tuttavia, tale Rapporto – anche in ragione di un dibattito dottrinario internazionale molto acceso circa l'efficacia del principio di libera concorrenza e alla identificazione dei suoi metodi applicativi più corretti - diversamente da quello del 1979, legittima “*pienamente*” l'adozione di “*metodi alternativi*” a quelli tradizionali (detti anche *quarti metodi*).

Si afferma, in particolar modo, che il prezzo cosiddetto di libera concorrenza può essere determinato, in linea teorica, non solo basandosi sulle singole transazioni e sui relativi prezzi, ma anche andando a prendere in considerazione gli utili che scaturiscono dalle transazioni medesime.

In merito, occorre tuttavia mettere in risalto che, pur evidenziandosi un'evoluzione verso l'impiego di tali metodi basati sui profitti, fra l'altro anche molto più complessi, si è ancora lontani dal suggerire l'utilizzo del *Best Method Rule* statunitense, in base al quale ogni impresa è tenuta a scegliere, all'interno dei criteri fissati dalla normativa, quello più idoneo a valutare il carattere di libera concorrenza delle sue transazioni infragruppo.

Nello sviluppo della trattazione saranno illustrati il principio di libera concorrenza quale assunto fondamentale per la corretta determinazione del prezzo di trasferimento ed il concetto di “*valore normale*” nella Convenzione Modello OCSE e nella disciplina italiana nonché i metodi tradizionali e alternativi per arrivare alla determinazione dei prezzi di trasferimento.

CAPITOLO SECONDO

La determinazione del prezzo di trasferimento

1. Principio di libera concorrenza (*arm's length principle*) e valore normale.

L'*arm's length principle* o *principio di libera concorrenza* è l'assunto fondamentale dell'attività di verifica (preventiva o a posteriori) condotta sulle operazioni di scambio internazionale.

Esso trova il suo fondamento sulla considerazione che tali operazioni dovrebbero avvenire per valori uguali a quelli che, ricorrendo le medesime condizioni, si sarebbero manifestati fra soggetti indipendenti, ossia in base a quello che il nostro legislatore nel TUIR chiama "*valore normale*".

Tale principio è spiegato nel modello di convenzione bilaterale contro la doppia imposizione elaborato dall'OCSE, all'art. 9, paragrafo 1, lettera *b*), ove si legge che se le condizioni convenute o imposte tra le due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono "*diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni, sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che, a causa di dette condizioni, non lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati in conseguenza*" (*primary adjustment*).

La dottrina individua i caratteri essenziali del prezzo di libera concorrenza che deriverebbero:

- ✦ dall'analisi della transazione. I prezzi di trasferimento devono essere determinati in riferimento a singole operazioni o gruppi di operazioni simili;

- dall'analisi comparativa: l'operazione è comparata con altra operazione (effettiva o ipotetica) avente caratteristiche identiche o simili;
- dalla qualificazione civilistica del rapporto: quest'ultimo deve essere quello convenuto tra le imprese associate e può essere riquilificato dalle amministrazioni finanziarie solo in casi eccezionali (come nell'ultimo rapporto OCSE del 1995);
- dal riconoscimento delle condizioni di mercato: il valore normale deve risentire delle condizioni del mercato in cui opera l'impresa;
- dal riconoscimento delle strategie commerciali (soggettive) dell'impresa associata: il valore normale può riflettere le motivazioni commerciali dell'impresa che effettua l'operazione;
- dall'analisi funzionale: il prezzo di libera concorrenza è determinato in rapporto alle funzioni economiche svolte dall'impresa tenendo conto dei rischi sopportati e delle risorse utilizzate.

L' applicazione del principio in esame nel nostro Paese trova un importante termine di riferimento nel concetto di valore normale contenuto nell'art. 9, comma 3²⁵, del TUIR.

“Appare, tuttavia, opportuno sottolineare sin d'ora che il principio di libera concorrenza e il concetto di valore normale non coincidono tra loro, né si pongono sullo stesso piano, ma sono legati da un nesso di strumentalità,

²⁵ L'art. 9, comma 3, del Tuir così recita: “per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore”.

essendo il secondo (almeno in Italia) il mezzo tramite il quale è possibile dimostrare il rispetto del primo²⁶.

Il principio di libera concorrenza, infatti, disciplina un criterio generale di rideterminazione dell'utile imponibile di soggetti residenti in Paesi diversi, mentre il valore normale rappresenta un parametro che possa garantire la soddisfazione di tale principio e, a sua volta, necessita, a fini applicativi, di alcune indicazioni metodologiche in merito alla corretta determinazione dei prezzi - costi e dei prezzi - ricavi delle transazioni internazionali²⁷.

L'OCSE, come si avrà modo di analizzare nel prosieguo dello stesso capitolo, ha elaborato dei metodi attraverso i quali sia possibile verificare il rispetto del principio di libera concorrenza, mentre l'Amministrazione finanziaria italiana, in particolare con la Circolare Ministeriale n. 32/9/2267 del 1980, affermando che il valore normale come legislativamente definito, recepisce in pieno il principio di libera concorrenza consigliato dall'OCSE per la determinazione dei prezzi di trasferimento tra imprese associate.

Sulla compatibilità fra disposizioni OCSE e convenzioni bilaterali ad esse coerenti, da un lato, e disciplina prettamente interna, dall'altro, non c'è perfetta chiarezza, né univocità in dottrina.

La disciplina interna come abbiamo già detto, si fonda sul combinato disposto degli art. 110, 7° comma, e 9, 3° e 4° comma D.P.R. 917/86, le cui

²⁶ L'art. 110, comma 7, attraverso il rinvio al secondo comma dello stesso articolo, pone fine alla spinosa questione relativa al dubbio se il riferimento del vecchio art. 75, quarto comma, D.P.R. 597/1973 rinviasse alla nozione di *valore normale* contenuta nell'art. 9 ovvero richiamasse il principio del "prezzo di libera concorrenza" così com'era venuto formulandosi nella dottrina internazionale. Il comma secondo cui si fa riferimento per la determinazione del valore normale prevede infatti che per tale determinazione "si applicano quando non è diversamente disposto, le disposizioni dell'art. 9"

²⁷ Così Quintavalle Cecere A., "I presupposti della disciplina del transfer pricing", Notiziario della Scuola di PT della Guardia di Finanza n.3/2006, pag. 443 e seg.

disposizioni esplicitano il concetto di “*valore normale*” come quello che viene praticato per lo scambio di beni e servizi in condizioni di libera concorrenza.

Parte della dottrina ha osservato che l’art. 9 del D.P.R. 917/86 sia stato pensato più per ipotesi di autoconsumo che per finalità di controllo degli scambi infragruppi, concludendo perciò che l’art. 76, 5° comma, (ora 110, 7° comma) stesso DPR, debba essere integrato con le dettagliate norme giuridiche stabiliti in sede internazionale (OCSE).

In tal modo viene a ridursi la frattura tra un testo legislativo, che menziona solo il confronto del prezzo tra beni simili per la determinazione del valore normale, e la necessità di usufruire di metodi come il prezzo di rivendita ed il costo maggiorato già indicati nelle direttive OCSE del 1979 come valide alternative al confronto di prezzo, per il quale non ricorrono sempre le condizioni di applicazione.

La giurisprudenza ha implicitamente avallato la linea di indirizzo secondo cui i criteri di determinazione dei prezzi stabiliti dall’OCSE costituiscano canoni ermeneutici per l’integrazione della normativa interna.

Sostanzialmente possiamo però affermare che il principio di libera concorrenza e i metodi applicativi elaborati dall’OCSE sono sostanzialmente conformi alla disciplina del nostro Paese e all’interpretazione che ne ha dato l’Amministrazione finanziaria italiana.

Giova però sottolineare, altresì, che la tendenza, riscontrabile nella gran parte dei Paesi, anche se aderenti all’OCSE, è quella di far prevalere le convenzioni bilaterali (ove esistenti) e la normativa interna sulle indicazioni della stessa OCSE e che, per quanto riguarda l’Italia, gli organi verificatori sono sostanzialmente obbligati a restare fedeli alle interpretazioni dell’Amministrazione finanziaria italiana qualora queste siano poi difformi dai

contenuti dei Rapporti OCSE e ad utilizzare, di fatto, questi ultimi solo come un semplice supporto integrativo dal punto di vista tecnico, nei casi in cui vi sia coincidenza nell'impostazione di base.

L'auspicio naturalmente è quello di poter arrivare al superamento, almeno per i Paesi aderenti all'OCSE, dell'utilizzo della normativa interna, seppur queste siano poi "sostanzialmente" in linea con le disposizioni internazionali, a favore appunto di comuni metodi di determinazione del valore degli scambi infragruppo.

Di seguito viene riportata una breve descrizione dei metodi di calcolo tradizionali e reddituali elaborati dal rapporto OCSE.

2. Metodi di calcolo tradizionali del Rapporto OCSE

I metodi tradizionali (*traditional transaction methods*) per il calcolo del prezzo di libera concorrenza sono:

- il comparable uncontrolled price method (confronto di prezzo)
- il resale price method (prezzo di rivendita)
- il cost plus method (costo maggiorato)

Il metodo più efficace per stabilire se le condizioni convenute tra imprese associate sono di libera concorrenza, consiste nel confrontare i prezzi delle transazioni sotto verifica, con quelli praticati da imprese indipendenti in transazioni simili (*comparable uncontrolled price*).

Tuttavia, ove ciò non sia possibile per inesistenza di operazioni comparabili, sarà necessario individuare i margini lordi addebitati in operazioni indipendenti e confrontarli con quelli riscossi in operazioni tra imprese associate.

2.1 Il Comparable Uncontrolled Price Method (Confronto Di Prezzo)

Il metodo compara i prezzi per i beni e servizi trasferiti nelle transazioni sotto verifica con quelli di transazioni simili effettuate da imprese indipendenti.

Se le circostanze di fatto consentono un tale tipo di comparazione, il prezzo praticato è sostituito con quello di libera concorrenza al fine di determinare il corretto reddito imponibile del contribuente.

Nel considerare la similitudine delle transazioni controllate con quelle *"indipendenti"*, occorre far riferimento ai fattori che determinano il loro grado di comparabilità e ove si riscontrino delle differenze, verificare se queste possano essere corrette con degli opportuni conguagli sui valori (aggiustamenti); tale tentativo deve essere sempre effettuato prima di scartare l'utilizzo del metodo.

Il confronto di prezzo può essere esterno, particolarmente attendibile, ove si ricerchi il prezzo praticato da un'impresa indipendente per lo stesso bene, o interno, ove si ricerchi il prezzo praticato dall'impresa in verifica a imprese indipendenti.

Si è osservato che *"oltre 15 anni di applicazione dei criteri di cui al Rapporto del 1979"* hanno evidenziato che la comparazione, come ricerca di un'operazione identica a quella sotto controllo, presenta difficoltà insormontabili, complesse, inducendo taluni a proporre *"il sostanziale abbandono"* del principio²⁸.

Le difficoltà di comparazione con un'operazione di mercato potrebbero essere le più diverse:

a. difetto di similarità per qualità, stagionalità ecc.;

²⁸ Cfr. MAISTO, Il progetto di Rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento, pag.383

- b. difetto di comparabilità dei mercati di scambio per le dimensioni caratteristiche;
- c. differenze nei volumi di vendita;
- d. difformità nei termini e condizioni contrattuali;
- e. difformità nei beni immateriali ceduti unitamente ai prodotti.

Secondo questo orientamento, consentendo di tenere conto anche di situazioni soggettive, come le strategie aziendali, le direttive OCSE eliminerebbero del tutto la possibilità di reperire operazioni simili sul libero mercato; nel desiderio di affinare il metodo con un'analisi più rigorosa della comparazione risiederebbe la causa della impossibilità di una sua pratica attuazione²⁹.

Tuttavia dalla lettura complessiva del Rapporto, l'impostazione ora presentata potrebbe essere ridimensionata. Le raccomandazioni OCSE (come d'altronde le Final Regulations statunitensi del 8.07.1994) permettono, senza alcun dubbio, la comparazione con transazioni solo simili (*inexact comparables*)³⁰. Prima di considerare inutilizzabile il confronto di prezzo occorre verificare che non sia possibile contabilizzare l'effetto delle differenze con opportuni aggiustamenti (il Rapporto afferma testualmente che "*ogni sforzo*" deve essere effettuato in tal senso).

2.2 Il resale price method (prezzo di rivendita)

Il metodo del prezzo di rivendita si basa sul prezzo al quale il prodotto, che è stato acquistato da un'impresa associata, è rivenduto a un'impresa indipendente.

²⁹ Vedi nota che precede

³⁰ Cfr. MOGLE, the 1995 transfer Pricing guidelines Issued by the OEDC.

Il prezzo di rivendita è poi ridotto di un appropriato margine lordo, che dovrebbe permettere al rivenditore di coprire i suoi costi di vendita, le altre spese operative e, in relazione alle funzioni economiche svolte, realizzare un corretto ed appropriato profitto. Il metodo è particolarmente attendibile ove si effettuino, in prevalenza, operazioni commerciali.

Il margine lordo di rivendita da utilizzare va ricercato, ipoteticamente, con un confronto interno, determinando il margine praticato dallo stesso rivenditore per articoli acquistati e rivenduti, in transazioni comparabili, con operatori indipendenti; oppure può essere ricercato con un confronto esterno, individuando (come guida) il margine applicato da un operatore indipendente, sempre in transazioni comparabili.

Il Rapporto del 1995, rispetto a quello del 1979, ritiene ammissibile anche il confronto esterno, che non deve essere più utilizzato con "*notevole cautela*" come in precedenza³¹ era previsto. La regola è che occorre, però, verificare che non siano necessari congrui aggiustamenti per contabilizzare l'effetto sui margini delle differenze nelle funzioni svolte dalle imprese raffrontate.

Infatti, il criterio del prezzo di rivendita è applicabile quando:

- a. non ci sono differenze tra le transazioni comparate (o tra le imprese che le intraprendono) che possono influire sui margini nel libero mercato;
- b. tali differenze esistono, ma possono essere corrette da appropriati conguagli.

Il fondamento logico della metodologia risiede nell'osservazione che in un'economia di mercato il compenso per lo svolgimento di funzioni che richiedono un investimento di risorse e un'assunzione di rischi simili, tende a essere eguale pur essendo in presenza di diversi settori merceologici;

³¹ Cfr. MAISTO, Il Progetto...Cit., pag. 386

all'opposto i prezzi per differenti prodotti tendono ad eguagliarsi solo per quelli che possono considerarsi succedanei.

L'attendibilità del prezzo di rivendita dipende perciò in ultima analisi dalla comparabilità delle funzioni svolte (tenendo conto delle risorse utilizzate e dei rischi assunti) che può venire meno se le differenze nelle stesse incidono sui margini (senza che sia possibile la correzione con opportuni aggiustamenti).

In seguito il Rapporto diventa più analitico elencando alcune delle fattispecie che determinano il grado di attendibilità del metodo nella sua applicazione materiale.

Infatti l'utilizzo del margine di rivendita è più appropriato ove:

- a. il rivenditore non aggiunga particolare valore al prodotto; il criterio invece condurrebbe a risultati insoddisfacenti ove i beni vengano lavorati o incorporati in altri, o dove il rivenditore contribuisca alla creazione o conservazione di un marchio connesso al prodotto;
- b. minore è il tempo tra acquisto e rivendita dei prodotti.

Altri fattori specifici che possono incidere sui margini sono:

- a. il livello di attività del rivenditore (grossista, dettagliante, ecc.);
- b. l'uso di beni immateriali unici, come ad esempio la propria organizzazione di vendita; in quest'ultima situazione il margine di rivendita risulterà sottostimato se non si confronta la rivendita in esame con un'altra dello stesso rivenditore (confronto interno), oppure se non lo si confronta con il margine di un rivenditore dotato di un'organizzazione simile (confronto esterno);
- c. la presenza di un'esclusiva per la cessione dei beni.

Come nelle precedenti raccomandazioni, l'OCSE ritiene che il profitto del rivenditore sia giustificato solo quando l'impresa associata svolga delle

funzioni economicamente rilevanti nel canale distributivo (in termini di risorse utilizzate e di rischi assunti) e non si limiti alla mera intermediazione (comperando e rivendendo ad altri rivenditori) senza svolgere effettivamente alcun servizio.

2.3 Il cost plus method (costo maggiorato)

Il metodo utilizza i costi (diretti e indiretti) sopportati dal fornitore del bene (o servizio) in una transazione tra imprese associate; in seguito è aggiunto, al costo, un margine appropriato (*mark up*), che viene calcolato in relazione alle funzioni svolte e alle condizioni di mercato, così determinando il prezzo di libera concorrenza.

Il metodo è più attendibile nella produzione di beni semilavorati od ove le parti collegate abbiano concluso accordi di fornitura a lungo termine o infine, ove vengano prestati dei servizi.

Il fondamento logico della metodologia è il medesimo del prezzo di rivendita poiché risiede nella constatazione che in un'economia di mercato il compenso per lo svolgimento di funzioni simili, in termini di risorse utilizzate e rischi assunti, tende ad eguagliarsi.

Inoltre, come a commento del *resale price*, il Rapporto esprime preferenza per i confronti di margine "*interni*".

Il criterio del costo maggiorato ha valenza ideale, se il margine dell'impresa associata è rapportato al margine che la stessa realizza in transazioni comparabili con parti indipendenti; comunque il margine dell'impresa associata può essere confrontato anche col margine che realizza un'impresa indipendente in transazioni comparabili purché quest'ultimo costituisca solo una prima guida.

In definitiva i risultati saranno attendibili se:

- a. non ci sono differenze tra le transazioni che si vanno a comparare (o tra le imprese che le intraprendono) che influenzano il margine nel libero mercato;
- b. tali differenze esistono, ma possono essere corrette da appropriati aggiustamenti.

Valgono le considerazioni già svolte per il prezzo di rivendita.

L'OCSE espone poi i maggiori pericoli derivanti dall'applicazione del criterio. Infatti, il *cost plus* sovrastima la relazione tra costi di produzione e prezzi di mercato che, sebbene ipotizzabile esistente nel lungo periodo, non è sempre riscontrabile nella realtà³².

Inoltre occorre porre attenzione ad applicare un margine comparabile ad una base di costo anch'essa comparabile, verificando se siano giustificate o meno le differenze nelle spese, in relazione alle funzioni svolte e alle transazioni in oggetto.

Si possono immaginare tre situazioni:

- a. le spese riflettono reali differenze funzionali e perciò è necessario aggiustare il margine;
- b. le spese riflettono funzioni addizionali che sono distinte dalle attività in verifica, e perciò va determinato un compenso aggiuntivo per il loro svolgimento (es. le funzioni addizionali possono concretizzarsi in una fornitura di servizi connessa alla rivendita dei beni per i quali va calcolato un appropriato compenso, come quando sono offerte anche riparazioni in garanzia sui prodotti venduti);

³² Come ad esempio, quando viene "scoperta" un'innovazione di valore con trascurabili spese di ricerca.

c. le spese riflettono l'efficienza o l'inefficienza dell'azienda e perciò il margine non deve essere aggiustato.

Un'altra esigenza fondamentale per la comparabilità riguarda la coerenza tra i dati contabili.

In alcuni casi per avere coerenza contabile occorrerà prendere in considerazione le spese operative (*operating expenses*) poiché, ad esempio, non può essere comparato un margine lordo (*gross mark up on costs*) calcolato da un'impresa che vi include anche le spese operative per applicarlo all'impresa associata che invece non le include (il prezzo di trasferimento risulterebbe sovrastimato).

Tuttavia il Rapporto ritiene che confrontando i margini netti (ricavati da quelli lordi dedotte le spese operative), l'analisi compia un salto qualitativo.

Operando così si utilizzerebbe un nuovo criterio e cioè *il transactional net margin method* di cui si tratterà in seguito (e che presenta rischi di inattendibilità nel calcolare condizioni di libera concorrenza maggiori rispetto ai criteri tradizionali).

Anche se esiste una certa diversità tra pratiche contabili nei vari paesi, le differenze tra utili (o redditi o profitti³³) netti e lordi (da cui i margini come rapporti su un'appropriata base, quali le attività, le vendite, i costi ecc.) vanno così intese:

- l'utile lordo deriva dalla differenza tra vendite nette (meno) spese dirette ed indirette di produzione;

³³ Le parole "*utili, redditi, profitti*" devono essere considerate sinonimi. Nella versione ufficiale delle direttive OCSE, con traduzione da parte del Ministero delle finanze (edizioni Poligrafico dello tato), "*operating expenses*" è tradotto "*spese di esercizio*". Ovviamente al di là della denominazione è fondamentale riscontrare un'esatta qualificazione di tali spese e soprattutto una coerenza contabile "*sostanziale*" nella classificazioni quando si effettuano i confronti.

➤ l'utile netto invece deduce ulteriormente le spese operative.

Vanno considerate spese dirette di produzione quelle direttamente sostenute per la produzione del bene o servizio (come le materie prime), mentre quelle indirette sarebbero quelle che, sebbene correlate al processo produttivo, possono essere comuni a più prodotti o servizi.

Le spese operative riguardano l'impresa nel complesso, (come ad esempio le spese di supervisione e generali).

Nell'utile lordo è compresa la variazione delle rimanenze (*Glossary del Report*).

Infine vanno sottolineate ulteriori cautele applicative: dovrebbero usarsi i costi storici (o contabili) ma quando essi variano considerevolmente nel tempo (come ad esempio per i materiali, il lavoro ecc.) può essere opportuno effettuarne una media per più periodi.

È data facoltà di mediare anche i costi delle attività fisse quando sono prodotti più beni (o servizi) e il volume dell'attività fluttua. Costi di rimpiazzo o costi marginali possono anch'essi essere utilizzati ove conducano ad un'attendibile stima dell'utile netto o lordo.

3. Metodi di calcolo reddituali o alternativi

Come accennato, il documento OCSE in commento offre una maggiore apertura ai cosiddetti metodi alternativi o "*quarti metodi*" riconoscendone una maggiore utilità nella determinazione del carattere di libera concorrenza di una transazione controllata; in particolare, secondo il Rapporto del 1995, gli unici criteri basati sull'utile delle transazioni accettabili, sempre che siano applicati nel rispetto delle direttive stabilite, sono:

➤ il metodo di "*ripartizione dell'utile*" o *Profit Splith Method*;

✦ il metodo basato sul "*margin netto della transazione*" o *Transaction Net Margin Method*.

Tali metodi, continua il documento, "*possono essere utilizzati in situazioni eccezionali in cui la complessità dell'attività reale della società genera difficoltà pratiche nell'applicazione dei metodi tradizionali*"; in questi casi, ricorre pertanto la necessità di verificare la possibilità di impiegare "*altri metodi*" che possano consentire, comunque, una determinazione del prezzo di trasferimento che sia conforme al principio di libera concorrenza.

Viene in ogni caso esclusa l'applicabilità di criteri che ripartiscano, tra le imprese associate, l'utile globale realizzato a livello di gruppo, attraverso il ricorso a formule predeterminate: cosiddette *Global Formulary Apportionment Methods*.

Tali metodi, infatti, suggeriti come alternativa al principio di libera concorrenza per determinare l'esatto livello degli utili tra le giurisdizioni fiscali nazionali, presentano intrinseche difficoltà di attuazione idonee a generare, tra l'altro, fenomeni di "*doppia imposizione*" evitabili solo in presenza di un "*effettivo*" coordinamento internazionale in merito alle formule predeterminate da impiegare³⁴.

La validità di tali criteri alternativi è, pertanto, riconosciuta implicitamente anche se, a parere dell'OCSE: "*In nessun caso si dovrebbe utilizzare un metodo basato sull'utile della transazione in modo tale da comportare*

³⁴ Sul punto si veda il paragrafo 3.64 del Rapporto O.C.S.E. del 1995, nel quale la stessa Organizzazione stabilisce che: "*Ad esempio, per evitare la doppia imposizione dovrebbe esistere, in primo luogo, un accordo comune sull'applicazione di tale metodo, quindi sul sistema di misurazione della base imponibile di un gruppo multinazionale, sull'uso di un sistema contabile comune, sui fattori che dovrebbero essere utilizzati per ripartire la base imponibile fra le differenti giurisdizioni (inclusendo i Paesi non membri) e sulle modalità di misurazione e di valutazione di tali fattori. Il raggiungimento di tale accordo comporterebbe molto tempo e forti difficoltà. Gli Stati sono ben lontani dall'affermare chiaramente che sarebbero disposti a concordare una formula universale*".

un'imposizione eccessiva delle imprese, soprattutto in quanto esse realizzano un utile più basso della media, oppure un'imposizione in difetto per le imprese che realizzano utili più elevati della media" (Vd. paragrafo 3.4 del Rapporto OCSE del 1995).

La stessa Organizzazione, inoltre, raccomanda alle autorità fiscali di non applicare tali metodi se non in presenza di propri strumenti istituzionali, atti ad assicurare un'adeguata tutela del contribuente.

Accertato il carattere di sussidiarietà di tali criteri, rispetto a quelli tradizionali, spostiamo ora l'attenzione all'esame delle singole metodologie.

3.1 Profit split method (ripartizione dei profitti complessivi)

Il cosiddetto Profit Split Method parte dall'affermazione che le imprese, in considerazione del fatto che una determinata transazione non è suscettibile di valutazione autonoma, concludano accordi per la ripartizione degli utili fra le consociate (stabilendo la ripartizione che le imprese indipendenti avrebbero previsto di realizzare qualora fossero state coinvolte in transazioni simili).

Tale suddivisione considera il contributo fornito da ciascuna impresa al raggiungimento dello scopo finale sulla base delle funzioni svolte, dei rischi che vengono assunti, degli attivi utilizzati, e per quanto sia possibile, di ogni altro parametro oggettivo relativo al mercato che sia disponibile e, soprattutto, attendibile (ad esempio, percentuali di ripartizione degli utili o rendimenti osservati tra imprese indipendenti con funzioni comparabili).

Il Rapporto individua in particolare due criteri per valutare la ripartizione degli utili: *"L'analisi del contributo"* (*contribution analysis*) e *"l'analisi del margine residuo"* (*residual analysis*).

Il criterio basato sulla cosiddetta *contribution analysis* ripartisce, tra le imprese associate, l'utile complessivo derivante dalle transazioni infragruppo in virtù del valore delle funzioni esplicate da ciascuna impresa determinato, nei casi in cui non possa essere misurato direttamente, secondo il rispettivo valore di mercato³⁵.

Sulla base, invece, della cosiddetta *residual analysis* l'utile globale proveniente dalle transazioni in esame viene ripartito in due fasi:

- ✦ nella prima fase si provvede a distribuire a ciascuna impresa associata una quota di utile idonea ad attribuirle un rendimento di base adeguato al tipo di transazione effettuata e, solitamente, calcolato in virtù di rendimenti di mercato ottenuti in transazioni similari effettuate da soggetti indipendenti (normalmente viene determinato come il prezzo massimo cui un'impresa indipendente sarebbe stata disposta ad acquistare i beni e come il valore minimo cui, sempre un'azienda indipendente, sarebbe stata disposta a cedere gli stessi servizi).
- ✦ nella seconda fase, invece, l'eventuale utile residuo (o perdita), derivante dalla suddivisione della prima fase, viene ripartito esaminando fatti o

³⁵ Generalmente l'utile che deve essere totalizzato e distribuito secondo l'analisi del contributo è l'utile d'esercizio. Una tale applicazione della ripartizione degli utili assicura che sia il reddito sia le spese del gruppo multinazionale vengano attribuite alle relative imprese associate su una base uniforme.

Tuttavia, in determinate occasioni, può rivelarsi appropriato operare una ripartizione degli utili lordi e, quindi, dedurre le spese sostenute da o attribuibili a ciascuna impresa interessata (escludendo le spese considerate nel calcolo degli utili lordi). In tali casi, laddove siano applicate analisi differenti per ripartire il reddito lordo e le deduzioni dell'impresa multinazionale tra le imprese associate, è necessario assicurare che le spese sostenute da o attribuibili a ciascuna impresa siano compatibili con le attività svolte ed i rischi assunti, e che la distribuzione degli utili lordi sia ugualmente compatibile con l'attribuzione delle attività e dei rischi. Ad esempio, nel caso di una multinazionale impegnata in operazioni commerciali a livello mondiale altamente integrate, che implicano vari tipi di beni, è possibile individuare le imprese in cui le spese sono sostenute (o a cui sono attribuite); al contrario, non è possibile determinare con precisione le particolari attività commerciali a cui quelle spese si collegano. In tal caso, può essere appropriato ripartire gli utili lordi derivanti da ogni attività commerciale e quindi dedurre dall'utile lordo complessivo che ne risulta le spese sostenute da o attribuibili a ciascuna impresa, tenendo presente la cautela summenzionata (vd. paragrafo 3.17 del Rapporto O.C.S.E. del 1995).

circostanze utili a capire come lo stesso residuo sarebbe stato ripartito tra soggetti indipendenti³⁶.

Come si è potuto constatare, nel metodo in esame si prescinde dalla comparabilità delle transazioni, e questo, unito all'estrema flessibilità applicativa, determina il maggiore vantaggio applicativo del *profit split method*; di contro, l'arbitrarietà nella determinazione degli utili fatta a priori, costituisce un dato a sfavore.

3.2 Transactional net margin method (comparazione dei margini netti delle transazioni)

Il cosiddetto Transaction Net Margin Method³⁷ considera, invece, il margine dell'utile netto relativo ad una base adeguata (ad esempio, costi, vendite, attivi) che un'impresa realizza da una transazione "*controllata*".

Tale metodo, operando in maniera simile ai metodi tradizionali del "*costo maggiorato*" e del "*prezzo di rivendita*", deve seguirne in maniera conforme i parametri di applicazione.

In pratica il margine netto dell'impresa, scaturente da una transazione controllata, deve essere determinato avendo riguardo al margine netto che la stessa impresa realizza in transazioni comparabili effettuate sul libero mercato. Nel caso in cui tale operazione non possa essere attuata, si può

³⁶ Secondo il Rapporto O.C.S.E. del 1995 in tale ambito potrebbero risultare particolarmente utili sia gli indicatori del contributo delle parti costituito da beni immateriali sia le relative posizioni contrattuali, oppure, in alcuni casi si potrebbe eseguire un'analisi, probabilmente nel quadro di una ripartizione residuale degli utili o come un vero e proprio metodo di ripartizione degli utili, tenendo in considerazione il flusso di cassa attualizzato ricevuto dalle parti delle transazioni controllate per la durata prevista dell'attività.

³⁷ Vd paragrafo 3.26 del rapporto OCSE del 1995

prendere come riferimento il margine netto che sarebbe stato realizzato da un'impresa indipendente.

Nell'applicazione del metodo basato sul margine netto, lo stesso Rapporto OCSE del 1995 richiede un'analisi funzionale dell'impresa associata e, se occorre, anche dell'impresa indipendente per accertare se le transazioni siano comparabili ed, eventualmente, quali aggiustamenti siano necessari per ottenere risultati attendibili.

A favore di tale procedura si può citare il fatto che il margine netto, rispetto a quello lordo (e, quindi, al prezzo utilizzato nel metodo del confronto del prezzo), sostiene meglio alcune differenze funzionali tra le transazioni controllate e quelle sul libero mercato.

Di converso, però, tale margine netto può essere influenzato da alcuni fattori che non hanno incidenza, o ne hanno una meno diretta, sul margine lordo o sul prezzo; tali aspetti comportano delle difficoltà nell'addivenire a confronti accurati ed affidabili.

I fattori di cui maggiormente risente tale metodo sono, ad esempio: la posizione concorrenziale, le differenze del costo del capitale, il grado d'esperienza dell'impresa, la minaccia di nuovi concorrenti, l'efficienza gestionale e le strategie individuali³⁸.

³⁸ In merito si veda il paragrafo 3.37 del Rapporto O.C.S.E. del 1995, secondo il quale: "Ipotizziamo, ad esempio, che un contribuente venda videoregistratori di alta qualità ad un'impresa associata e che l'unica informazione sugli utili di cui si disponga nell'ambito delle attività commerciali comparabili riguardi le vendite di videoregistratori di media qualità. Ipotizziamo che il mercato dei videoregistratori di alta qualità sia un mercato in crescita, sia caratterizzato da forti barriere all'entrata, presenti un numero ridotto di concorrenti e consenta ampie possibilità di differenziazione produttiva. Probabilmente tutte le differenze avranno un effetto materiale sulla redditività delle attività esaminate e di quelle comparate e, in tal caso, richiederanno una correzione. Come accade per gli altri metodi, l'affidabilità delle correzioni necessarie si rifletterà sull'affidabilità dell'analisi. Si dovrebbe notare che se due società appartengono alla stessa industria, la redditività può variare a seconda delle quote di mercato, delle posizioni concorrenziali, eccetera".

Pertanto, l'adozione del cosiddetto *Transaction Net Margin Method* risulta conveniente, al fine di ottenere una soluzione pratica ai problemi di transfer pricing, solo qualora si tengano in considerazione i possibili fattori di "disturbo" (cui si è fatto riferimento sopra) e siano apportate adeguate correzioni.

Come già accennato all'inizio del presente paragrafo e per le ragioni fin qui esposte, l'OCSE, pur riconoscendo una maggiore utilità ai metodi cosiddetti alternativi, raccomanda cautela nell'adozione degli stessi, consigliandone l'utilizzo quali criteri di supporto, in presenza di casi estremi, per determinare se il prezzo di trasferimento sia conforme al principio di libera concorrenza.

La complessità degli elementi di riferimento unita alla mancanza di esperienza nell'applicazione di tali metodi, per un numero rappresentativo di Paesi membri dell'OCSE, rende sicuramente difficoltosa la predisposizione di tutti i limiti relativi all'utilizzo dei criteri basati sugli utili.

4. I metodi reddituali alternativi secondo l'Amministrazione finanziaria italiana

Il Ministero delle finanze, nelle circolari n. 32/9/2267 del 1980 e n. 42/12/1587 del 1981 ha ammesso il verificarsi di circostanze in presenza delle i metodi cosiddetti "di base" (confronto del prezzo, prezzo di rivendita e costo maggiorato) potrebbero non trovare applicazione sia per la mancanza di situazioni equiparabili sia per l'impossibilità di giungere ad un confronto ammissibile tra la cessione controllata ed un'altra stipulata tra soggetti indipendenti.

Pertanto, in tali circostanze, vi è la necessità di impiegare altri metodi, sempre e comunque nel rispetto del principio di libera concorrenza; i metodi

alternativi espressamente considerati dall'Amministrazione finanziaria italiana sono i seguenti:

- la ripartizione dei profitti globali;
- la comparazione dei profitti;
- la redditività del capitale investito;
- i margini lordi del settore economico.

Il metodo della *ripartizione dei profitti globali* consiste nell'andare a ripartire tra imprese associate l'utile netto globale, derivante da una vendita o da una serie di vendite effettuate tra le due entità, in proporzione ai costi sostenuti.

L'adozione di questo metodo, però, non è consigliabile³⁹ per una serie di motivi:

- sia per l'elevato grado di relatività ed arbitrarietà delle determinazioni;
- sia perché non tiene conto delle condizioni del mercato e della situazione economica dell'impresa.

La sua utilizzabilità rimane circoscritta ai casi in cui l'esistenza di convenzioni internazionali e un puntuale coordinamento tra l'Amministrazione fiscale italiana e lo Stato estero rendono possibile un'equa ripartizione dei profitti globali tra le due imprese le cui transazioni sono oggetto di verifica.

Nondimeno, occorre mettere in risalto che il Ministero ha individuato quale ipotesi di applicabilità di tale metodo, il caso in cui per uno o più prodotti e venduti da imprese diverse, esse concludano accordi per la ripartizione degli utili globali in virtù di percentuali fisse attribuibili ai due diversi stadi di produzione e di commercializzazione dei prodotti.

L'analisi di tali accordi risulta necessaria per addivenire alla determinazione del "*valore*"; l'ammontare dell'utile da essi scaturente può essere considerato

³⁹ Si veda capitolo III, paragrafo 4 a) della circolare 22.09.1980 n. 32/9/2267.

corrispondente, nel caso in cui le percentuali stabilite sono correlate alla reale funzione svolta dalle singole imprese concorrenti.

Così, per esempio, secondo l'interpretazione ministeriale, un giudizio di congruità si ha nella fattispecie in cui, ad un'impresa che si occupa di tutto il processo produttivo di un prodotto, fosse attribuita quanto meno una percentuale pari ai due terzi dell'utile globale e l'altro terzo restasse di pertinenza dell'azienda che provvede alla commercializzazione⁴⁰.

Il metodo della *comparazione dei profitti*, invece, prevede che i profitti globali dell'impresa siano comparati con quelli conseguiti da un altro soggetto operante nello stesso settore economico.

Risulta, infatti, possibile che in uno specifico settore gli utili presentino una struttura definita e costante, pertanto eventuali scostamenti di valore possono essere sintomatici di sviamenti di utili attraverso "*manovre*" sui prezzi di trasferimento.

Al riguardo il Ministero, con carattere obbligatorio, ha stabilito che il raffronto deve essere effettuato determinando il saggio di profitto lordo di ciascuna entità, espresso in termini percentuali, avendo riguardo alla cifra di affari delle vendite o ai costi d'esercizio sostenuti.

Sull'adeguatezza di questo metodo, l'Amministrazione finanziaria pone in evidenza che:

- a causa delle difficoltà di accertare in maniera autonoma i diversi fattori della comparazione, diventa importante l'esame delle contestazioni mosse dal contribuente all'applicazione del metodo stesso;

⁴⁰ Si veda punto 12 della circolare 12.12.1981 n. 42/1271587

- ✦ risulta evidente che due imprese presenteranno sempre fattori differenziali, ma non tutti sono idonei a giustificare l'abbandono del metodo in esame;
- ✦ comunque i risultati del confronto forniscono elementi utili alla ricerca del valore normale della transazione controllata.

Il successivo metodo della *redditività del capitale investito* prevede l'individuazione della percentuale di rendimento del capitale investito in operazioni effettuate in regime di libera concorrenza e l'applicazione di tale saggio al capitale investito dall'impresa nella transazione controllata, prescindendo da ogni riferimento ai costi di produzione o ai ricavi delle vendite.

L'utilizzo di tale criterio è vivamente sconsigliato atteso le difficoltà relative alla quantificazione del suddetto saggio di rendimento, il quale varia in ragione dei rischi che vengono sopportati dall'impresa e del settore economico in cui la stessa opera⁴¹.

L'ultimo metodo considerato dall'Amministrazione finanziaria italiana è quello dei *margini lordi del settore economico* che, forse proprio a dimostrazione della sua scarsa attendibilità e praticabilità dello stesso, risulta solo accennato nella circolare n. 32 del 1980, la quale, dopo aver affermato che i margini lordi di profitto calcolati per settore economico possono costituire valide indicazioni, si limita a fornire solamente la seguente formula:

(percentuale di profitto lordo) X = (RICAVI – COSTI)/COSTI.

Occorre ricordare che il Ministero delle Finanze ha chiarito già a suo tempo che ogni altro metodo alternativo potrà essere preso in considerazione purché siano rispettati i principi base del prezzo di libera concorrenza.

⁴¹ Si veda capitolo III, paragrafo 4 C9 della circolare 22.09.1980, n. 3279/2267.

CAPITOLO TERZO

Le rettifiche al valore normale delle operazioni tra imprese associate.

1. Controlli ordinari e verifiche simultanee

In materia di “*transfer price*”, i poteri di accertamento concessi all'Amministrazione finanziaria sono quelli previsti dal D.P.R. 600 del 1973⁴².

Tuttavia va posto in evidenza come la verifica fiscale effettuata nei confronti dei gruppi multinazionali presenti alcune particolarità, poiché, proprio al fine di controllare la congruità dei prezzi di trasferimento praticati, vi sono:

- la necessità di acquisire informazioni su fatti e circostanze realizzate all'estero;
- l'esigenza di mettere a confronto i rapporti intervenuti tra il soggetto italiano e quello estero con altri rapporti intervenuti all'interno del gruppo⁴³.

Nel quadro degli accordi bilaterali contro le doppie imposizioni stipulati dall'Italia, disposizioni simili all'art. 26 del Trattato (modello 1992) OCSE consentono lo scambio di informazioni tra Paesi contraenti, al fine di verificare la corretta applicazione della convenzione e più in generale per prevenire la frode e l'evasione fiscale.

Sulla base della normativa di ratifica delle convenzioni, l'Italia ha stipulato alcuni accordi (amministrativi) con le amministrazioni finanziarie di altri Paesi al fine di disciplinare la fattispecie.

⁴² In materia di controlli sulle operazioni internazionali PEZZATO, I Paradisi fiscali e finanziari, Il Sole 24 Ore ult. ed., e, D'Alfonso, I controlli delle Autorità fiscali per l'accertamento dei transfer prices, Atti del Convegno IIR, Transfer pricing, gennaio 2001.

⁴³ Cfr. STUFANO, verifiche simultanee: gli accordi Italia – Usa e Italia – Austria, Corriere Tributario n.47/95, pag. 3276-3277.

Gli accordi acconsentono due tipi di livello di cooperazione tra autorità competenti:

- un primo livello si sostanzia nello scambio di informazioni, a richiesta di uno degli Stati, non implicante un coinvolgimento nell'attività di verifica fiscale intrapresa dall'Amministrazione finanziaria del paese richiedente;
- un secondo livello, invece, permette l'esecuzione di “*verifiche simultanee*” nei due Paesi.

Mentre lo scambio di informazioni trova la propria fonte nell'ambito delle singole convenzioni sulle doppie imposizioni, la previsione di verifiche simultanee è oggetto di specifici accordi intervenuti separatamente e successivamente alla stipula della convenzione⁴⁴.

Di questa speciale forma di accordo amministrativo viene data una breve sintesi nei due paragrafi che seguono.

1.1 Le verifiche simultanee

Tali specifici accordi, di cui abbiamo appunto detto alla fine del precedente paragrafo, hanno anch'essi il loro presupposto giuridico nelle convenzioni e, contenutisticamente, oltre a disporre misure strettamente attuative in tema di scambio di informazioni, fissano i criteri (talvolta non tassativi) di selezione dei contribuenti suscettibili di verifica simultanea, e stabiliscono l'iter procedurale dei controlli⁴⁵.

Così è ad esempio l'accordo amministrativo tra l'Italia e gli Stati Uniti (divenuto operativo nel gennaio del 1985) che dispone i controlli simultanei

⁴⁴ Vedasi nota precedente

⁴⁵ Vedi nota 42. lo scambio di informazioni deve essere svolto in modo compatibile con quanto previsto dalle relative convenzioni internazionali.

sulle "entità" operanti in entrambi gli Stati e collegate fra loro tramite persone fisiche, imprese o enti.

Passiamo ad analizzare ora in concreto lo strumento delle verifiche simultanee.

Il paragrafo 4.78 del Rapporto OCSE del 1995, afferma che *"la verifica simultanea è una forma di assistenza reciproca, utilizzata in numerose fattispecie internazionali, che permette a due o più Paesi di collaborare nell'ambito delle indagini fiscali. Le verifiche simultanee possono essere particolarmente utili laddove le informazioni appartenenti ad un Paese terzo rappresentano la chiave per un'indagine fiscale, poiché generalmente queste portano ad uno scambio di informazioni, più veloce ed efficace"*.

In sostanza questo particolare strumento amministrativo prevede che due Stati possano consultarsi, su richiesta di uno di essi, per stabilire di concerto, in quali casi ed attraverso quali procedure, effettuare delle verifiche fiscali simultanee, anche se autonome, nei rispettivi Stati.

Esse hanno una natura puramente tecnica e non sono soggette ad una particolare ratifica parlamentare visto che, non solo trovano il loro presupposto giuridico nelle menzionate convenzioni bilaterali, ma sono relativi a elementi tecnico-procedurali interessanti le singole Amministrazioni preposte.

Il loro utilizzo è spiegabile col fatto che, se è vero che le Convenzioni tradizionali contengono disposizioni relative allo scambio di informazioni, è altrettanto vero che tali disposizioni sono a volte enunciate in modo tale da potersi considerare come norme "programmatiche".

Gli accordi sono stati stipulati nell'ambito dell'attività di cooperazione amministrativa internazionale, in applicazione delle disposizioni sullo scambio di

informazioni contenute nella Convenzione in vigore fra l'Italia e tali Stati in materia di doppie imposizioni sui redditi.

Questi accordi dettano alcuni precisi criteri per l'individuazione dei contribuenti, di imprese e gruppi di imprese, autonomamente selezionati dalle autorità competenti degli Stati contraenti, da sottoporre alle verifiche simultanee concordate; fissano, inoltre, norme per l'esecuzione delle verifiche stesse, disciplinandone la pianificazione e l'iter.

Vediamo le caratteristiche più rilevanti di questa speciale forma di collaborazione.

La “*verifica simultanea*” comporta che, allo stesso tempo, ognuno degli Stati contraenti effettui – attraverso i propri organi deputati – una verifica nel proprio territorio sulla situazione fiscale di uno o più soggetti al fine di poter scambiare, successivamente i risultati di tale indagine.

La “*verifica simultanea*” ha lo scopo, da un lato, di prevenire la frode e l'evasione fiscale, e dall'altro di evitare la doppia imposizione.

Può accadere, infatti, che nell'ambito di una verifica simultanea intercompany, specificatamente con riguardo al sistema adottato di *transfer pricing*, risultino redditi realmente sottratti ad uno Stato (ad esempio quello richiedente), redditi che, essendo già stati tassati presso lo Stato richiesto, finiscono per essere tassati due volte dando luogo al fenomeno della doppia imposizione.

E' un aspetto complesso che chiama in causa l'istituto degli aggiustamenti corrispondenti non sempre accolto dall'Italia nelle convenzioni da essa sottoscritte.

Ogni Stato individua i contribuenti suscettibili di verifica simultanea, utilizzando i criteri indicati più avanti e comunica all'altro Stato la sua scelta.

Nei casi in cui sussiste l'accordo per procedere ad una verifica simultanea, l'autorità competente di ciascuno Stato avanza formale richiesta all'autorità competente dell'altro Stato perché si impegni in uno scambio di specifiche informazioni, in conformità alla Convenzione sottoscritta.

Per l'Italia, l'autorità competente cui spetta formulare la proposta di verifica e l'accettazione della stessa (con designazione dei funzionari addetti ecc.) è ora il Ministero delle Finanze – Ufficio per gli Studi di diritto tributario comparato e le relazioni internazionali.

Gli Stati resteranno liberi di effettuare in ogni caso le verifiche che non siano state concordate e nessuno dei due Paesi è obbligato a cooperare a tutte le verifiche avviate nell'altro.

I rappresentanti, che vengono designati per ciascuno dei casi selezionati, definiscono i settori e i periodi da verificare, il calendario delle verifiche e i metodi da seguire, il che permetterà la messa in opera dello scambio di informazioni specifiche, conformemente a una formale richiesta scritta.

Le informazioni sono scambiate in virtù dell'accordo; sulla base, alle condizioni e nei limiti che sono previsti dalla Convenzione e, in particolare, debbono essere ottenute ai sensi delle rispettive legislazioni fiscali.

Le categorie di contribuenti passibili di verifica fiscale sono prefissate in astratto e proposte all'altro Stato.

L'autorità competente avanzerà poi una formale richiesta.

Tutto ciò fa comprendere che uno Stato non è disposto ad autorizzare l'accertamento su propri soggetti residenti, anche se effettuate per mezzo dei propri organi, senza le dovute informazioni.

Si è individuata dunque una procedura che in un certo senso funge da filtro al fine di consentire allo Stato richiesto di deliberare la convenzione politica, economica e tecnica del settore da verificare.

Una precauzione che pare giusta, poiché tramite il canale fiscale potrebbero anche essere esportate delle informazioni di fatto strategiche per i singoli Stati coinvolti nell'operazione.

Si delinea così il realismo degli estensori nella consapevolezza che all'interno dei rapporti internazionali occorre essere particolarmente precisi nelle clausole d'impegno.

Tabella con l'elenco delle date di stipula delle Convenzioni aggiornata al febbraio del 2003 dal sito del Dipartimento delle politiche Fiscali

Paese	Firma
Australia	Roma 06.06.2002
Austria	Roma 21.10.1987
Belgio	Roma 09.04.1997 Bruxelles 11.07.1997
Danimarca	Roma 29.11.1996
Finlandia	Roma 12.12.1997
Francia	Parigi 01.03.1985
Norvegia	Roma 08.04.1998
Polonia	Cracovia 04.09.2000
Slovacchia	Roma 22.04.1997
Svezia	Roma 29.04.1997

Ungheria	Budapest 05.06.1997
U.S.A.	Washington 31.03.1983
	Washington 22.06.1984

1.2 I Criteri per la scelta dei casi

I casi selezionabili per una verifica simultanea interessano contribuenti tra loro collegati, i quali effettuano consistenti operazioni in entrambi gli Stati e possono essere i soggetti:

- nei confronti dei quali esistono gravi indizi di fittizie interposizioni societarie in paesi considerati rifugi fiscali (paesi a bassa fiscalità o paradisi fiscali);
- che abbiano operato alterazioni artificiose dei prezzi di beni e servizi importati o esportati (dunque azioni elusive attraverso lo strumento del *transfer pricing*).

I criteri di selezione devono essere, essenzialmente, indicativamente:

- a. la dimensione delle operazioni a livello mondiale;
- b. il volume delle transazioni intergruppo;
- c. periodi d'imposta compatibili da sottoporre a verifica.

L'intento principale delle due Amministrazioni è quello di operare delle verifiche sicure con criteri di economicità e quindi, di probabilità.

La frode, l'evasione o qualsiasi altro fenomeno che abbia come scopo, quello di sottrarre ricchezza alla potestà impositiva di un altro Stato, è verosimile che si produca quando un soggetto si "*costruisce*" il partner *ad hoc* in un altro Paese con lo scopo appunto di evadere le norme fiscali e valutarie e, che per questo, necessita di una struttura "*connivente*".

Il *modus operandi* è molto simile a quello che c'è alla base dell'utilizzo di strutture ubicate nei paradisi fiscali. Anche quando i due soggetti sono collegati per ragioni sostanziali è chiaro che tali soggetti possono compiere forme di elusione fiscale attraverso accordi interni.

Una speciale casistica è individuata nella circolare dell'Amministrazione italiana riguardante l'accordo con gli USA.

In tali accordi si fa riferimento tassativamente ai seguenti casi di collegamento:

- a. collegamento tra soggetti operanti nel settore della criminalità organizzata;
- b. esistenza di profitti illeciti in evasione d'imposta;
- c. altre violazioni delle leggi fiscali dei rispettivi Stati;
- d. altre situazioni di fatti riconducibili, concordemente tra due stati, nel programma di verifiche simultanee.

L'accordo allarga lo spettro delle fonti cui è possibile accedere nella raccolta di informazioni.

E' previsto, infatti, la possibilità di avvalersi di informazioni provenienti anche da Autorità che non siano poi quelle fiscali, informazioni il cui utilizzo, però, è tuttavia subordinato alla preventiva autorizzazione delle competenti autorità giudiziarie ed amministrative dello Stato stesso.

Nel suo Rapporto del 1995 l'OCSE raccomanda l'uso delle verifiche simultanee nel Campo del *Transfer pricing*⁴⁶.

Ricordiamo infine che i controlli nel *transfer pricing* risultano anche essere una delle materie esemplificatamente enumerate in tema di possibile cooperazione amministrativa tra Stati membri della UE a norma, prima, della

⁴⁶ Report 1995, Charter IV lettera D.

direttiva n. 77/799/CEE del 19.12.1977 ed ora, delle direttive 2003/93/CE del 7.10.2003 e 2004 56/CE del 21.04.2004.

Si segnala per completezza anche il Regolamento (CE) 1798/2003 che prevede la possibilità di effettuare dei controlli simultanei. In particolare l'art. 12 stabilisce:

“Ai fini dello scambio di informazioni di cui all'articolo 1, due o più Stati membri possono consentire, ognuno nel proprio territorio, che si ricorra a controlli simultanei riguardo alla situazione tributaria di uno o più soggetti passivi che presentino un interesse comune o complementare, nel caso in cui tali controlli appaiano più efficaci in un controllo eseguito da un solo Stato membro”.

Con il D.Lgs. n. 215 del 19.09.2005, in attuazione delle suddette direttive, sono state apportate modifiche al D.P.R. 600/73 anche in tema di verifiche simultanee, con l'introduzione dell'art. 31 bis (Assistenza per lo scambio di informazioni tra le autorità competenti degli Stati membri dell'unione europea).

E' possibile affermare in conclusione che un tale strumento consente di effettuare controlli incrociati efficienti e costituisce un mezzo per individuare forme di evasioni ed elusione connessi anche a fenomeni di riciclaggio, senza contare che l'interscambio operativo che si realizza fra le diverse Amministrazioni consente di avvicinare i modi di pensare, di superare i formalismi e, quindi, di pervenire a soluzioni pratiche di sicura efficacia per la lotta all'evasione.

2. Le regole di sicuro riferimento nell'ordinamento italiano

L'Amministrazione finanziaria italiana, con la circolare 32/9/2267 del 1980, ha prestabilito dei prezzi di trasferimento da considerarsi normali; conformandosi agli stessi il contribuente avrebbe così la possibilità di evitare eventuali contestazioni.

Tuttavia il valore giuridico di siffatte preordinazioni non raggiunge il livello delle presunzioni⁴⁷: le circolari dell'Amministrazione finanziaria, se possono ritenersi vincolanti per l'ufficio che le emana e per quello a cui le stesse sono dirette⁴⁸, non fanno altro che rendere esplicita l'interpretazione ministeriale sulla normativa, interpretazione che può essere non osservata sia dai contribuenti che in sede giurisprudenziale⁴⁹.

Inoltre lo stesso Ministero ne ha svuotato la portata poiché ritiene le royalties prefissate accettabili solo in "*linea di massima*"⁵⁰.

Nel Rapporto del 1995 l'OCSE scoraggia l'uso dei "*safe harbours*" (safe havens, secondo la terminologia americana).

Pur riconoscendo gli evidenti vantaggi nel poter predeterminare valori normali automaticamente accettati dalle amministrazioni fiscali (in termini di grado di certezza e di semplicità per l'adempimento degli obblighi da parte dei contribuenti e di sgravio per le amministrazioni di oneri conseguenti le verifiche), il loro utilizzo genera delle problematiche e dei rischi che sono ben più pesanti dei benefici.

La predeterminazione per grandi categorie di contribuenti o settori economici difficilmente rispetta i criteri di libera concorrenza, che devono tenere conto

⁴⁷ Cfr. MAISTO, Il transfer price, cit., pag. 184

⁴⁸ Cfr. PENTOLINI, Circolari ed istruzioni, in Novissimo Digesto IT vol III, 1967, pag. 248 e seg.

⁴⁹ Cfr. GIANNINI, Concetti fondamentali del diritto tributario, Torino, 1956, pag.31 e seg.

⁵⁰ MAISTO, il transfer price, cit., pag. 185.

delle condizioni specifiche dell'impresa esaminata. Inoltre vi è il rischio di doppia tassazione degli importi, quando entrambi i Paesi delle imprese coinvolte nella transazione prestabiliscono valori normali con regole non compatibili tra loro.

In conclusione la fissazione di valori predeterminati deve essere scoraggiata, e, per le semplificazioni concesse, limitata eventualmente ai contribuenti minori (*small taxpayers*)⁵¹.

3. I pareri preventivi dell'Amministrazione Finanziaria

L'art. 21 della legge 30.12.1991 n. 413 ha introdotto il diritto di interpello da parte del contribuente col quale può essere richiesto all'amministrazione di esprimersi (in anticipo) sul trattamento tributario da riservare in merito ad una serie tassativa di fattispecie.

Fra esse è inclusa la possibilità di deduzione dal reddito d'impresa di costi inerenti a operazioni con imprese situate in paesi a bassa fiscalità (art. 76, comma 7 bis, D.P.R. 917/86), ma non invece la congruità dei prezzi di trasferimento tra imprese associate (ex art. 76, 5° comma, ora 110, 7° comma, D.P.R. 917/86).

Ovviamente, in materia di prezzi di trasferimento, l'Amministrazione finanziaria anche tramite i suoi organi periferici (es. Direzioni Regionali delle Entrate) può emettere risoluzioni e altri pareri preventivi (note, circolari, ecc.) che comunque, precedentemente la legge n. 212/2000, dovevano riguardare sempre questioni generali; infatti il potere di accertamento del maggior reddito rimane in capo agli Uffici dell'Agenzia delle Entrate (salvo i limitati

⁵¹ Report 1995, Charter IV lettera E.

casi in cui fa capo all'Ufficio per gli studi di diritto tributario comparato e per le relazioni internazionali, per via dell'applicazione di norme convenzionali).

Le circolari hanno un valore giuridico diverso rispetto all'interpello di cui all'art. 21, L. 413/91: le prime, se possono ritenersi delle direttive sia per l'Ufficio che le emana sia per l'Ufficio che le riceve (nei limiti in cui trattino questioni di principio), non fanno poi altro che esplicitare l'interpretazione dell'Amministrazione, che può essere disattesa sia dal contribuente che in sede giurisdizionale⁵².

Però da ultimo la situazione è cambiata per l'intervento normativo operato col cosiddetto "*statuto dei diritti del contribuente*" (legge 27.7.2000, n. 212), ove, all'interno di una riforma⁵³ che, se effettivamente attuata, produrrebbe un cambiamento veemente nel modo di amministrare i tributi, sono predisposti l'istituto dell'interpello generale (art. 11) e la statuizione del principio della collaborazione e buona fede tra Fisco e contribuenti (art. 10)

Con l'art. 11 dello statuto è prevista la possibilità per i contribuenti di inoltrare, per iscritto, all'Amministrazione finanziaria, quesiti circostanziati concernenti l'applicazione delle disposizioni tributarie rispetto a casi concreti e personali, qualora ricorrano delle obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione delle disposizioni stesse.

Il regolamento attuativo previsto dagli articoli 11, 5° comma, e 18 dello Statuto è stato emanato con D. M. 26.4.2001 n. 209.

⁵² Così da ultimo Cass. N. 14619 del 2000.

⁵³ In linea generale sullo statuto si può vedere GLENDI, Lo statuto dei diritti del contribuente, Corriere Tributario n. 33/2000, pag. 2415, NOCERA, L'organizzazione del servizio per l'interpello dei contribuenti e la consulenza giuridica, Corriere Tributario n. 27/2000, pag. 1995. Va sottolineato che lo Statuto, seppur dichiarati di porre limiti ai modi di legiferare del legislatore ordinario, resta sempre un atto emesso con forma di legge ordinaria, e non è difficile constatare che alcune delle indicazioni ivi contenute sono già state disattese da leggi successive.

La risposta al quesito deve essere fornita dall'Amministrazione entro 120 giorni dalla richiesta, per iscritto e con motivazione.

Gli effetti dell'interpello sono limitati al caso proposto e perciò al singolo contribuente (è ovviamente facoltà dell'Amministrazione valutare se la risposta possa interessare più contribuenti e perciò scegliere anche la divulgazione con circolare).

Qualsiasi atto, riferito al caso specifico ed al contribuente richiedente, anche a contenuto impositivo o sanzionatorio, non conforme alla risposta, è radicalmente nullo. Inoltre, nel caso non sia data risposta al quesito, formandosi il silenzio - assenso, non sarà possibile irrogare sanzioni.

Ovviamente il quesito può riguardare anche casi di *transfer pricing*.

Si ha notizia che nel 2002 è stato chiesto un "*advance ruling*" relativo ad una metodologia di transfer pricing da considerare accettabile nel caso concreto da parte di un'affiliata italiana di un gruppo estero.

La fattispecie ha riguardato una multinazionale attiva nel campo della consulenza strategica e tecnica che stava ristrutturando il suo business.

L'Agenzia delle Entrate ha accettato di calcolare, per il distributore italiano dei servizi, una remunerazione che viene da un prezzo di rivendita "*modificato*".

Il ruling non è stato pubblicato come circolare e perciò non si hanno ulteriori indicazioni⁵⁴.

Autorevole dottrina sottolinea comunque l'inadeguatezza dell'interpello previsto dallo Statuto del contribuente rispetto *al transfer price*.

⁵⁴ La notizia del ruling è pubblicata in Italy issues first advance ruling under bill of rights, TMTPR del 16.10.2002.

Per questa corrente di pensiero si tratterebbero, infatti, di risposte di valenza prevalentemente giuridico interpretativa mentre, nella tematica in oggetto, le questioni di diritto si intrecciano in modo spesso inestricabile con questioni di fatto⁵⁵.

La Circolare Ministeriale 18.5.2000 n. 99/E/2000/108134, ha voluto imprimere un'accelerazione alla possibilità dell'Amministrazione di svolgere *"attività interpretativa al fine di individuare il corretto trattamento fiscale della fattispecie"*.

Anticipando perciò i contenuti del regolamento di cui al D.M. 209/2001, il Ministero ha diramato istruzioni ai suoi uffici per organizzare una forma di interpello *"a tutto campo"* (andando perciò ad includere anche per il *transfer pricing*), preoccupandosi di suddividere il lavoro di risposta tra uffici periferici e centrali secondo il grado di importanza del quesito proposto dal contribuente.

Resta ovviamente inteso che la circolare ha anticipato i contenuti del regolamento ma non la sua forma, e così la procedura di interpello attuata sulla base di queste istruzioni non avrà gli effetti prima indicati, che sono invece disposti dall'art. 11 dello Statuto.

Non va però dimenticato che l'art. 10 dello Statuto (tutela dell'affidamento e della buona fede; errori del contribuente), norma che non abbisogna di alcun regolamento attuativo, prevede la non irrogazione delle sanzioni (né la richiesta d'interessi moratori) per un comportamento del contribuente teso a conformarsi a indicazioni contenute in atti dell'Amministrazione, ancorché successivamente modificate dall'Amministrazione medesima.

⁵⁵ Così Raffaele LUPI nella presentazione del manuale *Transfer pricing*, quinta ed. de Il Sole 24 ore

4. L'accordo (APA) "unilaterale" sui prezzi di trasferimento ex art 8 DL 269/03

Estrema rilevanza viene riconosciuta agli accordi preventivi sui prezzi (APA – *Advance Price Agreement*), strumento attraverso il quale i gruppi multinazionali stabiliscono, in via anticipata e di comune accordo, con una o più amministrazioni fiscali, una serie di elementi, riferiti al *transfer pricing* relativamente alle transazioni che intercorreranno, in futuro, tra le varie imprese associate. Di seguito viene data, a questa particolare forma di accordo preventivo, una breve descrizione.

a) Fonti normative

L'articolo 8 del D.L. 269 72003 conv. in Legge 326/03 e il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate (DAE) del 23.7.2004 disciplinano una speciale procedura di interpello per le imprese con attività internazionale⁵⁶.

b) Soggetti interessati

Le imprese che possono servirsi del ruling in questione sono determinate come imprese con attività internazionale e sono costituite sia da imprese residenti in Italia sia da imprese non residenti.

Per le imprese residenti si fa un manifestato richiamo all'applicabilità della disciplina del *transfer pricing* (art. 110, 7° comma DPR 917/86).

Di seguito elenchiamo l'intera casistica dei soggetti interessati (la disciplina del *transfer pricing* è riferibile alle sole prime tre ipotesi).

L'impresa residente nel territorio nazionale deve:

- ✦ essere controllata direttamente o indirettamente da società non residente;

⁵⁶ In generale sull'art.8 DL 269/03 si veda GARBARINO , Manuale di tassazione internazionale, 2005; GAFFURI, Il ruling internazionale, Rass. Trib. 2004,pag.488, TOSSI - TOMASSINI, Il ruling di standard internazionale, Dialoghi dir.trib. 04/489, GAZZO, Transfer pricing e ruling internazionale: luci e ombre del nuovo istituto, Fisc. Int. 04/115.

- essere controllante, direttamente o indirettamente, una società non residente;
- essere, direttamente o indirettamente, controllata dalla medesima società che controlla la società non residente;
- avere il patrimonio, capitale o fondo partecipato da un soggetto non residente;
- partecipare al patrimonio, capitale o fondo di società non residenti;
- aver pagato a soggetti non residenti dividendi, interessi o royalties;
- aver ricevuto da soggetti non residenti dividendi, interessi o royalties.

L'impresa non residente deve esercitare la sua attività nel territorio dello Stato attraverso una stabile organizzazione.

L'art. 2 del Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 23.07.04 dispone che i non residenti accedono al ruling sulla base della semplice constatazione dell'esistenza in Italia di una stabile organizzazione, mentre i residenti devono provare la sussistenza dei requisiti (prima menzionati) per consentirsi tale accesso.

D'ora in avanti faremo riferimento alla sola fattispecie di interpello riguardante i prezzi di trasferimento e non tratteremo, invece, le ipotesi diverse.

c) Oggetto del ruling (trattazione limitata ai prezzi di trasferimento)

Per le fattispecie relative ai prezzi di trasferimento l'art. 3 del Provvedimento Agenzia delle Entrate, richiede che l'istanza del contribuente contenga:

- l'indicazione in modo dettagliato dei beni e dei servizi oggetto delle operazioni da valutare nonché la tipologia di dette operazioni;
- l'indicazione delle società non residenti con le quali le operazioni sono effettuate, nonché le ragioni per le quali il rapporto intercorrente tra di

esse e l'impresa residente configura una delle situazioni normative previste dall'art. 110, 7° comma DPR 917/86;

- l'illustrazione dei criteri e dei metodi di determinazione del valore normale nonché le ragioni in base alle quali si ritiene che criteri e metodi siano conformi alle disposizioni di legge;
- la documentazione illustrativa ritenuta opportuna.

Perciò l'oggetto dell'interpello è la determinazione dei metodi di calcolo del valore normale delle operazioni infragrupo.

Come osserva autorevole dottrina⁵⁷ è indubbio che nella filosofia di carattere generale, nonché in relazione alla formulazione testuale del provvedimento, si intraveda la necessità che il ruling sia preventivo rispetto all'operazione.

Ma, ad uno sguardo più approfondito si scorge che l'istanza in esame può rappresentare, congiuntamente, sia una ratifica del comportamento sino a quel momento seguito, che una linea di condotta per le condotte future.

Un precedente in tal senso può essere riscontrato nella risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 46 del 16 Marzo 2004 avente ad oggetto una problematica legata alla applicazione della deducibilità dei costi esteri secondo quanto previsto dall'articolo 110, 10° comma del T.U.I.R. e, più in particolare alla specifica procedura di interpello, in materia disciplinata dall'articolo 11, 13° comma, della legge n. 413 del 1991⁵⁸.

Valutando l'aspetto di ratifica si può perciò stabilire che il ruling internazionale non è obbligatoriamente preventivo, poiché può essere stipulato anche dopo che un dato comportamento sia stato posto in essere; il comportamento che viene posto all'esame delle Autorità dovrebbe comunque

57 Cfr. LIBURDI, Il ruling internazionale: la norma di riferimento ed il decreto di attuazione, materiale del convegno Euroconference di Milano del Novembre 2004.

58 Così ancora LIBURDI cit., che richiama Santacroce, Il Sole 24 Ore del 30.07.04

essere stato posto in essere entro il periodo d'imposta cui si vuole estendere l'efficacia dello stesso ruling⁵⁹.

d) Istanza del contribuente

L'istanza per il ruling internazionale deve essere spedita al competente Ufficio dell'Agenzia delle Entrate come di seguito individuato (art. 1 Provv. Ag. Entrate prima citato).

*Direzione Centrale Accertamento-Settore Soggetti di grandi dimensioni
Ufficio Ruling Internazionale Centro-Sud Viale Europa n. 242 - Roma
Competente per i soggetti (imprese con attività internazionale) aventi il domicilio fiscale proprio o della stabile organizzazione nelle regioni: Toscana, Marche, Umbria, Lazio, Sardegna, Abruzzo, Molise, Campania, Basilicata, Calabria, Sicilia.*

*Direzione Centrale Accertamento - Settore Soggetti di grandi dimensioni
Ufficio Ruling Internazionale Nord Via Ugo Bassi n. 4-Milano
Competente per i soggetti (imprese con attività internazionale) aventi il domicilio fiscale proprio o della stabile organizzazione nelle regioni: Valle D'Aosta, Piemonte, Liguria, Lombardia, Emilia Romagna, Veneto, Trentino Alto Adige, Friuli Venezia Giulia.*

L'istanza deve essere redatta in carta libera e spedita, in plico senza busta, con raccomandata con avviso di ricevimento.

⁵⁹ Cfr. GARBARINO, Manuale di tassazione internazionale, 2005 pag. 1011.

A pena di inammissibilità l'istanza deve contenere l'oggetto della richiesta di ruling e trattando dei soli prezzi di trasferimento, la richiesta di definizione dei metodi di calcolo del valore normale delle operazioni infragrupo.

Come già precisato nella sezione relativa all'oggetto del ruling, l'istanza ha un contenuto obbligatorio sulla comprova del rapporto di gruppo e sulla elencazione delle operazioni da valutare, nonché sulla indicazione dei metodi di valutazione proposti.

e) Ammissibilità o inammissibilità dell'istanza

La dichiarazione di inammissibilità dell'istanza avviene per mancanza o carenza degli elementi essenziali ed è comunicata all'impresa entro 30 giorni dal suo ricevimento.

Un'altra ipotesi riguarda invece la carenza di elementi tesi a qualificare il richiedente come impresa con attività internazionale.

In tale ultimo caso la comunicazione di inammissibilità rimane sospesa qualora sia possibile accertare la sussistenza dei presupposti con un'ulteriore attività istruttoria.

Se invece l'istanza è ammissibile, si invita il contribuente entro 30 giorni a presentarsi per:

- ✦ verificare le informazioni fornite;
- ✦ formulare eventuali richieste di documentazione aggiuntiva;
- ✦ definire i termini di svolgimento dal contraddittorio.

Il procedimento d'interpello può svolgersi in più sedute, ma deve necessariamente concludersi entro 180 giorni dal ricevimento dell'istanza.

Inoltre, se viene reputato indispensabile, l'Amministrazione può avviare strumenti di cooperazione internazionale, e in questo caso, la durata massima del procedimento è prorogata per un periodo pari a quello necessario per l'ottenimento delle informazioni dalle Amministrazioni fiscali dei Paesi esteri.

f) Poteri e doveri dell'Amministrazione

L'Amministrazione ha facoltà di accesso presso il contribuente; i funzionari ed impiegati dell'Agenzia, previo accordo sui tempi, possono accedere nei luoghi ove è svolta l'attività dell'impresa o della stabile organizzazione per acquisire elementi utili ai fini istruttori.

L'Amministrazione deve verbalizzare ogni attività svolta in contraddittorio. Come già specificato l'Amministrazione può anche richiedere cooperazione internazionale alle Autorità estere per completare l'istruttoria.

g) Raggiungimento dell'accordo (APA)

La procedura si perfeziona con la sottoscrizione congiunta di un accordo da parte dei responsabili dell'Ufficio competente dell'Agenzia delle Entrate e del legale rappresentante dell'impresa (o di persona munita dei necessari poteri di rappresentanza).

Tale accordo contiene la definizione dei criteri e dei metodi di calcolo del valore reale e mantiene efficacia per il periodo di imposta in cui è stato stipulato e per i due successivi.

Anche il mancato accordo deve risultare da apposito processo verbale.

Citiamo quanto ha osservato autorevole dottrina rispetto agli effetti penali del ruling e alla sua unilateralità⁶⁰.

h) Aspetti penalistici

*“Quando sia intervenuto un accordo sui prezzi di trasferimento con l'Amministrazione finanziaria, ben difficilmente lo stesso non potrà trovare effetti anche ai fini penali”*⁶¹.

Questo appare manifesto anche perché l'accordo copre il contribuente, prima di tutto, sulla obbligazione tributaria e perciò senza rettifica di questa non vi è neanche alcuna possibile ipotesi di dichiarazione infedele o con frode.

Tuttavia, quando l'accordo è sottoscritto in buona fede (e cioè senza intento frodatorio), la richiesta di un APA agisce sulla componente psicologica del reato facendo venir meno, anche in caso di rettifica (ribadiamo purché non sia ravvisabile intento *"truffaldino"*), il dolo specifico di evasione.

i) Unilateralità dell'accordo; tentativi di "renderlo" bilaterale

Sulla unilateralità dell'APA va osservato come, seppur il 3° comma dell'art. 8 del D.L. 269/2003 preveda l'invio di copia dell'accordo all'Autorità fiscale dell'altra impresa coinvolta nella transazione, ciò non cambia la sua natura unilaterale.

L'invio della copia dell'accordo (oltre che essere possibile come scambio di informazioni ai sensi dell'art. 26 del Modello OCSE e ai sensi della direttiva europea n. 77/799-ora 03/93/CE e 04/56/CE- per i Paesi membri UE) è previsto dalle direttive OCSE del 1995.

⁶⁰ LIBURDI cit.

⁶¹ Così FERRANTI, Il Sole 24 Ore del 30.07.04 e FELICIONI RIPA Italia Oggi 30.07.04

L'art 8 è stato pensato per un accordo unilaterale, ma sarebbe opportuno prevedere un suo allargamento, con la facoltà per il contribuente di chiedere, relativamente ai Paesi con cui l'Italia ha in vigore i trattati bilaterali, l'attivazione della procedura di accordo bilaterale, ai sensi dell'art. 25 3° comma, Trattati su Modello OCSE, (cosiddetta mutual agreement procedure-map- Apa request).

“Comunque anche in assenza di integrazione normativa⁶² tale facoltà, ammessa a livello internazionale, non dovrebbe entrare in conflitto con la disciplina interna, dando libertà al contribuente di provare la via di un Apa bilaterale che lo esenterebbe da qualunque contestazione sulla transazione, essendo coperto dai due "lati" della stessa”⁶³.

E' inoltre bene osservare che seppur l'accordo con il Fisco italiano sia stato pensato come unilaterale nulla vieta che sulla base dei criteri di calcolo prescelti nell'accordo stesso, l'impresa non residente coinvolta nelle transazioni possa attivarsi per chiedere anch'essa un Apa unilaterale, fondato sugli stessi criteri, secondo la legge del proprio Stato.

In questo caso due accordi unilaterali, coincidenti nelle metodologie di calcolo dei prezzi, avrebbero lo stesso effetto di un Apa bilaterale.

È ovvio che dal punto di vista procedimentale le ipotesi divergono.

Di fatto con l'Apa bilaterale le due Amministrazioni possono dialogare anche tra loro (e comunque possono anche non accordarsi) mentre con due Apa unilaterali, ciascuna Amministrazione dialoga solo col proprio contribuente.

⁶² Seppur l'Ufficio studi per le relazioni internazionali non abbia mai proceduto ad attivare la prassi, forse ritenendo che in assenza di norma specifica in tal senso non gli sia consentito procedere.

⁶³ Così LIBURDI cit.

Tuttavia, in questo caso, ciò che conta è il risultato del procedimento, e cioè l'accordo sui criteri di calcolo con entrambe le Amministrazioni, e non il modo col quale tale risultato è ottenuto.

I. Modifica e rinnovo dell'accordo

Una specifica procedura è prevista anche per la modifica dell'accordo, a causa del mutamento delle condizioni di fatto e di diritto che ne costituiscono i presupposti.

L'art. 11 del Provvedimento del Direttore delle Agenzie delle Entrate prevede due diverse casistiche.

In un primo caso l'Ufficio che abbia accertato la modifica, invita l'impresa istante alla sottoscrizione della modifica dell'accordo medesimo.

Nel secondo caso è l'impresa che chiede la modifica, ove si verifichino *"circostanze non previste né altrimenti prevedibili, suscettibili di incidere significativamente sulla validità dell'accordo"*.

Se non ci si accorda sulla revisione del ruling, quest'ultimo sarà privo di efficacia a partire dalla data in cui il mutamento delle condizioni di fatto e/o di diritto risulta essere intervenuto o, quando non sia possibile stabilire tale data, dalla data di notifica dell'invito alla sottoscrizione della modifica da parte dell'Ufficio dell'Agenzia o di ricezione della richiesta formulata dall'impresa.

Secondo l'art. 11 citato, la modifica dell'accordo deve essere firmata entro centottanta giorni dalla data di notifica dell'invito da parte dell'Ufficio, ovvero dalla data di ricezione della richiesta presentata dal contribuente. Nel caso le condizioni non subiscano alcuna modificazione, l'accordo può essere rinnovato.

L'impresa può domandare il rinnovo dell'accordo all'ufficio dell'Agenzia delle Entrate almeno novanta giorni prima della scadenza dello stesso.

L'ufficio dell'Agenzia delle Entrate manifesterà per iscritto il proprio assenso o rigetterà la richiesta con atto motivato almeno quindici giorni prima della scadenza dell'accordo in essere.

m) Violazione dell'accordo

La violazione dell'accordo comporta la contestazione dell'Agenzia, mediante raccomandata con la motivazione delle proprie conclusioni e con la richiesta all'impresa a far pervenire, entro trenta giorni dalla data della notifica, eventuali memorie a propria difesa.

L'accordo si considera risolto nel caso di produzione di memorie insufficienti a respingere le contestazioni o di mancata produzione di memorie difensive⁶⁴.

L'accordo si considera risolto dal momento in cui risulta accertato il comportamento integrante la violazione (qualora risulti possibile accertarlo) oppure fin dall'inizio, nel caso in cui non sia possibile ricondurre la violazione ad uno specifico istante.

n) La posizione dell'OCSE sugli APA

L'OCSE nel Rapporto del 1995 (cap. IV, lett. f) raccomanda l'uso degli "advance pricing agreements" che si stipulano tra l'Amministrazione e il contribuente in anticipo, per fissare una serie di criteri (il metodo da utilizzare, i beni o servizi simili da tenere in considerazione, ecc.) per determinare i prezzi di alcune transazioni in un dato periodo temporale.

⁶⁴ Cfr. GAMBARINO cit. pag. 1013

L'accordo è particolarmente efficace quando i metodi tradizionali di calcolo dei prezzi risultano di difficile applicazione.

L'advance pricing agreement differentemente dalle regole di sicuro riferimento, viene concordato con il singolo contribuente e perciò, pur permanendo il rischio di una doppia tassazione economica delle transazioni infragruppo, è più probabile che siano determinati risultati compatibili con il principio di libera concorrenza.

Il rischio di doppia tassazione viene meno quando gli accordi, invece che essere unilaterali, cioè tra contribuente e Amministrazione, riguardano entrambe le imprese associate e le amministrazioni dei paesi sotto la cui giurisdizione esse operano (Apa bilaterali).

Nel 1999 l'OCSE ha prodotto un "Annex" al Rapporto che tratta delle modalità di negoziazione di *advance pricing agreements* bilaterali con le procedure amichevoli previste dai trattati contro le doppie imposizioni (art. 25 del Trattato modello OCSE).

Tuttavia in assenza di una direttiva interna specifica, il Segretariato Generale del Ministero delle finanze (Ufficio per gli studi di diritto tributario comparato e per le relazioni internazionali) non è ancora in condizione né di promuovere né di aderire ad un'eventuale richiesta di Apa bilaterale.

5. L'accertamento di maggior reddito

5.1 L'accertamento in aumento del reddito e le rettifiche secondarie

Le rettifiche ai redditi d'impresa inerenti alla determinazione del "*valore normale*" di transazioni tra soggetti associati ex art. 110, DP.R. 917/76

rientrano nelle attribuzioni degli Uffici della Agenzia delle Entrate secondo le ordinarie regole stabilite nel DPR. 600/73.

Le imprese associate non hanno obblighi di informazione aggiuntivi nei confronti dell'Amministrazione rispetto agli altri contribuenti (sono tenute a "conservare" il bilancio ex art. 3 e 5, D.P.R. 600/73, che ovviamente contiene le notizie richieste dalla legge civilistica rispetto ai rapporti con le altre imprese del gruppo).

Tuttavia il modello di dichiarazione dei redditi contiene la prescrizione di indicare se il dichiarante è:

- a. impresa direttamente o indirettamente controllata da società non residente;
- b. impresa che direttamente o indirettamente controlla società non residente;
- c. impresa che intrattiene rapporti con società non residente, entrambe direttamente o indirettamente controllate da un'altra società⁶⁵.

L'Ufficio finanziario, al fine di procedere alla rettifica del reddito dei contribuenti, deve provare i fatti che giustificano tale pretesa⁶⁶.

Va posto in evidenza che si sta consolidando un indirizzo giurisprudenziale che in parte modifica la lineare esposizione precedentemente ricordata in tema di ripartizione dell'onere della prova.

Infatti alcune recenti sentenze della Corte di Cassazione (n. 12330 dell'8.10.2001, n. 10802 del 24.7.2002, n. 11240 del 30.7.2002) hanno affermato che "*ricade sul contribuente l'onere di mostrare le componenti*

⁶⁵ Così istruzioni ufficiali del Ministero delle Finanze a partire dai modelli 750/96 e 760/96, quadri A.

⁶⁶ Si veda Commissione Tributaria Centrale del 20.02.1982 sez. XI, n. 2302, in Codice delle imposte dirette art. 19, D.P.R. 597/73 anche se le prove della pretesa non devono essere menzionate nell'avviso di accertamento Cass. Sez.I n.11 del 3.01.1997 (26.06.1996) Corr. Trib. 10/97 pag.743

negative del reddito, sia per quel che concerne la loro esistenza, sia per quel che concerne la loro inerenza"; l'indirizzo ricalca la prospettiva appoggiata dall'Amministrazione finanziaria la quale ha più volte sostenuto che "in ogni caso la deducibilità dei costi, sia di acquisizione dei beni che di acquisizione dei servizi è condizionata al requisito della certezza, comprovata da idonea documentazione, in quanto la registrazione è un atto formale che deve trovare nella documentazione la conferma dell'avvenuta operazione, documentazione che, per ciascun affare in originale deve essere ordinatamente conservata (R.M. 2/1739 del 10.10.1975 e C.M. 20/9/613 del 16.6.1984)".

Ancora in sede di giurisprudenza di legittimità si è affermato che esisterebbe una dicotomia in tema di ripartizione (art. 2697 c.c.) dell'onere della prova tra costi e ricavi.

Per la Suprema Corte (Cass. Sez. I n. 7867 del 26.3.1997/22.8.1997) *"ai fini della determinazione del reddito d'impresa, è onere del contribuente e non dell'Ufficio finanziario documentare l'esistenza dei costi deducibili, trattandosi di una componente negativa del reddito la cui effettività deve essere dimostrata dal contribuente tramite la contabilità di cui egli, e non l'Ufficio dispone.*

Una volta dimostrata la voce addotta come costo (e discorso analogo vale per le rimanenze o giacenze), spetterà all'Ufficio (che intende rettificare il reddito provando la diversità dei corrispettivi reali da quelli dichiarati) spiegare le ragioni per le quali quella voce debba considerarsi indeducibile, ad esempio, perché non di competenza dell'esercizio o non inerente all'attività d'impresa".

Questo recente orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte, che sembra distinguere a proposito della ripartizione dell'onere della prova tra costi e ricavi, appare non applicabile automaticamente, in tema di *transfer pricing*, anche se una qualche conseguenza, nel nostro campo, potrebbe comunque generarlo; infatti dell'indirizzo in oggetto non dovrebbe recepirsi la divisione in due parti, costi - ricavi, bensì il solo principio che quando vi siano informazioni alle quali difficilmente l'Amministrazione può avere accesso e che, invece, sono nella piena disponibilità del contribuente, a quest'ultimo dovrebbe imporsi obbligatoriamente un onere di collaborazione al processo di accertamento particolarmente rigoroso.

L'impostazione così delineata è conforme alla raccomandazione dell'OCSE, propugnata dall'organizzazione internazionale a prescindere dalla verifica di cosa prevedono i vari ordinamenti tributari nazionali in tema di ripartizione dell'onere della prova.

A tale problema sarà data una più ampia discussione nel prossimo paragrafo del lavoro.

“Giova ora sottolineare che quando si ragiona linearmente affermando che l'Ufficio Finanziario deve provare i fatti sui quali basa la propria pretesa, se l'Amministrazione non è in grado di mostrare l'abuso del contribuente, con la prova che quest'ultimo ha utilizzato prezzi diversi da quelli di libera concorrenza, la decisione giurisprudenziale corretta è di annullare l'accertamento in rettifica”⁶⁷.

Comunque è agevole prendere atto nei fatti che ad un accertamento fondato sull'applicazione di un metodo non corretto di stima delle condizioni di libera

⁶⁷ Così TOSI, *Transfer pricing: disciplina interna e regime convenzionale, il fisco n. 7 del 19.2..2001, pag. 2184*

concorrenza non segue automaticamente la pronuncia di annullamento del giudice tributario poiché la decisione sull'erroneità della rettifica è subordinata, spesso, alla dimostrazione del contribuente di aver egli applicato il metodo (o una combinazione di metodi) corretto.

E non c'è chi non veda in questo sviluppo un'inversione pratica dell'onere della prova con l'incarico per il contribuente di manifestare la bontà del suo operato.

Un altro modo di contestare un accertamento in rettifica potrebbe essere quello di sostenere che non esistono le condizioni soggettive necessaria per essere sottoposti a verifica con il sistema del valore normale⁶⁸.

*“Non sembra invece che il contribuente possa dimostrare di non aver operato con finalità elusiva: la norma dell'art. 110, 7° comma, D.P.R. 917/86 non è procedimentale, ma definitoria di un valore da considerarsi tassabile oggettivamente, a prescindere dalle motivazioni soggettive che lo hanno determinato”*⁶⁹.

Come in precedenza accennato, a causa della specificità della materia, le direttive OCSE invitano, a prescindere dal considerare a chi spetti poi l'onere della prova, un atteggiamento collaborativo del gruppo in verifica rispetto a fatti per i quali talvolta, il gruppo stesso è il solo in grado a poterne dare un'adeguata dimostrazione.

Si pensi al caso di dover utilizzare, proprio perché si tratta del metodo più attendibile nella fattispecie che viene presa in esame, un *Resale Price Method*, quando si sia in presenza di un rivenditore estero che svolge

⁶⁸ Vedi nota precedente

⁶⁹ Così ancora TOSI, cit.

funzioni ordinarie mentre il produttore italiano detiene tutti gli intangibile assets dell'attività.

In tal caso, al di fuori di improbabili collaborazioni tra Autorità fiscali dei due Paesi, l'Amministrazione fiscale italiana si trova nell'oggettiva impossibilità di provare il margine lordo di un soggetto estero, la qual cosa diventa inattuabile senza un'adeguata e produttiva collaborazione, anche a livello documentale, del gruppo.

In questi specifici casi, la scorciatoia (perché di più agevole utilizzo per il Fisco) di testare il margine lordo del produttore con un *cost plus method*, condurrebbe a soluzioni incongrue e i risultati ottenuti sarebbero difficilmente conformi al principio di libera concorrenza.

Su questo aspetto è bene soffermarsi visto che la circolare 32/9/2267 del 22.9.1980 preme, in alcuni punti, a sconsigliare l'utilizzo di alcuni metodi di verifica quando si tratti di controllare le remunerazioni di soggetti esteri (ad esempio a commento del metodo del costo maggiorato si afferma che esso non è consigliato nei casi di vendite dall'estero ecc.).

A supporto della tesi che il soggetto da scegliere per calcolarne l'adeguata remunerazione per transazioni comparabili non può essere scelto secondo criteri di opportunità per l'Amministrazione verificatrice, ma deve essere scelto invece in ragione di criteri oggettivi come quelli formalizzati nella best method rule statunitense (1- grado di comparabilità tra transazioni libere e quelle in verifica; 2 - qualità dei dati disponibili e delle congetture da svolgere, canoni che nella più parte dei casi sono conformi alle prescrizioni OCSE), si può citare la prassi di altre Amministrazioni finanziarie.

Per esempio per calcolare validi prezzi di libera concorrenza, viene affermato in documenti di indirizzo di Autorità fiscali estere, "*occorre enfatizzare l'analisi*

funzionale e se uno dei soggetti della transazione non ha contribuito a sviluppare le attività immateriali (marchi, brevetti ecc.) di operatività del business è probabile che i migliori risultati si ottengano considerando questo soggetto come il soggetto del quale calcolare la remunerazione corretta, persino se esso è un soggetto estero" ⁷⁰.

È quasi inutile ricordare che calcolata la remunerazione del soggetto estero il prezzo di trasferimento è già determinato e l'accertamento dell'Amministrazione italiana potrà essere disposto, sulla base di quel valore di transazione, nei confronti dell'impresa italiana.

L'accertamento di maggior reddito, ai sensi dell'art. 110, 7° comma, D.P.R. 917/86, è dovuto a rettifica di componenti positive (in aumento) o negative (in diminuzione) del reddito d'impresa.

Quando la transazione non ha un'immediata influenza sul conto economico, la rettifica deve essere operata al momento e limitatamente per la parte che ha effetto sul reddito imponibile.

Perciò, se un'impresa italiana acquista un'attività immobilizzata ad un prezzo superiore al normale, la rettifica andrà operata al momento di determinare la plusvalenza o minusvalenza per la vendita dell'immobilizzo ovvero per il ricalcolo degli ammortamenti non avendo l'operazione un'immediata influenza sul conto economico.

La dottrina ha analizzato la necessità di procedere, a seguito di una "*rettifica primaria*", a ciò che internazionalmente è indicato come "*secondary adjustment*" ⁷¹.

⁷⁰ Così, Discussion draft delle Guidelines in materia di TP dell'Amministrazione neozelandese, in TMTPR del 9.2.2000.

⁷¹ Report OCSE 1995, Charter IV, lett. C, V.

In alcune giurisdizioni fiscali, partendo dalla constatazione che quando si riscontra un maggior reddito in capo ad una società residente il flusso finanziario non è più coerente con le scritture contabili, si considera che l'eccedenza di profitto scaturente dall'accertamento primario sia stata poi trasferita all'altra impresa sotto forma di dividendo, contributo in conto capitale o finanziamento con conseguente tassazione.

Talvolta per evitare l'accertamento secondario o "secondary adjustment", viene data la possibilità al contribuente di rimpatriare il profitto entro un periodo determinato per rendere di nuovo coerente la situazione contabile con le risultanze delle rettifiche fiscali⁷².

In Italia, parte minoritaria della dottrina⁷³ ha ipotizzato che il maggior reddito derivante da un accertamento primario ad una controllata debba essere considerato come un dividendo occulto distribuito alla società controllante estera e tassato conseguentemente, ex art. 27, 3° comma, D.P.R. 600/73, con ritenuta alla fonte a titolo d'imposta (ove ricorrano le condizioni previste dal citato articolo).

Analogamente dovrebbero essere tassati, secondo le norme interne, i profitti di fonte estera considerati ricevuti implicitamente da un'affiliata residente a seguito di rettifica sui transfer prices⁷⁴.

E' importante porre in evidenza che tali rettifiche però, ancorché non conseguente al principio di libera concorrenza, potrebbero produrre gli effetti di una doppia imposizione, qualora non venga concesso dall'altro Paese un

⁷² Report OCSE 1995, Charter IV, par. 4.73.

⁷³ Cfr. LOVISOLO, Il sistema impositivo dei dividendi, Padova, 1980, pag. 170 citato in Maisto, Transfer pricing, cit.

⁷⁴ *Contra* chi ritiene che le somme qualificate come utili, a seguito di rettifica ai transfer prices, siano esclusi dall'ambito applicativo dell'art 96 bis, così, Maisto, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra società madri e figlie*, Milano, 1996, pag. 62.

credito corrispondente ovvero una diversa forma di sgravio che vada a compensare poi appunto gli effetti dell'accertamento primario operato.

Le rettifiche secondarie, anche se non prese in esame dall'art. 9 – paragrafo 2 - del Modello di Convenzione OCSE, non sono neanche vietate.

Pertanto, se da un lato le amministrazioni fiscali sono libere di effettuare tali rettifiche, nel caso in cui la legislazione fiscale interna lo preveda, dall'altro alcune potrebbero rifiutare la concessione di sgravi conseguenti tali rettifiche, atteso che il Commentario della norma in argomento stabilisce che *“non rientra negli scopi del paragrafo ... omissis ... ciò che potremmo chiamare rettifiche secondarie”*.

Conseguentemente, la Commissione Europea, dopo aver nuovamente ricordato l'importanza di adottare tutte le misure necessarie al fine di evitare che, a seguito di una rettifica dei prezzi di trasferimento operata dalle varie amministrazioni fiscali, il contribuente venga a subire un prelievo plurimo, ha invitato gli Stati membri a:

- ✦ attenuare la doppia imposizione entro un tempo ragionevole;
- ✦ sospendere la riscossione fino a quando non venga risolta la questione dell'imposizione plurima;
- ✦ non chiedere interessi o altre forme di pagamento sulle maggiori imposte derivanti dalla rettifica primaria, superiore al rimborso accordato dall'altro Stato per effetto della corrispondente rettifica (*cd. Correlative o Corresponding Adjustment*);
- ✦ evitare di far sopportare agli operatori economici elevati *“costi procedurali”*, velocizzando le procedure instaurate per evitare rischi di doppie imposizioni.

L'Amministrazione finanziaria italiana non risulta che abbia aderito alla prassi dei "secondare adjustments" in conformità all'impostazione raccomandata in sede OCSE (Report 1995, par. 4.72, notando però che il disfavore presente nel Progetto è stato attenuato) ove per i problemi connessi alle rettifiche secondarie se ne sconsiglia l'uso, eccetto che per le fattispecie in cui il comportamento del contribuente sia motivato dall'intento di evitare l'applicazione di ritenute alla fonte.

5.2 Le sanzioni amministrative e penali⁷⁵

I decreti legislativi n. 471,472 e 473 del 1997, nonché il decreto legislativo n. 74 del 2000, hanno modificato, rispettivamente, il sistema sanzionatorio amministrativo e penale in campo tributario.

Il sistema sanzionatorio amministrativo ha fatto proprio diversi contenuti vigenti nella legislazione penale come il principio di colpevolezza (art. 5, D.Lgs. 472/97), di imputabilità del fatto all'autore (art. 4), della non esistenza di cause di non punibilità (art. 6), tutte condizioni che devono essere accertate dagli Uffici finanziari per l'irrogazione delle sanzioni connesse a violazioni tributarie.

Ricordiamo, inoltre, che nell'ambito delle strutture collettive, l'art. 11 regola la responsabilità solidale delle società rispetto alle violazioni compiute dai dipendenti, rappresentanti, amministratori.

⁷⁵ Sul punto si rimanda alla relazione di GRANELLI, *Le violazioni tributarie amministrative e penali nella prospettiva delle transazioni internazionali*, Atti del Convegno TIR - Pianificazione fiscale internazionale del dicembre 2000. Sulla riforma del sistema penale tributario si può anche vedere, PERRUCCI, *La riforma del sistema penale tributario*, Bollettino Tributario 19/99 pag. 1418. Angela Monti in un breve studio (non pubblicato) sui problemi di diritto transitorio inerenti la riforma penale tributaria e sulle conseguenze pratiche per i procedimenti in corso. L'autrice sottolinea che il non aver regolato la disciplina in specifico nel D.Lgs. 74/2000, rimandando all'applicazione dell'articolo 2 del cod. pen., determina la rimessione del problema, di fatto, alla valutazione della giurisprudenza di merito e di legittimità.

Tuttavia il DL 269/2003 ha modificato il sistema delle sanzioni amministrative delineato nel 1997, creandone uno "*binario*"⁷⁶:

- a. la prima parte è applicabile ai soggetti senza personalità giuridica e rimane sostanzialmente quello dei decreti legislativi del 1997;
- b. la seconda parte è applicabile ai soggetti con personalità giuridica e innova radicalmente i principi dei decreti del 1997.

Per i soggetti non persona giuridica la sanzione amministrativa, ex decreti legislativi del 1997, rimane applicabile alla persona fisica autore della violazione con eventuale solidarietà dell'ente che ha tratto vantaggio della violazione, come disposto dal ricordato art. 11 D.Lgs. 472/97.

Per le persone giuridiche la sanzione amministrativa è disposta solo contro l'ente e l'applicabilità degli altri istituti del D.Lgs. 472/97 è possibile solo se essi sono giudicati compatibili col nuovo sistema.

In particolare dovrebbero essere applicabili anche alle persone giuridiche le esimenti del D.Lgs. 472 che operano indipendentemente dalla condizione psicologica del soggetto agente.

Nel nostro caso:

- le rilevazioni eseguite nel rispetto della continuità dei valori di bilancio e di corretti criteri di stima (art. 6, 1° comma secondo periodo D.Lgs. 472/97).
- le obiettive condizioni di incertezza sulla portata e applicazione della norma (art. 6, 2° comma)⁷⁷.

Il sistema penale, relativo alla imposizione diretta e all'IVA, si è invece sviluppato verso una forma tesa non più a sanzionare comportamenti

⁷⁶ Così CERIONI, L'irrogazione delle sanzioni tributarie alle persone giuridiche, Bollettino Tributario 4/05 pag. 257

⁷⁷ CERIONI cit. pag. 264

prodromici all'evasione (come le irregolarità contabili), bensì a sanzionare solo comportamenti che hanno portato ad un effettivo danno erariale.

In ambedue i settori, non vi sono, come in precedenza, disposizioni specifiche in merito al *transfer pricing* e perciò occorrerà verificare quale delle norme generali vigenti possa essere invocata nella repressione del fenomeno.

In campo amministrativo va senz'altro richiamata la violazione di "*infedele dichiarazione*" prevista e punita dall'art. 1, 2° comma, del D.Lgs. 471/97, con la sanzione amministrativa dal 100 al 200% della maggior imposta (o della differenza del credito) per "*chiunque indichi un reddito imponibile inferiore a quello accertato*" (o comunque un'imposta inferiore a quella dovuta o un credito superiore a quello spettante).

In campo penale, invece, precedentemente al D.Lgs. 74/2000, e cioè sotto la vigenza della legge 516/82 e succ. mod. (cosiddetta "*manette agli evasori*"), la scarsa casistica giurisprudenziale per lo più escludeva la rilevanza penale del *transfer pricing* per quel che riguardava il delitto di frode fiscale (così, GIP Tribunale di Firenze del 13.01.1990).

Invece, attualmente, tre fattispecie delittuose possono essere richiamate per verificarne l'eventuale applicazione nella repressione del *transfer pricing*: "*Dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di documenti per operazioni inesistenti*" (art. 2, D.Lgs. 74/2000), "*dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*" (art. 3), e "*dichiarazione infedele*" (art. 4).

Quanto alle prime due fattispecie (art. 2 e 3) non sembra che possano adattarsi a rettifiche per valutazioni normali ⁷⁸ a causa della difficoltà negli accertamenti per *transfer pricing* nel riscontrare la presenza di fittizietà negli elementi rettificati ovvero di falsità di rappresentazione nelle scritture contabili⁷⁹. Resta il solo delitto di dichiarazione infedele.

Questa ipotesi è più attuale nella odierna formulazione della norma di quanto in precedenza, poiché, nella vigenza della Legge 516/82, si criminalizzavano falsità rispetto a fatti materiali, mentre ora, la scriminante per divergenze valutative introdotta con l'art 7 del D.Lgs. 74/2000, rende noto che il legislatore ha inteso reprimere anche le valutazioni "*estimative*" mendaci.

In campo tributario, con le recenti riforme, la ricorrenza delle sanzioni, sia per la parte amministrativa sia per quella penale, si ha solamente, quando si accerti la colpevolezza dell'autore delle violazioni. Ricordiamo però che dopo l'emanazione del D.L. 269/03 le scriminanti per le sanzioni amministrative legate alla condizione psicologica dell'autore non dovrebbero più applicarsi alle persone giuridiche.

Amministrativamente, il requisito della colpevolezza può riscontrarsi meno rigorosamente (art. 5, D.Lgs. 472/97), occorrendo il dolo ma essendo sufficiente anche la sola colpa.

Penalmente invece, almeno in teoria, occorre la ricorrenza del dolo specifico di evasione cioè dello "*scopo di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiuntivo*"; in pratica, tuttavia, come già manifestato dalla giurisprudenza

⁷⁸ Cfr. IORIO, Reati fiscali, istruzioni con lacune, Il Sole 24 Ore del 17.08.2000, ritiene che l'ipotesi di "dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici" possa ricorrere in contestazioni sui prezzi infragruppo.

⁷⁹ Si veda, però, la Circolare della Guardia di Finanza 184000 del 14.04.2000, che individua come elementi passivi fittizi anche "componenti negativi non inerenti, non spettanti" e perciò tende ad ampliarne il concetto. Anche Monti, in "Le implicazioni sanzionarie penali in materia di transfer pricing, Fisc. Int. 1/04 ritiene applicabile la sola fattispecie di dichiarazione infedele.

sulla legge 516/82, il dolo di evasione tende a sovrapporsi alla condotta: la violazione delle norme fiscali è un fatto che di per sé stesso dimostrerebbe l'intenzione dell'agente di voler evadere le imposte.

Verificate in astratto le normative applicabili, vediamo ora in modo più dettagliato la loro possibile applicazione anche alla luce delle circostanze scriminanti disposte sia amministrativamente sia penalmente, circostanze che, in generale, realizzano l'obiettivo di escludere, per presunzione legale assoluta, la sussistenza di quel minimo di colpa o dolo necessari per l'invocazione della sanzione.

In ambito amministrativo, essendo fondata la responsabilità su mera colpa (negligenza, imprudenza, imperizia) la causa di esclusione da responsabilità non opera se i criteri contabili civilistici (seppur adottati con continuità) risultano scorretti (art. 6, D.Lgs. 472/97).

Le valutazioni estimative (che meglio si attagliano al disposto dell'art. 76, 5° comma, D.P.R. 917/86) non sono punite se differiscono da quelle accertate in misura non superiore al 5% (art. 6, D.Lgs. 472/97).

Per le valutazioni in campo penale opera invece la scriminante disposta dall'art. 7, D.Lgs. 74/2000, per cui non sono punibili le valutazioni rispetto alle quali i criteri concretamente applicati siano stati comunque indicati in bilancio, ovvero, in ogni caso, che differiscono singolarmente in una misura inferiore al 10% da quelle corrette. Ci si è chiesti quale grado di specificazione debba assumere l'indicazione in bilancio (rectius, nella nota integrativa) per assurgere a scriminante penale.

Nel caso specifico del *transfer pricing* dovrebbe ritenersi sufficiente l'indicazione della metodologia adottata come, ad esempio, costo maggiorato, prezzo di rivendita ecc, senza però doversi pretendere

l'indicazione concreta del margine (es. 10%, 15% ecc.)⁸⁰. Va però sottolineato come qualunque impostazione presentata in astratto debba poi essere ricondotta a fattispecie concreta per la valutazione della sussistenza (o non sussistenza) di un fatto come reato.

È ovvio che ove si fosse in presenza invece di contestazioni sui valori (per operazioni effettivamente compiute) di una società estera costituita per essere mera domiciliataria, e cioè senza alcuna propria consistenza sostanziale, la situazione potrebbe cambiare, ravvisandosi rilevanza penale al transfer pricing ed, in specifico, alle operazioni tra soggetti residenti e la citata società estera.

In tale evenienza con il ricorso a strumenti simulatori di tipo soggettivo, dotati di elevata attitudine ingannatoria per la manipolazione della realtà che consegue all'impiego di maliziosi artifici, appare difficile che si possa escludere la matrice fraudolenta dell'operazione complessiva ove destinata a confluire nei risultati della dichiarazione (reato di dichiarazione fraudolenta).

“Quando poi si consideri che l'eventuale coinvolgimento, sia pure indiretto, di Stati - paradisi fiscali - sprovvisti di strumenti di cooperazione internazionale costituisce un fatto di per sé ostativo dell'azione di accertamento dell'amministrazione finanziaria, si aprono spazi per sostenere con più vigore la ricorrenza del reato di dichiarazione fraudolenta”⁸¹.

“Sempre in ipotesi di transazioni interessanti soggetti localizzati in paradisi fiscali non dotati di consistenza economica si ritiene possano configurarsi

⁸⁰ Cfr. CARACCIOLI, FALSITTA, Le valutazioni estimative della riforma penale tributaria, il Fisco 32/2000

⁸¹ Così D'ABRUZZO, *La pianificazione fiscale internazionale nei riflessi del nuovo sistema penale tributario*, Boll. Trib., 4/2001, pag. 261, conforme anche PEZZUTO, *Paradisi fiscali e finanziari*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2001, ove si afferma che il ricorso a società localizzate in Paesi a bassa fiscalità, o la costituzione ex novo di imprese "off shore", potrebbe essere letto come un mezzo fraudolento idoneo ad ostacolare l'accertamento di una falsa rappresentazione contabile del soggetto italiano, ex art. 3, D.Lgs. 74/2000.

anche i reati di emissione ovvero utilizzo in dichiarazione di fatture per operazioni, soggettivamente od oggettivamente, inesistenti”⁸².

“L’inesistenza dell’operazione ovvero della consistenza sostanziale del soggetto che la compie o la riceve, comunque, è una situazione che deve essere dichiarata solo in presenza di casi limite come quelli sopra descritti; normalmente (quando non ci si trovi davanti alle indicate patologie) la possibilità di avvalersi della scriminante relativa alla non punibilità per indicazione del criterio seguito ovvero per non superamento della soglia del 10% (art. 7, D.Lgs. 74/2000) ha fatto affermare a qualcuno che la riforma del diritto penale tributario ha disposto l’irrelevanza, appunto sul piano penale, della punibilità del transfer pricing”⁸³.

Tuttavia, anche in merito alla ricorrenza della violazione amministrativa, qualche valutazione più approfondita deve essere svolta.

Ha destato incertezza la formulazione dell’art. 6, D.Lgs. 472/97, nella parte in cui dispensa dall’applicazione di sanzioni “le valutazioni eseguite secondo corretti criteri di stima” (SIC)⁸⁴: alla adozione di criteri corretti non dovrebbe pacificamente conseguire violazione.

Si è così stabilito che, almeno in tema di *transfer pricing*, “si dovrebbe riconoscere la possibilità di constatare l’adozione di un criterio corretto (quale può essere il Cost Plus come abbiamo già detto) che quindi, inibisce l’applicazione della sanzione amministrativa, ma con la determinazione di un prezzo sbagliato (che dipende, ad esempio, da una non corretta individuazione di comparables)”⁸⁵.

⁸² Così ancora, PEZZUTO, cit. pag. 244

⁸³ Così, TOSI, *Transfer pricing: disciplina interna e regime convenzionale*, il fisco 7/2001

⁸⁴ Cfr. PERINI, *il nuovo sistema sanzionatorio tributario amministrativo: considerazioni di un penalista*, Dir. Prat Trib. 1998, I, 2002 e seg

⁸⁵ Così GRANELLI, cit., pag. 15

C'è da ritenere comunque che, tuttavia, la prospettiva debba ancora essere ampliata, considerando le Direttive OCSE non solo per la parte sostanziale riferita alla determinazione dei prezzi di trasferimento, ma anche relativamente alla documentazione; quanto al contenuto della documentazione si potrebbe pensare anche a quella consigliata dal Forum UE sui prezzi di trasferimento.

In sintesi: assolti degli obblighi di documentazione da prepararsi al tempo della transazione e riconosciuto ragionevole il percorso seguito dal contribuente nell'arrivare alle proprie conclusioni, dovrebbe riconoscersi, al momento di una successiva legittima rettifica da parte del Fisco, una situazione di non colpevolezza del contribuente, esimente da sanzioni.

Si badi bene che con tale interpretazione si vuole andare oltre la differenziazione tra criterio astrattamente corretto e sua applicazione, "*sbagliata*": non vi è ratio per distinguere queste posizioni, cosicché se il contribuente avesse scelto un *Cost Plus* e invece il Fisco, anni dopo, scegliesse un *Profit Split*, si avrebbe un errore più disdicevole di quando si fosse "*sbagliata*" una percentuale entro un metodo astrattamente corretto.⁸⁶

In fondo quella proposta è la soluzione sancita in altre legislazioni allo stesso problema, poiché non va dimenticato che il processo di determinazione dei prezzi di trasferimento è un processo all'interno del quale entrano in gioco diversi fattori e la recente importanza data agli accordi preventivi, è dimostrazione della difficoltà nel trovare determinazioni che siano incontestabili.

⁸⁶ Senza contare il fatto che talvolta più metodologie, con gli opportuni aggiustamenti, possono e devono, opportunamente, entrare in gioco.

D'altra parte la diligenza nel volersi conformare alle raccomandazioni internazionali (anche dal nostro Paese condivise) deve pur contare qualcosa sul piano della colpevolezza.

Due considerazioni non devono ostare nel seguire questa impostazione:

- a. la lamentata perdita di deterrenza per i comportamenti illeciti, così senza sanzione;
- b. l'accusa di "*favoritismo*" per i contribuenti premiati dalla esimente.

Sotto il primo profilo va detto che un accertamento in rettifica ad un'impresa di un gruppo, provoca di per sé un danno (anche senza l'applicazione di sanzioni).

Il danno consiste nell'effetto di doppia tassazione, quasi sempre conseguente, derivante dalla difficoltà ad ottenere una variazione in diminuzione all'altra impresa associata coinvolta nella transazione e residente in un diverso Paese.

Dal punto di vista dell'equità va inoltre riconosciuto che, a fronte della non applicazione delle sanzioni, nel caso si riconosca incolpevole la violazione, vi è una sorta di comportamento premiale di quei contribuenti che, in una materia così difficile, si conformano a comportamenti raccomandati anche in sede internazionale.

Questo non significa non voler reprimere le valutazioni manifestamente irragionevoli, poiché, è ragionevole pensare che sarà l'Amministrazione, nell'ambito del proprio potere di accertare le circostanze concrete, a poter decidere se irrogare o no le sanzioni.

Inoltre, a contrario, si potrebbe supporre che applicare sempre le sanzioni (anche per non essere tacciati di favoritismo nel caso concreto) sarebbe un rimedio peggiore del male paventato.

Successivamente sarà dedicato il dovuto spazio alle raccomandazioni formulate in sede OCSE, a proposito della documentazione, che comportano una complessa attività di valutazione da parte del contribuente (da effettuarsi al tempo della transazione).

Per determinare quale sia la sanzione effettivamente applicabile per accertamenti in rettifica al *transfer pricing* non va dimenticato il definitivo abbandono del cumulo giuridico (ex lege 516/82) tra illecito penale ed amministrativo, operato dall'art. 19 D.Lgs. 74/2000, che sancisce il principio di specialità: se un fatto è punito contestualmente da una sanzione penale e da una sanzione amministrativa si applica solo la disposizione speciale.

Senza soffermarci sulla problematica connessa ad individuare il concreto significato da dare all'espressione precedente, con l'individuazione di come possa operare il principio di specialità, vi è da dire che lo stesso 2° comma dell'art. 19 dispone la permanenza, in ogni caso, della responsabilità, per la sanzione amministrativa, degli enti collettivi rappresentati dal (o alle cui dipendenze è posto) il soggetto o la persona fisica autore della violazione.

Tralasciamo l'analisi dell'errore nel campo dei reati tributari, previsto dalla legislazione penale generale nonché dall'art. 15, D.Lgs. 74/2000, (relativamente all'incertezza sulla portata della norma) ponendo evidenza solo al fatto che, nel *transfer pricing*, si sia sostenuto come l'individuazione

degli elementi di fatto necessari all'applicazione del procedimento ritenuto giusto potrebbe anche riportarsi alla percezione dei fatti ⁸⁷.

Vediamo invece di affrontare, da ultimo, il problema del rapporto tra interpello e sanzioni.

A livello amministrativo si è già ricordato come l'interpello dell'art. 21 legge 413/91 riguardi fattispecie diversa dall'art. 76,5° comma, D.P.R. 917/86, ed in particolare quella prevista per le transazioni con imprese situate in paradisi fiscali (per le operazioni con le cosiddette "*Controlled Foreign Companies*" è prevista una ancora differente procedura d'interpello).

Invece per l'interpello generale, che può riguardare anche il *transfer pricing*, così come disposto sulla base della circolare ministeriale n. 99/E/2000, ricordiamo la possibile invocazione dell'art. 10 dello Statuto del contribuente⁸⁸ per richiedere la non applicazione di sanzioni (e interessi moratori) quando l'impresa si sia conformata ad un'eventuale risposta (o anche a disposizioni emanate con circolare o altre istruzioni, salvo il fatto che tali direttive risultano talvolta tanto generali da essere difficile la constatazione di una loro puntuale osservanza, nel caso concreto).

Con l'interpello dell'art. 11 dello Statuto sono riscontrabili gli effetti di nullità di qualunque atto, anche a contenuto impositivo o sanzionatorio, non conforme alla risposta.

In caso di silenzio assenso non sarà possibile irrogare sanzioni.

Dal punto di vista penale un'esplicita causa di non punibilità è disposta, dall'art. 16 D.Lgs. 74/2000, solo per la conformità del comportamento del contribuente alla risposta avuta ex art. 21 legge 413/91 e perciò non per casi

⁸⁷ Cfr Granelli cit.

⁸⁸ Vedi paragrafo sui pareri preventivi dell'Amministrazione

di transfer pricing di cui all'art. 110,7° comma, D.P.R. 917/86 ma per transazioni con imprese di paradisi fiscali ex art. 110,10° comma, D.RR. 917/86. Tuttavia, come osservano la relazione al D.Lgs. 74/2000 e la circolare ministeriale 99/E del 2000, la richiesta di parere all'Amministrazione può costituire un obiettivo elemento a dimostrazione della mancanza del dolo specifico di evadere le imposte, mancanza che renderebbe non punibile il contribuente (per insussistenza del requisito soggettivo indispensabile alla qualificazione del fatto come reato).

Anche il cosiddetto ruling internazionale ex art. 8 D.L. 269/2003 dovrebbe comportare scriminante penale.

5.3 La documentazione preventiva a supporto dei prezzi

Una tematica particolarmente presa in considerazione negli ultimi anni, in materia di Transfer Pricing, è quella relativa agli obblighi di documentazione che le imprese multinazionali devono adempiere a supporto dei prezzi di trasferimento adottati nelle transazioni con imprese del gruppo al fine di garantirne la conformità al cosiddetto principio del "*valore normale*" (*arm's length principle*) anche se è bene fin da ora ricordare, che l'ordinamento italiano non prevede alcun obbligo di documentazione relativamente a tali tipo di operazioni e il Ministero delle Finanze non si è mai pronunciato ufficialmente su un'eventuale documentazione preventiva da predisporre da parte del contribuente al fine di agevolare i controlli in materia di prezzi di trasferimento.

In particolare, uno degli aspetti più problematici per le imprese risulta essere l'onerosità conseguente la predisposizione di tale documentazione, dato che, ad esempio, le differenze non solo legislative, ma anche economiche,

esistenti nei diversi Stati di residenza delle società del gruppo, rendono difficoltoso per le multinazionali reperire adeguate informazioni, specialmente quando l'individuazione di transazioni confrontabili sia particolarmente complessa come accade per alcune tipologie di beni immateriali.

In un recente studio effettuato dalla Commissione europea⁸⁹, è stato quantificato che, per le multinazionali di medie dimensioni, i costi derivanti dall'adempimento degli obblighi di documentazione imposti in materia di Transfer Pricing possono raggiungere i 2 milioni di euro l'anno, mentre per quelle di grandi dimensioni anche 5 milioni di euro l'anno.

Negli ultimi anni, proprio in ragione di tali considerazioni, si è particolarmente dibattuto su quale potesse essere l'adeguata documentazione in grado di salvaguardare gli interessi delle Amministrazioni finanziarie, senza però che questa rappresentasse un eccessivo onere per le imprese.

Particolare attenzione dovrebbe, inoltre, essere dedicata alla portata probatoria di un adeguato set di documentazione predisposto dalle imprese, anche avuto riguardo al probabile rischio di sanzioni cui l'impresa potrebbe andare incontro.

5.3.1. Regole generali stabilite dall'OCSE

Il Capitolo V del Rapporto OCSE del 1995, rubricato "*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*", fornisce le linee guida da seguire al fine di predisporre un'adeguata documentazione che possa supportare le politiche di *transfer pricing* adottate dalle imprese multinazionali.

⁸⁹ Cfr. *Company taxation in the International Market*, Commission Staff Working Paper, Sec (2001), 1681 del 23 ottobre 2001

Queste dovranno determinare i propri prezzi di trasferimento in conformità al principio dell'*arm's length*, basandosi sulle informazioni disponibili al momento della loro determinazione e tenendo presente che, anche nel caso in cui sia l'Amministrazione finanziaria a sostenere l'onere della prova, questa può richiedere la predisposizione di documentazione a supporto dei prezzi determinati.

La predisposizione della documentazione deve essere realizzata non in maniera approssimativa da parte dell'impresa, ma seguendo gli stessi principi di diligente gestione aziendale che utilizzerebbe nel processo di valutazione di una decisione d'impresa di analoga importanza e complessità.

A tal fine, sarebbe appropriato che per l'applicazione di questi principi, il contribuente predisponga, o per lo meno si riferisca, a materiale scritto che attestati gli sforzi effettuati per conformarsi al principio dell'*arm's length*, includendo le informazioni sulle quali si è basato il *transfer pricing*, i fattori considerati e i metodi di valutazione dei prezzi di trasferimento utilizzati.

L'esigenza dell'Amministrazione finanziaria di avere a disposizione un insieme di documentazione completa ed esaustiva, non deve comunque rappresentare un onere eccessivo per l'impresa, derivante dalla difficoltà sia di reperirla dalle consociate estere, sia di ricercare situazioni confrontabili.

Al riguardo, l'OCSE ha chiarito che l'Amministrazione finanziaria deve anche tenere presente che quando richiede al contribuente i dati di società estere del gruppo vi possono essere difficoltà e di conseguenza costi nel reperirli poiché la legislazione straniera può essere diversa (riguardo ai dati contabili ecc.) da quella nazionale. L'Amministrazione, invece, talvolta ha facoltà e possibilità di ottenere tali dati senza chiederli al contribuente, instaurando

con l'Autorità fiscale estera la procedura di scambio di informazioni prevista da trattati internazionali o con la richiesta di una verifica fiscale congiunta.

Ciò premesso, l'OCSE, pur non individuando un unico set completo di documentazione che le imprese devono predisporre in ogni situazione, indica, in via generale, le informazioni primarie che dovrebbero emergere e, in particolare, la descrizione:

- delle transazioni similari a quelle infragruppo fra l'impresa contribuente e soggetti indipendenti;
- dell'attività economica svolta, della struttura organizzativa, dei rapporti di proprietà all'interno del gruppo, dell'ammontare delle vendite e dei risultati operativi degli anni precedenti la transazione, nonché del peso delle transazioni infragruppo rispetto all'attività con soggetti terzi;
- delle metodologie utilizzate per la determinazione dei prezzi di trasferimento;
- di alcune particolari circostanze che potrebbero influire sul principio dell'*arm's length*⁹⁰;
- delle condizioni commerciali, nonché industriali, del gruppo, delle diverse funzioni aziendali e dei possibili rischi assunti dalle imprese;
- dei flussi finanziari all'interno del gruppo;
- dei processi di negoziazione posti in essere determinare o correggere i prezzi nelle transazioni infragruppo.

⁹⁰ Cfr. OCSE, Capitolo V, paragrafo 5.20, nel quale viene chiarito che "special circumstances would include details concerning any set-off transactions that have an effect on determining the arm's length price..."; inoltre, come osservato nel Capitolo V, paragrafo 5.21 "Other special circumstances could involve management strategy or the type of business...".

La documentazione sopra elencata non deve, tuttavia, considerarsi esauriente, né deve rappresentare un ostacolo ad eventuali ulteriori richieste di documentazione che possano essere avanzate dalle Amministrazioni finanziarie.

Ed è proprio questo carattere di generalità che determina ancora numerose problematiche. Infatti, seppure i principi sottolineati dall'OCSE risultino riconosciuti e condivisi in ambito internazionale, essi sono applicati in maniera differente nelle diverse legislazioni, portando le imprese multinazionali ad operare in un sistema disomogeneo e, conseguentemente, a sopportare spesso oneri troppo gravosi.

Al fine di risolvere tale problema, alcuni organismi internazionali, come, ad esempio, il Pacific Association of Tax Administration (PATA), l'International Chamber of Commerce (ICC), nonché l'European Joint Transfer Pricing Forum (JTPF) hanno compiuto, negli ultimi anni, considerevoli sforzi, volti soprattutto alla predisposizione, da parte delle imprese multinazionali, di un set di documentazione obbligatoria (*documentation package*) uniforme nei diversi ordinamenti.

Alcune legislazioni estere, come quella degli Stati Uniti d'America, hanno mostrato una maggiore attenzione per ciò che concerne gli obblighi di documentazione.

La sezione 662 dell'International Revenue Code (IRC) elenca i *principal document*⁹¹ che il contribuente è tenuto a predisporre e a produrre entro 30

⁹¹ I Principal documents contengono: a) una panoramica sull'attività dell'impresa, inclusa un'analisi dei fattori economici e legali che influenzano il prezzo di beni e servizi; b) una descrizione della struttura organizzativa dell'impresa e delle consociate con le quali avvengono transazioni; c) la documentazione espressamente richiesta dalla Sezione 482 dell'IRC relativa alla determinazione dei prezzi di trasferimento, ai rischi assunti dalle imprese, alla idoneità di applicazione di un metodo per la determinazione dei prezzi non previsto dalle Regulations statunitensi; d) la descrizione dei metodi selezionati; e) la

giorni dall'eventuale richiesta formulata dalle autorità fiscali statunitensi, per non incorrere nelle sanzioni previste⁹².

Le Regulations statunitensi, a supporto di questi documenti, che sostanzialmente sono analoghi a quelli indicati dall'Ocse e che forniscono un'accurata ed esaustiva descrizione delle politiche di transfer pricing adottate dall'impresa, stabiliscono che il contribuente debba produrre un set di documentazione aggiuntiva (*background documents*)⁹³, qualora l'Amministrazione finanziaria ne faccia richiesta.

5.3.2 I Document packages proposti dal PATA e dall'ICC

Il maggior contributo al riguardo ci è fornito dalla Pacific Association of Tax Administrators (PATA), costituita tra Australia, Canada, Giappone e Stati Uniti, che fra i suoi principali obiettivi ha quello di individuare un insieme di documentazione (PATA Document Package) che sia non solo completo e uniforme ma che soprattutto consenta anche di soddisfare le esigenze dei diversi Stati ad essa appartenenti.

Il PATA Document Package costituisce, insieme alle linee guida suggerite dall'OCSE (dalle quali lo stesso trae spunto), un validissimo strumento per la

descrizione dei metodi non selezionati e relativa motivazione; f) la descrizione delle transazioni controllate (inclusi i termini di vendita) e di dati interni per analizzare tali transazioni; g) la descrizione dei comparables utilizzati, di come è stata valutata la comparabilità e su come possono essere giustificati eventuali aggiustamenti; h) la spiegazione dell'analisi economica e su come questa ha influenzato le politiche di transfer pricing utilizzate; i) un indice generale della documentazione prodotta e una descrizione su come questa è stata archiviata.

⁹² In particolare, le sanzioni previste si possono suddividere in Transnational Penalità e Net Adjustment Penalità. Cfr., in dottrina, D. FUXA, il Transfer Pricing e gli obblighi di documentazione, in "Fiscalità Internazionale", n. 2/2006 pag. 160

⁹³ I background documents contengono: a) la denominazione sociale, il luogo principale in cui si svolge l'attività e la sua natura, i Paesi in cui si trovano le diverse consociate; b) nel caso di società straniera, l'ammontare degli utili non distribuiti; c) i bilanci delle diverse società del gruppo; d) le transazioni infragruppo, indicando separatamente le transazioni con società di persone e con società americane che detengono almeno il 10% del capitale dell'impresa contribuente; e) nel caso di società straniera, una lista delle partecipazioni detenute da un soggetto statunitense che raggiungano almeno il 5% del capitale.

definizione degli obblighi documentali che le imprese multinazionali dovrebbero adempiere nel caso di transazioni intercompany, rappresentando ad oggi quanto di più completo ed esauriente possa trovarsi in materia.

Va osservato che l'International Chamber of Commerce (ICC) ha affrontato in maniera diversa il problema relativo alla disomogeneità presente in materia nei diversi ordinamenti adottando un approccio sicuramente meno minuzioso e completo rispetto al PATA ma che forse proprio per questo rende il proprio document package⁹⁴ più flessibile e meglio applicabile nei differenti ordinamenti. D'altro canto, a differenza del PATA, non sembra aggiungere nulla di particolare alle linee guida stabilite dall'OCSE.

Da ultimo, si rileva l'introduzione da parte del Joint Transfer Pricing Forum (JTPF) di un document package a livello europeo che, prendendo spunto dalle regole stabilite dall'OCSE e dalle esperienze del PATA, cerca di bilanciare nel migliore dei modi le esigenze delle Amministrazioni finanziarie e quelle delle imprese.

5.3.3 Transfer Pricing comunitario: il Joint Transfer Pricing Forum (JTPF) e la proposta per un Codice di Condotta

A seguito dello studio *Company Taxation in the Internal Market*, si è avuta la consapevolezza che si stava sempre più diffondendo l'applicazione di prezzi di trasferimento standardizzati e che spesso le imprese subivano fenomeni di doppia imposizione internazionale pur di non dover sostenere gli elevati oneri derivanti da eventuali controversie in materia di Transfer Pricing.

⁹⁴ Il document package proposto dall'ICC comprende: a) la descrizione dell'attività svolta dall'impresa, del mercato di riferimento e delle transazioni infragruppo; b) l'analisi dei rischi assunti; c) l'analisi dei metodi utilizzati; d) l'analisi economica.

Per tale motivo, la Commissione UE ha inviato nell'ottobre 2001 una Comunicazione⁹⁵ al Consiglio e al Parlamento europei dove venivano indicate talune iniziative volte al miglioramento degli strumenti per la determinazione dei prezzi di trasferimento e alla risoluzione di problematiche relative alla doppia imposizione.

A tal fine, nel giugno 2002, il Consiglio UE ha costituito un EU Joint Transfer Pricing Forum (JTPF), formato da rappresentanti delle Amministrazioni fiscali e delle imprese.

Dal 2002 al 2003, l'attività principale del JTPF è stata quella di analizzare le problematiche relative all'applicabilità della Convenzione arbitrale del 1990⁹⁶ e delle procedure di accordo reciproco (Mutual Agreement Procedures) previste dalle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni; in particolare, è stata formulata una proposta per l'adozione di un Codice di Condotta relativo all'implementazione della Convenzione arbitrale, proposta accolta dalla Commissione nell'aprile del 2004⁹⁷.

A partire dal 2004, il JTPF ha analizzato le principali problematiche relative agli obblighi di documentazione in materia di Transfer Pricing e, nel maggio del 2005, ha pubblicato un rapporto⁹⁸ su quanto svolto fino a quel momento.

⁹⁵ COM (2001) 582 del 23 ottobre 2001

⁹⁶ Cfr. Convenzione n. 90/436/CEE del 23 luglio 1990, entrata in vigore il 1° gennaio 1995, relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili fra imprese associate. In particolare, è previsto che, quando si verifica un caso di doppia imposizione, l'impresa interessata lo sottopone alla Autorità competente del proprio Stato di residenza che, se non è in grado di apportarvi una soluzione soddisfacente, cercherà di eliminare la doppia imposizione di comune accordo con l'Autorità competente dell'altro Stato. Inoltre, qualora queste Autorità non riescano ad accordarsi, devono chiedere ad una commissione consultiva un parere sul modo di eliminare detta doppia imposizione.

⁹⁷ Cfr. C. Alagna – P. Valente, Transfer Pricing: la Commissione dà il via libera al codice di condotta sull'uniformità documentale, "il Sole 24 Ore del 29 novembre 2005"

⁹⁸ Cfr. Report on Transfer Pricing documentation prepared by the EU Joint Transfer Pricing Forum, SEC (2005)

In tale documento il JTPF ha ritenuto opportuno accogliere il cosiddetto European Transfer Pricing Documentation (EU TPD), che combina le caratteristiche dell'approccio standardized⁹⁹ e centralized¹⁰⁰.

L'European Transfer Pricing Documentation è stato accolto favorevolmente dalla Commissione UE che, nel 2005, ha accettato la proposta del JTPF sull'adozione di un Codice di Condotta sulla documentazione obbligatoria in materia di Transfer Pricing, suggerendo agli Stati membri di recepirne le disposizioni nelle proprie legislazioni.

Queste disposizioni dovrebbero riguardare sia le transazioni avvenute all'interno della Comunità sia quelle poste in essere fra un'impresa comunitaria ed una sua consociata non comunitaria ed indicano, in sostanza, quale debba essere la documentazione da produrre a sostegno delle politiche di Transfer Pricing.

In particolare, le imprese dovrebbe predisporre un set di documentazione suddivisa in due parti: un Master File, contenente informazioni standardizzate comuni a livello di gruppo nel suo complesso, e un set di documentazione contenente le informazioni relative ad ogni singolo Paese (Country-Specific Documentation).

L'adozione di un Codice di Condotta da parte dei singoli paesi sulla documentazione obbligatoria in materia di Transfer Pricing è stata accolta in modo favorevole dal Consiglio UE.

Occorre necessariamente evidenziare come, se da una parte, con il Master File si è fatto un passo in avanti, portando la richiesta di documentazione a

⁹⁹ Tale approccio prevede la predisposizione di documentazione uniforme e standardizzata che deve essere prodotta separatamente da ogni impresa appartenente al gruppo. Gli obblighi di documentazione risultano quindi i medesimi all'interno del gruppo ma poi ogni entità distinta dispone la propria documentazione.

¹⁰⁰ Tale approccio prevede la predisposizione di un unico pacchetto di documentazione a livello di gruppo

livello centralizzato, dall'altra l'obbligo di predisporre specifici documenti a livello di singolo Paese pone delle grosse difficoltà di coordinamento dei vari ordinamenti. Non va, inoltre, dimenticato che il Codice di Condotta per la documentazione obbligatoria non è vincolante nei confronti dei singoli Stati membri e, proprio per tale motivo, potrebbero crearsi situazioni di disomogeneità a livello di singolo Paese.

Ne deriva che, affinché l'approccio EU TPD possa funzionare in Europa, è fondamentale che ogni singolo Stato membro si impegni a seguire le indicazioni fornite dalla Commissione, nonché ad applicare, nei propri ordinamenti, quanto disposto dal Codice di Condotta.

Tuttavia, a prescindere dal comportamento che i singoli Stati membri andranno ad adottare, vista la significativa portata di un'adeguata documentazione che le imprese multinazionali possono predisporre, è auspicabile che i citati obblighi documentali vengano sempre più osservati dalle imprese multinazionali, al fine proprio di evitare di incorrere in rettifiche di utili, ovvero sanzioni, che in alcuni casi possono avere effetti devastanti sulla vita delle imprese stesse.

6. L'accertamento di minor reddito per l'applicazione di convenzioni internazionali (correlative adjustment)

6.1 Le procedure amichevoli

Con effetto dall'1.01.1988, al 5 comma dell'art. 76 (ora 110, 7° comma) è stato aggiunto, dall'art. 1 del D.P.R. 42/1988, il seguente periodo: "*Le disposizioni sul valore normale si applicano anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con*

le autorità competenti degli stati esteri, a seguito delle procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi".

Rispetto a Giappone, Francia, Germania, Regno Unito e Stati Uniti solo le convenzioni dell'Italia con gli ultimi quattro (rimane escluso il Giappone) Paesi hanno una clausola simile al "*correlative adjustment*" di cui all'art. 9 par. 2 dei trattati internazionali come modello OCSE, che tramite le procedure amichevoli e nei limiti in cui lo Stato contraente condivide l'operato dello Stato che ha proceduto alla rettifica primaria, consente di diminuire il reddito dell'altra impresa coinvolta nella transazione.

Dall' 1.01.1995, a seguito dell'approvazione da parte italiana della legge 22.03.1993 n. 99, è entrata in vigore la convenzione multilaterale con i paesi UE (Convenzione n.90/436/CEE), che amplia le possibilità di difesa del contribuente, poiché impone, in certi casi, l'adozione di una procedura arbitrale per addivenire a risultati analoghi.

All'origine della modifica alla normativa interna e della stipula della convenzione vi sono le riflessioni della migliore dottrina. Le operazioni transnazionali sono ipoteticamente soggette ad entrare nell'ambito impositivo di più di un paese, che le tasserà secondo le proprie autonome valutazioni e si potranno così verificare fenomeni di doppia imposizione di natura economica o giuridica.

Nel primo caso lo stesso reddito viene tassato due volte, ad esempio nello Stato della fonte e in quello di residenza del percettore, in capo a soggetti giuridici distinti (anche perché può essere qualificato diversamente nei due paesi). Nel secondo, invece, il medesimo reddito è tassato sia nel paese

della fonte che in quello di residenza in capo ad un unico soggetto giuridico¹⁰¹.

La doppia imposizione in campo internazionale, per rettifica ai prezzi di trasferimento, presenta tuttavia delle particolarità¹⁰²: a rigore, secondo i concetti prima evidenziati, non potrebbe essere riconosciuta, poiché non è doppia imposizione giuridica (vi sono coinvolte imprese giuridicamente distinte) né economica (ci si trova di fronte a componenti reddituali diverse e non solo diversamente qualificabili trattandosi di un ricavo e di un costo).

Il problema può essere focalizzato ove si riconosca al gruppo la valenza di unica entità economica, cosicché uno scambio avvenuto all'interno dell'agglomerato dovrebbe risultare ininfluenza ai fini fiscali. Solo facendo riferimento a tale schema concettuale si riconoscerebbe un fenomeno di eccesso d'imposizione economica (quale sproporzione tra il carico fiscale e la connessa capacità contributiva)¹⁰³.

L'effetto che ne deriva dal contrasto di valutazione potrebbe ipotizzarsi *"quale vera e propria fattispecie di doppia imposizione considerando ogni elemento di reddito come soggetto ad un'unica potestà di accertamento e, inoltre, il gettito del prelievo come risultante unitaria degli effetti combinati degli atti d'imposizione di due paesi"*¹⁰⁴.

"Riguardo poi ai conflitti di qualificazione derivanti da rettifiche di valore (lo Stato della fonte rettifica, ad esempio come in Francia, l'interesse corrisposto a un

¹⁰¹ Sul concetto si veda TUNDO, *Ipotesi di riordino delle tipologie di dividendi transnazionali*, cit. Esemplicando, i dividendi subiscono doppia tassazione economica quando sono tassati in capo all'azionista nel suo stato di residenza, avendo già scontato la tassazione sugli utili in capo alla società erogante; i dividendi subiscono doppia tassazione giuridica quando sono soggetti a prelievo con ritenuta nello Stato della fonte e poi vengono inseriti nel reddito complessivo del percettore nel suo Stato di residenza.

¹⁰² Cfr. MAISTO, *Il transfer price*, cit., pag.258 e seguenti

¹⁰³ vedi nota precedente

¹⁰⁴ Così PEZZUTO, *Paradisi Fiscali e finanziari* cit.

non residente e, nella misura eccedente quella normale, lo riqualifica quale dividendo), va sottolineato che alla doppia imposizione economica (lo Stato della fonte non permette la deduzione dell'interesse eccedente e lo stato di residenza lo tassa pienamente) può sommarsi quella giuridica, se lo stato di residenza non consente la detrazione, dall'imposta da pagare, della ritenuta subita nello stato della fonte, sull'interesse riqualificato"¹⁰⁵.

A fronte di queste situazioni di doppia imposizione internazionale, i rimedi possono essere nazionali o convenzionali (bilaterali o multilaterali).

Nel primo caso il diritto interno di un paese può riconoscere un credito per le imposte pagate all'estero quale rimedio unilaterale ad un fenomeno di doppia imposizione giuridica (ad esempio per l'Italia l'art. 165 del D.P.R. 917/86), o concedere un credito d'imposta sui dividendi anche agli azionisti non residenti, o esentare i dividendi di fonte estera quale rimedio, sempre unilaterale, alla doppia imposizione economica.

In materia di *transfer price* a livello OCSE è stato codificato lo strumento bilaterale del *correlative or corresponding adjustment* (art. 9, paragrafo 2, del modello di Convenzione), col quale un paese può effettuare una rettifica in diminuzione al reddito dell'impresa affiliata in modo da bilanciare, a livello di gruppo, gli effetti negativi derivanti dalla rettifica in aumento effettuata dall'altro paese.

Se l'impostazione OCSE, scaturente dalle convenzioni per la tassazione dei redditi e patrimoni, trova il suo fondamento nella *separate accounting theory* (con statuizione dell'imposizione su base territoriale secondo *l'arm's length principle*), la procedura di aggiustamento riconosce invece *l'economie entity theory*, poiché fa discendere la

¹⁰⁵ Cfr. MAISTO, *il transfer price*, cit., pag. 259 e seguenti

rettifica correlativa dalla posizione fiscale complessiva delle due imprese, considerate un unico agglomerato¹⁰⁶.

Essendoci però evidenti problemi di sovranità fiscale, poiché ciascun paese rimane preoccupato circa la perdita di gettito che potrebbe derivare da un *corresponding adjustment*, si è stabilito che la rettifica in diminuzione possa essere effettuata solo ove lo Stato contraente riconosca la validità e la congruità della rettifica primaria effettuata dall'altro Stato; per ricercare tale condivisione il contribuente può instaurare una procedura amichevole in ossequio a quanto previsto dall'art. 25 del Modello di trattato.

Alcuni paesi, tra cui Italia, Belgio, Finlandia, Germania, Giappone, Portogallo, Svizzera, si sono riservati il diritto di inserire nelle proprie convenzioni il secondo paragrafo dell'art. 9 del Modello OCSE (sui *correlative adjustment*).

Solo le più recenti convenzioni stipulate dall'Italia, e poche altre, hanno una clausola simile al *correlative adjustment*. In particolare tale o simile clausola è presente nelle convenzioni con Albania, Emirati Arabi uniti, Estonia, Francia, Germania, Gran Bretagna, Kazakistan, Israele, Lituania, Macedonia, Russia, Sud Africa, Olanda, Senegal, Siria, Stati Uniti, Turchia, Vietnam.

La normativa interna (art. 110, D.P.R. 917/86) quando si combina con quella prevista dalle convenzioni internazionali su modello OCSE, nei casi in cui sia stabilito il *correlative adjustment* (es. Convenzione Italia-Stati Uniti), se pone il contribuente in una situazione d'incertezza circa l'esito delle procedure amichevoli (che possono anche non condurre ai risultati sperati), non lo lascia senza alcuna difesa, ma deve intendersi che il nostro paese ha un vero e proprio obbligo di procedere ad una rettifica in diminuzione ove

¹⁰⁶ Vedi nota che precede

l'accertamento primario nell'altro Stato sia stato effettuato secondo i principi dell'arm's length (di cui ai criteri OCSE)¹⁰⁷.

Ad esempio, dovrebbe sussistere l'obbligo per le autorità fiscali italiane di procedere a rettifica in diminuzione ove l'accertamento negli Stati Uniti sia stato effettuato con un criterio tradizionale. Autorevole dottrina si è espressa pronosticando che se negli Stati Uniti fosse fatto uso di un comparable profit method, difficilmente potrebbero le amministrazioni fiscali europee (tra cui quella italiana) concedere una rettifica in diminuzione poiché il criterio sarebbe incompatibile con l'arm's length principle.

“Pur in assenza di una clausola come quella prevista dall'art. 9 paragrafo 2, delle Convenzioni bilaterali modello OCSE, sui correlative adjustments, i contribuenti possono "sfruttare" uno strumento analogo, quale è la procedura amichevole per risolvere i problemi di doppia imposizione, ex art. 25 stessa Convenzione “¹⁰⁸.

La procedura è indipendente dai rimedi previsti dalle legislazioni nazionali e le Autorità fiscali competenti hanno l'obbligo di tentare di risolvere il caso (senza peraltro avere il dovere di riuscirci).

“Secondo le procedure amichevoli delle convenzioni, competente per l'accertamento in diminuzione del Reddito dovrebbe essere il Ministero dell'Economia - Ufficio per lo studio del diritto tributario comparato e le relazioni internazionali”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Vedi nota che precede

¹⁰⁸ Così Gambarino, Manuale di tassazione internazionale, Milano 2005 pag 1006

¹⁰⁹ Così Convenzione Italia – Stati Uniti, già citata

In tema di prezzi di trasferimento le *Guidelines OCSE* affrontano una serie di questioni connesse alle procedure amichevoli, formulando raccomandazioni a riguardo¹¹⁰ ed individuando quali elementi di criticità:

- I termini, previsti dalla legislazione interna dello Stato di residenza dell'impresa associata coinvolta nella rettifica di *transfer pricing*, per chiedere un aggiustamento corrispondente;
- La durata della procedura, in quanto può risultare molto lunga a causa della difficoltà, da parte dell'Amministrazione competente, di giungere ad un risultato;
- La partecipazione del contribuente, che allo stato attuale è lasciata alla discrezionalità dei singoli Stati;
- Le informazioni relative alle procedure applicabili;
- I problemi relativi alle riscossioni dei debiti d'imposta ed alla maturazione degli interessi.

6.2 La convenzione arbitrale in ambito UE

In ambito UE dove l'Italia è meno sensibile ad un'eventuale perdita di sovranità, con la stipula della convenzione multilaterale (trattasi, perciò, norma patrizia e non di fonte comunitaria) di cui al pacchetto fiscale del 23.07.1990 del Consiglio della Comunità (comprende la direttiva madre – figlia), è stata approvata una procedura arbitrale per i *corresponding adjustment*. L'Italia ha ratificato la convenzione (Convenzione n. 99/436/CEE) con Legge 22.3.1993, n. 99 divenuta operativa dall'1.1.1995. La legge 9.10.1997, n. 369, ha esteso l'adesione anche a Austria, Svezia e Finlandia.

¹¹⁰ Cfr. Capitolo IV (Mezzi amministrativi), paragrafi 4.40 e successivi delle *Guidelines*.

La Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee n. 202 del 16.7.1999 ha dato notizia che la Convenzione, che doveva cessare i suoi effetti il 31.12.1999, è stata prorogata di altri 5 anni ed il nuovo art. 20 stabilisce una sorta di proroga tacita di cinque anni in cinque anni, a meno che uno Stato contraente non sollevi obiezioni scritte sei mesi prima della scadenza, presso il segretariato generale del Consiglio dell'Unione Europea.

Per effetto delle successive ratifiche dei vari Stati, la Convenzione è rientrata in vigore il 1 ° Novembre 2004.

Il protocollo di prolungamento della Convenzione stabilisce che essa si applichi retroattivamente dal 01.01.2000.

Non va preso in conto il periodo dal 01.01.2000 al 31.10.2004 per calcolare il periodo di tre anni che, è dato alle imprese per reagire a provvedimenti che possano comportare doppia imposizione, chiedendo l'applicazione della Convenzione.

L'esame degli effetti del rientro in vigore retroattivo della Convenzione è stato svolto dal Forum sul Transfer pricing (doc. JTPF/019/REV5/2004/EN del 30.05.05), nominato dalla Commissione UE.

Il Forum ha sottolineato che, poiché il periodo dal gennaio 2000 all'ottobre 2004 è sospeso nel computo dei termini stabiliti dalla Convenzione, un accertamento in aumento del reddito ricevuto nel 1997 poteva, nel 2005, ancora essere reclamato secondo la Convenzione arbitrale.

Ad esempio una verifica per l'anno 1994, disposta nel 1996 e terminata con un accertamento di maggior reddito il 30.11.97, poteva essere reclamata, per effetto della citata sospensione, fino all'undicesimo mese successivo al 01.11.2004, e ciò fino al 30.09.2005.

Per casi ove l'accertamento sia stato ricevuto nel periodo di sospensione dei termini 01.01.2000/31.10.2004) il termine dei tre anni per il reclamo scade il 31.10.2007.

Non tutti i Paesi UE convengono sulla situazione delle procedure iniziate dal 01.01.2000 al 31.10.2004.

La maggior parte degli Stati, e cioè tutti gli Stati membri eccetto Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Italia, Portogallo e Svezia, ritengono che procedure amichevoli (instaurate sotto le convenzioni bilaterali ovvero sotto la Convenzione arbitrale, anche quando non era vigente, per eventuale "graziosa" concessione dell'Amministrazione) per le quali i due anni sono già scaduti l'1.11.04 (per esempio iniziate nel 2002), devono essere sottoposte alla procedura arbitrale senza indugio.

I casi per i quali i due anni di procedura amichevole scadono dopo l'1.11.04, devono essere sottoposti alla procedura amichevole appena compiuto il secondo anno di procedura amichevole.

Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Italia, Portogallo e Svezia ritengono, invece, che le procedure amichevoli iniziate entro il periodo 01.11.2000 - 31.10.2004, possano essere state solo quelle previste dalle Convenzioni bilaterali perché la Convenzione arbitrale, durante quel periodo, era sospesa.

Tutti gli Stati membri, eccetto un campione ancora più ristretto, comprendente Danimarca, Finlandia, Italia e Svezia, considerano che comunque il periodo trascorso entro l'ambito di una procedura amichevole di una Convenzione bilaterale conti come periodo speso nella procedura amichevole della Convenzione arbitrale; perciò, tali Stati ritengono che, ove

siano passati due anni dall'inizio della procedura amichevole, essa vada trasformata in arbitrale.

Invece Danimarca, Finlandia, Italia e Svezia ritengono che i due anni di procedura amichevole, al fine di potersi invocare la procedura arbitrale, vadano contati di nuovo dalla entrata in vigore della Convenzione arbitrale, avvenuta il 01.11.04¹¹¹.

La normativa della Convenzione prevede l'instaurarsi di una procedura amichevole se l'impresa cui è stato accertato un maggior reddito ritiene che la rettifica primaria sia conforme al principio di libera concorrenza; così l'altra impresa coinvolta potrà richiedere alla propria amministrazione un accertamento in diminuzione: risultando il consenso sia delle imprese che delle autorità fiscali si procederà alla rettifica primaria e correlativa.

Ove invece l'impresa non ritenga applicato il principio dell'arm's length nella rettifica primaria, può reagire (entro 3 anni dalla notifica di provvedimenti che possono comportare doppia tassazione) chiedendo ancora l'instaurazione di una procedura amichevole simile a quella prevista dal Modello OCSE.

Tuttavia, l'art 7 stabilisce che, se entro due anni le autorità dei due Paesi non raggiungono l'accordo, vi è l'obbligo di rimettere il caso ad un'apposita commissione consultiva (nominata dai due stati con soggetti indipendenti e, ove non ci sia accordo, anche con estrazione a sorte da un elenco precompilato), che entro 6 mesi deve decidere.

Se nel frattempo le autorità competenti non hanno deliberato, dovranno conformarsi al lavoro della Commissione per stabilire come evitare la doppia tassazione.

¹¹¹ Tutta la casistica sui casi transitori delle procedure amichevoli e sulle "posizioni" dei vari Stati nazionali è tratta dal lavoro di "sondaggio" svolto dal Forum UE sui prezzi di trasferimento, si veda JTPF doc /019/REV/2004/EN del 30.05.05

L'incarico conferito alla Commissione consultiva non impedisce ad uno Stato di avviare azioni giudiziarie o procedure per l'applicazione di sanzioni amministrative.

Non vi è obbligo di procedura amichevole (o arbitrale) solo ove, con procedimento giudiziario e amministrativo, sia stato definitivamente constatato che una delle imprese interessate, attraverso le operazioni che danno luogo a rettifiche degli utili, è passibile di gravi sanzioni. A specifica del concetto ciascun paese ha approntato in allegato alla Convenzione una dichiarazione di individuazione di queste fattispecie che, per l'Italia, devono consistere in sanzioni previste dalla normativa penale tributaria (D.Lgs. 74/2000)

Va così ricordato che, quando vi sia occultamento di corrispettivi o frode, la sola rideterminazione dell'operazione per l'applicazione del valore normale non dovrebbe, secondo la giurisprudenza e dottrina dominante, comportare la qualifica di reato per il fatto in oggetto.

*“Nessun dubbio può sussistere sull'applicabilità dell'art. 76, 5° comma (110, 7° comma), con l'obbligo di rettifica in diminuzione anche nei casi di applicazione della nuova convenzione UE con la relativa procedura arbitrale, seppur la norma, letteralmente, si riferisca alle sole procedure amichevoli.”*¹¹²

Nel rapporto con la legislazione interna (anche nel nostro Paese) la convenzione stabilisce che la procedura amichevole possa essere instaurata indipendentemente dai ricorsi che sono previsti dalle leggi nazionali¹¹³, cosicché le imprese nazionali possono impugnare l'accertamento davanti le Commissioni tributarie e anche invocare la convenzione.

¹¹² Così MAYR, Gruppi multinazionali. In vigore la convenzione sui prezzi di trasferimento, in *Corriere Tributario* 10/1995, pag. 641

¹¹³ Cfr. GAMBARINO, cit. pag. 1009

Perciò il termine biennale per impugnare l'atto interno slitta fino al momento in cui l'organo giudiziale interno emette sentenza definitiva.

Qualora sia intervenuta "*cosa giudicata*" interna la decisione delle Autorità competenti degli Stati, secondo la convenzione, può essere applicata solo quando la legislazione interna dello Stato lo consenta (art. 7 par. 3 della Convenzione); l'esistenza di "*cosa giudicata*" non preclude all'instaurazione della procedura (amichevole o arbitrale nel rispetto della Convenzione). La procedura prevista dalla Convenzione potrà anche modificare tale "*cosa giudicata*".¹¹⁴

Problemi giuridici sorgono in questi casi poiché dovrebbe esistere una normativa interna di attuazione dell'accordo derivante dalla Convenzione arbitrale e non dovrebbe invece bastare il pensare che tale accordo sia un "*accordo internazionale in forma semplificata*"; infatti, in tale ultimo caso, il Governo, per eseguire l'accordo, avrebbe comunque bisogno di un atto avente forza di legge¹¹⁵, in relazione al singolo accordo raggiunto dall'Amministrazione nel caso specifico, in fondo come se si trattasse della ratifica di un trattato internazionale.

Il Consiglio Ecofin UE il 7.12.2004 ha istituito un codice di condotta per l'effettiva attuazione della Convenzione sull'arbitrato¹¹⁶.

Il codice rappresenta solo un impegno politico e non pregiudica diritti o obblighi degli Stati membri.

In particolare vengono fornite specifiche indicazioni su questioni procedurali riguardanti la Convenzione. Il Forum sui prezzi di trasferimento aveva proposto di indicare i singoli atti impositivi dalla notifica dei quali,

¹¹⁴ vedi nota che precede

¹¹⁵ vedi nota che precede

¹¹⁶ vedasi Fiscalità internazionale, Milano 3- 2005

decorrevano i tre anni per reclamare, ex art. 6 par.1 della convenzione, le questioni di doppia imposizione. Invece il codice prescrive che con atto impositivo, suscettibile di creare doppia imposizione, si faccia riferimento, genericamente, al "*primo avviso di accertamento fiscale o misura equivalente che comporta o può comportare una doppia imposizione*".

L'autorità italiana ha specificato che l'avviso deve riguardare una rettifica ai prezzi di trasferimento, ritenendosi forse di escludere che una rettifica agli interessi per l'applicazione delle norme sulla bassa capitalizzazione possa rientrare in questa definizione.

*"È però opinione diffusa che le regole anti thin capitalisation rientrino nella sfera della Convenzione arbitrale"*¹¹⁷.

Il codice prevede anche quando il caso si valuti sottoposto all'Autorità competente dello Stato di residenza.

Perché ciò accada occorre che l'impresa presenti un'istanza che includa una serie minuziosa di dati ed è concesso alle Autorità di chiederne nuovamente ulteriori ove ne ritenga necessario.

Finché questi ultimi dati non siano stati messi a disposizione, il caso non dovrebbe essere utilmente sottoposto alle Autorità competenti nel senso dell'art. 6 par. 1 della Convenzione¹¹⁸.

Al 31.12.04 i casi "*pendenti*" di procedure amichevoli entro la Convenzione arbitrale erano 107. L'Italia aveva in essere un totale di 6 casi di cui 3 con la Francia, 1 con il Belgio, 1 con la Germania ed 1 con l'Olanda.

Uno dei primi casi risolti in via arbitrale, per mezzo della Convenzione, ha riguardato le filiali italiane e francesi del Gruppo svedese Electrolux ed ha

¹¹⁷ Così ROLLE, recenti sviluppi sulla convenzione arbitrale in materia di prezzi di trasferimento, Fiscalità internazionale, Milano 3-2005 pag. 236.

¹¹⁸ Vedi nota che precede

dimostrato che un grave disaccordo tra le Autorità fiscali può essere risolto solo "*arbitralmente*"¹¹⁹.

"*Alcuni ritengono che la sola minaccia da parte delle imprese UE di poter adire la Convenzione obblighi le Amministrazioni a comportamenti at arm's length*"¹²⁰.

E' una posizione condivisibile poichè l'unico "*freno*" ad accertamenti delle Amministrazioni, non attuati secondo principi di libera concorrenza, difficilmente viene dal ricorso alle singole Autorità giudiziali nazionali. Tali Autorità, spesso, non riescono a valutare comportamenti delle imprese affiliate che operano al di fuori della loro giurisdizione e perciò non riescono a verificare la logicità che sussiste tra divisione dei rischi e delle remunerazioni delle varie imprese affiliate.

Solo quando vengono "*chiamate in giudizio*" entrambe le imprese affiliate coinvolte nella transazione e le relative Amministrazioni si amplia di molto la concreta possibilità di fissare i comportamenti che determinano effettivamente prezzi at arm's length.

Volendo trarre delle conclusioni sull'analisi della Convenzione in esame, si deve senza dubbio apprezzare lo sforzo compiuto, per evitare fenomeni di doppia imposizione, da parte dei Paesi membri della UE; attraverso la Convenzione che disciplina in modo particolareggiato fasi e tempi per poter dirimere le controversie inerenti la rettifica dei prezzi di trasferimento, si sono superati i problemi insiti nelle procedure contenute nei trattati internazionali che spesso non approdavano ad una effettiva risoluzione del problema.

Ma non mancano ulteriori aspetti critici nella procedura, quali:

¹¹⁹ Si veda TMTPR del 20 agosto 03

¹²⁰ Così SCHWARZ, the EU arbitration convention, TMTPR del 4.09.2002

- l'impossibilità di invocare la Convenzione qualora l'impresa multinazionale abbia compiuto atti passibili di gravi sanzioni (*cd. penalty clause*);
- le diverse interpretazioni che gli Stati membri hanno circa l'inizio del periodo di due anni in cui si sviluppa la prima fase della procedura in questione;
- la definizione di alcuni termini contenuti nella Convenzione: secondo l'art. 3, paragrafo 2, del Modello di Convenzione OCSE i termini non espressamente definiti dalla Convenzione devono essere interpretati secondo il significato attribuito dal Trattato in vigore fra i due Stati membri coinvolti. In assenza di una definizione fornita dal Trattato, il riferimento è necessariamente al Modello OCSE o addirittura alle disposizioni interne di ciascuno Stato, con tutti i problemi che ovviamente ne possono derivare;
- il momento di decorrenza dei sei mesi a conclusione dei quali l'*Advisory Panel* (la commissione di cui all'art. 7) deve adottare una decisione;
- l'assenza di una clausola che disciplini il rifiuto, da parte di uno Stato membro, di concedere l'accesso dell'impresa alla procedura in argomento o dell'inopportuno rinvio;
- la proroga dell'accordo fino al 31 dicembre 2004, non ancora ratificata da tutti gli Stati membri.

7. Il transfer pricing interno

Nei paragrafi precedenti di questo capitolo, si è evidenziato come la *ratio legis* sottesa nelle norme che regolano il fenomeno del transfer pricing, consiste nel contrastare la pratica di manovre il cui fine è quello di spostare

materia imponibile dallo Stato italiano verso paesi che godono di un più favorevole regime fiscale.

Ciò rivela il carattere di specialità della normativa interna sul transfer pricing, il cui contesto di applicazione è delimitato, per espressa volontà legislativa, alle operazioni che vengono poste in essere con società “*non residenti nel territorio dello Stato*”, con la conseguenza che le operazioni commerciali poste in essere fra imprese facenti parte dello stesso gruppo e residenti nello Stato italiano, sono sottratte *ope legis* alla disciplina sui prezzi di trasferimento.

E' possibile, infatti, che società facenti parte di gruppi societari fiscalmente residenti in Italia, realizzino, tra loro, operazioni ad un prezzo non corrispondente al valore normale, ciò allo scopo di concentrare materia imponibile presso l'associata localizzata in zone del territorio nazionale caratterizzate da misure di agevolazione fiscale¹²¹.

Al di là delle analogie che è possibile riscontrare tra operazioni di questo tipo e quelle che vengono effettuate tra società del gruppo aventi sede in territori esteri (il fattore comune sembra essere sempre quello dello spostamento degli utili verso “zone” più convenienti), in ogni caso, non è possibile, per espressa previsione normativa, procedere ad una rettifica del reddito d'impresa in applicazione della disciplina in materia di prezzi di trasferimento.

¹²¹ Cfr. Circolare Ministero delle Finanze 26 febbraio 1999 n. 53, la quale osserva, in tema di manovre elusive attuate sui prezzi di trasferimento interni, che “*lo strumento può essere utilizzato da società controllanti o collegate, con sede nei territori del Centro - Nord, che cedono merci o beni immateriali alle controllate o consociate aventi sede nel Mezzogiorno ad un prezzo inferiore al valore normale...tale manovra consente di realizzare una contrazione dell'utile per l'impresa settentrionale con reddito assoggettato alle aliquote ordinarie e di gonfiare l'utile dell'impresa meridionale che gode delle agevolazioni fiscali stabilite dall'art. 26 DPR 601/73*”.

Il legislatore considera il transfer pricing un fenomeno caratterizzato da potenzialità elusiva solo nel caso in cui vengano a realizzarsi scambi con “società non residenti nel territorio dello Stato”.

L'Amministrazione finanziaria in passato ha tentato anche di estendere l'applicazione del transfer pricing alle operazioni effettuate da gruppi d'impresa fiscalmente residenti in Italia.

La tesi amministrativa, espressa nella circolare 32 del 22/09/1980, ammetteva esplicitamente la possibilità per gli Uffici, di far riferimento al valore normale anche in ipotesi diverse da quelle contemplate dalla norma sul *transfer pricing*, precisando che, in tali ipotesi, la presunzione dell'ufficio non avrebbe potuto assumere valore di presunzione assoluta, bensì relativa¹²².

Nelle motivazioni degli avvisi di accertamento emessi in conformità all'orientamento ministeriale, il criterio del “valore normale”, da norma derogatoria della determinazione dell'imponibile sulla base dei corrispettivi pattuiti, è stato “audacemente” elevato al rango di principio generale.

La giurisprudenza si è mostrata immediatamente critica, con argomentazioni inopinabili. La Commissione tributaria di Milano, ad esempio, nella sentenza 18/03/1998, n. 577, dopo aver rifiutato la possibilità di estendere l'applicazione dell'art. 76, 5° comma (ora art. 110, 7° comma) del TUIR, al *transfer pricing* interno, afferma che: “Pur se in via di principio non si può negare all'Amministrazione finanziaria, in sede di accertamento di raffrontare

¹²² Da questa ultima affermazione contenuta nella circolare, Lupi desume l'equivoco di fondo nel quale sembrerebbe essere incappata l'Amministrazione finanziaria, cioè l'aver confuso il rapporto fra il *transfer pricing* e le presunzioni, essendo l'art. 76 (ora art.110) norma sostanziale in quanto modifica i criteri di calcolo dell'imponibile (dal corrispettivo pattuito al valore normale), e non norma sulla prova di una diversità fra corrispettivo dichiarato e corrispettivo conseguito. In questo senso Lupi, “Manuale professionale di diritto tributario”, pagg. 409 e 410.

i prezzi convenuti tra le parti con quelli praticati dal mercato, il ricorso al criterio del valore normale risulta possibile soltanto se, in presenza di presunzioni gravi, precise e concordanti, l'amministrazione stessa sia in possesso di elementi comprovanti che i corrispettivi dichiarati siano inferiori a quelli effettivamente conseguiti;...”.

I giudici di merito avevano così correttamente evidenziato che il ricorso al valore normale costituisce deroga all'ordinaria rilevanza dei corrispettivi pattuiti, ed è legittimo, al di là dei casi tassativamente e positivamente individuati dalla legge, nei soli casi di assenza di un corrispettivo, sia che ciò derivi da assenza originaria, sia che invece consegua all'accertamento della falsità del corrispettivo indicato rispetto a quello reale.

Così, l'intento da parte dell'Amministrazione finanziaria di applicare le norme concernenti il *transfer pricing*, ad operazioni infragruppo tra società residenti nel territorio italiano, è stato definitivamente abbandonato. La stessa Amministrazione ha poi del resto chiaramente specificato l'impossibilità giuridica di procedere “*allo stato della legislazione*”, a contestazioni basate sulla disciplina dei prezzi di trasferimento qualora le società siano residenti in Italia¹²³.

Tuttavia, una volta definito l'ambito di applicazione del *transfer pricing*, delimitandolo a rapporti di controllo o collegamento con società fiscalmente residenti all'estero, permane comunque la necessità di individuare strumenti normativi per mezzo dei quali sia possibile impedire fenomeni di arbitraggio fiscale che possono essere attuati sfruttando le disposizioni fiscali agevolative previste dalla legislazione interna.

¹²³ Cfr. Circolare Ministero delle Finanze 26 febbraio 1999 n. 53.

Alla luce di tale contesto, l'Amministrazione finanziaria unitamente alla giurisprudenza di legittimità, hanno cercato di estrapolare dal contesto normativo vigente, principi che potessero essere applicati per evidenziare le anomalie nella gestione dell'impresa dirette non a conseguire un maggior utile, ma bensì, a ridurre la pressione fiscale del gruppo.

Per cominciare, è stata esclusa la possibilità di applicare la disposizione antielusiva di cui all'articolo 37 – bis del Dpr n. 600/73 a causa dell'elevato contenuto di specialità di tale norma, per la cui applicazione si richiede la concorrenza di una serie di specifici elementi (la realizzazione di determinate operazioni caratterizzate da un'elevata potenzialità elusiva; l'assenza di valide ragioni economiche; lo scopo di aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti)¹²⁴.

In assenza di uno strumento di carattere generale idoneo a contrastare manovre elusive sui prezzi di trasferimento interno, l'Amministrazione finanziaria ha suggerito la possibilità di applicare l'articolo 39, primo comma, lettera d), del Dpr n. 600/1973, relativo all'accertamento di esistenza di attività non dichiarate sulla base di presunzioni qualificate, ovvero l'articolo 37, terzo comma, Dpr n. 600/1973, *"attribuendo all'impresa non agevolata la quota di reddito dichiarata dall'impresa agevolata"*.

Entrambe queste indicazioni sono state discusse in modo critico dalla dottrina, la quale ha osservato, per quanto riguarda l'applicazione del metodo di accertamento analitico - induttivo, che, nel caso in esame, non si attua un occultamento di corrispettivo, ragion per cui non si verifica alcuna evasione di

¹²⁴ Cfr. Circolare 26 febbraio 1999 n. 53, in materia di manovre sui prezzi di trasferimento interni, la quale precisa *"non possono trovare applicazione le disposizioni antielusive previste dall'art. 37 bis del DPR 600/73 che ineriscono a fattispecie diverse"*.

imposta¹²⁵, mentre, sulla possibilità di ricorrere al disposto di cui all'articolo 37, terzo comma, Dpr n. 600/1973, ha contestato che nel caso di trasferimenti infragruppo si configuri una interposizione fittizia, poiché, al contrario, si realizza un fenomeno di interposizione reale¹²⁶.

Del resto, la difficoltà di effettuare rilievi nelle ipotesi di scambi infragruppo a livello nazionale sulla base delle disposizioni fiscali evidenziate, era stata già manifestata dallo stesso Ministero delle Finanze il quale aveva suggerito di ricondurre il negozio a prezzo di favore alla disposizione contenuta nell'articolo 53, secondo comma, del TUIR (nella versione antecedente alla modifica introdotta dal Dlgs 12 dicembre 2003, n. 344), ai sensi del quale sono ricompresi tra i ricavi *"il valore normale dei beni di cui al comma 1 (corrispettivi delle cessioni di beni e della prestazioni di servizi) destinati al consumo personale o familiare dell'imprenditore, assegnati ai soci o destinati a finalità estranee all'esercizio dell'impresa"*, considerando l'operazione commerciale *intercompany* come negozio misto di vendita e donazione¹²⁷.

Al di là della problematica concernente la qualificazione giuridica del negozio misto di vendita e donazione, al fine di poter procedere a una valutazione a valore normale, permane il problema connesso a dimostrare che i beni o servizi ceduti infragruppo siano stati destinati a finalità estranee all'impresa,

¹²⁵ Sul punto cfr. in dottrina Stesuri in Azienda & Fisco, n. 20/2003, *Il transfer price internazionale e nazionale, "il Ministero ricade nell'errore concettuale di non considerare che in tali transazioni non esiste alcun ricavo omesso...è opportuno ribadire che vale tra le parti, anche ai fini fiscali, il corrispettivo pattuito e che non si attua in sostanza alcuna evasione di imposta"*; inoltre Stevanato, *Rettifiche dei corrispettivi infragruppo e transfer pricing interno*, in Giurisprudenza Tributaria, 1/1999, *"ove le transazioni, avvenute a valori diversi da quelli di mercato, non siano intercorse tra imprese indipendenti...la natura stessa dei rapporti tra le parti esclude l'ipotesi dell'occultamento o della simulazione del corrispettivo"*.

¹²⁶ Così Stesuri op. citata

¹²⁷ Circolare n. 53/1999, *"potrebbe risultare più agevolmente praticabile la riconduzione degli sconti praticati fra i ricavi ex art. 53 Il comma TUIR...ossia costruire la fattispecie come negozio misto di vendita (per la parte coperta da corrispettivo) e donazione (dunque elargizione gratuita), con la possibilità di ripresa a tassazione della differenza"*.

distraendoli dal legame di inerenza che collega tali operazioni con l'attività ordinariamente svolta dalla società.

Va infine rilevato come uno strumento maggiormente incisivo per contestare manovre di elusione sui prezzi di trasferimento nazionale sia rappresentato dalla possibilità per il Fisco di contestare l'inerenza dei costi sostenuti per gli acquisti di beni e servizi infragruppo, dando rilievo alla antieconomicità delle scelte compiute dalle imprese del gruppo.

Infatti, fermo restando il limite della insindacabilità delle scelte imprenditoriali, è possibile che la gestione dell'azienda si riveli irragionevole in quanto in modo del tutto antieconomico e contraria alla *mission* di qualsiasi impresa, quella di generare valore o profitti per i propri azionisti.

In queste circostanze, secondo un ormai consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità¹²⁸, visto che le scelte del contribuente potrebbero indicare un'inottemperanza alle prescrizioni fiscali, l'Amministrazione finanziaria può legittimamente contestare l'inerenza di costi giudicati irragionevoli¹²⁹ ovvero procedere con metodo analitico - induttivo alla rideterminazione del reddito di impresa¹³⁰.

¹²⁸ Cass. 3 maggio 2002 n. 6337 "*La presenza di accertamento di scritture contabili formalmente corrette non esclude la legittimità dell'accertamento analitico-induttivo del reddito di impresa qualora la contabilità stessa possa considerarsi configgente con i criteri di ragionevolezza, anche sotto il profilo della antieconomicità del comportamento del contribuente*".

¹²⁹ Cass. 24 luglio 2002 n. 10802.

¹³⁰ Cass. 17 settembre 2001 n. 11645.

CAPITOLO QUARTO

Esperienze europee in materia di transfer pricing

1. La disciplina spagnola in materia di prezzi di trasferimento

L'espressione "*prezzo di trasferimento*" è un termine che sta trovando sempre più spazio all'interno della dottrina giuridico-tributaria spagnola, anche se per il momento non ha trovato una piena accettazione nel linguaggio legislativo. Spesso il termine è utilizzato in un senso che non corrisponde poi all'originale inglese dove ha un significato neutro (prezzi stipulati in un'operazione), per indicare il prezzo non conforme col principio arm 's length.

Per spiegare questo principio, in Spagna si usa l'espressione "*principio di libera concorrenza*", non condiviso da altri autori i quali, invece, avvantaggiano il senso di principio di indipendenza secondo il quale nell'imposizione di imprese associate si deve tener conto, ai fini tributari, del beneficio che si sarebbe ottenuto in una situazione di presunta, appunto, indipendenza tra loro e quindi i prezzi che si sarebbero pattuiti in questa situazione.

In tale paese, il principio di indipendenza è formulato come una "*regola di valutazione*" delle cosiddette "*operazioni vincolate*" (rectius: "*Operazioni tra imprese vincolate*") nell'articolo 16.1 della Legge dell'Imposta sulle Società (che per comodità in seguito chiameremo LIS) n.43, del 27 dicembre 1995. Secondo questo precetto, "*l'Amministrazione tributaria potrà, entro il periodo di prescrizione, valutare le operazioni realizzate tra persone o enti vincolati secondo il loro valore di mercato*", a condizione che vengano rispettati certi requisiti, dei quali si dirà in seguito.

Dunque, il prezzo arm's length viene equiparato dalla legge al "valore normale di mercato" con chiare difficoltà di riconoscimento.

La questione in esame ha sollevato un'accesa controversia dottrinale sulla questione del carattere "unilaterale" o "bilaterale" della correzione o rettifica dell'utile imponibile, chiedendosi cioè se la rettifica iniziale o "primaria" debba o no dar luogo ad una rettifica di segno contrario nell'altra impresa (il c.d. *corresponding adjustment*). La questione non veniva risolta chiaramente nella precedente legge dell'imposta sulle società (del 1978), così la giurisprudenza preferì per la tesi della rettifica bilaterale; la LIS vigente facendo proprio l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, ha adottato decisamente questa tesi stabilendo che *"la valutazione amministrativa non determinerà la tassazione, relativamente a questa Imposta o all'Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche, di un reddito superiore a quello effettivamente ricavato dall'operazione dall'insieme dei soggetti coinvolti"*.

In tal modo il diritto interno spagnolo si allinea col Modello di Convenzione OCSE del 1977, che stabilì la regola della rettifica bilaterale.

Un altro aspetto della norma dell'articolo 16.1 della LIS merita un'attenta riflessione: la norma precedente ordinava imperativamente all'Amministrazione di effettuare la rettifica al prezzo di mercato e lo stesso contribuente doveva adoperare questo criterio di valutazione per il calcolo del reddito tassabile. L'inflessibilità di questa regola portava, però, a delle conseguenze sfavorevoli per il Fisco nel caso in cui questa portasse ad una rettifica negativa per l'impresa residente vincolata con un'impresa non residente in Spagna.

Proprio per scansare tale ipotesi, negativa per l'Erario spagnolo, la LIS odierna definisce l'applicazione della regola come una potestà dell'Amministrazione tributaria ("*potrà valutare*").¹³¹

La LIS regola i metodi applicabili per determinare il "*valore normale di mercato*" seguendo sostanzialmente la dottrina dell'OCSE, così menziona in primo luogo il "*prezzo di mercato del bene o servizio*" (*comparable uncontrolled price*), poi "*in via suppletiva*" enumera i metodi del costo maggiorato (*cost plus method*) e del prezzo di rivendita (*resale price method*). Quando nessuno dei metodi precedenti sia applicabile, la LIS dispone che può essere fatto uso del metodo della divisione dell'utile (*profit split method*). Essa però non fa riferimento al metodo del margine netto di profitto previsto dalle Transfer Pricing Guidelines dell'OCSE.¹³²

Sotto il profilo del contenzioso, il Tribunale Economico-Amministrativo Centrale (TEAC, organo dipendente dal Ministero delle Finanze) si è pronunciato in diverse occasioni sulle condizioni sussistenti necessarie a giustificare una correzione al valore attribuito dal contribuente ad operazioni tra imprese fra esse vincolate. Esso ha mantenuto una posizione molto esigente, particolarmente per ciò che riguarda la comparabilità delle operazioni¹³³.

¹³¹ Agli effetti dell'Imposta sul reddito delle persone fisiche, l'articolo 42.1 dell'apposita Legge n. 40 del 9 dicembre 1998, rinvia alla disciplina delle operazioni vincolate nella LIS. Però il paragrafo 2 contiene una norma contraria a quest'ultima, dato che dispone che gli stessi contribuenti dell'IRPF "debbono effettuare la loro valutazione (a prezzi di mercato) quando questi implicino un aumento dei loro redditi". Questo precetto vincolante costituisce una regressione al sistema di valutazione imperativa ormai abbandonato per LIS, con l'importante conseguenza che i contribuenti potrebbero essere puniti in caso di trasgressione.

¹³² D'altra parte, né la LIS né il suo Regolamento di sviluppo (RIS), approvato col Reale Decreto n.537, del 14 aprile 1997, contengono norme sull'applicazione pratica di questi metodi, lacuna che contrasta con il dettaglio minuzioso delle Regulations americane.

¹³³ I tribunali giurisdizionali non hanno ancora messo a punto un proprio orientamento giurisprudenziale, essendosi limitati a sancire le tesi adottate in qualche caso dal TEAC senza aggiungere nulla.

Per accettare questa comparabilità il TEAC richiede, infatti, uguaglianza geografica del mercato, uguaglianza o somiglianza dei beni o diritti oggetto dell'operazione ed un'uguaglianza temporale nel senso che queste debbano essere effettuate nello stesso periodo temporale.

Altre volte esige anche equivalenza di volume e uguaglianza della fase di commercializzazione (fabbricante, grossista, commerciante al dettaglio).¹³⁴

1.1 Le procedure ed i sistemi di rettifica adottati dall'amministrazione finanziaria

Il procedimento per mezzo del quale l'Amministrazione ricorre alla potestà di rettifica dei valori, trova la sua disciplina in una precisa normativa secondaria (regolamento den. RIS). Il procedimento si sostanzia in un atto amministrativo denominato "*atto di determinazione del valore normale di mercato*", che è un atto autonomo dall'atto di liquidazione o di imposizione, rispetto al quale è antecedente e comunque motivato.¹³⁵

¹³⁴ Si rimanda alla decisione del 9 marzo 2000 (R.G. 284 1/95 e 860/96) dove vennero prese in esame operazioni commerciali realizzate da una nota bevanda elaborata sotto licenza di una compagnia statunitense. Dapprima la società spagnola produceva il concentrato dal quale si ottiene la bevanda e lo vendeva ai distributori esclusivi, ma a partire dal maggio del 1987 cessò di fabbricare questo concentrato e cominciò a comprarlo da alcune società estere, situate in paesi (l'Irlanda e la Francia) nei quali godeva di un'esenzione dall'Imposta sulle Società per dieci anni. I prezzi pagati dalla società spagnola cominciarono ad incrementarsi di molto, passando dal 6 % del prezzo di vendita ai distributori al 50 % dello stesso. L'Amministrazione ha utilizzato il metodo del prezzo di rivendita per fissare il prezzo arm's length e questa impostazione ispettiva è stata accettata dal TEAC. Da porre in evidenza che il TEAC ha confermato la sanzione imposta dall'Ispezione tributaria. Infatti una parte della dottrina nega la possibilità di imporre sanzioni nel caso di rettifica dei prezzi di trasferimento.

¹³⁵ L'emissione dell'atto di determinazione è preceduto dall'udienza delle parti entro quindici giorni, durante i quali possono produrre allegazioni e presentare prove. Oltre la persona nei confronti della quale si realizza l'accertamento, può essere parte del procedimento anche l'altro soggetto vincolato, al quale si deve notificare l'inizio delle operazioni di accertamento, tranne il caso in cui esso non sia soggetto alle imposte personali sul reddito, sia cioè residente all'estero. Avvenuta la notificazione, l'interessato ha trenta giorni per produrre delle memorie.

Anche la legislazione spagnola contempla e disciplina gli advance pricing agreements o APA, considerati una sorta di accettazione da parte dell'Amministrazione di una proposta del contribuente diretta a consentire una "*valutazione preventiva delle operazioni tra soggetti vincolati*". Il procedimento si sostanzia in un vero e proprio accordo, frutto di una negoziazione.¹³⁶

Indirizziamoci ora sulle norme internazionali, a cominciare dalle convenzioni bilaterali: la quasi totalità di queste contiene una norma sulle imprese associate, "*vincolate*" nella terminologia spagnola, conforme al paragrafo 1 dell'articolo 9 del Modello OCSE.

Numerose convenzioni bilaterali sottoscritte dalla Spagna omettono la norma dell'articolo 9.2 del Modello OCSE, che dispone il carattere bilaterale della rettifica, ordinando all'altro Stato la pratica della cosiddetta rettifica "*corrispondente*" o correlativa (a condizione che consideri la rettifica "*primaria*" conforme alle norme convenzionali, specialmente col principio arm's length).

La soluzione delle controversie che possono sorgere tra i due Stati intorno a tale punto è affidata, nel Modello OCSE, alla procedura amichevole. Ma

¹³⁶ Il provvedimento di approvazione della proposta non è suscettibile di ricorso, ha un'efficacia di tre anni e contempla la sua revisione per adattarla al cambiamento delle circostanze economiche. La LIS prevede pure accordi multi-laterali con Amministrazioni di altri paesi, per l'avvio dei quali si seguirà la procedura amichevole corrispondente alla convenzione specifica se questa esiste, o la via diplomatica in caso contrario. L'opposizione dei soggetti vincolati al disegno di accordo tra le Amministrazioni intervenienti comporta la chiusura di tali procedure. Il RIS specifica in dettaglio i documenti e le informazioni che il proponente dell'accordo deve presentare all'Amministrazione, e stabilisce che essi verranno impiegati solo ai fini dell'apposita procedura e restituiti nel caso in cui non si arrivi ad un accordo. Se la proposta viene approvata, la documentazione potrà essere utilizzata per verificare l'adempimento di essa. Nello stesso caso il contribuente deve aggiungere alla dichiarazione un rapporto riguardante tale adempimento. Aggiungiamo che la proposta di valutazione preventiva può essere fatta anche da persone o altri soggetti non residenti che progettino di operare nel territorio spagnolo per mezzo di stabili organizzazioni o di società controllate. Dunque la proposta equivale ad una sorta di interpello preventivo, e acquisterà carattere vincolante se accettata.

questa non assicura affatto la soluzione¹³⁷: l'articolo 25.2 del Modello obbliga gli Stati interessati soltanto a “*sforzarsi per risolvere il caso di mutuo consenso*” (“*endeavour to resolve the case by mutual agreement*”) oppure, secondo la versione francese, “*per la via di un accordo amichevole*” (“*par voie d'accord amiable*”), ma non ad ottenere un risultato. Le manchevolezze della procedura amichevole hanno portato la Comunità Europea ad adottare la Convenzione 90/436¹³⁸.

Sotto il profilo procedurale nel caso in cui l'impresa abbia presentato un ricorso davanti ad un tribunale secondo il diritto interno, il termine di due anni decorre una volta che sia adottata in via definitiva la decisione in ultima istanza.

L'uso di questa regola suscita perplessità in vista del sistema di ricorsi spagnolo in materia tributaria, nel quale c'è una fase necessaria davanti ai cosiddetti Tribunali Economico-Amministrativi (organi amministrativi) fase che può avere due istanze, prima di arrivare alle corti di giustizia competenti, la cui decisione può inoltre essere oggetto di ricorso di cassazione davanti alla Corte Suprema. La questione è se i Tribunali Economico-Amministrativi debbono o no, essere considerati “*tribunali*” ai sensi dell'articolo 7.1 della Convenzione.¹³⁹

¹³⁷ Conseguentemente l'inclusione dell'articolo 9.2 del Modello OCSE in una singola convenzione non ha altro effetto che quello di mera avvertenza della necessità di trovare una soluzione alla doppia imposizione cagionata dalla rettifica dei prezzi di trasferimento tra imprese vincolate, in conformità col rispettivo diritto interno. E d'altro canto che l'assenza nella particolare CDI non esclude naturalmente il ricorso alle procedure per eliminare la doppia imposizione.

¹³⁸ La Spagna ratificò la Convenzione il 10.04.1992 e questa entrò in vigore il 10.01.1995 per un periodo di cinque anni, prorogabile dopo la modifica apportata all'articolo 20 dal Protocollo del 25.05.1999. L'innovazione più importante è l'imposizione agli Stati di un limite temporale di due anni per risolvere il caso per mezzo alla procedura amichevole, trascorso il quale si inizia la seconda fase della procedura arbitrale.

¹³⁹ Bisogna tener presente che il termine “*tribunale*” (“*court or tribuna*” nella versione inglese della Convenzione) non impiegato nel primo comma dell'articolo 7 nel senso di “*tribunale*

A tal riguardo, e pur vero che per il diritto interno spagnolo le decisioni dei Tribunali Economico Amministrativi non sono modificabili se non in casi eccezionali, ma nella materia alla quale è applicabile la Convenzione la modificabilità risulta proprio da tale fonte normativa (art. 13).

Dal punto di vista del diritto spagnolo, merita un commento l'articolo 8 del Mod. di Convenzione OCSE, che stabilisce un'eccezione all'obbligo di iniziare la procedura amichevole nel caso in cui una delle imprese interessate "*sia passibile di sanzioni gravi*". La versione spagnola è però incerta visto che afferma "*puede ser objeto de una sancion grave*".

Tale prescrizione suppone la possibilità che le azioni del contribuente, che motivano una rettifica dell'imponibile, costituiscano un'infrazione punibile, cosa che è discussa dai commentatori spagnoli. Invero, l'esclusione della punibilità si ritiene che possa essere ammessa in quei casi nei quali i prezzi si mantengono entro ragionevoli limiti (mancherebbe la necessaria colpevolezza, ma è difficoltoso sostenere tale tesi quando oltrepassano chiaramente tali limiti occultando i veri prezzi con delle manipolazioni contabili. Sussiste, quindi, una sorta di presunzione di buona fede dei contribuenti, i quali possono fissare liberamente i prezzi delle loro operazioni, a riserva di un'eventuale rettifica dell'Amministrazione, purché questi però non pongano in essere condotte evasive che legittimano il diniego per lo Stato di intraprendere la strada delle procedure amichevoli.

giudiziario". Questo si desume anche dalla contrapposizione di questo termine con quello adoperato nel comma 3: "*autorità giudiziaria*" ("*judicial body*" nella versione inglese). Infatti la contraria tesi renderebbe il precetto del paragrafo 1, secondo capoverso, inutile e contraddittorio, poiché essendo le decisioni giudiziarie immutabili per natura dalle autorità amministrative, entrerebbe in gioco quest'ultima norma ed i procedimenti della Convenzione sarebbero inapplicabili.

Nella sua versione relativa all'articolo 8 della Convenzione, la Spagna indicò "sanzioni gravi" ricomprendendovi anche le sanzioni amministrative per infrazioni fiscali gravi e le sanzioni per delitti commesse contro le finanze pubbliche. Tali espressioni fanno riferimento ai delitti, senz'altro gravi, definiti nel Codice Penale, ma il riferimento alle "infrazioni fiscali gravi", indicherebbe nel diritto tributario spagnolo, una speciale intensità, pericolosità o dannosità dell'infrazione, un tipo di infrazione caratterizzato dal fatto che produce un danno materiale al Fisco.

Questo fa sì che una piccola frode di poche decine di euro costituisce in senso tecnico un'infrazione grave.

A conforto di tale tesi si consideri che secondo la classifica delle infrazioni tributarie nella Legge Generale Tributaria (artt. 78 e 79) le infrazioni gravi si contrappongono a quelle "semplici", che consistono nella trasgressione di doveri formali, come la corretta tenuta della contabilità.

2. La disciplina belga in materia di prezzi di trasferimento

Il regime dei prezzi di trasferimento tra imprese, in Belgio, si colloca in uno spaccato normativo in cui la nozione di rapporto di interdipendenza è assai più ampia di quella prevista dal regime convenzionale che si riferisce solo ad una partecipazione, diretta o indiretta, alla direzione, al controllo o al capitale dell'impresa associata.

La configurazione del rapporto di controllo è stata così riconosciuta in Belgio anche in specifici contratti di servizio, accordi di finanziamenti, anche in base

ad orientamenti giurisprudenziali poi modificati, come è accaduto in particolare per i casi di accordi di rappresentanza esclusiva¹⁴⁰.

Il *Code des Impôts sur les Revenues* belga contiene delle norme alquanto rigorose¹⁴¹ in base alle quali i vantaggi della deducibilità di alcune spese non vengono riconosciuti dall'amministrazione finanziaria sebbene non sia accertato che costituiscano un vantaggio "*anormal ou bénéfvole*", come previsto dall'art. 26 della convenzione OCSE.

Il primo ostacolo interpretativo dell'art. 26 deriva dalla mancanza di una definizione di "*avantages anormaux*" e di "*avantages bénéfvoles*".

La nozione non è ricavabile dal testo di legge e il significato deve essere ricavato per mezzo dell'abbondante dottrina e giurisprudenza¹⁴².

Vista la difficoltà di stabilire i prezzi di trasferimento è riconosciuto alle imprese il diritto di invocare la propria buona fede per evitare l'aumento dell'imposizione, cosicché se l'anomalia del prezzo è dovuta a circostanze indipendenti dalla volontà del contribuente, nessuna rettifica da parte del fisco avrà luogo; se invece, la dichiarazione è infedele, ma senza intento di evasione, le rettifiche saranno del 10% (prima violazione), del 20% (seconda violazione) e del 30% (terza violazione).

¹⁴⁰ Sono interventi datati, dal momento che allo stato attuale la maggior parte dei casi riguarda le imprese effettivamente collegate. L'unica importante eccezione alla disposizione in oggetto riguarda le imprese residenti in paradisi fiscali dal momento che si presume siano in qualche modo associate all'impresa belga che garantisce i vantaggi.

¹⁴¹ L'art. 54 del *Code des Impôts sur les Revenues* esclude la deducibilità di interessi, proventi che derivano dalla concessione dello sfruttamento di brevetti d'invenzione, processi di fabbricazione e altri diritti analoghi, remunerazioni delle prestazioni o dei servizi, che siano pagati o attribuiti direttamente o indirettamente a un soggetto non residente o ad una stabile organizzazione straniera che, in base agli ordinamenti statali, non sono assoggettati ad alcuna imposta sui redditi o sono assoggettati, per i redditi in questione, ad un regime di tassazione più vantaggioso di quello belga. Resta ferma la possibilità per il contribuente di dimostrare che i pagamenti corrispondono ad operazioni "*réelles et sincères*" senza superare i limiti normali.

¹⁴² In realtà ogni arricchimento senza un'equivalente contropartita è un "vantaggio" ai sensi dell'art. 26. Ma questo si per sé non è però sufficiente, occorrendo la sussistenza dell'ulteriore requisito espresso con i termini "*anormal ou bénéfvole*".

2.1 L'applicazione della convenzione nell'ordinamento belga

L'Amministrazione finanziaria belga si è espressa sull'applicazione della convenzione OCSE nella circolare del 7 luglio 2000, che è chiamata circolare “*difensiva*” in contrapposizione a quella che riguarda il regime belga dei prezzi di trasferimento (circolare “*offensiva*”).

In base all'art. 8 della convenzione, la procedura convenzionale è sospesa quando una delle imprese interessate è soggetto a una “*sanzione grave*”. Vengono così ricompresi tutti gli illeciti previsti dal Codice delle Imposte sui Redditi, riguardanti ogni violazione alle relative disposizioni. Inoltre, la violazione deve essere stata commessa dall'impresa; a tal riguardo si rammenta che con legge del 4.05.1999 il Belgio ha introdotto la responsabilità penale delle persone giuridiche, limitatamente per violazioni che sono legate alla realizzazione del proprio oggetto o alla difesa dei propri interessi e per quelle violazioni il cui effetto vada a riversarsi direttamente sulla persona giuridica dell'impresa. La persona giuridica non è quindi responsabile per le violazioni commesse dalle persone che per essa lavorano se tali violazioni non hanno rapporto con la persona giuridica stessa¹⁴³. In tale sistema, sarebbe possibile avvalersi dell'art. 8 solo se la violazione fosse stata commessa dall'impresa, ossia solo quando ci fosse la responsabilità penale della persona giuridica¹⁴⁴.

¹⁴³ Identificato chi ha commesso il fatto, questi può essere condannato con la persona giuridica responsabile nel caso in cui sia stato commesso scientemente e volontariamente, ciò che si verifica sempre nei casi degli illeciti in oggetto. Se chi ha commesso il fatto non viene individuato, la persona giuridica può essere perseguita singolarmente.

¹⁴⁴ In questo caso si possono presentare due ipotesi:

- se la “*sanzione grave*” risulta da una decisione definitiva in Belgio o nell'altro Stato contraente, l'Amministrazione finanziaria belga non darà inizio alla procedura;
- se una procedura giudiziaria è stata avviata ed in seguito alla stessa può essere applicata una “*sanzione grave*”, l'Amministrazione belga può sospendere la procedura convenzionale.

Sotto un profilo procedurale, il contribuente che intende contestare la tassazione può presentare un ricorso (nдр reclamation) al *directeur des contributions* entro i tre mesi successivi all'invio della cartella di pagamento¹⁴⁵. Nel caso in cui il ricorso o la domanda siano rigettati, il contribuente può proporre azione con valenza giurisdizionale al Tribunale di primo grado, fino a giungere in Cassazione.

3. La disciplina francese in materia di prezzi di trasferimento

3.1 Fonti normative

Le fonti normative in materia di prezzi di trasferimento sono l'art. 57 e l'art. 238 – A del *Code General des Impots* (CGI). L'art. 57 del CGI ha valenza sia per il reddito delle persone fisiche (*impot sur le revenue*) sia per il richiamo di cui all'art. 209 del CGI, al reddito delle società (*impot sur le societes*).

La norma prevede che, nell'accertare l'imposta dovuta da imprese che sono controllate da, o che controllano, imprese non residenti, siano accertati gli utili trasferiti all'estero, incrementando o decrementando i costi per gli acquisti, i prezzi di vendita o in qualunque altro modo. La stessa procedura si applica alle transazioni che avvengono tra società sorelle (società che sono controllate entrambe da uno stesso soggetto).

¹⁴⁵ Il potere di controllo esercitabile da parte dell'Amministrazione finanziaria è di tre anni, a decorrere dal 10 gennaio dell'esercizio d'imposizione; il termine è portato a cinque anni in caso di frode ma, in tale ipotesi, la convenzione non si applicherà.

3.2 Presupposto soggettivo

3.2.1 La forma giuridica dei soggetti

Il concetto d'impresa, rilevante ai sensi dell'art. 57 CGI, comprende le imprese individuali, le società ed anche le stabili organizzazioni di imprese e le società estere. L'art 238 A CGI (come l'art 57) è applicabile ad un qualunque tipo di contribuente, sia soggetto all'imposta sulle società sia soggetto all'imposta sul reddito delle persone fisiche (impot sur le revenue – imprese individuali ecc)¹⁴⁶.

Il rinnovato interesse dei verificatori francesi per il *transfer pricing* è dimostrato dal fatto che:

- a. sembra che le squadre di verifica usino metodi come il *profit split method* camuffato (*hidden profit split*) nel senso che, senza rendere edotto il contribuente in modo esplicito, calcolino l'utile complessivo di gruppo con l'analisi di quale quota parte rimanga tassata in Francia;
- b. l'Amministrazione ha istituito una specifica unità per supportare i controlli in materia.

3.2.2 Il controllo

Per la rettifica dei prezzi di trasferimento non è sempre necessaria la dimostrazione dell'appartenenza ad un medesimo gruppo delle imprese coinvolte nelle transazioni.

La nozione di controllo elaborata, per via amministrativa e giurisprudenziale, ha rilevanza in riferimento all'art. 57 CGI e può essere legale o *de facto* (Istr. Amm. dell'1.09.1985).

¹⁴⁶ GOLDSMITH, "Transfer pricing in france", IBFD, Olanda, 1996.

Il controllo è legale, quando il soggetto estero possiede la quota di maggioranza del capitale della società, o dei voti esercitabili nelle assemblee, o ha la possibilità di svolgere funzioni di direzione, o direttamente, o tramite intermediari.

Il controllo è *de facto*, quando non potendosi provare il controllo legale si riesce a dimostrare il nesso di dipendenza per effetto di relazioni contrattuali o altrimenti (Istr. Amm. dell'1.09.1985).

3.3 Presupposto oggettivo

3.3.1. Le operazioni sottoposte alla disciplina

Le norme principali sul *transfer pricing*, art. 57 e art. 238° di CGI, hanno differenti ambiti oggettivi di applicazione.

L'art. 57 comprende tutte le transazioni che intervengono tra il soggetto residente e quello estero, poiché nella sua formulazione è previsto che il trasferimento dei profitti possa avvenire utilizzando qualunque mezzo.

L'ottica dell'art. 238° è invece più ristretta comprendendo le sole operazioni che generano costi per l'impresa e relative a rapporti finanziari, ovvero ad alcuni rapporti commerciali.

3.3.2 I principi di valutazione: il prezzo di libera concorrenza e i criteri alternativi

Il principio di libera concorrenza non è esplicitamente previsto nella legislazione francese, ex art. 57 e 238° CGI. Infatti, mentre l'art. 57 tratta del trasferimento indiretto di profitti all'estero, l'art. 238 si riferisce all'anomalia di alcune transazioni rispetto al normale corso degli affari.

Tuttavia il concetto di trasferimento indiretto di profitto viene interpretato dall'Amministrazione come mancanza di giustificazione dell'operazione rispetto al normale corso degli affari dell'impresa, che risulta essere il principio di unificazione delle diverse fattispecie giuridiche sinora esposte (Istr. Amm. dell'1.09.1985).

Questo principio viene a sua volta identificato, sempre ad opera della prassi amministrativa, nel prezzo (o profitto) di libera concorrenza: perciò anche in Francia le transazioni commerciali internazionali tra imprese associate devono condurre ai medesimi risultati che sarebbero stati convenuti da un'impresa indipendente in condizioni simili¹⁴⁷.

Tuttavia, visto che le metodologie di determinazione del prezzo non sono richiamate completamente, possono affermarsi situazioni in cui ne vengono applicate altre che non conducono a risultati di libera concorrenza. E' pur vero che deve esserci precedenza nell'utilizzo dei metodi tradizionali per verificare che l'impresa rispetti condizioni di libera concorrenza soprattutto, quando si ha riguardo a sconti, prestiti, royalties eccessive ecc. (Istr. Amm. dell'1.09.1985). Ma l'Amministrazione ha indicato che la comparazione con imprese operanti nello stesso settore può essere effettuata su base arbitraria, con il rapporto profitti su volume d'affari di imprese concorrenti¹⁴⁸.

Così facendo si applicherebbe un metodo reddituale che, sebbene di ultima istanza, senza le particolari cautele di cui al Report OCSE del 1995, potrebbe condurre a risultati incompatibili col principio di libera concorrenza (senza contare che parte della dottrina economica sottolinea che la comparazione dei profitti, non è conforme all'*arm's length principle*).

¹⁴⁷ Cfr MAISTO, "Transfer pricing in the absence of comparable market prices", Tax treatment of transfer pricing, IBFD, Olanda, 1995.

¹⁴⁸ CE 23.02.1953 n. 75, 326 in GOLDSMITH, *Transfer pricing in France*, cit., pag 24.

Oltre al confronto di prezzo gli altri metodi tradizionali utilizzabili sono il costo maggiorato ed il prezzo di rivendita¹⁴⁹.

3.4 Le rettifiche al reddito e l'onere della prova. Le rettifiche secondarie e quelle correlative

Le rettifiche ai redditi dei contribuenti devono essere effettuate entro 3 anni dallo spirare del periodo di presentazione della dichiarazione.

Se vi è frode il limite è esteso a 5 anni.

L'onere della prova per le rettifiche è diverso rispetto alla norma invocata:

- a. se si tratta dell'art. 57 CGI, l'Amministrazione deve provare sia il nesso di collegamento tra i soggetti che l'anormalità dei valori della transazione;
- b. se si tratta dell'art. 238° CGI l'Amministrazione deve dimostrare che il percettore del pagamento risiede in un paradiso fiscale; in questo caso l'onere è invertito dato che compete al contribuente provare la normalità delle condizioni economiche della transazione.

La rettifica relativa ai *transfer pricing* consiste nell'aumento del reddito imponibile o nella diminuzione delle perdite da riportare e si limita alla differenza tra valore normale e valore della transazione ovvero, se effettuata per comparazione di profitti con entità indipendenti ex art 57 CGI, alla differenza tra l'utile dell'impresa associata e quello dell'impresa indipendente.

Anche nell'ordinamento francese sono previste rettifiche secondarie.

L'importo considerato indebitamente trasferito all'estero, ed oggetto della rettifica primaria, sarà tassato, ricorrendo le condizioni, come dividendo distribuito a non residenti con ritenuta alla fonte al tasso ordinario (secondo

¹⁴⁹ GOLDSMITH, *transfer pricing in France*, cit., pag. 34

glia art. che vanno dal 108 al 117 bis del CGI ovvero con le ritenute previste dalle convenzioni internazionali vigenti)¹⁵⁰.

Il corresponding adjustment (facoltativo) per evitare le doppie imposizioni è contenuto solo in alcuni trattati stipulati dalla Francia.

Tuttavia in ambito UE è vigente la convenzione multilaterale per evitare le doppie imposizioni originate da rettifiche ai *transfer prices* che dispone di una procedura arbitrale secondo i principi che sono stati esposti a commento della disciplina nazionale.

Nel 2002 si è avuta notizia del primo APA bilaterale che si è concluso tra le autorità francesi e quelli inglesi circa il gruppo automobilistico PSA – Peugeot. L'accordo è stato concluso sulla base delle istruzioni amministrative del Ministero delle Finanze del 17.09.1999 ed in applicazione dell' art. 25, comma 3 di trattati internazionali OCSE .

Il programma sugli APA bilaterali è dal 2004 ormai a regime per l'Amministrazione.

Nel Dicembre 2004 è stata approvata la legislazione sugli APA unilaterali e nel 2005 sui ruling preventivi per le questioni attinenti la stabile organizzazione.

4. La disciplina inglese in materia di prezzi di trasferimento

4.1 Norme in vigore dal 1.04.2004

Con decorrenza dal 1.04.2004, il Finance Act 2004 ha emendato la schedule 28 AA, nonché abrogato le disposizioni sulla *Thin Capitalisation* contenute nella section 209 dell' "*Income and Corporation Taxes Act*" del 1988 che per

¹⁵⁰ LEVEY, THILL, *Transfer pricing in France moves closer to the U.S. – approach*, The journal of international taxation, 9/1996. pag. 395

semplicità nel prosieguo della trattazione si indicherà con ICTA, andando a ricomprendere quest'ultima regolamentazione entro quella più vasta sul transfer pricing.

I cambiamenti comportano:

- a. l'inclusione dei controlli e delle valorizzazioni at arm's length anche per le transazioni tra soggetti entrambi tassabili nel Regno Unito;
- b. L'esenzione dai controlli per le medie e piccole imprese (secondo la definizione UE 2003/361/EC).

4.2 Presupposto soggettivo: soggetti destinatari

La sezione 773 dell'ICTA specifica che il termine *body of persons* (associazione di persone) include sia le società personali (*partnership*) che le società di capitali (*company*).

Company include *any body corporate* (persona giuridica) or *unincorporated association* (associazioni non riconosciute) o qualunque *unit trust scheme*.

La nozione di controllo è definita nella sezione 840 come "*il potere di indirizzare la gestione della società (presunta) controllata*" che può derivare, tra l'altro, dal fatto che una persona detenga o possieda le sue azioni o (i poteri di voto) o dalle clausole inserite nello statuto. In relazione alle *partnership*, il controllo deriva dal diritto al possesso di almeno la metà delle attività o del reddito.

Nel verificare se una persona (o società) possiede il controllo di un *body of persons* occorre attribuire alla prima i diritti che gli spettano fiduciariamente o per mezzo di persone connesse.

Persone connesse sono, nel caso di persone fisiche, il coniuge o i parenti (o coniugi o parenti di questi ultimi).

Due persone sono ancora connesse quando sono in *partnership* (o coniugi o parenti di persone con cui sono in *partnership*).

Una *company* è connessa con un'altra *company* se una stessa persona le controlla entrambe (oppure una persona ne controlla una e una persona a lui connessa controlla l'altra).

Quando due o più persone agiscono congiuntamente per esercitare il controllo di una *company*, devono essere considerate connesse. Le nuove regole contenute nella schedale 28 AA dell'ICTA e valide dall'1.07.1999 sono da considerarsi conformi alla precedente normativa. Probabilmente esse consentono in modo più efficace di ricomprendere nell'ambito di applicazione anche delle "catene" di controllo ove siano utilizzate delle *joint ventures*.

La modifica più importante intervenuta dal 1.04.2004 è relativa alla esclusione delle medie e piccole imprese (secondo la definizione UE) dall'ambito di controlli, ammesso che queste non risiedano in uno Stato a fiscalità privilegiata (e cioè purchè risiedano in uno stato con il quale il Regno abbia stipulato un Trattato internazionale con una clausola di non discriminazione).

Nonostante ciò però le medie imprese possono essere soggette alle verifiche dell'Amministrazione se si ritenga che queste abbiano posto in essere un'evidente manipolazione dei prezzi di trasferimento di ammontare elevato.

4.3 Presupposto oggettivo: le operazioni sottoposte alla disciplina ed il criterio di valutazione

4.3.1 Le operazioni sottoposte alla disciplina

Nell'ambito applicativo delle sezioni 770 e 773 rientrano tutte le operazioni imprenditoriali: le vendite di beni dei diritti di utilizzo degli stessi, gli interessi, le licenze, le prestazioni di servizi, gli accordi di ripartizioni dei costi e così via. Anche la nuova normativa della schedale 28AA comprende tutte le operazioni economiche.

Dal 01.04.2004 sono comprese anche le operazioni tra imprese entrambe tassate nel Regno Unito.

4.3.2 Il principio di valutazione: il prezzo di libera concorrenza e sua determinazione

Il metodo di valutazione per le transazioni soggette a verifica è ispirato all'*arm's length principle* o prezzo di libera concorrenza, fissato in situazioni simili da imprese indipendenti (*section 770*); tuttavia la legge non prescrive particolari metodi per definirlo.

L'Amministrazione Finanziaria (*Inland Revenue*) farà riferimento alle direttive OCSE analogamente a ciò che è accaduto in Italia con la Circolare 32/9/2267 del 1980. Innanzitutto occorre rilevare i prezzi riscontrabili in transazioni simili tra parti indipendenti (confronto di prezzo). Opportuno, talvolta, può essere utilizzare il *resale price method* o il *cost plus method*, o comunque qualunque altro metodo possa condurre a risultati attendibili.

Sostanzialmente allora i criteri ammessi sono quelli tradizionali ma anche il *profit split* e la comparazione dei margini netti¹⁵¹.

Nel 1996 L'Amministrazione finanziaria ha pubblicato ufficialmente (nel tax Bulletin) il suo orientamento per le verifiche che si modella sulle direttive OCSE.

4.4 Le rettifiche al reddito e l'onere della prova. Le rettifiche secondarie e quelle correlative

Gli accertamenti di maggior reddito dall'Amministrazione finanziaria sono garantiti, come negli Stati Uniti, da presunzione di legittimità, e perciò tocca al contribuente, in caso di impugnazione, provare l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione.

Le rettifiche in aumento ai redditi dei contribuenti, che possono essere effettuate entro 6 anni dal termine del periodo cui si riferiscono (20 anni in caso di frode), hanno il solo effetto di aumentare l'imponibile fiscale¹⁵².

Nessuna rettifica secondaria consegue obbligatoriamente a quella primaria, anche se l'Amministrazione incoraggia l'atteggiamento volontario del contribuente teso a far coincidere la situazione finanziaria con le risultanze degli accertamenti in rettifica. Gli accertamenti in diminuzione derivano, invece, dall'applicazione di procedure amichevoli previste dai trattati internazionali ovvero dalle procedure amichevoli o arbitrali di cui alla Convenzione multilaterale UE.

¹⁵¹ CAMPOS, "transfer pricing of Major Trading Nations", Bulletin for international fiscal documentation, IBFD, Olanda, 5/96.

¹⁵² EDGE, BEARE, RAMAGE, EARLES, "Transfer pricing rules and practice in the U.K.", Tax Management Foreign income portfolios: volume Transfer pricing European Rules and practice, 1995 A110, 895.

Dall'1.04.2004, l'Amministrazione deve procedere ad un corresponding adjustment per l'altra impresa coinvolta nella transazione e anch'essa residente in Gran Bretagna.

CONCLUSIONI

E' stato messo in evidenza la notevole importanza che l'istituto del Transfer pricing riveste nell'ambito del fenomeno dell'elusione internazionale.

Un fenomeno che, nel panorama della fiscalità internazionale, ha assunto una questione di rilievo assoluto ed il moltiplicarsi dei tavoli tecnici che studiano nuove soluzioni al fine di contrastare tale fenomeno ne sono la più evidente riprova. Un crescente interesse al fenomeno è stato messo in mostra da parte non solo dell'Ocse, ma anche dalla stessa Unione Europea. Quest'ultima, in particolare, si è mostrata molto produttiva nel proporre soluzioni tangibili al fine di rimuovere le inefficienze che ostacolano il corretto funzionamento del Mercato Unico.

L'abolizione delle frontiere ha fatto sì che le imprese operassero in un unico mercato nazionale, sia per ciò che riguarda il profilo della destinazione dei beni e dei servizi, sia per ciò che riguarda l'approvvigionamento dei fattori necessari alla produzione.

Lo strumento della moneta unica ed il progressivo allargamento dell'Unione (27 Stati - Romania e Bulgaria le ultime ammesse), hanno reso ancora più manifeste le resistenze che permangono, a livello di armonizzazione fiscale, nell'ambito dei paesi comunitari.

L'eccessiva frammentazione fra gli ordinamenti tributari dei paesi membri dell'Unione alimentano non solo i timori degli Stati Europei per possibili riduzioni di gettito erariale, ma anche il rischio di doppie imposizioni. La Commissione Europea negli ultimi anni ha individuato nel fenomeno del *transfer pricing* un elemento di disturbo, di inefficienza fiscale all'interno del Mercato Comune, un fattore che potrebbe turbare le scelte di finanziamento, investimento e localizzazione delle imprese. Con il "*Company Tax Study*"

(Documento SEC(2001)1681 *Company Taxation in the International Market*) e Comunicazione COM(2001)582 *Verso un Mercato Interno senza Ostacoli fiscali*, sono state proposte soluzioni concrete per rimuovere gli ostacoli nel campo dell'imposizione societaria. In particolare, la Commissione ha elaborato una strategia che si basa sulle c.d. "*misure globali*", orientate a minimizzare gli ostacoli fiscali in una prospettiva di lungo periodo.

La *Common Consolidated Corporate Tax Base*(CCCTB) rappresenta un esempio di queste misure globali che mira alla rimozione delle interferenze all'interno del mercato comune con l'applicazione alle attività transfrontaliere di livello UE, di una base imponibile unica e consolidata ai fini delle imposte sulla società (CCCTB).

Con ciò i profitti e le perdite sarebbero automaticamente consolidati a livello comunitario e verrebbero a scomparire i problemi relativi ai prezzi di trasferimento praticati all'interno dei gruppi di imprese. Nella CCCTB, la determinazione delle aliquote fiscali resterà prerogativa dei singoli Stati membri conformemente al principio di sussidiarietà mentre la base unica consolidata verrà ripartita secondo formule ancora da definire.

Va da sé che i tempi di realizzazione di tali misure non si annunciano brevi proprio in ragione di quelle profonde diversità che ancora persistono, a livello di legislazione fiscale. Per quanto riguarda, invece, le imprese di dimensioni medio piccole, la Commissione ha proposto un regime fiscale semplificato. Tale progetto implicherebbe l'imposizione dello Stato di residenza della capogruppo anche per l'attività svolta negli altri Paesi membri partecipanti (*Home State Taxation*).

Tale sistema avrà, nei programmi della Commissione, carattere opzionale e sarà applicabile in quei Paesi in cui già si dispone di regole per la determinazione della base imponibile molto simile.

Come abbiamo visto, è innegabile che le Istituzioni comunitarie, con numerosi ed anche recenti contributi, hanno offerto, o stanno cercando quantomeno di offrire, alle imprese un'ampia ed articolata scelta di strumenti atti a prevenire o, perlomeno a ridurre, i rischi di contestazione dei loro prezzi di trasferimento. Naturalmente si è ancora lontani dal poter considerare risolti tutti i problemi che lo spinoso campo del transfer pricing prospetta nella quotidianità della vita aziendale.

In Italia la normativa sul prezzo di trasferimento è ancora lacunosa e ciò è ancora più evidente se si considera che interpretazioni ufficiali al problema provengono dallo strumento della circolare (fra l'altro anche datate nel tempo) che non assume rango di fonte nel nostro ordinamento e perciò non sono vincolanti per i consociati e per i giudici.

Comunque i risultati finora conseguiti, e le iniziative che sono ancora in corso, fanno ben sperare per una definitiva soluzione al problema dei prezzi di trasferimento o quantomeno in un maggior controllo di tale fenomeno.

BIBLIOGRAFIA

- Campos, “*transfer pricing of Mayor Trading Nations*”, Bulletin for international fiscal documentation, IBFD, Olanda, 5/96;
- Caraccioli, Falsitta, “Le valutazioni estimative della riforma penale tributaria”, *Il fisco* 32/2000;
- Carattozzolo M., “Commentario al TUIR – Vol. 1” Milano 1988;
- Caterina, “I prezzi di trasferimento nelle transazioni internazionali” Milano 1990;
- Cerioni, “l’irrogazione delle sanzioni tributarie alle persone giuridiche”, *Boll. Trib.* 04/95;
- Circolare 32/9/2267 dl 1980;
- D’Abruzzo, “La pianificazione fiscale internazionale nei riflessi del nuovo sistema penale tributario”, *boll. Trib.* 04/2001;
- D’Alfonso, “I controlli delle autorità fiscali nell’accertamento dei transfer pricing”, atti del convegno IIR sul transfer pricing, Milano, gennaio 2001;
- Delle Femmine V., “Determinazione del transfer pricing e forme di collaborazione tra Stati”, *Il fisco* n. 44 del 30.11.1992;
- Edge, Beare, Ramage, Earles, “Transfer pricing rules and practice in the U.K., Tax Managment Foreign income portofolios: volume Transfer pricing European Rules and practice, 1995 A110, 895;
- Fiscalità internazionale (Lavori monografici del 29° Corso Superiore di Polizia Tributaria, Scuola di PT della Guardia di Finanza, Ostia 2002;
- Fuxa D., “Il Transfer pricing e gli obblighi di documentazione”, *Fiscalità internazionale*, n. 2/2006;
- Gaffuri C. “Il ruling internazionale”, *Rass. Tributaria* 2004;
- Gambarino C., “Manuale di tassazione internazionale”, Milano 2005;
- Gazzo M., “Transfer pricing e ruling internazionale: luci ed ombre del nuovo istituto”, *Fisc.Int.* 04/115;
- Giannini, “Concetti fondamentali del diritto tributario”, Torino 1956;
- Glendi C., “Lo statuto dei diritti del contribuente”, *Corr. Trib.* 33/2000;
- Goldsmith, “*Transfer pricing in France*”, IBFD, Olanda, 1996
- Grifoni C., “transazioni tra consociate e prezzi di trasferimento”, *Le società*, 1991;

- Iorio A., "Reati fiscali, istruzioni con lacune", Il Sole 24 Ore del 17.08.2000;
- Leo, Monacchi, Schiavo, "Le imposte sui redditi nel testo unico", Milano 1993;
- Levey, Thill, "*Transfer pricing in France moves closer to the United States approach*", The Journal of international taxation, 9/1996;
- Liburdi D., "Il ruling internazionale: la norma di riferimento ed il decreto di attuazione", materiale del convegno Euroconference di Milano novembre 2004;
- Lovisolo A., "Il sistema impositivo dei dividendi", Padova 1980;
- Maisto G., "Il transfer pricing nel diritto tributario italiano e comparato", Padova 1985;
- Maisto G., "Transfer pricing in Italy, tax treatment of transfer pricing, IBFD, Olanda 1992;
- Maisto G., "Transfer pricing in the absence of comparable market prices", Tax treatment of transfer pricing, IBFD, Olanda, 1995.
- Maisto G., "Il progetto di rapporto Ocse sui prezzi di trasferimento", rivista diritto tributario, 1, 1995;
- Maraffa V. e La Candia I., "Transfer pricing: l'importanza di un'adeguata documentazione", Il fisco n.39 del 23.10.2006;
- Mogle J.R. "The 1995 transfer pricing guidelines issued by the OECD", TMTPR, 16.8.1995, BNA, USA;
- Monti A. "Le implicazioni sanzionarie penali in materia di transfer pricing", Fisc.Int. 01/04;
- Muselli A. e Muselli C., "Transfer Pricing i prezzi di trasferimento internazionali", il Sole 24 Ore 2006;
- Nocera "L'organizzazione del servizio per l'interpello dei contribuenti e la consulenza giuridica", Corr. Trib. 27/2000;
- Perini "Il nuovo sistema sanzionatorio tributario amministrativo: considerazioni di un penalista", Dir. Prat. Trib. 1998,I, 2002;
- Perrucci U., "La riforma del sistema penale tributario", Bollettino Tributario 19/99;
- Pezzuto G., "I paradisi fiscali e finanziari", il Sole 24 Ore, Milano ult. Ed.;
- Piazza M., "Guida alla fiscalità internazionale", Il Sole 24 Ore Milano 1997;

- Quintavalle Cecere A., “I presupposti della disciplina del transfer pricing”,
Notiziario della Scuola di PT della Guardia di Finanza n.3/2006;
- Rolle G., “Recenti sviluppi sulla convenzione arbitrale in materia di prezzi di
trasferimento”, Fiscalità Internazionale, Milano 3 – 2005;
- Sacchetto, Alemanno “Materiali di Diritto Tributario Internazionale”, Ipsoa
2002;
- Scafati I., “La disciplina fiscale dei prezzi di trasferimento nei gruppi di
imprese”, Scuola Superiore dell’Economia e delle Finanze;
- Stufano S., “Verifiche simultanee: gli accordi Italia – Usa e Italia – Austria”,
Corr. Trib. 47/95;
- SCHWARZ, “The EU arbitration convention, TMTPR del 4.09.2002”;
- Tosi L., “ Transfer pricing: disciplina interna e regime convenzionale”, il fisco
n.7 del 19.02.2001;
- Tossi, Tomassini, “ il ruling di standard internazionale”, Dialoghi di diritto
tributario 04/489;
- Tundo “Ipotesi di riordino delle tipologie di dividendi transnazionali”, Aspetti
fiscali delle operazioni internazionali AA.VV Milano 1995.
- www.fiscooggi.it
- www.fisconelmondo.it
- www.agenziaentrate.it
- www.sse.it

